MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS
UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA
DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2012

TOMO I

BOLIVIA

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
Calle Bolivar Nº 688

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

Depósito Legal:

Edición 2013

La Paz - Bolivia

INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS — PAG.

TOMO I

1. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 001/2012 DE 17 DE ENERO DE 2012** **13**
   RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

2. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 002/2012 DE 19 DE ENERO DE 2012**..... **35**
   RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

3. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 003/2012 DE 24 DE ENERO DE 2012** **109**
   RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

4. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2012 DE 26 DE ENERO DE 2012** **125**
   RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

5. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 005/2012 DE 26 DE ENERO DE 2012** **145**
   RECURRENTE: BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.

6. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2012 DE 27 DE ENERO DE 2012** **167**
   RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

7. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 007/2012 DE 08 DE FEBRERO DE 2012**..... **191**
   RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. -
   FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

8. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 008/2012 DE 08 DE FEBRERO DE 2012**..... **223**
   RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

9. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 009/2012 DE 09 DE FEBRERO DE 2012** **269**
   RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

10. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 010/2012 DE 13 DE FEBRERO DE 2012**..... **297**
    RECURRENTE: PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.

11. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2012 DE 14 DE FEBRERO DE 2012** **315**
    RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

12. **MEFP/VPCF/Nº 012/2012 DE 02 DE MARZO DE 2012 ..... 337**
RECURRENTE: ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

13. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2012 DE 09 DE MARZO DE 2012 ..... 371**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

14. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 014/2012 DE 09 DE MARZO DE 2012 ..... 389**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

15. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 015/2012 DE 09 DE MARZO DE 2012 ..... 433**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

16. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 016/2012 DE 05 DE ABRIL DE 2012 ..... 503**
RECURRENTE: PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA

17. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012 DE 09 DE ABRIL DE 2012 ..... 537**
RECURRENTE: RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI

18. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 018/2012 DE 10 DE ABRIL DE 2012 ..... 613**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

19. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 019/2012 DE 10 DE ABRIL DE 2012 ..... 671**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

TOMO II

20. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2012 DE 10 DE ABRIL DE 2012 ..... 705**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

21. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2012 DE 16 DE ABRIL DE 2012 ..... 773**
RECURRENTE: BANCO ECONÓMICO S.A.

22. **MEFP/VPCF/Nº 022/2012 DE 18 DE ABRIL DE 2012..... 807**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

23. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 023/2012 DE 02 DE MAYO DE 2012 ..... 853**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

24. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2012 DE 11 DE MAYO DE 2012 ..... 893**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

25. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2012 DE 11 DE MAYO DE 2012 ..... 941**
RECURRENTE: NOEMY ENRRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS

26. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2012DE 15 DE MAYO DE 2012 ..... 959**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

27. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 027/2012 DE 22 DE MAYO DE 2012 ..... 1021**
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI

28. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 028/2012 DE 23 DE MAYO DE 2012 ..... 1047**
RECURRENTE: SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.

29. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 029/2012DE 23 DE MAYO DE 2012 ..... 1087**
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.

30. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2012 DE 05 DE JUNIO DE 2012 ..... 1121**
RECURRENTE: AON BENFIELD ARGENTINA S.A.

31. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012 ..... 1157**
RECURRENTE: ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES S.A.

32. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012 ..... 1175**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

33. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 033/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012 ..... 1205**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

34. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 034/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012 ..... 1235**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

35. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 035/2012 DE 11 DE JUNIO DE 2012 ..... 1253**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO

36. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 036/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012 ..... 1297**
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

37. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2012 DE 29 DE JUNIO DE 2012 ..... 1317**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

38. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 038/2012 DE 29 DE JUNIO DE 2012 ..... 1341**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

TOMO III

39. **MEFP/VPCF Nº 039/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012 ..... 1381**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

40. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 040/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012 ..... 1425**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

41. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 041/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012 ..... 1483**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

42. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012 ..... 1537**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

43. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 043/2012 DE 16 DE AGOSTO DE 2012 ..... 1581**
RECURRENTE: BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA S.A.

44. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 044/2012 DE 24 DE AGOSTO DE 2012 ..... 1621**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

45. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 045/2012 DE 24 DE AGOSTO DE 2012 ..... 1647**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

46. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 046/2012 DE 27 DE AGOSTO DE 2012 ..... 1697**
RECURRENTE: SR. FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA

47. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 047/2012 DE 28 DE AGOSTO DE 2012 ..... 1725**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

48. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 048/2012 DE 04 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ..... 1751**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

49. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 049/2012 DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2012..... 1785**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

50. **MEFP/VPCF Nº 050/2012 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ..... 1809**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCAS SUÁREZ – ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

51. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 051/2012 DE 02 DE OCTUBRE DE 2012 ..... 1911**
RECURRENTE: SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. – LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

52. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 052/2012 DE 02 DE OCTUBRE DE 2012 1943
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PAZ

53. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 053/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012 2073
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

TOMO IV

54. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 054/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012 2101
RECURRENTE: COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO

55. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 055/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012 2173
RECURRENTE: BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.

56. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012 2201
RECURRENTE: BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.

57. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 057/2012 DE 05 DE OCTUBRE DE 2012 2227
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

58. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 058/2012 DE 05 DE OCTUBRE DE 2012 2275
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRODEM S.A.

59. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 059/2012 DE 09 DE OCTUBRE DE 2012 2319
RECURRENTE: GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.

60. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012 2369
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

61. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 061/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012 2409
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

62. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 062/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012 2493
RECURRENTE: RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI

63. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 063/2012 DE 30 DE OCTUBRE DE 2012 2553
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

64. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 064/2012 DE 09 DE NOVIEMBRE DE 2012 2573
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

65. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 065/2012 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2012 ..... 2599**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

66. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 066/2012 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2012 ..... 2629**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

67. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 067/2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012 ..... 2691**
RECURRENTE: BANCO ECONÓMICO S.A.

68. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2012 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 ..... 2749**
RECURRENTE: ENTIDADES ASEGURADORAS

69. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 069/2012 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 2795**
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.

TOMO V

70. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 070/2012 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 2827**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

71. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 2919**
RECURRENTE: NOEMY ENRRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS

72. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 072/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 2955**
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

73. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 073/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 2987**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI

74. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 074/2012 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3031**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

75. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 075/2012 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3089**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

76. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 076/2012 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3163**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

77. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 077/2012 DE 21 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3197**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

78. **MEFP/VPT/SIREFI/Nº 078/2012 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3223**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

79. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 079/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3249**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

80. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 080/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3289**
RECURRENTE: ALDO YANI MORO GUTIÉRREZ

81. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 081/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3327**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

82. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 082/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3359**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FÁTIMA LTDA.

83. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 083/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3391**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

84. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 084/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3431**
RECURRENTE: BANCO LOS ANDES PROCRÉDIT S.A.

85. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 085/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 ..... 3477**
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.

86. **ESTADÍSTICAS..... 3513**

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 244-2011 DE 18 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 001/2012 DE 17 DE ENERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 001/2012

La Paz, 17 de enero de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (BBVA Previsión AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 244-2011 de 18 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el recurso presentado contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº189-2010 de 23 de agosto de 2010, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el **Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 42/2011 de 18 de noviembre de 2011** y el **Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 154/2011 de 21 de diciembre de 2011,** emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 8 de septiembre de de 2011, **BBVA Previsión AFP S.A.** legalmente representada por su Gerente de Finanzas y Soporte Negocios Marioly Aguilera Rosado, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 627/2008 de 24 de noviembre del 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 244-2011 de 18 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el recurso contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº189-2010 de 23 de agosto de 2010.

Que, en fecha 13 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA Previsión AFP S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 244-2011 de 18 de agosto de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de septiembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA Previsión AFP S.A**. mismo que fue notificado el 21 de septiembre de 2011.

Que, el 18 de noviembre de 2011, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **BBVA Previsión AFP S.A**.

CONSIDERANDO:

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

1.- RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2011 DE 30 DE MARZO DE 2011.

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2011 de 30 de marzo de 2011, se resolvió lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264-2010 de 3 de noviembre de 2010 **inclusive**, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de 23 de agosto de 2010, debiendo en consecuencia procederse conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica."*

2. ANTECEDENTES.-

Que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 189-2010 de 23 de agosto de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió:

> ***"PRIMERO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el **Cargo N° 1,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al primer párrafo y numeral 2 del Artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 380 de 12 de mayo de 2005.*
>
> ***SEGUNDO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el **Cargo N° 2,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el Artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y al Artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.*
>
> ***TERCERO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el **Cargo N° 3,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS*

UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones.

***CUARTO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el **Cargo N° 4,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al Artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones.*

***QUINTO-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el **Cargo N° 5,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por haberse generado errores en la información referente a los aportes del señor Cándido Alaca Flores, debido a la falta de coordinación y planificación entre la Oficina Nacional de BBVA Previsión AFP S.A. y su Oficina Regional de la ciudad de Cochabamba.*

***SEXTO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

***SEPTIMO.-** En el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, BBVA Previsión AFP S.A., deberá informar a esta entidad sobre la regularización de todos los Afiliados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004, pagados erróneamente por el empleador, Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba…*"

Por memorial presentado en la ciudad de Santa Cruz el 5 de octubre de 2010 **BBVA Previsión AFP S.A.,** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de 23 de agosto de 2010, el cual fue resuelto mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264-2010 de 3 de noviembre de 2010, por la que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), señalando lo siguiente:

> "*…Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por **BBVA Previsión AFP S.A.** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 189-2010 de 23 de agosto de 2010 emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, al no haber cumplido con las obligaciones instruidas en la Resolución Administrativa recurrida…*"

A su turno, recurrida la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264-2010 de 3 de noviembre de 2010, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2011 de 30 de marzo de 2011, cuyos fundamentos esgrimidos más importantes se detallan a continuación:

"…2.- En cuanto a los otros requisitos exigidos para la admisión del Recurso de Revocatoria.-

Que, conforme se evidenció, ha quedado claro que BBVA Previsión AFP S.A., presentó el recurso dentro del plazo establecido, sin embargo la Autoridad Fiscalizadora, toma a su vez como argumento para la determinación de la improcedencia el incumplimiento de la obligación por parte de la AFP conforme señalaría el Artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, por lo que importa su transcripción:

"Los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento". (Negrillas y subrayado son nuestros).*
De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo.

Que en el caso de autos y de la revisión adjunta al expediente administrativo se tiene que la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de 23 de agosto de 2010, sanciona con una multa pecuniaria por los cargos N° 1,2,3,4,5, y determina a su vez, el cumplimiento de la obligación para ***BBVA Previsión AFP S.A.,*** *referida al informe que debería haber proporcionado la AFP.*

Que en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

"OBLIGACIÓN.- *La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa (…)"*

SANCIÓN ADMINISTRATIVA.- *La medida penal que impone el Poder ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden, por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Por lo general se reducen a multas cuantiosas en ocasiones como las represivas del contrabando y la especulación (…)"*

Ahora bien a Fs. 106 y 107 se evidencia que ***BBVA Previsión AFP S.A.,*** *cumplió con el depósito de la sanción económica, sin embargo de la documentación adjunta al expediente* ***no se tiene prueba*** *que respalde la regularización de los afiliados que se encontrarían en el formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004.*

Que, compulsado el expediente, se tiene que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 264/2010 de 3 de noviembre de 2010, no establece de manera clara y precisa, como no se habría incumplido con la obligación determinada en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 23 de agosto de 2010, hecho que denota que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no habría cumplido con uno de los elementos esenciales del acto administrativo cual es justamente el de motivación y fundamentación, más aún cuando la propia AFP, expone argumentos referidos a la obligación adicional que la Autoridad le impone y los fundamentos entorno al cumplimiento de dicha obligación.

Por lo que, importa desarrollar la importancia legal que impone que todo acto administrativo, debe ser motivado, al constituir uno de sus elementos esenciales, es así que la Ex Superintendencia de Regulación Financiera - SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa correspondiente a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 ha señalado:

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

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

Que, a su vez el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo al respecto, señala:

"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo…"

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando Resuelvan recursos administrativos"

De lo expuesto se tiene que en el presente caso la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 264-2010, ha omitido una parte esencial, cual es la motivación del acto, careciendo de esta manera de fundamentación legal que la sustente, situación que ha dado lugar a que se infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de la recurrente…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 244-2011 DE 18 DE AGOSTO DE 2011.-

Que en cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2010 de 30 de marzo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite nueva Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 244-2011 de 18 de agosto de 2011, misma que declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A. contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 189-2010 de 23 de agosto de 2010, bajo los siguientes fundamentos:

"…CONSIDERANDO:

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo "Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si este estuviere interpuesto fuera de término, ***no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables,*** *o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley", (las negrillas son nuestras)*

Que de acuerdo al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Entidades Sectoriales del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

Que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme los dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que a su vez, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "I. Los ***recursos de revocatoria proceden*** *contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión del mismo,*** *además de su interposición dentro del plazo hábil,* ***demostrar el cumplimiento de la obligación*** *o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento". (Las negrillas son nuestras)*

Que de las normas transcritas se infiere que son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

i) La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.
ii) Que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.
iii) Que se acredite el cumplimiento de la sanción,
iv) Que se demuestre el cumplimiento de la obligación.

Que con relación al primer elemento para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, de la revisión del memorial de interposición del Recurso de Revocatoria de BBVA Previsión AFP S.A., se evidencia que el recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera ha causado a sus derechos o intereses legítimos la R.A. 189-2010.

Que con respecto al segundo elemento de procedencia, se verificó que el Recurso de Revocatoria fue interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos dispuestos por el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero, aprobado por Decreto Supremo N° 27175.

Que con relación al tercer elemento de procedencia se tiene que BBVA Previsión AFP S.A. ha cumplido con el pago de la multa, conforme se verifica del Informe/AP/DAF/PCT/354 2010 de 27 de septiembre de 2010, por el importe de Bs125.460,00 (CIENTO VEINTICINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA 00/100 BOLIVIANOS) impuestos como sanción por la R.A.0189-2010.

Que en lo que refiere al último de los requisitos de procedencia se constata que, la R.A. 189-2010 en la disposición Séptima instruye (obligación) que la AFP en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, informe sobre la regularización de todos los Asegurados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los períodos abril/2004 y julio/2004, pagados erróneamente por el Empleador Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba; sin embargo, el regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, el cumplimiento de la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente, por lo que no atendió la obligación impuesta ni remitió el respaldo que demuestre el cumplimiento de la misma.

Que por otro lado corresponde hacer mención a lo determinado por la RMJ 12/2011 que en lo pertinente señala: "...que la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264/2010 de 03 de noviembre de 2010, no establece de manera clara y precisa, como no se habría incumplido (sic) con la obligación determinada en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 189-2010 de 23 de agosto de 2010, hecho que denotan (sic) que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones no habría cumplido con uno de los elementos esenciales del acto administrativo cual es justamente el de motivación y fundamentación..."

Que al respecto, se tiene que la AFP ha incumplido con uno de los requisitos para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, al omitir dar estricto cumplimiento a lo resuelto en el SÉPTIMO de la R.A. 189-2010, que expresamente fija una obligación a ser realizada en un plazo determinado, tal como se expresa a continuación:

***"SÉPTIMO.-**En el **plazo** de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, BBVA Previsión AFP SA. **deberá** informar a esta entidad sobre la **regularización** de todos los Afiliados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004, pagos erróneamente*

por el empleador, Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba." (Las negrillas son nuestras)

Por tanto, se concluye que ante la inexistencia de respaldo que acredite la regularización instruida de los Formularios de Pago de Contribuciones correspondientes a los períodos abril/2004 y julio/2004, no ha dado cumplimiento estricto a todas las disposiciones emergentes de la R.A. 189-2011. Asimismo, se tiene que la AFP no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente, pues como se dijo, no dio cumplimiento a la instrucción ni remitió el respaldo que acredite el cumplimiento de la misma, limitándose a inferir argumentos enunciativos.

Que asimismo es necesario considerar que, BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria así como en el Jerárquico, interpuestos en fechas 05 de octubre de 2010 y 22 de noviembre de 2010 respectivamente, señala en un mismo tenor: "Adjunto fotocopias legalizadas de los Formularios de Pago de Contribuciones rectificados en los que se evidencia que en los detalles de los mismos se encuentran todos los afiliados que tenían igual situación a la del afiliado Alaca".

Que evaluado lo anterior se tiene que, el hecho de solamente señalar reiteradamente y en distintas etapas del proceso la presentación de documentación referida al cumplimiento de la obligación, no implica que la misma se haya efectuado, toda vez que por norma, para la admisión de la impugnación debe ***demostrarse*** *de forma detallada y documental el incumplimiento; por tanto en el presente caso, no existe sustento o respaldo alguno que demuestre el cumplimiento de la señalada obligación, afectando de esta manera la procedencia del recurso.*

Que a mayor referencia conceptual, la misma RMJ 012/2011, determinó lo siguiente:

"... es importante hacer hincapié en que el cumplimento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explícita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

OBLIGACIÓN.- *La obligación es un precepto* ***de inexcusable cumplimiento;*** *más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que* ***impone una acción*** *o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es* ***constreñida hacia*** *otra a dar,* ***hacer*** *o a no hacer alguna cosa (...)" (las negrillas son nuestras)*

Que finalmente, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 9/05, 28/05, 17/06, 46/05, 78/06 entre otras, ha determinado la improcedencia en razón de que no se contaba con uno de los cuatro elementos que deben cumplirse, para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria.

Que bajo ese orden normativo y lo expuesto, de la revisión del expediente administrativo esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los

requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 8 de septiembre de 2011 **BBVA Previsión AFP S.A.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 244-2011 de 18 de agosto de 2011, argumentado lo siguiente:

"…I. INTERPOSICIÓN DE RECURSO JERÁRQUICO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N°. 244-2011 "IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 189/2010" EMITIDA EL 18 DE AGOSTO DE 2011.

Con la facultad conferida por el artículo 52 y siguientes del Reglamento para de la Ley 2341 para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 53 y con sujeción al numeral III del artículo 36 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 y demás normas legales que rigen la materia, interpone ***RECURSO JERÁRQUICO*** *contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 244-2011 de 18 de agosto de 2011, en mérito a los fundamentos de hecho y derecho que expone y solicita a su autoridad se sirva admitir el Recurso Jerárquico presentado y resolver el mismo emitiendo la revocatoria total de la Resolución Administrativa citada por afectar a los derechos subjetivos e intereses legítimos de BBVA Previsión AFP S.A.*

II.- EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.

Cumpliendo la Resolución Ministerial Jerárquica MRFP/VPSF/URJ-SIREFI (sic) *N° 012/2011 de 30 de marzo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Sancionatoria N° APS/DJ/DPC N°. 244-2011 sustentando la misma:*

"Que a su vez, el numeral 1 del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "1 Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento".

Que de las normas transcritas se infiere que son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

i) La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.

ii) Que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.
iii) Que se acredite el cumplimiento de la sanción.
iv) Que se demuestre el cumplimiento de la obligación...

...Que en lo que refiere al último de los requisitos de procedencia se constata que, la R.A. 189-20 10 (sic) *en la disposición Séptima instruye (obligación) que la AFP en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, informe sobre la regularización de todos los Asegurados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los períodos abril/2004 y julio/2004, pagados erróneamente por el Empleador Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba; sin embargo, el regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, el cumplimiento de la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente, por lo que no atendió la obligación impuesta ni remitió el respaldo que demuestre el cumplimiento de la misma.*"

III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA.

La Resolución de improcedencia lesiona los derechos de esta Administradora contraviniendo preceptos constitucionales como del "debido proceso" y de la "seguridad jurídica", violenta "los principios generales de la actividad administrativa" establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, principios que por su carácter de orden (sic) *público la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP está obligada a cumplirlos. La Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 20 establece que los plazos fijados en días se computan sólo los días hábiles, concordante a este precepto legal, el Artículo 21 párrafo segundo de la misma ley dispone que los términos y plazos se computarán a partir del día siguiente hábil a aquél en que tenga lugar la notificación.*

El Artículo 43 del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 -Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, en su inciso d) manda y ordena que las resoluciones sobre los recursos administrativos serán declarados improcedentes cuando "el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos". En concordancia el Artículo 47 numeral I establece:
"Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".

Además de presentar el recurso dentro del plazo (05 de octubre de 2010), con Cite PREV-CO-1219-09-10 de 21 de septiembre de 2010, se comunicó a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones el depósito de la sanción económica en la Cuenta Única CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, cumpliendo los preceptos legales establecidos en el Artículo 47 numeral I del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23

de Abril de 2002 – Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI.

Con referencia a los Formularios de Pago de Contribuciones de los periodos de abril y julio de 2004 de la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba, que el numeral siete de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ N° 189/2010 dispone, esta Administradora de Fondos de Pensiones proceso (sic) *los Formularios de Pago de Contribuciones una vez que éstos fueron desmarcados con la propuesta de jubilación, regularización que fue realizada el 04 de Agosto de 2010, conforme se comunicó con el Cite PREV-OP1272/10/2010.*

El numeral I del citado artículo expone de manera condicional que el recurrente ***debe demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria*** *dispuesta por la resolución recurrida.*

De la aplicación de la citada norma en el caso del recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DPC/DJ 189/2010, se evidencia clara e inequívocamente que dicho recurso se presentó dentro del plazo de ley y que se pagó la sanción económica impuesta en la Resolución Administrativa AP/DPC/DJ 189/2010 conforme manda y ordena el citado artículo.

Por lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros –APS, no hizo una valoración objetiva y real de la prueba presentada, además obró ilegalmente contraviniendo el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo en especial contra el principio de la "verdad material".

IV. RATIFICA FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO QUE SUSTENTAN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 189-2010 DE 23 DE AGOSTO DE 2010

Cargo N° 1.-

La Resolución Administrativa SPVS-IP N° 380/2005 (Procedimiento para el Cálculo de Salario Base en el Seguro Social Obligatorio SSO) de 12 de mayo de 2005, en su Artículo primero numeral dos manda y ordena:

"2. Verificar con el empleador los Totales Ganados que difieran en un 30% o más respecto a los Totales Ganados habituales, correspondientes a un mismo empleador que no sean atribuibles a un reintegro.

De presentarse la diferencia indicada, la AFP deberá verificar con el empleador posibles errores. En este caso, se suspenderá la contabilización del plazo desde la fecha en que se emite la nota al empleador hasta la fecha en que éste dé respuesta. Si el empleador no diera respuesta dentro de los 10 días calendario de recibida la nota de requerimiento de la AFP, ésta deberá realizar un requerimiento judicial para obtener respuesta".

La citada disposición administrativa establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen el deber y la obligación de gestionar la Orden Judicial ante la autoridad jurisdiccional cuando el Empleador (Alcaldía Municipal de Cochabamba) del afiliado no diere respuesta a la nota cursada por la AFP.

En cumplimiento de la citada disposición administrativa, BBVA Previsión AFP S.A. notificó a la Alcaldía Municipal de Cochabamba sobre los salarios del afiliado con la carta Cite D-62, requerimiento que fue respondido por la Alcaldía Municipal de Cochabamba mediante carta de fecha 14 de febrero del 2006.

De la interpretación de la norma sobre la cual se sustenta el cargo y se aplica la sanción, se establece clara e inequívoca que esta Administradora de Fondos de Pensiones dio cumplimiento estricto a la misma y no gestionó la orden judicial porque existe una respuesta de la Alcaldía Municipal de Cochabamba, además de que realizó gestiones necesarias para aclarar los periodos que se encontraban mal declarados por el empleador.

Por lo expuesto y como se demuestra con la documentación probatoria del requerimiento de información y la respuesta de la Alcaldía Municipal de Cochabamba, esta Administradora cumplió la normativa citada, es más, posteriormente a la respuesta del empleador, realizó cuantas gestiones de cobro fueron necesarias para el cumplimiento de nuestro rol de buen padre de familia, se buscó una solución que beneficie a nuestro afiliado con una entidad por demás burocrática y de constantes cambios y/o rotaciones del personal responsable de la liquidación y pago de contribuciones al Seguro Social Obligatorio. Además se estableció que no se trataba de una omisión de los aportes del Sr. Alaca, sino de una regularización de los pagos efectuados en forma errónea.

Cargo N° 2.-

Los Decretos Supremos No. 25722 y 26131 en concordancia con el Artículo 23 de la Ley 1732 y 95 del Decreto Supremo 24469, disponen la obligatoriedad de iniciar el Proceso Ejecutivo Social a los 120 días de iniciada la mora o agotada la gestión de cobro por parte de la AFP, si es que el empleador no hubiese pagado las contribuciones en mora al SSO. Para el presente caso a continuación pongo a conocimiento de su autoridad las gestiones realizadas por la AFP para su consideración en el presente Recurso de Revocatoria:

- *En el proceso de verificación del Estado de Cuenta del Afiliado se identificó periodos faltantes y se iniciaron las gestiones de cobro a su empleador.*
- *Como resultado de las gestiones realizadas, la Alcaldía Municipal de Cochabamba respondió confirmando que los periodos faltantes y que generaron la gestión de cobro fueron pagados en los Formularios de Pago de Contribuciones siguientes:*

Periodo	***Monto***	***FPC***
Mar-04	*971.04*	*1344561*
Jun-04	*1040.4*	*1280991*
Ago-04	*1040.4*	*1438612*
Dic-04	*1040.4*	*1438618*

- *La AFP revisó los Formularios de Pagos de Contribuciones (FPC) y los detalles de las Planillas Adjuntas, estableciendo que los periodos reclamados fueron pagados de forma errónea porque el periodo declarado no coincidía con el periodo reportado en los Detalles de Planillas.*

- *Identificadas las declaraciones juradas erróneas que generaron el inició de la gestión de cobro, se realizó un proceso de conciliación agotando todos los medios necesarios (diversas reuniones, notas, llamadas telefónicas, etc.) para que la Alcaldía Municipal de Cochabamba corrija las mismas, conciliación que se dilató por la dificultad en la comprensión de los personeros y representantes de la Alcaldía, además de la constante rotación de los funcionarios encargados del pago de aportes, en cuyos casos se empezó de cero la conciliación.*

- *Terminado el proceso de conciliación, la Alcaldía Municipal de Cochabamba solicitó la regularización de los periodos cancelados de forma errada, para lo cual se debía realizar un proceso de reversión de las planillas a corregir, proceso que no pudo realizarse porque existían cálculos para la pensión de jubilación del afiliado señor Zenón Antezana, quien no había firmado su Contrato hasta ese momento.*

- *Una vez liberadas las planillas (cuando el solicitante de Jubilación concluyó su trámite), la AFP procesó el requerimiento solicitado por el empleador.*

Como su autoridad podrá colegir, los periodos reclamados al empleador no se encontraban en mora, sino que fueron pagados de forma errónea.

Esta Administradora realizó las gestiones descritas dentro de un proceso conciliatorio con el empleador por analogía a lo instruido en la nota cite SPVS-IP-DC-2361/2004, obteniendo como resultado la reversión y posterior acreditación de las declaraciones juradas realizadas por el empleador.

Asimismo, su autoridad podrá colegir que no correspondía el inicio del Proceso Ejecutivo Social porque se tenía evidencia de que ***no se trababa de una omisión de aportes (deuda efectiva)*** *y porque obtuvo la documentación del empleador que permitía la regularización de los pagos errados.*

Cargo N° 3.-

Por la prueba documental adjunta al Recurso de Revocatoria se demostró plenamente que esta AFP realizó las gestiones necesarias para solucionar las contribuciones mal declaradas por el empleador, bajo la premisa de asegurar la continuidad de los medios de subsistencia del afiliado y su grupo familiar, cumpliendo de esta manera nuestra obligación contractual y legal de buen padre de familia.

Legal y contractualmente no existe una definición exacta y precisa de lo que se debe entender por un "buen Padre de Familia", este concepto esta (sic) *relacionado a la determinación del grado de la culpa en el cumplimiento de las obligaciones. La culpa se entiende como la no intencionalidad en el incumplimiento de las obligaciones y varía según la intensidad de la negligencia.*

La Ley de Pensiones en su Artículo 49 inciso b) define como una de las funciones de la SPVS: "Regular, controlar y supervisar el seguro social obligatorio de largo plazo y los beneficios provenientes de la capitalización", al amparo de esta norma y la falta de una definición precisa del concepto de buen padre de familia (contractual y legalmente), la ex SPVS y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones puede normar y

exigir el cumplimiento de determinados actos, que a su entender, van en beneficio de los Afiliados al SSO, empero, bajo el concepto de: "El buen padre de familia es la representación imperecedera y a la verdad eficacísima, de un tipo de hombre que cuida de los propios intereses, ajeno simultáneamente a las ligerezas y descuidos que muy a menudo ponen en peligro el buen éxito. La diligencia que se conmensura al buen padre de familia es la diligencia en concreto, la usual en cada individuo. (Dr. BARBERO)" y bajo la premisa de que "Pedir más al deudor sería la más injusta y exorbitante exigencia; creer que se cumple con menos".

A continuación para sustentar nuestro rol de buen padre de familia, describo a usted las gestiones realizadas y que fueron de conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP: En fecha 13 de mayo del 2009, la Alcaldía remitió la nota D.F. No. 143/2009 en la que mencionó al Sr. Alaca, atendiendo la misma, esta Administradora remitió la nota CAR-284/09 del 03 de junio de 2009, en la cual solicitó la rectificación de los Formularios pagados erróneamente, haciendo referencia al caso que estaba siendo consultado. Todas las gestiones realizadas fueron orientadas a la consecución de la solución de todos los casos, de igual forma, en las diferentes reuniones que BBVA Previsión AFP regional Cochabamba, sostuvo con la Dirección de Recursos Humanos y la Dirección de Tesorería de la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba, se manifestó y aclaró que la rectificación debía ser presentada por todos los afiliados que figuran en las planillas pagadas erróneamente. Por las gestiones realizadas, la Alcaldía solicito (sic) *la rectificación de los Formularios de Pago de Contribuciones observados* ***por todos los afiliados con errores similares al del Sr. Alaca, consignados en dichas planillas.***

Todas las gestiones tanto escritas, telefónicas y personales a través de reuniones se llevaron a cabo con el fin de precautelar los intereses de todos nuestros afiliados, como lo haría un buen padre de familia. Adjunto fotocopias legalizadas de los Formularios de Pago de Contribuciones rectificados en los que se evidencia que en los detalles de los mismos se encuentran todos los afiliados que tenían igual situación a la del afiliado Alaca.

Cargo N° 4.-

Ninguna de las gestiones realizadas por esta AFP busca perjudicar a los afiliados y sus empleadores. Todas las medidas realizadas son efectuadas de buena fe, buscando siempre una solución que beneficie a los afiliados.

En el caso del Afiliado Alaca, por la falta de comprensión de su empleador, nos vimos en la necesidad de enviar la información de sus aportes a quien procesa el pago de contribuciones al Seguro Social Obligatorio retenidas al Salario del Afiliado en virtud de la relación laboral existente entre ambos información que el empleador tiene conocimiento como es el Total Ganado que percibe el Afiliado, con ello lo único que se buscó fue la demostración gráfica de la doble aportación de algunos periodos realizados por su empleador.

Cargo N° 5.-

Se debe tomar en cuenta que en el afán de conseguir la pronta solución del caso, esta

Administradora realizó las gestiones necesarias con el empleador, lo que finalmente tuvo un resultado positivo, por lo que solicitamos se considere que el error cometido al reportar periodos diferentes en las cartas de cobro, no obstruyó el resultado y mas bien las diferentes gestiones realizadas tanto por Oficina Nacional como por Oficina Regional surtieron su efecto.

Asimismo, es bueno manifestar que BBVA Previsión AFP S.A. en la gestiones de cobranza siempre ha procurado obtener resultados para beneficio de los afiliados en cumplimiento al Artículo 142 del Decreto Supremo 24436 que establece que la AFP debe conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP para el cumplimiento de sus fines, debe toma decisiones y ejecutarlas en el marco de la Ley. Al decidir generalmente crea situaciones jurídicas que dan origen a los actos administrativos.

El Artículo 27 de la Ley N° 2341 considera acto administrativo:"Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Los cargos por los cuales se nos sanciona no fueron provocados de manera preterintencional y en el resultado no existen el beneficio propio a la AFP por lo que a criterio de esta Administradora las sanciones establecidas en la Resolución impugnada son excesivas.

V. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 244-2011 DE 18 DE AGOSTO DE 2011 DE IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 189 de 23 de agosto de 2010",*** *y a la vez revoque* ***LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 189/2010*** *en aplicación del artículo 43 inciso b) del reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A."*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

De los antecedentes que se cuenta en el expediente de autos, se tiene que la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba, declaró las planillas de los periodos de marzo y abril de 2004, en el Formulario de Pago de Contribuciones Nº 1344561, correspondiente al periodo de abril/2004, los cuales fueron acreditados en el mes de abril/2004.

De la misma manera en el Formulario de Pago de Contribuciones Nº 1280991 correspondiente al período de julio/2004, el empleador declaró las planillas de junio y julio de 2004, y la Administradora de Fondos de Pensiones acreditó de acuerdo a norma al período declarado (julio/2004).

Toda vez que los Formularios de Pago de Contribuciones de abril/2004 y julio/2004 fueron declarados incorrectamente por el empleador, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó su rectificación.

Asimismo, se tiene que mediante Informe INF/AP/DPC/CO/V/018-2010 de 12 de febrero de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), señaló que:

> *"…La AFP mediante Nota Cite: CAR-284/09, de 03 de junio de 2009, le solicitó al Empleador que enmiende los errores de los Formularios de Pago, por los periodos mal cancelados,* ***solamente*** *por el Sr. Cándido Alaca, cuando mediante Nota Cite: PREV-CO-675-06, de 30 de noviembre de 2006, la AFP señala clara y enfáticamente que en los detalles de las planillas no figura solamente el Sr. Alaca sino* ***varios*** *de sus dependientes con periodos distintos al que indica el Formulario de Pago, por los que se hubieran realizado el pago en forma errónea..."*

Por tanto, mediante el **artículo séptimo** de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 29 de agosto de 2010, notificada el 13 de septiembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), estableció que:

> *"…En* ***el plazo de quince (15) días hábiles*** *administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, BBVA Previsión AFP S.A., deberá* ***informar*** *a esta entidad sobre la regularización de todos los Afiliados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004, pagados erróneamente por el empleador, Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba."*
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

1.2. En cuanto al cumplimiento de la obligación.-

Que es importante señalar que el presente análisis sólo se circunscribirá a determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha actuado conforme a derecho, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por

BBVA Previsión AFP S.A., ya que el recurrente argumenta que habría cumplido con la obligación dispuesta en el artículo séptimo de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 29 de agosto de 2010, el cual hacía referencia a que una vez realizada la regularización de todos los Afiliados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos de abril/2004 y julio/2004, BBVA Previsión AFP S.A. debería informar al Ente Regulador tal situación, hecho que fue cumplido, por lo que a decir del recurrente el Recurso debió ser admitido y posteriormente resuelto.

Ahora bien, de la revisión del expediente administrativo se tiene que mediante nota PREV-OP 1272/10/2010 de 04 de octubre de 2010, recibida en la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en fecha 06 de octubre de 2010, BBVA Previsión AFP S.A. comunicó lo siguiente:

> *"En respuesta a la Resolución Administrativa en su punto séptimo, sobre la regularización de todos los afiliados que se encuentran en los Formularios de Contribuciones en los periodos de abril y julio de 2004, le informamos lo siguiente:*
>
> - *Se recibe una solicitud de rectificación de planillas del empleador en fecha 15 de abril de 2010.*
> - *No se procesa la solicitud, debido a que los Formularios de Pago de contribuciones para los periodos abril y julio de 2004, no podían ser modificados ya que estaban comprometidos con la propuesta de Jubilación del afiliado Antezana Zenón con NUA 15362114.*
> - *En fecha 4 de agosto de 2010 una vez que las planillas se desmarcaron de la propuesta de jubilación pendiente, se actualizan las planillas según lo requerido por el empleador…"*

De lo transcrito se tiene que la Administradora de Fondos de Pensiones, cumplió con la obligación de **informar** la regularización conforme se evidencia de los actuados del proceso, sin embargo de ello el artículo séptimo de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 29 de agosto de 2010, refiere que el plazo para informar la regularización de todos los Afiliados que se encontraban en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004, pagados erróneamente por el empleador, Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba, **era de quince (15) días hábiles administrativos** de notificada la mencionada Resolución Administrativa.

Al respecto, la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 29 de agosto de 2010, fue notificada a BBVA Previsión AFP S.A. en fecha 13 de septiembre de 2010, cuyo plazo para remitir la información sobre la regularización de las planillas vencía el **4 de octubre de 2010**, sin embargo, la nota PREV-OP 1272/10/2010 si bien es de fecha 4 de octubre de 2010, la misma fue recepcionada en la entonces Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) en fecha **6 de octubre de 2010**, fuera del plazo establecido.

Asimismo, con el fin de buscar la verdad material, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 285/2011 de fecha 23 de noviembre de 2011, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, información

complementaria respecto a la fecha de recepción de la nota PREV-OP 1272/2010 de 4 de octubre de 2010, la cual fue atendida por la Entidad Reguladora mediante nota APS/5238/2011 de 30 de noviembre de 2011, señalando lo siguiente:

> *"…Acusamos recibo de la nota de referencia, presentada en esta Autoridad en fecha 28 de noviembre de 2011, mediante la cual solicita informe sobre la fecha de recepción de la nota PREV-OP 1272/10/2010 de 04 de octubre de 2010 y, si es que la misma fue presentada en la sucursal de Santa Cruz.*
>
> *Al respecto, corresponde informar que la nota PREV-OP 1272/10/2010 de 04 de octubre de 2010,* ***fue recibida en la oficina central de la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, cuyo sello de recepción figura con fecha 6 de octubre de 2010…"***

En ese entendido, queda claro que si bien BBVA Previsión AFP S.A. informó a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la regularización de las planillas correspondientes a los periodos de abril/2004 y julio/2004, la misma fue comunicada fuera del plazo establecido en el artículo séptimo de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 29 de agosto de 2010.

Por lo tanto, este hecho hace que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 244-2011 de 18 de agosto de 2011, declare improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por BBVA PREVISIÓN AFP S.A. contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010, actuando conforme a derecho; en razón a que como se dijo antes la Administradora de Fondos de Pensiones, si bien demostró el cumplimiento de la obligación determinada en el artículo séptimo de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 23 de agosto de 2010, la misma se encontraba fuera del plazo establecido, siendo que la misma fue presentada dos día después del plazo establecido.

Que ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2011 de 30 de marzo de 2011, en cuanto a los requisitos para la admisión y posterior resolución del Recurso de Revocatoria determinó:

> *"…Los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento". (Negrillas y subrayado son nuestros).*
> *De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento ya sea de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo…"*
>
> *"...Que en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:*

*"**OBLIGACIÓN.-** La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa (…)"*

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto BBVA Previsión AFP S.A., contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010, toda vez que éste no ha cumplido de manera oportuna con lo señalado en el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, asimismo y no menos importante, es que este Ministerio, no puede entrar al análisis de fondo, debido a que no tiene competencia ya que el presente Recurso versa en cuanto a la improcedencia o procedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 244-2011 de 18 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el recurso presentado contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de de 23 de agosto de 2010,y no así sobre los temas de fondo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a), del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **Confirmar** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 244-2011 de 18 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el recurso contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de de 23 de agosto de 2010.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 DE 23 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 002/2012 DE 19 DE ENERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 002/2012

La Paz, 19 de enero 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 de 23 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 de 09 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 43/2011 de fecha 1 de diciembre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 155/2011 de fecha 21 de diciembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 de 23 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 de 9 de junio de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 21 de septiembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 26 de septiembre de 2011.

Que, el 28 de octubre de 2011, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones.**

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DPC/241/2011 DE 21 DE ABRIL DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota AP/DJ/DPC/241/2011 de fecha 21 de abril de 2011, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

"…***II.- IMPUTACIÓN DE CARGOS:***

CARGO N° 1

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

El incumplimiento ha sido detectado en los siguientes PES:

***Empleador:** Lloyd Aéreo Boliviano (LAB) con NIT 1023261024, procesos radicados en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Cochabamba.*

***Recargo:** Asegurado Johnny René Ibañez Barriga con NUA 9922763.*

- *Nota de Débito N° 1-03-2008-00073 de 18 de febrero de 2008, emitida por concepto de Recargos, iniciándose el PES con la demanda presentada el 28 de febrero de 2008.*
- *Mediante Auto Intimatorio de Pago de 04 de marzo de 2008, el Juez instruye a la parte demandada el pago de lo adeudado, dentro del tercer día de su legal notificación.*
- *El Abogado patrocinante, Dr. Oscar Claure Villarroel, mediante nota de 23 de marzo de 2009, remitida a Futuro de Bolivia S.A. AFP, le hace conocer la intención de no continuar patrocinando los mencionados PES.*
- *Entre el Auto Intimatorio de Pago y la nota presentada por el Dr. Claure, comprende un periodo de 384 días sin movimiento procesal evidente, en el expediente remitido.*

- *Mediante memorial de 14 de septiembre de 2009, la parte demandante solicita al Juez proseguir con la tramitación del PES ya que el mismo fue acumulado al Proceso de Quiebra instaurado por los antiguos trabajadores del LAB.*

Recargo: *Asegurado Luis Suaznabar Zurita con NUA 19190165.*

- *La Sala Social y Administrativa se pronuncia mediante Auto de Vista N° 244/2008 de 12 de agosto de 2008, con el cual confirma en su totalidad la Sentencia apelada, cabe señalar que los casos remitidos a esta Sala son atendidos en orden cronológico de arribo* (sic).
- *Asimismo, la Sala Social Administrativa, mediante Auto de 09 septiembre de 2008, declara la Ejecutoria de la Sentencia.*
- *Se remite el expediente al Juzgado de Trabajo y Seguridad que conoció el proceso en primera instancia, en fecha 11 de septiembre de 2008.*
- *Como último actuado evidente en el expediente remitido, se tiene al memorial de 03 de noviembre de 2009, presentado por la parte demandante, mediante el cual se apersona y establece nuevo domicilio procesal.*
- *Entre la remisión del expediente y el último memorial que antecede, se advierte un periodo comprendido de 418 días sin movimiento procesal evidente en el expedienté foliado remitido.*

Recargo: *Asegurado Octavio Nemer Chire Salinas con NUA 5046038.*

- *La Sala Social y Administrativa se pronuncia mediante Auto de Vista N° 177/2008 de 28 de mayo de 2008, mediante el cual confirma en su totalidad la Sentencia apelada, cabe señalar que los casos remitidos a esta Sala son atendidos en orden cronológico de arribo. Asimismo, en fecha 22 de julio de 2008, la misma Sala determina la ejecutoria del Auto de Vista N° 177/2008.*
- *En fecha 28 de julio de 2008, la Sala Social y Administrativa remite el expediente original al Juzgado que conoció el proceso en primera instancia.*
- *Como último actuado evidente en el expediente se tiene al memorial de 03 de noviembre de 2009, mediante el cual la parte demandante solicita la ejecutoria de la Sentencia.*
- *Entre la devolución del expediente y el último memorial que antecede, transcurre un periodo comprendido de 463 días sin movimiento procesal evidente en el expediente remitido.*

Recargo: *Asegurado Simón Ríos Limachi con NUA 26623973.*

- *La parte demandante, mediante memorial de 12 de diciembre de 2007, solicita la extensión de fotocopias legalizadas.*
- *En fecha 13 de enero de 2009, se dicta Sentencia Probatoria a favor del demandante, Futuro de Bolivia S.A. AFP.*
- *Entre el último memorial de solicitud de fotocopias legalizadas que antecede y la Sentencia dictada en fecha 13 de enero de 2009, transcurre un periodo de 398 días sin movimiento procesal evidente en el expediente remitido.*
- *El representante del LAB presenta Recurso de Apelación, en fecha 06 de abril de 2009, en contra de la Sentencia dictada.*

Recargo: *Asegurado Remberto Troncoso Aguilar con NUA 30594510.*

- *Nota de Débito N° 1-03-2008-00127 de 01 de julio de 2008, emitida por concepto de Recargos, iniciándose el PES con la demanda presentada el 01 de julio de 2008.*
- *Mediante Auto Intimatorio de Pago de 03 de julio de 2008, el Juez instruye a la parte demandada el pago de lo adeudado, dentro del tercer día de su legal notificación.*
- *Mediante representación de 20 de noviembre de 2009, efectuada por el Oficial de Diligencias se comunica al Juez que el representante del LAB no pudo ser hallado en la misma fecha de la representación, para su respectiva notificación con la demanda.*
- *Entre el Auto Intimatorio de Pago y la Representación del Oficial de Diligencias que anteceden, comprende un periodo de 505 días sin movimiento procesal evidente en el expediente foliado remitido.*
- *Mediante memorial de 25 de noviembre de 2009, la parte demandante se apersona con nuevo representante legal para el conocimiento de futuras actuaciones dentro del proceso.*

Recargo: *Asegurado Efraín Saravia Mayta con NUA 26510789.*

- *Nota de Débito N° 1-03-2008-00074 de 22 de febrero de 2008, emitida por concepto de Recargos, iniciándose el PES con la demanda presentada el 03 de marzo de 2008.*
- *Mediante Auto Intimatorio de Pago de 05 de marzo de 2008, el Juez instruye a la parte demandada el pago de lo adeudado, dentro del tercer día de su legal notificación.*
- *Mediante representación de 20 de noviembre de 2009, efectuada por el Oficial de Diligencias se comunica al Juez que el representante del LAB no pudo ser hallado en la misma fecha de la representación, para su respectiva notificación con la demanda.*
- *Entre el Auto Intimatorio de Pago y la Representación del Oficial de Diligencias que anteceden, comprende un periodo de 625 días sin movimiento procesal evidente, en el expediente foliado remitido.*
- *Mediante memorial de 25 de noviembre de 2009, la parte demandante se apersona con un nuevo representante legal para el conocimiento de futuras actuaciones dentro del proceso.*

Recargo: *Asegurada Sonia Valverde Mercado con NUA 26973108.*

- *Nota de Débito N° 1-03-2007-000174 de 15 de octubre de 2007, emitida por concepto de Recargos, iniciándose el PES con la demanda presentada el 17 de octubre del 2007.*
- *Mediante Auto Intimatorio de Pago de 20 de noviembre del 2007, el Juez Instruye a la parte demandada el pago de lo adeudado, dentro del tercer día de su legal notificación.*
- *La parte demandante presenta memorial en fecha 12 de diciembre de 2007, solicitando fotocopias legalizadas del expediente.*

- *Mediante representación de 11 de marzo de 2008, efectuada por el Oficial de Diligencias se comunica al Juez que el representante del LAB no pudo ser hallado en la misma fecha de la representación, para su respectiva notificación con la demanda. Asimismo, mediante Auto de 12 de marzo de 2008 se instruye que se cite mediante cédula al representante legal de la parte demandada.*
- *El demandado mediante memorial de 23 de noviembre de 2009, respondió a la demanda y opuso excepciones.*
- *Entre al Auto de 12 de marzo de 2008 y la respuesta a la demanda por parte del representante legal de la parte demandada comprende un periodo de 621 días sin movimiento procesal evidente en el expediente foliado remitido. Mediante Auto de 25 de noviembre de 2009, el Juez determina 10 días de prueba para ambas partes a fin de acreditar las aseveraciones planteadas.*

CARGO N° 2

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

El incumplimiento ha sido detectado en el siguiente PES:

Empleador: Ingeniería y Construcciones ALFA Ltda. con NIT 1015455022, proceso radicado en el Juzgado 3o de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz.

***Recargo:** Asegurado José Weliz Gutiérrez con NUA 21618628.*

- *Nota de, Débito N° 1-07-2006-00022 de 17 de mayo de 2006, emitida por concepto de Recargos, ampliándose la demanda mediante memorial presentado el 29 de mayo de 2006.*
- *El presente caso por Recargo fue acumulado al PES principal iniciado por los aportes en mora devengados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, mismo que fue iniciado mediante Nota de Débito N° 1-07-2003-00105 de 24 de julio 2003, con la presentación de la demanda en fecha 11 de agosto 2003.*
- *Del análisis realizado al citado caso se puede evidenciar que el proceso fue llevado a cabo con las diligencias necesarias hasta la gestión 2006, **posterior a esa fecha, no se evidencia más actuados procesales, por lo que existirían indicios de abandono al proceso**.*

CARGO N° 3

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la

paralización injustificada de las actuaciones procesales; produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

El incumplimiento ha sido detectado en los siguientes PES:
***Empleador:** Avicaya Limitada con NIT 125525021, procesos radicados en los Juzgados 1° y 2° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Oruro.*

***Recargo:** Asegurado Zacarías Gabriel Valero con NUA 8240553.*

- *En fecha 18 de noviembre 2008, se dicta Sentencia Probatoria a favor del demandante, Futuro de Bolivia S.A. AFP.*
- *Mediante memorial de 12 de diciembre de 2008, la parte demandante vuelve a solicitar Orden Instruida para la notificación a la parte demandada con la Sentencia probatoria a favor de la parte demandante.*
- *La parte demandante solicita mediante memorial de 04 de septiembre de 2009, fotocopias simples del expediente judicial.*
- *Entre los dos últimos memoriales que anteceden, se comprende un periodo de 266 días sin movimiento procesal evidente en el expediente foliado remitido.*
- *Mediante memorial de 28 de octubre de 2009, se solicita al Juez disponer la notificación a la parte demandada con la Sentencia.*
- *Mediante memorial de 08 de enero de 2010 y 09 de marzo de 2010 se solicita fotocopias simples del expediente judicial.*

***Recargo:** Asegurado Víctor Gutiérrez Valero con NUA 9187698.*

- *Mediante memorial de 03 de diciembre de 2008, la parte demandante solicita el desglose de la Orden Instruida debido a un error por parte del Oficial de Diligencias. Al respecto, el Juez mediante Auto de 05 de diciembre de 2008, otorga lo solicitado en memorial que antecede.*
- *Mediante memorial de 04 de septiembre de 2009, la parte demandante solicita fotocopias simples del expediente judicial.*
- *Entre el Auto de 05 de diciembre de 2008 y el memorial que antecede, se comprende un periodo de 273 días sin movimiento procesal evidente en el expediente foliado remitido.*
- *En fecha 29 de octubre de 2009, la parte demandante solicita al Juez la ejecutoría de la Sentencia. Al respecto, la Autoridad Jurisdiccional mediante Auto de 03 de noviembre de 2009, señala al demandante dirigir sus actuados conforme a los datos del proceso, considerando que aún no se habría dictado Sentencia, lo que evidencia falta de seguimiento diligente al PES.*
- *Mediante memoriales de 08 de enero de 2010 y 09 de marzo de 2010, solicita fotocopias simples del proceso.*

CARGO N° 4

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el

artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

El incumplimiento ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador:** Flores Montero Lenny Silvestre con NIT 1959811010, proceso radicado en el Juzgado 5° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz.*

***Recargo:** Aseguradas Victoria Mamani Sirpa con NUA 11892092 y Gloria Vaca Juárez con NUA 33225588.*

- *En fecha 09 de enero de 2009, el representante de la parte demandante comparece ante el Juez a fin de prestar juramento de desconocimiento del domicilio de la parte demandada.*
- *Mediante memorial de 15 de marzo de 2009, la parte demandante solicita al Juez dicte Sentencia probatoria.*
- *Mediante memorial de 13 de octubre de 2009, la parte demandante reitera al Juez dicte Sentencia probatoria.*
- *Entre los dos últimos memoriales que anteceden sobre solicitud para dictar Sentencia, comprende un periodo de 212 días sin movimiento procesal evidente en el expediente foliado remitido.*
- *Mediante memorial de 25 de febrero de 2010, por tercera vez la parte demandante solicita se dicte Sentencia probatoria.*
- *El Juez dicta Sentencia probatoria a favor de la parte demandante en fecha 10 de marzo de 2010.*

CARGO N° 5

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

El incumplimiento ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador:** Gigio S.R.L. con RUC 5106540 proceso radicado en el Juzgado 1° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz.*

***Recargo:** Asegurado Bernardo Saavedra Claros con NUA 17875663.*

- *El Juez dicta Sentencia probatoria a favor de la parte demandante en fecha 03 de marzo de 2009.*
- *Mediante memorial de 23 de abril de 2009, solicita corrección de la Sentencia dictada en cuanto al correcto nombre de la empresa demandada.*

- *Mediante memorial de 25 de febrero de 2010, la parte demandante solicita se dicte la Ejecutoría de la Sentencia.*
- *Entre los dos últimos memoriales que anteceden se comprende un periodo de 308 días sin movimiento procesal evidente en el expediente foliado remitido.*

CARGO N° 6

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

El incumplimiento ha sido detectado en el siguiente PES:
***Empleador:** Cordova Gutiérrez Donato con RUC 7068700 proceso radicado en el Juzgado 2° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Oruro.*

***Recargo:** Asegurado Víctor Chungara Muruchi con NUA 27429477.*

- *El Juez dicta Sentencia probatoria a favor de la parte demandante en fecha 13 de junio de 2008.*
- *La parte demandada presenta memorial de 17 de julio de 2008, mediante el cual apela la Sentencia dictada.*
- *En fecha 19 de agosto de 2008, el Juez remite el expediente a la Sala Social Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Oruro, para la resolución de la apelación planteada.*
- *La Sala Social y Administrativa se pronuncia mediante Auto de Vista N° 22/2009 de 30 de marzo de 2009, mediante el cual confirma en su totalidad la Sentencia apelada, cabe señalar que los casos remitidos a esta Sala son atendidos en orden cronológico de arribo.*
- *En fecha 27 de abril de 2009, la Sala Social Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Oruro, devuelve el expediente al Juez que conoció el proceso en primera instancia.*
- *Mediante memoriales de 04 de septiembre de 2009, 21 de septiembre de 2009, 12 de octubre de 2009, 29 de octubre de 2009, 08 de enero de 2010 y 09 de marzo de 2010 la parte demandante solicita fotocopias simples del expediente judicial; sin embargo, la AFP en conocimiento del Auto de Vista que confirma la sentencia, no habría realizado los actos correspondientes a la fase de la ejecución, para la recuperación de los adeudos al SSO de largo plazo.*

CARGO N° 7

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la

paralización injustificada de las actuaciones procesales; produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

El incumplimiento ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador:** Ballyco Enterprises S.R.L con NIT 1028711028 proceso radicado en el Juzgado 3° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz.*

Recargo: Asegurada Skarlin Gabriela Bascope Rosales con NUA 26804116.

- *Mediante memorial de 27 de febrero de 2008, la parte demandante solicita al Juez rectificación del último Auto mediante el cual rectifica el error en el cual incurre referente a la inclusión del monto adeudado por el concepto de Recargo.*
- *La parte demandante interpone Recurso de Apelación mediante memorial de 21 de abril de 2008.*
- *Hasta el presente no se evidencia movimiento procesal y seguimiento a las actuaciones, que exprese el control y seguimiento por la AFP en el PES. Por lo que se advierte además indicios de abandono al proceso.*

CARGO N° 8

Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y la nota AP/DPC/CO/514/2010 de 26 de febrero de 2006 (sic), al evidenciar que el expediente del PES correspondiente al Empleador Espada Carvajal José, respecto al Asegurado Mario Freddy Rocha Quiroz, no fue remitido por la AFP a esta Autoridad…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.AL.0847/2011 recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el 26 de mayo de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP comunica lo siguiente:

*"…**Consideración Previa, Necesaria y Aplicable a todos los Cargos Imputados***
A fin de garantizar el irrestricto derecho a la defensa que nos asiste, garantizando de esta manera la aplicación de las reglas del debido proceso administrativo, es necesario esgrimir las siguientes consideraciones necesarias y que deben ser considerados para todos los cargos imputados:

Falta de Tipicidad:

El artículo 73 de la Ley de procedimiento Administrativo establece el Principio de Tipicidad que debe regir en el procedimiento administrativo al señalar que, sic. "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Sobre el particular proceso instaurado contra nuestra Administradora cabe señalar que su Autoridad no ha configurado de manera alguna como se hubiera infringido, lo dispuesto por los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N| 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; ni lo dispuesto por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero

de 1997 y artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004. Toda vez que de la revisión de los expedientes se tiene que nuestra AFP como obligación emanada del artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 y la facultad conferida por el artículo 23 de la ya citada Ley de Pensiones; concordante con lo dispuesto por el artículo 12 del decreto (sic) *Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por los empleadores, sin otorgar ningún tipo de condonación.*

Falta de Congruencia

Como consecuencia de lo anterior se tiene, que los indicios de infracción a normativa que está directamente relacionada a la obligación que tiene nuestra AFP de iniciar los PES para perseguir el cobro de deudas al SSO, no guarda relación con el cargo imputado, que es una supuesta paralización injustificada de las actuaciones procesales, lo que hubiera producido una interrupción del trámite procesal y la postergación de sus efectos, viciando de esta manera desde su inicio este proceso administrativo.

Descargos

CARGO N° 1

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 por los Procesos Ejecutivos Sociales seguidos contra el Empleador Lloyd Aéreo Boliviano (LAB) con NIT 1023261024, por lo que pasamos a detallar los actuados procesales correspondientes a cada caso, los mismos que desvirtúan la imputación efectuada por su Autoridad:

LLOYD AEREO BOLIVIANO.
(Jhonny René Ibáñez Barriga NUA 9922763)

- *El presente proceso fue iniciado mediante ND. 1-03-2008-00073, consiguiendo que el juzgador emita el auto intimatorio ordenando al ejecutado la cancelación de lo adeudado por concepto de recargo a favor del afiliado Jhonny René Ibáñez Barriga.*
- *La demora de 384 días no es atribuible a una supuesta dilación procesal, ya que esta obedece única y exclusivamente al cumplimiento estricto del Auto de fecha 21 de noviembre del 2007 emitido por el Dr. Basilio Cruz Chilo, Juez 7° de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, quien ordenó la acumulación del presente proceso, al proceso* (sic) *de quiebra instaurada por los ex trabajadores del Lloyd Aéreo Boliviano.*

  En cumplimiento al numeral 12 de la parte resolutiva del mencionado auto se dispuso lo siguiente: "12) De conformidad con el Art. 1591 de Código de Comercio se ordena la acumulación al procedimiento de esta quiebra que dados los juicios de contenido patrimonial que se tramitaren contra el quebrado en todos los a Juzgados de la Jurisdicción Nacional como del extranjero…"

"…. a cuyo efecto notifíquese a los respectivos jueces de este distrito judicial y sea mediante ordenes (sic) *instruidas y exhortos suplicatorios correspondientes a los juzgados que están fuera de esta jurisdicción o del extranjero."*

Como se puede evidenciar la demora no fue atribuible a nuestra empresa, sino a una orden judicial que evito (sic) *su tramitación y prosecución, cumpliendo a cabalidad las ordenes* (sic) *emitidas por el Órgano Jurisdiccional, trámite que duró aproximadamente 1 año y 5 meses en virtud a la orden de desacumulación ordenada mediante Auto de fecha 29 de abril del 2009 por la Dra. Teresa Arana Aracena, Juez 1° de Partido de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba.*

LLOYD AEREO BOLIVIANO.
(Luis Suaznabar Zurita NUA 19190165)

- *La demora de 418 días no es atribuible a una supuesta dilación procesal, ya que esta obedece única y exclusivamente al cumplimiento estricto del Auto de fecha 21 de noviembre del 2007 emitido por el Dr. Basilio Cruz Chilo, Juez 7° de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, quien ordenó la acumulación del presente proceso, al proceso* (sic) *de quiebra instaurada por los ex trabajadores del Lloyd Aéreo Boliviano. En cumplimiento al numeral 12 de la parte resolutiva del mencionado auto se dispuso lo siguiente: "12) De conformidad con el Art. 1591 del Código de Comercio se ordena la acumulación al procedimiento de esta quiebra de todos los juicios de contenido patrimonial que se tramitaren contra el quebrado en todos los Juzgados de la Jurisdicción Nacional como del extranjero..." "…. a cuyo efecto notifíquese a los respectivos jueces de este distrito judicial y sea mediante ordenes* (sic) *instruidas y exhortos suplicatorios correspondientes a los juzgados que están fuera de esta jurisdicción o del extranjero."*
  Como se puede evidenciar la demora no fue atribuible a nuestra empresa, sino a una orden judicial que evito su tramitación y prosecución, cumpliendo a cabalidad las ordenes (sic) *emitidas por el Órgano Jurisdiccional, trámite que duró aproximadamente 1 año y 5 meses en virtud a la orden de des acumulación ordenada mediante Auto de fecha 29 de abril del 2009 por la Dra. Teresa Arana Aracena, Juez 1° de Partido de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba."*
- *Sin embargo, es importante que su autoridad considere que la causa se encontraba con sentencia plenamente ejecutoriada es decir pasada en autoridad de cosa juzgada.*
- *Toda vez que el objetivo de todo proceso es la sentencia, consiguientemente la cosa juzgada es considerada como la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada, en ese entendido una vez que se ordenó la des acumulación de los procesos judiciales instaurados por nuestra empresa contra el LAB se procedió a la averiguación de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al LAB.*

LLOYD AEREO BOLIVIANO. (Octavio Nemer Chire Salinas NUA 5046038)

- *La demora de 463 días no es atribuible a una supuesta dilación procesal, ya que esta obedece única y exclusivamente al cumplimiento estricto del Auto de fecha*

21 de noviembre del 2007 emitido por el Dr. Basilio Cruz Chilo, Juez 7° de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, quien ordenó la acumulación del presente proceso, al proceso (sic) *de quiebra instaurada por los ex trabajadores del Lloyd Aéreo Boliviano. En cumplimiento al numeral 12 de la parte resolutiva del mencionado auto se dispuso lo siguiente: "12) De conformidad con el Art. 1591 del Código de Comercio se ordena la acumulación al procedimiento de esta quiebra de todos los juicios de contenido patrimonial que se tramitaren contra el quebrado en todos los Juzgados de la Jurisdicción Nacional como del extranjero..." ".... a cuyo efecto notifíquese a los respectivos jueces de este distrito judicial y sea mediante ordenes* (sic) *instruidas y exhortos suplicatorios correspondientes a los juzgados que están fuera de esta jurisdicción o del extranjero."*

Como se puede evidenciar la demora no fue atribuible a nuestra empresa, sino a una orden judicial que evito (sic) *su tramitación y prosecución, cumpliendo a cabalidad las ordenes* (sic) *emitidas por el Órgano Jurisdiccional, trámite que duró aproximadamente 1 año y 5 meses en virtud a la orden de des acumulación* (sic) *ordenada mediante Auto de fecha 29 de abril del 2009 por la Dra. Teresa Arana Aracena, Juez 1° de Partido de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba.*

- *Sin embargo, es importante que su autoridad considere que la causa se encontraba con sentencia plenamente ejecutoriada es decir pasada en autoridad de cosa juzgada.*
- *Toda vez que el objetivo de todo proceso es la sentencia, consiguientemente la cosa juzgada es considerada como la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada, en ese entendido una vez que se ordenó la des acumulación* (sic) *de los procesos judiciales instaurados por nuestra empresa contra el LAB se procedió a la averiguación de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al LAB.*

LLOYD AEREO BOLIVIANO. (Simón Ríos Limachi NUA 26623973)

- *La demora de 398 días no es atribuible a una supuesta dilación procesal, ya que esta obedece única y exclusivamente al cumplimiento estricto del Auto de fecha 21 de noviembre del 2007 emitido por el Dr. Basilio Cruz Chilo, Juez 1° de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, quien ordenó la acumulación del presente proceso, al proceso* (sic)*de quiebra instaurada por los ex trabajadores del Lloyd Aéreo Boliviano. En cumplimiento al numeral 12 de la parte resolutiva del mencionado auto se dispuso lo siguiente: "12) De conformidad con el Art. 1591 del Código de Comercio se ordena la acumulación al procedimiento de esta quiebra de todos los juicios de contenido patrimonial que se tramitaren contra el quebrado en todos los Juzgados de la Jurisdicción Nacional como del extranjero..." ".... a cuyo efecto notifíquese a los respectivos jueces de este distrito judicial y sea mediante órdenes instruidas y exhortos suplicatorios correspondientes a los juzgados que están fuera de esta jurisdicción o del extranjero."*

  Como se puede evidenciar la demora no fue atribuible a nuestra empresa, sino a una orden judicial que evito (sic) *su tramitación y prosecución, cumpliendo a*

cabalidad las ordenes (sic) *emitidas por el Órgano Jurisdiccional, trámite que duró aproximadamente 1 año y 5 meses en virtud a la orden de des acumulación ordenada mediante Auto de fecha 29 de abril del 2009 por la Dra. Teresa Arana Aracena, Juez 1° de Partido de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba.*

LLOYD AEREO BOLIVIANO. (Remberto Troncoso Aguilar NUA 30594510)

- *Al amparo del art. 29 de la Ley 1760 (Ley de Abreviación Procesal Civil) en el que establece que el embargo y cualquier otra medida precautoria se ejecutaran antes de la citación con la demanda al ejecutado, nuestra empresa se encontraba procediendo a la averiguación de bienes ordenadas mediante auto intimatorio de pago, hasta que llegó la orden judicial del Juzgado 7° de Partido en lo Civil.*
- *La demora de 505 días no es atribuible a una supuesta dilación procesal, ya que esta obedece única y exclusivamente al cumplimiento estricto del Auto de fecha 21 de noviembre del 2007 emitido por el Dr. Basilio Cruz Chilo, Juez 7° de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, quien ordenó la acumulación del presente proceso, al proceso* (sic) *de quiebra instaurada por los ex trabajadores del Lloyd Aéreo Boliviano. En cumplimiento al numeral 12 de la parte resolutiva del mencionado auto se dispuso lo siguiente: "12) De conformidad con el Art. 1591 del Código de Comercio se ordena la acumulación al procedimiento de esta quiebra de todos los juicios de contenido patrimonial que se tramitaren contra el quebrado en todos los Juzgados de la Jurisdicción Nacional como del extranjero..." "... a cuyo efecto notifíquese a los respectivos jueces de este distrito judicial y sea mediante órdenes instruidas y exhortos suplicatorios correspondientes a los juzgados que están fuera de esta jurisdicción o del extranjero."*
  Como se puede evidenciar la demora no fue atribuible a nuestra empresa, sino a una orden judicial que evito (sic) *su tramitación y prosecución, cumpliendo a cabalidad las ordenes* (sic) *emitidas por el Órgano Jurisdiccional, trámite que duró aproximadamente 1 año y 5 meses en virtud a la orden de des acumulación* (sic) *ordenada mediante Auto de fecha 29 de abril del 2009 por la Dra. Teresa Arana Aracena, Juez 1° de Partido de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba.*

LLOYD AEREO BOLIVIANO. (Efraín Saravia Mayta NUA 26510789)

- *Al amparo del art. 29 de la Ley 1760 (Ley de Abreviación Procesal Civil) en el que establece que el embargo y cualquier otra medida precautoria se ejecutaran antes de la citación con la demanda al ejecutado, nuestra empresa se encontraba procediendo a la averiguación de bienes ordenadas mediante auto intimatorio de pago, hasta que llegó la orden judicial del Juzgado 7° de Partido en lo Civil.*
- *La demora de 505 días no es atribuible a una supuesta dilación procesal, ya que esta obedece única y exclusivamente al cumplimiento estricto del Auto de fecha 21 de noviembre del 2007 emitido por el Dr. Basilio Cruz Chilo, Juez 7° de Partido*

en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, quien ordenó la acumulación del presente proceso, al proceso (sic) *de quiebra instaurada por los ex trabajadores del Lloyd Aéreo Boliviano. En cumplimiento al numeral 12 de la parte resolutiva del mencionado auto se dispuso lo siguiente: "12) De conformidad con el Art. 1591 del Código de Comercio se ordena la acumulación al procedimiento de esta quiebra de todos los juicios de contenido patrimonial que se tramitaren contra el quebrado en todos los juzgados de la Jurisdicción Nacional como del extranjero..." "…. a cuyo efecto notifíquese a los respectivos jueces de este distrito judicial y sea mediante órdenes instruidas y exhortos suplicatorios correspondientes a los juzgados que están fuera de esta jurisdicción o del extranjero."*

Como se puede evidenciar la demora no fue atribuible a nuestra empresa sino a una orden judicial que evito (sic) *su tramitación y prosecución, cumpliendo a cabalidad las ordenes* (sic) *emitidas por el Órgano Jurisdiccional, trámite que duró aproximadamente 1 año y 5 meses en virtud a la orden de des acumulación* (sic) *ordenada mediante Auto de fecha 29 de abril del 2009 por la Dra. Teresa Arana Aracena, Juez 1° de Partido de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba.*

LLOYD AEREO BOLIVIANO. (Sonia Valverde Mercado 26973108)

- *Al amparo del art. 29 de la Ley 1760 (Ley de Abreviación Procesal Civil) en el que establece que el embargo y cualquier otra medida precautoria se ejecutaran antes de la citación con la demanda al ejecutado, nuestra empresa se encontraba procediendo a la averiguación de bienes ordenadas mediante auto intimatorio de pago, hasta que llegó la orden judicial del Juzgado 7° de Partido en lo Civil.*
- *La demora de 621 días no es atribuible a una supuesta dilación procesal, ya que esta obedece única y exclusivamente al cumplimiento estricto del Auto de fecha 21 de noviembre del 2007 emitido por el Dr. Basilio Cruz Chilo, Juez 7° de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, quien ordenó la acumulación del presente proceso, al proceso* (sic) *de quiebra instaurada por los ex trabajadores del Lloyd Aéreo Boliviano. En cumplimiento al numeral 12 de la parte resolutiva del mencionado auto se dispuso lo siguiente: "12) De conformidad con el Art. 1591 del Código de Comercio se ordena la acumulación al procedimiento de esta quiebra de todos los juicios de contenido patrimonial que se tramitaren contra el quebrado en todos los Juzgados de la Jurisdicción Nacional como del extranjero..." "…. a cuyo efecto notifíquese a los respectivos jueces de este distrito judicial y sea mediante órdenes instruidas y exhortos suplicatorios correspondientes a los juzgados que están fuera de esta jurisdicción o del extranjero."*

  Como se puede evidenciar la demora no fue atribuible a nuestra empresa, sino a una orden judicial que evito (sic) *su tramitación y prosecución, cumpliendo a cabalidad las ordenes* (sic) *emitidas por el Órgano Jurisdiccional, trámite que duró aproximadamente 1 año y 5 meses en virtud a la orden de des acumulación ordenada mediante Auto de fecha 29 de abril del 2009 por la Dra. Teresa Arana*

Aracena, Juez 1° de Partido de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba.

- *Sin embargo, hacemos notar a su autoridad que en los cargos presentados contra nuestra empresa, en el presente caso su institución no contempló la notificación cedularía que se practicó al deudor en fecha 19 de noviembre del 2009, no siendo evidente que de acuerdo a su apreciación, el deudor habría opuesto excepciones el 23 de noviembre del 2009 sin una notificación practicada y solicitada por nuestra empresa, diligencia cursando a Fs. 25 vta. de obrados.*

Para mayor aclaración, y pese a los informes mensuales que remitimos a su autoridad, nos cabe recordarle que los procesos contra el Lloyd Aéreo Boliviano, sufrieron una interrupción debido que los trabajadores del LAB presentaron un proceso de quiebra, al cual nos vimos obligados a apersonarnos a fin de que se reconozcan nuestras acreencias privilegiadas de los trabajadores por las contribuciones impagas al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Asimismo, es importante tomar en cuenta que paralelamente al proceso de quiebra los trabajadores del LAB interpusieron un Amparo Constitucional, mismo que salió procedente y se ordenó la devolución de los expedientes arrimados al proceso de quiebra a los juzgados de origen.

Sin embargo, y pese a estar ordenado, nuestra empresa en reiteradas oportunidades presentó varios memoriales, solicitando la devolución y/o des acumulación (sic) *de los procesos ejecutivos sociales instaurados por nuestra empresa a los Juzgados de origen. Pese a estas insistentes solicitudes, el Juez de la causa los rechazó argumentando que se devolverían los expedientes una vez que se resuelva la consulta realizada al Tribunal Constitucional sobre el fallo del Amparo Constitucional.*

Como es de conocimiento público el Tribunal Constitucional quedó acéfalo y sin el suficiente quorum para poder emitir resoluciones, situación que perjudicó en la decisión del Juez para devolver los expedientes a los Juzgados de origen.

Toda esta situación extraordinaria suscitada con el LAB, nos generó inseguridad para la prosecución de todos los procesos judiciales instaurados, ya que en la medida que se suscitaban los hechos, se iban remitiendo los procesos judiciales al Juzgado 7° de Partido en lo Civil, situación que por lo mencionado anteriormente no prosperó ante el Amparo Constitución interpuesto, mismo que a la fecha no fue resuelto por el Tribunal Constitucional.

Otro problema con el que atravesamos fue la demora y el trámite lento y tedioso de la des acumulación (sic) *y devolución de todos los procesos a los juzgados de origen, ordenado mediante Auto de fecha 29 de abril del 2009 por la Dra. Teresa Arana Aracena, Juez 1° de Partido de Trabajo y Seguridad Social.*

Finalmente, es importante resaltar que otro plazo que tampoco es atribuible a nuestra empresa son las vacaciones colectivas, estipuladas a la antigua Ley de Organización

Judicial (vigente en esa época), mismas que son utilizadas por los funcionarios judiciales en el mes de julio y fin de año.

CARGO N° 2

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo Establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 por el Proceso Ejecutivo Social seguidos contra el Empleador Ingeniería y Construcciones ALFA Ltda. con NIT 1015455022, por lo que pasamos a detallar los actuados procesales correspondientes al caso, los mismos que desvirtúan la imputación efectuada por su Autoridad:

INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES ALFA LTDA. (José Weliz Gutiérrez NUA 21618628)

- *Por memorial de fecha 31/05/2006, se solicita la ampliación de la ejecución con Nota de Debito* (sic) *1-07-2006-00022 de 17/05/2006, emitiendo el Juez en fecha 03/06/2006 el respectivo Auto Ampliatorio, intimando a la empresa demandada a realizar el pago del monto ampliado al tercer día de su notificación.*
- *Como se puede evidenciar, por memorial 03/05/2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP. Solicito* (sic) *al Juez 3° de Trabajo y Seguridad Social la Reposición La Ampliación de la Demanda con Nota de Debito* (sic) *1-07-2006-00022, ya que el respectivo Auto Ampliatorio de fecha 03/06/2006 no se encontraba en el expediente lo cual demoro* (sic) *la tramitación y prosecución normal del proceso.*

CARGO N° 3

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 por los Procesos Ejecutivos Sociales seguidos contra el Empleador Avicaya Limitada con NIT 125525021, por lo que pasamos a detallar los actuados procesales correspondientes a cada caso, los mismos que desvirtúan la imputación efectuada por su Autoridad:

AVICAYA LIMITADA. (Zacarías Gabriel Valero NUA 8240553)

- *Es evidente que mediante memorial presentado a Juzgado el 12 de diciembre de 2008 se solicita la facción de Orden Instruida para realizar la Notificación de Sentencia N° 55/2008 a la Emp. Ejecutada.*
- *Por otro lado es necesario mencionar que el patrocinio del Abogado Externo Dr. Marco Antonio Goitia Brún, causo grave perjuicio al desenvolvimiento de la causa, ya que no prosiguió con la tramitación del proceso, extraviando inclusive la Orden Instruida para la realización de la Notificación de Sentencia, infringiendo de esta manera su contrato de servicios, mismo que le obligaba a efectuar una tramitación procesal electiva y diligente, tal es así que el mencionado profesional decide renunciar al patrocinio de la presente causa.*

- *Como puede evidenciarse, por memorial de 15/06/2010, se reitera la solicitud de que se expida Orden Instruida para la Notificación con Sentencia N° 55/2008 de 18/11/2008, aclarándose que si bien ya se habría entregado una Orden Instruida al Dr. Marco. A. Goitia Brún ex - abogado patrocinante, este no habría dado razón de dicho actuado procesal, perjudicando gravemente al desarrollo de la tramitación del proceso. En ese entendido el Juez 1° de Trabajo y Seguridad Social de Oruro, por decreto* (sic) *19/06/2010, dispone que se libre Nueva Orden Instruida para que se proceda a la notificación de Sentencia N° 55/2008.*
- *Tal cual se evidencia en obrados la causa a partir de renuncia del Dr. Goitia fue activada de forma inmediata cumpliendo con los plazos y estrategias procesales*

AVICAYA LIMITADA. (Víctor Gutiérrez Valero NUA 9187698)

- *Es evidente que mediante memorial presentado a Juzgado el 03 de diciembre de 2008 se solicita el desglose de Orden Instruida de notificación de Demanda y Auto Intimatorio, para que se realice una nueva notificación ya que la realizada estaría errada, cumpliendo y evitando mayores dilaciones procesales.*
- *Por otro lado es necesario mencionar que el patrocinio del Abogado externo Dr. Marco Antonio Goitia Brún, causo* (sic) *grave perjuicio al desenvolvimiento de la causa, ya que no prosiguió con la tramitación del proceso, infringiendo de esta manera su contrato de servicios, mismo que le obligaba a efectuar una tramitación procesal electiva y diligente, tal es así que el mencionado profesional decide renunciar al patrocinio de la presente causa.*
- *Tal cual se evidencia en obrados la causa a partir de renuncia del Dr. Goitia fue activada de forma inmediata cumpliendo con los plazos y estrategias procesales.*

CARGO N° 4

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17° de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 por los Procesos Ejecutivos Sociales seguidos contra el Empleador Flores Montero Lenny Silvestre con NIT 1959811010, por lo que pasamos a detallar los actuados procesales correspondientes los mismos que desvirtúan la imputación efectuada por su Autoridad:

FLORES MONTERO LENNY SILVESTRE. (Victoria Mamani Sirpa NUA 11892092 y Gloria Vaca Juárez NUA 33225588)

- *Es evidente que mediante memorial presentado a Juzgado el 15 de marzo de 2009 se solicita a Juez dicte Sentencia declarando Probada la Demanda, en ese entendido el Juez dispone por decreto* (sic) *22 de abril de 2009 que previamente se notifique a la parte ejecutante con todas las actuaciones procesales.*
- *En observancia a decreto* (sic) *22 de abril de 2009, se proveyó a Oficial de Juzgado 5º de Partido en Trabajo y Seg. Social el formulario de notificaciones para que proceda a la notificación de actuados procesales a la parte ejecutante, sin embargo no procedió a realizar la diligencia pertinente, y al dirigirnos a Juzgado para reclamar por la no realización de dicha notificación, se nos informo* (sic) *que*

Juzgado 5º de Trabajo y Seguridad Social habría entrado en acefalía en el cargo de Oficial de Diligencia y que el Oficial saliente habría dejado pendientes algunas notificaciones que se habrían dejado al Oficial de Diligencia de Juzgado lo de Trabajo y Seg. Social que habría ingresado en suplencia legal. En ese entendido nos apersonamos al juzgado 1º para solicitar al Oficial de Diligencia de juzgado 1º realizara dicha diligencia, dejándosele los cargos de ley necesarios.

- *Al haberse dejado los cargos de ley necesarios al Oficial de Diligencias de Juzgado 1º para que se realice la notificación determinada por decreto* (sic) *22 de abril de 2009, es que por memorial de 13 de octubre de 2009 se reitera solicitud de que se dicte Sentencia, sin embargo nos encontramos que Oficial de Diligencia de Juzgado lo de Trabajo y Seg. Social en suplencia legal del Juzgado 5º, no realizo* (sic) *la diligencia correspondiente por ese motivo al ya contar el Juzgado 5º con nuevo Oficial de Diligencia, se volvieron a dejar los cargos de ley necesarios para que se realice la notificación determinada por decretos* (sic) *22 de abril de 2009 y 15 de octubre de 2009, realizándose la misma en fecha 20 de noviembre de 2009.*

CARGO Nº 5

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo Establecido (sic) *en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 por los Procesos Ejecutivos Sociales seguidos contra el Empleador Gigio S.R.L. con RUC 5106540, por lo que pasamos a detallar los actuados procesales correspondientes al caso, los mismos que desvirtúan la imputación efectuada por su Autoridad:*

GIGIO S.R.L. (Bernardo Saavedra Claros NUA 17875663)

- *Tal cual se evidencia de obrados, efectuando una tramitación correcta, siguiendo los plazos y etapas procesales pertinentes, se procedió a solicitar la corrección de la sentencia a fin de evitar nulidades que perjudiquen la ejecución de la sentencia, petición aceptada por el Juzgador, procediendo a la corrección de dicho fallo con los datos correctos y denominación correcta de la empresa demandada mediante auto de 30 de abril de 2009.*
- *Por diligencias de notificación de fs. 46 se tiene que se procedió a la notificación con la sentencia y el auto de corrección del mencionado fallo a la parte ejecutada el 18 de noviembre de 2009.*
- *Como se podrá evidenciar la parte ejecutada no interpuso recurso alguno contra la sentencia dentro el plazo establecido por ley. En ese sentido nuestra empresa procedió a solicitar la ejecutoria del mencionado fallo para posteriormente ejecutar las medidas precautorias ya solicitadas.*

CARGO Nº 6

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo Establecido (sic) *en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del*

Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 por los Procesos Ejecutivos Sociales seguidos contra el Empleador Córdova Gutiérrez Donato con RUC 7068700, por lo que pasamos a detallar los actuados procesales correspondientes al caso, los mismos que desvirtúan la imputación efectuada por su Autoridad:

CORDOVA GUTIÉRREZ DONATO. (Víctor Chungara Muruchi NUA 27429477)

- *Es evidente que mediante memoriales presentados a Juzgado en fechas 04 de Septiembre de 2009, 12 de octubre de 2009, 29 de octubre de 2009, 08 de enero de 2010 y 09 de marzo de 2010 se solicitaron copias simples de piezas procesales, necesarias para el archivo de Futuro de Bolivia S.A. AFP.*
- *Por otro lado es necesario mencionar que el patrocinio del Abogado Externo Dr. Marco Antonio Goitia Brún, causo* (sic) *grave perjuicio al desenvolvimiento de la causa, ya que no prosiguió con la tramitación del proceso, infringiendo de esta manera su contrato de servicios, mismo que le obligaba a efectuar una tramitación procesal efectiva y diligente, tal es así que el mencionado profesional decide iniciar al patrocinio de la presente causa.*
- *Tal cual se evidencia en obrados la causa a partir de* (sic) *renuncia del Dr. Goitia fue activada de forma inmediata cumpliendo con los plazos y estrategias procesales.*

CARGO N° 7

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo Establecido (sic) *en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 por los Procesos Ejecutivos Sociales seguidos contra el Empleador Ballyco Enterprises S.R.L. con NIT 1028711028, por lo que pasamos a detallar los actuados procesales correspondientes al caso, los mismos que desvirtúan la imputación efectuada por su Autoridad:*

BALLYCO ENTERPRISES S.R.L. (Skarlin Gabriela Bascope Rosales NUA 26804116)

- *En fecha 03/04/2006, se presento* (sic) *demanda contra la Empresa Ballyco Enterprise S.R.L., demanda que fue sorteada al Juzgado 3° de Partido del Trabajo y Seg. Social.*
- *Según consta en obrados mediante memorial de 29 de octubre de 2007 nuestra empresa interpone recurso de reposición solicitando se subsane el auto intimatorio de pago en razón a que el Juzgador no habría pronunciado sobre el recargo generado por la empresa BALLYCO ENTERPRISE S.R.L. Ante esta solicitud el Juzgador mediante auto de 31 de octubre de 2007 confirma el auto intimatorio, denegando nuestra solicitud.*
- *Asimismo y ante esta negativa por el Juzgador mediante escrito de 20 de marzo de 2008 se solicita se aclare el monto de recargo, mismo que debe ser considerado en UFV's y no en Bs. petición respondida en forma negativa por el Juez argumentando que la UFV's no estaría comprendida por el art. 33 de la Ley de Pensiones.*

- *Es evidente que por memorial de fecha 21 de abril de 2008, se interpuso recurso de Apelación contra Auto 31 de Octubre de 2007 y 25 de marzo de 2008, solicitando se corrija el monto de recargos generado en UFV's y se de* (sic) *estricto cumplimiento a lo establecido en la normativa.*
- *Toda vez que dentro la presente causa la relación procesal no se materializo, en razón a que nuestra pretensión no fue puesta en conocimiento del deudor, sin embargo de una manera equivocada el Juzgador sin ejecutar una revisión efectiva del estado del proceso decreta el traslado del recurso de apelación, situación que dilataría aun* (sic) *mas* (sic) *la tramitación de la presente causa, tal es así que mediante representación del Oficial de Diligencias de 19 de febrero se ordena la citación mediante cédula, existiendo un recurso de apelación contra el auto intimatorio, mismo que debió ser resuelto por el superior en grado previo a la citación con nuestra demanda.*
- *Sin embargo por memorial de 05 de marzo de 2010 se solicita el Retiro de la Demanda conforme lo establecido por Art. 303 del Código de Procedimiento Civil, solicitud que es admitida por Auto 17 de marzo de 2010.*
- *Cabe aclarar que en fecha 07 de junio de 2010, se presento* (sic) *Nueva Demanda contra Empresa Ballyco Enterprises S.R.L., en base a la Nota de Debito* (sic) *1-07-2006-00018, demanda que fue sorteada a Juzgado 4° de Trabajo y Seg. Social y admitida por Auto Intimatorio de fecha 07 de junio de 2010, a fin de evitar mayores dilaciones, producto a que nuestra pretensión no fue admitida por el anterior Juzgador.*

CARGO N° 8

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo Establecido (sic) *en el artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 y la nota AP/DPC/CO/514/2010 de 26 de febrero de 2006 (sic), al evidenciar que el expediente del PES correspondiente al Empleador Espada Carvajal* (sic) *José, respecto al Asegurado Mario Freddy Rocha Quiroz, no fue remitido por nuestra AFP a su Autoridad.*
Como se evidencia de la copia adjunta que corresponde a nuestra nota FUT.AP.BEN 0477/2010 de fecha 22 de marzo de 2010 y su detalle adjunto, la misma que fue recibida por su Autoridad el mismo día, nuestra Administradora ha cumplido con el envío del expediente solicitado…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 061-2011 DE 09 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 061-2011 de fecha 09 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presenta las consideraciones siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que con carácter previo al análisis de fondo, es importante hacer conocer al regulado que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS),

goza de la facultad para supervisar, controlar y sancionar el actuar de la AFP en los Procesos Ejecutivos Sociales (PES).

Que en ese sentido, esta Autoridad, debe velar por el pago de prestaciones, la captación de cotizaciones, la seguridad, solvencia, liquidez, rentabilidad y otras actividades relacionadas con el Sistema Integral de Pensiones (SIP) y el Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO).

Que la jurisdicción que por ley ejerce la APS, es nacional y alcanza a las personas, entidades y actividades del SSO y SIP.

Que bajo ese contexto, el artículo 168 incisos a) y b) de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, ha establecido entre sus funciones:

"…
***Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN)** El Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.
b)Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Lar Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes. ..."

Que por su parte, el artículo 80 parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 65 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 reconocen la facultad de las Superintendencias del SIREFI (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS) de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados por el Sistema de Regulación Financiera.

Que en consideración al artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que forman parte de los sujetos regulados por la APS, por disposición del artículo 31 inciso d) y e) de la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, tienen la obligación, por un lado de representar a los Afiliados ante las entidades aseguradoras y autoridades competentes, cobrar oportunamente y sin dilaciones en el PES las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la AFP por el Empleador, sin otorgar condonaciones.

Que en el presente proceso se ha establecido en los Cargos 2 al 7 paralización injustificada por parte de la AFP en los PES a su cargo, evidenciándose por varios meses inactividad procesal, hecho observado por esta Autoridad de la información proporcionada por la Administradora, que ahora es objeto de análisis para su sanción.

Que a su vez habría que considerar que, en materia administrativa, el principio de congruencia, implica que los cargos emitidos por esta Autoridad, deben ser claros, precisos y coherentes respecto a las obligaciones incumplidas por la AFP, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la normativa infringida; aspecto cumplido por la APS al contar esta con la competencia suficiente para imputar conductas que impliquen paralización injustificada en los PES, vulnerando la norma imputada en los cargos señalados precedentemente, cuyo análisis pormenorizado se expresa en el siguiente considerando.

CONSIDERANDO:

Que en lo concerniente a los aportes y cotizaciones devengadas, el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, en concordancia con el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, establecen como mecanismo para su recuperación el PES, cuya tramitación si bien se encuentra regulada por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, no puede dejarse de lado que los montos efectivamente recuperados serán destinados a la Cuentas Individuales de los Afiliados y que éstos permitan sobre todo, el financiamiento de las prestaciones, la normativa señalada anteriormente de igual forma fue vulnerada por la inactividad procesal del regulado, lo cual genera retraso en la recuperación de los adeudos del SSO.

Que en lo referente al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, reglamentario de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, corresponde señalar que la AFP debió conducirse y realizar sus actividades procesales en el ámbito jurisdiccional, con el cuidado exigible a un buen padre de familia, bajo ese contexto, ese precepto legal otorga racionalidad en términos de economía, oportunidad y celeridad a la tramitación del PES, siendo esa racionalidad la cualidad de diligencia y cuidado que se exige de la AFP, impidiendo que los procesos se los encuentren inactivos y descuidados negligentemente.

Que con respecto a los PES descritos en la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/241/2011 de 21 de abril de 2011 en los Cargos 2 al 7, este ente regulador ha efectuado las evaluaciones y fiscalizaciones del trabajo llevado a cabo por Futuro de Bolivia S.A. AFP en cuanto a la tramitación de esos procesos, verificando existencia de negligencia e inoperancia por parte de la AFP en el cumplimiento razonable del procedimiento establecido para el PES, que conllevó un efecto negativo a la recuperación de los aportes adeudados al SSO por falta de cuidado exigible en la tramitación continuada del PES y la normativa aplicable al caso.

Que asimismo, de acuerdo al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469, la APS para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los PES, debe considerar el concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo, las fechas de presentación de los memoriales de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP

no tuvo un cuidado diligente y, por ello, le son imputables las responsabilidades respectivas.

Que la preterintencionalidad de la conducta se halla en que la infracción no sólo se limita a la inactividad procesal, sino que ello acarrea que la recuperación de los adeudos se vuelva más lejana e inoportuna, tomando en cuenta que dichos montos están destinados al pago de prestaciones de los Afiliados.

Que con respecto a la supuesta falta de tipicidad, en una primera instancia se debe aclarar al regulado que la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica.

Que para el ejercicio de esa potestad se ha incorporado como un principio aplicable en materia sancionatoria el Principio de Tipicidad, cuya definición de acuerdo a lo expuesto por el tratadista Eduardo García De Enterría en su libro Curso de Derecho Administrativo, se resume en la descripción legal de una conducta especifica a la que se conectará una sanción administrativa".

Que ese principio se encuentra establecido en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo en su artículo 73 bajo el entendido de que "son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Que en virtud de ese precepto, el principio de tipicidad tiene aplicación en el Derecho Administrativo boliviano, pero no con la misma connotación que se presenta en el Derecho Penal, por ser este último más riguroso, "La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de las normas penales y tas normas administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma; en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, los tipos no son autónomos sino que se remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o prohibición", (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007).

Que en ese sentido, los hechos y situaciones que han sido identificados en la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/241/2011 de 21 de abril de 2011, como indicios de infracción a la normativa que rige el actuar en los PES de las AFP respecto al SSO y la representación que ejercen de sus Afiliados, no han sido instituidos de manera discrecional, sino en virtud de características comunes observadas en la conducta que Futuro de Bolivia S.A. AFP asumió en la tramitación de sus procesos y comunes en la consecuencia que tiene respecto al objeto con el cual se instauraron dichas causas, como es la dilación procesal.

Que dicha situación ameritó que el regulador competente analice los motivos del incumplimiento, con la finalidad de corregirlas, velando siempre por los Afiliados, derechohabientes y beneficiarios.

Que por tal motivo y en el entendido de que constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales establecidos conforme a ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI, tal como lo prevé el artículo 63 del Decreto Supremo Nº 27175, en su parágrafo I, este ente regulador ha establecido los cargos expresamente descritos para cada PES en la nota de cargos APS/DJ/DPC/241/2011, como indicios de infracción a la norma por advertir paralización injustificada en los PES, los cuales, luego de la sustanciación por el procedimiento regulador, dan lugar al establecimiento de una sanción concurrente al cargo imputado.

En consecuencia los cargos establecidos en la citada nota de cargos, no requieren estar expresamente establecidos en las leyes que regulan el accionar de las entidades reguladas por la APS porque en el caso concreto, la AFP tiene deberes establecidos por norma respecto a los Afiliados como el cobrar las cotizaciones adeudadas del SSO y en cumplimiento a esos deberes, su actuar en el ámbito administrativo o judicial debe reflejar un determinado grado de cuidado, diligencia y responsabilidad.

Que en consecuencia y en virtud a lo expuesto se concluye que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, tiene facultad legal y expresa que concierne a la tramitación que efectúa en los PES, se considere en un hecho antijurídico que vaya en contravención a la norma aplicable, todo en apego de los principios de competencia, tipicidad y congruencia administrativa.

CONSIDERANDO:…

…AL CARGO N° 1

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al advertir la paralización injustificada de las actuaciones procesales dentro de los Procesos Ejecutivos Sociales – PES, seguidos contra el Empleador Lloyd Aéreo Boliviano – LAB, correspondiente a los siguientes casos: Jhonny René Ibáñez Barriga con NUA 9922763, Luis Suaznabar Zurita con NUA 19190165, Octavio Nemer Chire Salinas con NUA 5046038, Simón Rios Limachi con NUA 26623973, Remberto Troncoso Aguilar con NUA 30594510, Efraín Saravia Mayta con NUA 26510789 y Sonia Valverde Mercado con NUA 26973108, produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota FUT.APS.AL.0847/2011 de 26 de mayo de 2011, argumenta que la demora no es atribuible a la AFP, dentro de los procesos por Recargos correspondiente a los casos detallados en el párrafo anterior, debido a que obedece estrictamente a lo instruido por el Auto de 21 de noviembre de 2007, emitido por el Dr. Basilio Cruz Chilo, Juez 7º de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, mediante el cual ordena la acumulación del proceso iniciado por Recargos al Proceso de Quiebra instaurado por los ex trabajadores del Lloyd Aéreo Boliviano - LAB y que dicho trámite duró aproximadamente un año y cinco meses, para luego disponerse la desacumulación mediante Auto de fecha 29 de abril de

2009, emitido por la Dra. Teresa Arana, Juez de Partido Io de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba.

Por lo analizado, ante la suficiencia de los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se desestiman los hechos ligados con el incumplimiento a la normativa, razón por la cual corresponde levantar el cargo imputado.

AL CARGO N° 2

En el presente análisis, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales seguidas contra el Empleador Ingeniería y Construcciones ALFA Ltda., produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Futuro de Bolivia S.A. AFP con nota FUT.APS.AL.0847/2011 de 26 de mayo de 2011, dentro del PES por Recargos radicado en el Juzgado 3º de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz, señala que la falta de movimiento procesal se debió a la presentación de un memorial de Ampliación de demanda de 31 de mayo de 2006, adjuntando la Nota de Débito 1-07-2006-0022 de 17 de mayo de 2006, donde el Juez habría emitido Auto Ampliatorio e Intimatorio de Pago en fecha 03 de junio de 2006, para que la parte demandada pague lo adeudado dentro del tercer día de su legal notificación correspondiente al caso del Afiliado José Weliz Gutiérrez con NUA 21618628.

Evidentemente los actuados señalados en el párrafo anterior, se encuentran en el expediente judicial enviado por la AFP, sin embargo, ello solo viene a ratificar que el último actuado procesal evidente en dicho proceso, es del 03 de junio de 2006, por lo que posterior a la gestión 2006, no se encuentran más actuados procesales, incurriendo en el abandono injustificado de la causa.

Asimismo, la AFP menciona que con memorial de 03 de mayo de 2010, habría solicitado la Reposición de actuados; sin embargo, dicho memorial no fue adjuntado a la nota de descargos FUT. APS. AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011, que respalde lo señalado por el regulado, omisión que ocasiona que esta Autoridad forme convicción del hecho, en razón a que el regulado no prueba lo aseverado, pese al plazo probatorio que le fue otorgado en respeto a la amplia defensa. De lo anterior y acorde al hecho que se imputa y el periodo transcurrido, se establece la dilación y falta de movimiento procesal en el presente caso.

Finalmente se concluye que el regulado, además de no haber presentado el respaldo documental que acredite lo señalado en descargos, tampoco hizo uso del mecanismo procesal para solicitar plazo adicional de prueba. Por lo tanto, se ratifica la imputación por el Cargo N° 2, correspondiendo su sanción.

AL CARGO N° 3

En el presente análisis, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales en los PES, seguidos contra el Empleador

Avicaya Limitada, por los casos correspondientes a Zacarías Gabriel Valero con NUA 8240553 y Víctor Gutiérrez Valero con NUA 9187693, produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Futuro de Bolivia S.A. AFP con nota FUT.APS.AL.0847/2011 de 26 de mayo de 2011, señala que dentro de los Procesos Ejecutivos Sociales radicados en los Juzgados 1° y 2° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Oruro correspondiente a Zacarías Gabriel Valero con NUA 8240553 y Víctor Gutiérrez Valero con NUA 9187693, el Abogado contratado por la AFP, no prosiguió con la tramitación del proceso instaurado por concepto de Recargos.

Al respecto, según normativa vigente, Futuro de Bolivia S.A. AFP puede contratar a terceros para la debida prestación de los servicios que realiza, lo cual no implica la cesión, subrogación, delegación o cualquier otro tipo de transferencia de la obligación personal que tiene el regulado para la prestación de los servicios, razón por la cual no puede deslindar su responsabilidad en un tercero; en este caso en el servicio prestado por un Abogado de la AFP, conforme también señala el punto 8.4 (Contratación de Terceros) de la Cláusula Octava del Contrato suscrito entre la AFP y el ente regulador y el inciso c) del artículo 30 de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones.

Asimismo, el punto 8.5. de la Cláusula Octava del Contrato señalado en el párrafo anterior, reitera el carácter de previsión exigido con el que debe conducirse Futuro de Bolivia S.A. AFP, de acuerdo al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones.

La AFP tiene el deber de prestar a los Afiliados sus servicios con responsabilidad y cuidado exigible a un buen padre de familia, lo cual se traduce en exteriorizar conductas que se encuentran dentro del marco normativo, que aseguren la obtención de un buen resultado; que permitan organizarse de la mejor manera posible la sustanciación ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, como lo establecen los artículos 23 y el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

En este sentido, no existe argumentación suficiente para desestimar el Cargo N° 3, por lo tanto, se ratifica la imputación para este caso correspondiendo su sanción.

AL CARGO Nº 4

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales seguidas contra el Empleador Flores Montero Lenny Silvestre con NIT 1959811010, produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Futuro de Bolivia S.A, AFP con nota FUT.APS.AL. 0847/ 2011 de 26 de mayo de 2011, dentro del Proceso Ejecutivo Social - PES por Recargos, correspondientes a los casos de Victoria Mamani Sirpa con NUA 11892092 y Gloria Vaca Juárez con NUA 33225588, radicado en el Juzgado 5º de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz, sostiene que los 212 días sin movimiento procesal, entre la notificación del decreto (sic) *de 22 de abril de 2009 y la ulterior realización de la misma el 20 de noviembre de 2009, se debió a que el cargo de Oficial de Diligencias habría entrado en acefalia, por lo cual habría dejado notificaciones pendientes al Oficial de Diligencias del Juzgado Io de Partido en Trabajo y Seguridad Social que entró en suplencia legal del 5º.*

Al respecto, el regulado no acompaña respaldo alguno que demuestre el extremo señalado como descargo a la paralización injustificada de las actuaciones procesales, en este caso pese a que contaba con el plazo probatorio y la posibilidad de requerir plazo adicional de prueba.

Asimismo, la acefalia que señala no puede ser considerada como descargo válido, considerando que de acuerdo a la Ley de Organización Judicial, para estos casos corresponde en los listados judiciales la suplencia inmediata, a fin de no perjudicar al público litigante y la normal prosecución de los procesos.

En este sentido, al no existir documentación de respaldo que desvirtúe el hecho por el cual Futuro de Bolivia S.A. AFP habría demorado superabundantemente para la reiteración de solicitud de sentencia, la imputación por el Cargo N° 4 se ratifica para este caso, correspondiendo su sanción.

AL CARGO N° 5

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; contra el Empleador Gigio S.R.L. produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, con nota FUT.APS.AL.0847/2011 de 26 de mayo de 2011, dentro del PES radicado en el Juzgado Io de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz correspondiente a Bernardo Saavedra Claros con NUA 17875663, se limita a exponer un argumento referente a la corrección en la denominación del Empleador en sentencia, mediante Auto de 30 de abril de 2009 notificado el 18 de noviembre de 2009, sin que dichas aseveraciones tengan documentación de respaldo suficiente que demuestre este extremo ni mucho menos argumentación que desestime el periodo identificado sin movimiento procesal.

Asimismo, se tiene que la AFP no hizo pedido alguno para poder ampliar su prueba y desvirtuar el hecho.

Por una parte esta Autoridad considera que el descargo presentado, de manera referencial sin documentación alguna que demuestre lo indicado por el regulado, es

Insuficiente por sí misma, para desvirtuar la imputación emitida mediante nota de cargos APS/DJ/DPC/241/2011 de 21 de abril de 2011. Por tanto, el Cargo N° 5 se ratifica para este caso, aplicándose la sanción correspondiente.

AL CARGO N° 6

En el presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales contra el Empleador Córdova Gutiérrez Donato correspondiente al caso de Víctor Chungara Muruchi con NUA 27429477, produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Futuro de Bolivia S.A. AFP con nota FUT.APS.AL.0847/2011 de 26 de mayo de 2011, dentro del PES radicado en el Juzgado 1° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Oruro, sostiene que los memoriales de 04 de septiembre de 2009, 21 de septiembre de 2009, 12 de octubre de 2009, 29 de octubre de 2009, 08 de enero de 2010 y 09 de marzo de 2010, solicitando fotocopias simples del proceso, se realizaron con el fin de actualizar el archivo físico que la AFP tiene para dicha causa.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, la AFP en conocimiento del Auto de Vista que confirma la sentencia, no ha realizado los actos correspondientes a la fase de la ejecución para la recuperación de los adeudos al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por lo que Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta que éste hecho se debió a que el Abogado patrocinante, no habría proseguido con la tramitación del proceso instaurado, correspondiente al caso con NUA 27429477.

Al respecto, el regulado asumió la obligación establecida en el Contrato suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y Futuro de Bolivia S.A. AFP, descrita en la Cláusula Octava, referente a Servicios, punto 8.4 Contratación de terceros, por la cual la AFP puede contratar a terceros para la debida prestación de los Servicios, dicha contratación no podrá implicar, en ningún momento, la cesión, subrogación o cualquier tipo de cesión, delegación o cualquier tipo de transferencia de la obligación personal que tiene la AFP para la prestación de servicios, en este caso, la prosecución debida de los PES, por lo que la contratación de Abogados, desempeño y cumplimiento del Contrato de Servicios suscrito es de entera responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Asimismo, el punto 8.5. de la Cláusula Octava del Contrato señalado en el párrafo anterior, reitera el carácter de previsión exigido por Ley con el que debe conducirse Futuro de Bolivia S.A. AFP, en concordancia con el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones.

La AFP tiene el deber de prestar sus servicios a los Afiliados con responsabilidad y cuidado exigible a un buen padre de familia, lo cual se traduce en exteriorizar conductas que se encuentran dentro del marco normativo, que aseguren la obtención de un buen resultado; que permitan organizarse de la mejor manera

posible la sustanciación ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, como disponen los artículos 23, e inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

Finalmente, es importante mencionar que los documentos que señala la AFP no fueron presentados, quedando lo argüido en una simple enunciación, lo que de ninguna manera desvirtúa el cargo. En este sentido, no existe argumento válido para desestimar el Cargo N° 6, por lo tanto, se ratifica la imputación correspondiendo la sanción.

AL CARGO N° 7

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales contra el Empleador Ballyco Enterprises S.R.L. correspondiente al NUA 26804116, produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Futuro de Bolivia S.A. AFP con nota FUT.APS.AL.0847/2011 de 26 de mayo de 2011, dentro del PES radicado en el Juzgado 3° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz correspondiente al caso de Sharlin Gabriela Bascope Rosales con NUA 26804116, señala que mediante memorial de fecha 21 de abril de 2008, interpuso recurso de Apelación contra Auto de 31 de Octubre de 2007 y 25 de marzo de 2008, solicitando se corrija el monto de recargos generado en UFV's, en estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 33 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones.

Al respecto, la AFP no hace mención a posteriores actuaciones que hubiere realizado a favor del avance diligente del PES en cuestión (salvo el memorial de retiro, que es posterior al requerimiento de los expedientes solicitados por la ex - AP), más aún considerando que se encontraba una Resolución en apelación pendiente. Sin embargo, la AFP asume de forma particular que, el proceso se dilataría si se hubiese dado continuidad al mismo, para lo cual, el regulado con memorial de 05 de marzo de 2010 solicitó el Retiro formal de la demanda, el cual fue aceptado por la autoridad jurisdiccional, sin considerar el tiempo transcurrido hasta ese momento, el cual estaba orientado a la recuperación de la mora adeudada por el Empleador.

En ese sentido, todo el periodo transcurrido, desde el inicio del PES hasta el retiro de la demanda, ha ocasionado perjuicio en la recuperación oportuna por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos al SSO.

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP al reconocer que retiró la demanda para presentar otra en su lugar, no consideró que lo hizo después de más de cuatro años, su sin un avance objetivo. Por lo que, el hecho de presentar una nueva demanda por una misma causa, tras un largo periodo de inactividad procesal, demuestra la falta de cuidado y diligencia en el PES y un avance adecuado del mismo.

En otra parte del descargo, la AFP señala "dentro la presente causa la relación procesal no se materializó, en razón a que nuestra pretensión de la AFP no fue puesta en conocimiento del deudor; sin embargo de una manera equivocada el Juzgador sin ejecutar una revisión efectiva del estado del proceso decreta el traslado del recurso de apelación, situación que dilataría aun mas (sic) la tramitación de la presente causa, tal es así que mediante representación del Oficial de Diligencias de 19 de febrero (sic) se ordena la citación mediante cédula (sic), existiendo un recurso de apelación contra el auto intimatorio, mismo que debió ser resuelto por el superior en grado previo a la citación con nuestra demanda".

Al respecto, de la revisión de antecedentes se establece que la autoridad jurisdiccional tomó conocimiento formal del PES con la emisión de providencias que hacen al caso, las cuales expresan que el proceso se encontraba en curso y bajo competencia del Juez; por lo tanto, la AFP debía considerar todas las determinaciones jurisdiccionales, para un avance prolijo y progresivo del PES, sin perjuicio de las determinaciones asumidas por el juzgador.

En ese sentido y de acuerdo a marco legal administrativo, no era óbice para la AFP el dejar de actuar en el proceso, pues este hecho ha ocasionado la paralización injustificada de las actuaciones procesales, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

En lo que respecta a la supuesta dilación que señala la AFP, este argumento no corresponde en razón a que el regulado en los PES debe ceñirse al procedimiento establecido en la vía jurisdiccional, el cual otorga los mecanismos procesales a las partes intervinientes, para iniciar y viabilizar el proceso hasta su conclusión, sin necesidad de alterar el curso del mismo; sin embargo, el hecho de que la AFP haya retirado la demanda implica que no consideró en su real dimensión el tiempo invertido en el primer proceso (más de cuatro años), lo cual, se reitera, ocasiona la postergación de los efectos que persigue el PES.

Por último, la conducta del regulado contraviene el ordenamiento jurídico imputado, por lo expuesto, se advierte que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no presentó elementos de convicción suficientes que puedan desvirtuar el cargo imputado, por lo que corresponde su sanción.

AL CARGO N° 8

En el presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar que el expediente del PES correspondiente al Empleador Espada Carvajal José, respecto al Afiliado Mario Freddy Rocha Quiroz no fue remitido por la AFP a esta Autoridad.

Futuro de Bolivia S.A. AFP acompaña a la nota de descargos FUT. APS. AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011, la nota FUT.AP.BEN 0477/2010 de 22 de marzo de 2010, presentada el 23 de marzo de 2010 a esta Autoridad, la misma que una vez evaluada se considera suficiente para levantar el cargo.

En consecuencia, en virtud a lo expuesto se considera que los descargos son suficientes para desestimar la sanción por el Cargo N° 8.

CONSIDERANDO:

Que lo anteriormente expuesto explica además de comprobar la infracción los elementos utilizados para la calificación y aplicación de la sanción a imponerse.

Que asimismo, al haberse verificado que la conducta antijurídica de Futuro de Bolivia S.A. AFP si bien no causa daño patrimonial a los Afiliados, ni aún se han verificado la presunta afectación económica al fondo; no obstante, se advierte el incumplimiento a la normativa imputada, eludiendo de esta forma la responsabilidad fijada por ley.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana critica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor".

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media".

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses".

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

*"…**RESUELVE:***

***PRIMERO.- I.** Se desestima sanción y se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. por los siguientes cargos imputados:*
a) En relación al Cargo N° 1 se desestima la imputación de cargos.

b) En relación al Cargo N° 2 se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004,

c) En relación al Cargo N° 3 se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

d) En relación al Cargo N° 4 se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

e) En relación al Cargo N° 5 se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

f) En relación al Cargo N° 6 se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

g) En relación al Cargo Nº 7 se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

h) En relación al Cargo Nº 8 se desestima la imputación de cargos.

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 26 de julio de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 061-2011 de 09 de junio de 2011 con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 DE 23 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 251-2011 de 23 de agosto de 2011 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 061-2011 de 9 de junio de 2011, bajo los siguientes fundamentos:

"…Que en cuanto a la cuantía de la sanción se consideró la omisión de la AFP en cuanto al diligenciamiento necesario en el seguimiento de los Procesos Ejecutivos Sociales, independientemente de de (sic) *las características y peculiaridades distintas de cada uno de los casos.*

AL CARGO Nº 2:

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta respecto al Cargo N° 2, textualmente lo siguiente: "...la presentación del memorial de ampliación no debe ser considerado como motivo para la imputación falta (sic) de movimiento procesal tal cual se manifiesta en la resolución recurrida, menos aun (sic) *si esta ampliación fue presentada en virtud a que se detecto nuevos periodos en mora..."*

Que al respecto, si bien se evidencia la Ampliación presentada mediante memorial de 31 de mayo de 2006, y asimismo, el correspondiente Auto Ampliatorio e Intimatorio de Pago emitido por el Juez en fecha 03 de junio de 2006, éstos eran los últimos

actuados procesales evidentes en los expedientes judiciales foliados a la fecha de la revisión por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.

Que asimismo, la AFP argumenta que mediante memorial de 03 de mayo de 2010, dicha Administradora habría solicitado al Juez ordene la Reposición de la Ampliación de la demanda a fin de dar continuidad al proceso. Dicho memorial no fue presentado en la Nota Cite: FUT.APS.AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011, a través de la cual la AFP presentó sus correspondientes Descargos.

Que en este sentido, el mencionado memorial ahora adjunto en el Recurso de Revocatoria interpuesto ante la APS solo afirma que desde la Gestión 2006 (Auto Ampliatorio e Intimatorio de pago de 03 de junio de 2006) hasta la gestión 2010 (Memorial de Reposición de 03 de mayo de 2010), no existió movimiento procesal alguno dentro del PES iniciado contra el Empleador "INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES ALFA LTDA" por el concepto de Recargos.

Que, en dicho Recurso de Revocatoria la Administradora manifiesta que es necesario valorar el hecho que dicha AFP inició un proceso penal contra el representante legal del Empleador "INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES ALFA LTDA".

Que cabe señalar al respecto que los Procesos Ejecutivos Sociales y los Procesos Penales son dos procesos judiciales totalmente independientes uno del otro, sustanciados en Juzgados de materia diferente, por lo cual el inicio de un Proceso Penal no conlleva la paralización del Proceso Ejecutivo Social o viceversa.

Que por lo tanto, de la evaluación a los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria planteado y de la documentación presentada en él, no se encuentran los indicios suficientes para levantar el cargo por lo cual el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 3:

Que la Administradora, mediante Nota Cite: FUT.APS.AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011, a través de la cual presenta sus correspondientes descargos a los Cargos imputados, manifestó que el motivo por el cual se incurrió en la falta de movimiento procesal evidenciada se debió al mal patrocinio prestado por el Abogado Marco Antonio Goitia Brún quien habría causado grave perjuicio al correcto desenvolvimiento del proceso.

Que al mismo tiempo, la Administradora mediante el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa N° APS/DJ/DPC/N° 061-2011, argumenta que el motivo por el cual se habría incurrido en la falta de movimiento procesal se debió a problemas con la Notificación en el domicilio de la empresa demandada con la Orden Instruida por tratarse de una localidad alejada de la ciudad de Oruro y no así, por el mal patrocinio del profesional Abogado antes mencionado, dos argumentos totalmente inconsistentes y discordantes.

Que sin perjuicio a lo citado, cabe señalar que es responsabilidad de la AFP contratar servicios de terceros para la complementación al cumplimiento de sus servicios y obligaciones en obediencia al contrato suscrito entre dicha Administradora y el Ente Regulador, de conformidad a la Cláusula 8".

Que por lo tanto, los argumentos presentados por la Administradora no gozan de los elementos de convicción suficientes que permitan desvirtuar el Cargo imputado, incurriendo además en contradicción entre dichos elementos, por lo cual el Cargo se ratifica.

AL CARGO N° 4:

Que la Administradora mediante el Recurso de Revocatoria interpuesto manifiesta que los motivos por los cuales se evidenció la falta de impulso procesal al PES iniciado por el concepto de Recargo se deben a que el Oficial de Diligencias del Juzgado 5° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de la ciudad de Santa Cruz en el cual radica dicho PES, habría entrado en acefalia en su cargo y habría dejado notificaciones pendientes incluyendo los de la AFP.

Que el hecho de existir acefalia en el cargo de un Juez, no impide la prosecución de un proceso, ya que ante tal situación existen reemplazos que imposibilitan la paralización de los procesos.

Que según lo manifestado por la AFP, si bien el Oficial de Diligencias no actuó conforme lo prevé la ley, las partes dentro de un proceso tienen la facultad de realizar las correspondientes denuncias ante los Órganos Disciplinarios correspondientes por funcionarios que incumplan sus funciones.

Que en este sentido, la Administradora como parte activa del proceso pudo y debió presentar algún tipo de denuncia o queja frente a tal incumplimiento por parte del Oficial de Diligencias, y no esperar un tiempo superabundante para pronunciarse dentro del proceso.

Que por lo tanto, no existen argumentos suficientes para levantar el Cargo imputado por lo cual el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 5:

Que mediante el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 5, se argumenta los siguientes puntos:

- *La supuesta excesiva carga laboral de los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social por la cantidad de diferentes procesos que estos Juzgados tramitan.*
- *Asimismo, el supuesto extravío del expediente judicial del Juzgado Io de Trabajo y Seguridad Social del distrito de la ciudad de Santa Cruz.*

Que en lo referente al primer punto, la Administradora pudo presentar como parte activa del PES la correspondiente denuncia ante los Órganos Disciplinarios correspondientes en el caso que las Autoridades Jurisdiccionales hubiesen incurrido en un supuesto incumplimiento de obligaciones.

Que además, el hecho de existir excesiva carga laboral para los funcionarios no es óbice para la paralización de los procesos judiciales.

Que asimismo, en lo que respecta al punto segundo la Administradora pudo solicitar al Juez mediante memorial, ordene la Reposición y puesta a la vista inmediata del expediente judicial supuestamente extraviado, hecho que no se evidencia en el expediente revisado.

Que sin perjuicio a lo mencionado la AFP en cualquiera de estas situaciones contaba con la posibilidad de efectuar las diligencias necesarias y pertinentes para darle la correspondiente celeridad al proceso judicial.

Que por lo tanto, no existen argumentos suficientes para levantar el Cargo sancionado por lo cual el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 6:

Que la administradora, mediante Nota Cite: FUT.APS.AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011, a través de la cual presenta sus correspondientes Descargos a los Cargos imputados, manifestó que el motivo por el cual se incurrió en la falta de movimiento procesal evidenciada se debió al mal patrocinio prestado por el Abogado Marco Antonio Goitia Brún quien habría causado grave perjuicio al correcto desenvolvimiento del proceso.

Que al mismo tiempo, la Administradora mediante el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa N° APS/DJ/DPC/N° 061 - 2011, no argumenta los motivos por los cuales se habría incurrido en la falta de movimiento procesal respecto a la fase de ejecución de Sentencia y se remite simplemente a la manifestación de lo siguiente:

- *Que los memoriales presentados solicitando fotocopias simples de diferentes actuados procesales se deben a requerimientos por parte de la APS y con la finalidad de contar con un archivo físico, hecho que dista de la realidad ya que la Administradora se encuentra obligada a mantener un Archivo Físico del Empleador moroso incluyendo el expediente judicial en caso de iniciarse un Proceso Ejecutivo Social - PES en cumplimiento a la Circular SPVS-IP-DC 096/2000 de 24 de agosto de 2000.*

- *Asimismo, manifiesta que por instrucción de la Corte los procesos que no tengan movimiento procesal por más de 5 meses deberán ser trasladados a listas de Pre - Archivo para evitar congestión y saturación de expedientes en los Juzgados y que éste sería el motivo por el cual se habrían presentado varios memoriales de solicitud*

de fotocopias simples. En este sentido la AFP estaría manifestado de forma tácita haber incurrido en falta de movimiento procesal.

Que por lo tanto, no existen argumentos suficientes para levantar el Cargo por lo cual el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 7:

Que la administradora, mediante Nota Cite: FUT.APS.AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011, a través de la cual presenta sus correspondientes Descargos a los Cargos imputados, no presenta argumento ni documentación de respaldo para justificar los motivos por los cuales no se evidencian más actuados procesales a partir del mes de abril de la gestión 2008.

Que por otro lado, la Administradora mediante el Recurso de Revocatoria interpuesto, argumenta que la dilación en el proceso iniciado contra la Empresa "Ballyco Enterprises" se debe a la supuesta falta de comprensión y conocimiento por parte del Juez de la Ley de Pensiones, sus objetivos, fines y lo referente al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Que en este entendido, cabe señalar que la Administradora, como parte activa del proceso, goza de las herramientas y mecanismos procesales y procedimentales suficientes para solicitar al Juez lo que por derecho le corresponde, asimismo, no existe justificación, ni argumento para determinar el motivo por el cual la Administradora retiró la demanda tras cuatro años invertidos en dicho proceso, presentando una nueva demanda y dejando el tiempo invertido sin efecto alguno sin lograr lo que el Proceso Ejecutivo Social - PES pretende en esencia, que es la recuperación de Aportes al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Que por lo tanto, no existen argumentos suficientes para levantar el Cargo por lo el mismo se ratifica…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 13 de septiembre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 251-2011 de 23 de agosto de 2011, con los siguientes argumentos:

"… I.- FALTA DE COMPETENCIA:

La APS, al ingresar a realizar una revisión de los aspectos netamente procedimentales sobre los procesos ejecutivos sociales por recargos, sin contar con una noma que le faculte para ese efecto, que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica.

No se debe perder de vista que toda resolución administrativa debe cumplir con las disposiciones de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y la Autoridad que firme dichas resoluciones debe necesariamente tener competencia para emitir dicho acto administrativo, conforme lo requiere el Art. 28 de la Ley 2341, citado a continuación:

> *ARTÍCULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:*
>
> *a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;*
> *b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;*
> *c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;*
> *d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;*
> *e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,*
> *f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.*

Luego, el Art. 5 de la Ley 2341, establece que la competencia únicamente deviene de la CPE, las Leyes los decretos supremos (sic).

> *"ARTICULO 5°.- (Competencia).*
>
> *I. Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leves v las disposiciones reglamentarías.*
> *II. La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y sólo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente Ley."*

En ese entendido, la APS no tiene competencia para actuar de auditor legal y observar las actuaciones y estrategias procesales utilizadas por los abogados que patrocinan las causas.

II.- VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATVOS QUE GARANTIZAN EL DEBIDO PROCESO:

a) Vulneración de los principios de Búsqueda de la Verdad Material y Buena Fe:

Su Autoridad en parte de los considerandos que atañen a los cargos imputados señala entre otros, que:

> *"... el regulado, además de no haber presentado el respaldo documental que acredite lo señalado en descargos, tampoco hizo uso del mecanismo procesal para solicitar plazo adicional de prueba... "*
>
> *"... el regulado no acompaña respaldo alguno que demuestre el extremo señalado como descargo... en este caso pese a que contaba con el plazo probatorio y la posibilidad de requerir plazo adicional de prueba."*

Olvidando su Autoridad que de acuerdo a lo establecido por el artículo 4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo se establece el principio de verdad material por el cual, la Administración Pública está obligada a investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil; y, bajo ese principio su Autoridad a efectos de tomar una decisión fundamentada bien pudo determinar la apertura de termino probatorio a fin de disponer la reproducción de las pruebas, en este caso, de la documentación que respalde lo expresado en nuestra nota de descargo según lo prescrito por el artículo 29 del decreto (sic) *Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; como ha ocurrido en otros casos de similares características lo que devela también la vulneración del Principio de Bona Fide establecido por el artículo 4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que a efectos de tomar una decisión razona y fundamentada que permita establecer la relación de los hechos y la motivación de los mismos con la norma imputada, y al contar el regulador con una relación nominal de hechos que constan en los expedientes judiciales de cada caso, y no el respaldo documental, debió disponer de oficio la apertura de un término* (sic) *probatorio.*

b) Vulneración del Principio de Tipicidad.

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración -Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

En el caso de Autos, no se ha demostrado o configurado en ninguna etapa del proceso sancionador, como es que nuestra Administradora hubiera cometido una infracción a lo dispuesto por el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones; normativa que es pertinente transcribirla en su totalidad.

> ***"ARTÍCULO 23° DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.*** *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.
Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).
No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación, y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.
Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).
Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación.

***ARTÍCULO 31° OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP)**. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:*
d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones.

De la lectura e interpretación de la normativa transcrita y de la documentación que cursa en poder de su Autoridad, se puede observar que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros ahora Asegurados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado el respectivo Proceso Ejecutivo Social por recargos persiguiendo el cobro no solo (sic) *de las cotizaciones, primas, comisiones, intereses, sino que también de los recargos adeudados al SSO por los distintos empleadores por los que se nos imputo* (sic) *y sanciono* (sic)*, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; aspecto que debió ser necesariamente observado por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones conforme a la obligación que tiene según el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, que se traduce en establecer de forma certera la realidad histórica de los hechos investigados, siendo necesaria su reconstrucción por medio de la prueba recopilada. En ese sentido la investigación de la verdad material consiste en determinar las verdaderas razones sobre las cuales se dieron los hechos, es decir, cuál fue el cuadro fáctico que propició la actuación desplegada por el sujeto regulado. La verificación de esta verdad material debe ser el fundamento sobre la cual la Administración imponga una sanción administrativa. Por ello, no se debe preestablecer ninguna situación fáctica como cierta, hasta tanto no se tengan por demostrados los hechos investigados con plena certeza lo que permitirá establecer con meridiana claridad la tipicidad y de esta manera precisar como* (sic) *o de que* (sic) *manera es que nuestra Administradora a incurrido en un tipo de infracción que alcance los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de*

noviembre de 1996, por cuanto el Proceso Ejecutivo Social por recargos ha sido debidamente iniciado.

c) Vulneración del principio de Congruencia.

En los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 061-2011, así como de la ahora impugnada APS/DJ/DPC/N° 251-2011 de 23 de agosto de 1011, que pretenden justificar las sanciones que se nos ha impuesto, calificándolas como de gravedad leve, no han tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado a través de la línea jurisprudencial sentada acertadamente por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición****, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras). El precedente jurídico mencionado no ha sido aplicado en este caso motivo de controversia, especialmente en la imputación referida al incumplimiento de los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, pues no se expresa ni con meridiana claridad cual* (sic) *es la omisión o infracción sobre la normativa citada, limitándose a señalar una falta de movimiento procesal, sin considerar la existencia misma de los Procesos Ejecutivos Sociales; cuya inexistencia, sería la única causal justificable para la imputación de infracción a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones.*

III.- DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN:

Para establecer el criterio de gravedad de una infracción como leve, se debe considerar lo establecido por el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 que en su inciso c) señala: "Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, ***hayan sido provocados de manera preterintencional*** *y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor" (las negrillas son nuestras).*

Sin embargo de ello la ex AP no ha determinado como se hubiera configurado en nuestra conducta la preterintencionalidad, limitándose a expresar que:

> *"...la preterintencionalidad de la conducta se halla en que* ***la infracción no sólo se limita a la inactividad procesal, sino que ello acarrea que la recuperación de los adeudos se vuelva más lejana e inoportuna****, tomando en cuenta que dichos montos están destinados al pago de prestaciones de los Afiliados... (Las negrillas son nuestras)".*

De lo citado se desprende que se nos imputa una conducta preterintencional sobre la base de una infracción que no esta (sic) *tipificada como sanción administrativa, y que es la inactividad procesal, situación objetivamente distinta a la obligación que tiene nuestra administradora de iniciar los PES para perseguir la recuperación de las deudas al SSO, sean por aportes en mora o recargos como es el caso de autos.*

De todo lo expresado su Autoridad podrá colegir que la conducta por la cual se quiere justificar la aplicación de una sanción con gravedad leve, no solo carece de fundamento, sino que vulnera flagrantemente el principio de congruencia, ya que se nos imputa como infracción la norma que obliga a nuestra Administradora a iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales, argumentando para ello una supuesta inactividad procesal, situación objetivamente distinta.

Asimismo, no se ha justificado por que cada caso se ha hecho merecedor de una sanción idéntica, siendo que existen diferencias, puesto que para cada empleador existe un numero (sic) *distinto de casos con recargos así como distintos plazos y etapas procesales, por lo que si bien se reconoce la potestad sancionadora que tiene el órgano regulador, es pertinente remitirse a lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia IM- 1464/2004-R que en la parte pertinente señala:*

> *"Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."*

De la citada sentencia constitucional se desprende que la falta de fundamentación para la asignación de la cuantía o monto de la sanción, resulta en que la misma sea desproporcionada, más aun (sic) *si tomamos en cuenta que no se ha configurado debidamente la infracción administrativa para adecuarla a una infracción calificada como Leve.*

IV.- DE LA IMPUTACIÓN DE LOS CARGOS:

Sin perjuicio de todo lo hasta ahora expresado, lo que implica que no aceptamos las sanciones que se nos impusieron por no encontrarse a derecho, solicito que su Autoridad se sirva analizar los antecedentes que atañen a cada uno de los Procesos Ejecutivos Sociales de acuerdo a lo siguiente:

CARGO No. 2: INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES ALFA LTDA.

SOBRE EL MEMORIAL DE REPOSICIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA.

De conformidad a los antecedentes del proceso es necesario aclararle que la presentación del memorial de ampliación que se constituyó como descargo a la imputación de la multa que nos impuso su institución, constituye una prueba documental fehaciente del movimiento procesal que se presentó en su oportunidad al Juzgado por la detección de nuevos períodos adeudados, mismos que de acuerdo al Art. 494 y 495 del Código de Procedimiento Civil, por lo que mal puede su autoridad no considerarlo ni aceptarlo como movimiento procesal, ya que esta posición incorrecta puede ser ampliamente confirmada y corroborada por una autoridad judicial, que refrendará sobre tablas confirmando que cualquier memorial presentado dentro de las causas, son constituidas como movimientos procesales.

Por otro lado es necesario aclarar que el Juzgador emitió el auto de ampliación correspondiente, intimando a la empresa ejecutada a realizar el pago del monto adeudado al tercer día de su notificación.

Ahora bien de la Resolución Administrativa recurrida, extrañamente se establece que nuestra empresa habría informado a su autoridad, que el Juez emitió un auto ampliatorio e intimatorio de pago, lo que nos da a entender que se trataría de dos resoluciones distintas, situación alejada del informe remitido a su autoridad por nuestra empresa, ya que lo que informó fue que el Juez de la causa de acuerdo al memorial de ampliación presentado emitió el correspondiente Auto Ampliatoria de deuda y/no como su institución pretende confundir en otro Auto Intimatorio, situación totalmente alejada de los datos del proceso de nuestros descargos.

Asimismo, su autoridad en forma extraña no acepta ni considera el memorial de Reposición de la ampliación de la demanda de la Nota de Debito (sic) 1-07-2006-00022; documento que si bien no fue adjuntado en la nota de presentación de descargos, sin embargo fue presentado en el Recurso de Revocatoria, documento que debería gozar de su consideración como descargo a la multa impuesta.

SOBRE EL PROCESO PENAL INICIADO.

Según su autoridad los procesos ejecutivos sociales y el proceso penal iniciado debería considerarse como independiente uno del otro, por lo que no conllevaría a la paralización del proceso ejecutivo o viceversa, concepción totalmente alejada de lo preceptuado procedimental ya que de proceder como su institución exige provocaría litis pendencia.

Esta figura jurídica no considerada ni contemplada en el Recurso recurrido, nos obliga a la imperiosa necesidad de esclarecer lo siguiente:

> ***LITIS PENDENCIA***.- *Entendida como aquella existencia de identidad entre los medios de las pretensiones deducidas en dos o más juicios, con relación a los*

sujetos, objeto y la causa. La litis pendencia es una expresión equivalente a "Juicio pendiente", vale decir, que se encuentra en trámite. (Art. 336 inc. 3 del C.P.C.).

Es aquella duplicidad de proceso por una misma cuestión. La razón para su procedencia no es más que la de evitar sentencias contradictorias. Se trata de un principio general basado indudablemente en el sentido de que no pueden existir simultáneamente dos procesos fundados por una misma causa; que no puede tener lugar dos decisiones distintas respecto a una misma acción.

En ese entendido, habiendo agotado superabundantemente todas las etapas procesales del proceso ejecutivo social y habiendo obtenido declaratoria de ejecutoria de Sentencia en fecha 296 de julio del 2004 y velando por los afiliados, iniciamos en correspondiente proceso penal, no existiendo ninguna fase procesal adicional en el ejecutivo social y con el fin de evitar litis pendencia, se continuó con el proceso penal, ya que no se puede demandar en dos juicios por el mismo motivo, independientemente de sancionar la conducta, el fin que se persigue con el proceso penal es la ***recuperación de las contribuciones en mora.***

Como es de su conocimiento el proceso penal se inició el 19 de junio del 2008 habiéndose obtenido la apertura del juicio mediante Auto de fecha 26 de noviembre del 2009.

Dentro del proceso es necesario hacer conocer que el imputado no pudo ser habido en su domicilio real a fin de que tome conocimiento de la querella interpuesta por nuestra empresa, lo que nos obligo (sic) *a realizar las correspondientes notificaciones mediante edictos de acuerdo al Código de Procedimiento Penal. Esta situación, generó mayor demora en la tramitación de éste proceso, por lo que el Juez declaro* (sic) *rebelde y contumaz a la ley al Sr. Peñaloza representante legal de dicha empresa.*

Sin embargo, cumpliendo lo establecido por el Procedimiento Penal, se logró obtener el correspondiente Arraigo contra el señor Carlos Humberto Peñaloza Valenzuela y el correspondiente Mandamiento de Apremio como medida preparatoria, proceso que en la actualidad se le sigue tramitando.

La observación que su institución nos realiza, no corresponde ya que como les demostramos en ningún momento hubo un abandono procesal, por el contrario, precautelando por los derechos y beneficios de nuestros afiliados, iniciamos el correspondiente proceso penal al amparo del Art. 52 inc. e) de la Ley 1732 (Ley de Pensiones) por el delito de apropiación indebida.

Es importante, también recordarle que el inicio del proceso penal, fue de pleno conocimiento de su institución, ya que mediante Informe SPVS/IP/DCF/M/3/2007 de 19 de enero del 2007, firmada por el señor Guillermo Antonio Kawashita, Intendente de Pensiones a.i. de la Superintendencia de Pensiones, nos entregaron la prueba pericial

de oficio que exige la Ley de Pensiones como requisito imprescindible para el inicio de este proceso penal.

Como se podrá convencer su autoridad estas supuestas faltas de movimiento procesal no deben ser atribuibles a nuestra empresa, más aun (sic) *si no se considero nuestras gestiones procesales ejecutadas, mismas que fueron siempre con el fin de lograr la recuperación del monto total de la deuda.*

Por todo lo expuesto, no aceptamos la multa por el supuesto abandono procesal que por lo ampliamente expresado y demostrado documentalmente no corresponde, ya que el memorial de ampliación "es una actuación procesal".

Tampoco aceptamos los motivos de la sanción y la mala conceptualización de la individualización de proceso que realiza su institución de manera subjetiva, ya que la nueva Ley de Pensiones N° 065 en su Art. 120 para evitar la oposición de excepción previa de "litis pendencia", en forma expresa y clara determinó la concurrencia de procesos, sin cuyo artículo no haría viable la tramitación de dos procesos judiciales paralelos bajo una misma pretensión.

CARGO No. 3: AVICAYA LIMITADA. (Zacarías Gabriel Valero NUA 8240553)

Su autoridad en forma radical y determinante, manifiesta que los argumentos expuestos en los descargos así como en el Recurso de Revocatoria, son inconsistentes y discordantes, aseveraciones totalmente injustas e incorrectas, ya que para la presentación de descargos nuestra empresa revisó los datos del proceso y no consideró en esa oportunidad los argumentos planteados por el Dr. Goytia, abogado externo de nuestra empresa, de los plazos que le tomaban para realizar notificaciones en este proceso.

Evidentemente, la contratación de terceros es de responsabilidad de la AFP, por lo que una vez presentados los descargos y con el fin de verificar en forma personal las justificaciones de nuestro abogado externo, en defensa de nuestros registrados nos constituimos en la ciudad de Oruro para verificar toda la tramitación que se realizaba en esta causa con la notificación mediante Ordenes (sic) *Instruidas.*

Grande fue nuestra sorpresa al constatar que evidentemente se realizaba un sobre esfuerzo, no valorado por su institución, ya que para poder realizar la mínima notificación teníamos que ejecutar una serie de diligencias y de viajes, mismos que nos permitimos describir a detalle en nuestro Recurso de Revocatoria. Sin embargo, extrañamente todos los argumentos expuestos, no fueron considerados, sino por el contrario fueron omitidos en su consideración para la confirmación de las multas.

Tampoco es evidente que existe contradicción, ya que en ambos descargos se informó que la demora en el movimiento procesal se debía a todas las gestiones adicionales y obligatorias que estábamos obligados a realizar para tramitar la causa, por lo que mal puede su institución rechazar los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria, mismos que nos permitimos transcribir in extenso para que la

autoridad correspondiente en revisión valore y en justicia los acepte en calidad de descargos.

Además en materia administrativa, los descargos presentados en ningún caso pueden constituir declaraciones en contra de uno mismo y mucho menos invalidar nuevos descargos que se presenten en instancias posteriores.

Asimismo, es importante considerar lo siguiente:

En estricto cumplimiento al art. 142 del Decreto Reglamentario de la Ley de Pensiones nuestra empresa con el cuidado exigible de un buen padre de familia, realiza los mejores esfuerzos en representación de sus registrados para la recuperación de las contribuciones en mora, sin embargo es necesario hacer notar varias de las circunstancias con las que se tropiezan a fin de ejecutar la tramitación procesal, fundamentalmente en las gestiones que deben cumplirse, situación que nos conlleva aguardar dichos tramites antes de proseguir con actuaciones posteriores.

Como es de su conocimiento nuestra empresa ejecuta cada una de las gestiones necesarias y obligatorias a fin de dar cumplimiento estricto a las formalidades de ley con cada una de las fases procesales, permitiendo con estas, la ejecución de las notificaciones en este caso, sin ningún vicio procedimental.

En ese sentido toda gestión hecha por nuestra parte debe ser considerada como tal, puesto que con ese fin se proceder a otorgar la respectiva celeridad procesal, de lo contrario estaríamos frente a la no ejecución de cada uno de estos requisitos que permiten la citación o notificación dentro de esta causa.

1. Mediante memorial presentado a Juzgado el 12 de diciembre de 2008 se solicita la facción de Orden Instruida para realizar la Notificación de la Sentencia Nº 55/2008 a la Emp. Ejecutada.

Mediante decreto (sic) *de fecha 18 de diciembre del 2008 (es decir 6 días) recién el Juzgador dispone la notificación a la empresa ejecutada con la Sentencia ordenando que se libre la correspondiente orden instruida encomendando su ejecución a cualquier autoridad no impedida de la localidad de Poopó.*

En fecha 22 de diciembre de los 2008 (4 días)) (sic) *recién el Oficial de Diligencias procede a notificar a nuestra empresa con el decreto* (sic) *de fojas 66 vta. de obrados.*

Por disposición de la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito de la ciudad de Oruro, se dispone el receso judicial colectivo desde el 26 de diciembre del 2008 al 31 de diciembre del 2008 ***(9 días)***.

*Como el 12 de enero es feriado nacional el 2 de enero del 2009 se inauguró en la ciudad de Sucre el año judicial y recién el sábado 3 de enero del 2009 se iniciaría las actividades judiciales, formalmente iniciadas el 5 de enero del 2009 (****5 días****).*

*Desde la iniciación de las actividades judiciales hasta el 14 de enero del 2009 (**9 días**) se procedió a realizar las gestiones necesarias para que un supernumerario (sorteado para el efecto) proceda a recibir los recaudos de ley.*

*El 19 de enero del 2009 (**5 días**) se expidió la Orden Instruida, misma que fue recogida por una procurador de nuestra empresa, luego de haber cumplido con encargar y presionar para la facción inmediata de la orden referida.*

Luego de haber recogido la Orden Instruida, nuestra empresa procedió a organizar el correspondiente viaje a la localidad de Avicaya, centro minero en el cual se encuentra el empleador.

Para conocimiento de su institución es importante informarle la forma que se practican estas notificaciones:

Se debe abordar un bus interprovincial que nos lleve a la localidad de Poopó, mismo que demora aproximadamente 2 horas.

Una vez en esta localidad nos dirigimos al Juzgado de Instrucción Ordinario Cautelar y Liquidador en lo Penal de la Provincia Poopó con asiento en Poopó y se deja el documento para que el Juez pueda providenciar y ordenar la correspondiente ejecución de la orden instruida.

El Juez provincial no siempre se encuentra en la provincia y/o dispuesto a providenciar en el mismo día, situación que nos obliga a retornar a los 3 o 4 días siguientes para recoger la orden instruida.

Una vez recogido el documento con la providencia del Juez, nuevamente nos tenemos que dirigir a otra localidad para ejecutar la orden instruida. Al ser una provincia alejada, realizamos la contratación de una movilidad particular para que nos lleve a la Localidad de Avicaya, es viaje dura aproximadamente un hora y media.

Todos estos pasos que los realizamos para notificar a la empresa Avicaya, son necesarios y permanentes, sin embargo como comprenderán al no estar el empleador en la misma ciudad de Oruro, dificulta su notificación y demora obviamente el correspondiente trámite.

Como referencia para que su autoridad pudiera evaluar y valorar con los documentos que se encuentran en su institución, nos permitimos señalarle que para la notificación con la demanda tuvimos que realizar todas las gestiones y viajes descritos precedente, y recién se pudo notificar con esta demanda a los 6 meses, diligencia que por el transcurso del tiempo, no fue evaluado por su institución, ya que al corresponder el mismo procedimiento de notificación personal, por analogía debería haber sido aceptado por ustedes y no observado.

Asimismo, es importante señalar que tampoco consideró su institución la vacación judicial anual colectiva ordenada por la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, que se desarrollo del 29 de junio al 18 de julio del 2009 (19 días), señalado a Fs. 67 vta. de obrados.

Es importante resaltar y recordar a su autoridad, que por la situación política que vivimos en nuestro país, muchas veces nos enfrentamos a bloqueos de caminos, paros de transportes, paros de instituciones, y otros, que dificultan y perjudican las notificaciones mediante Ordenes (sic) *Instruidas.*

2. Con referencia al memorial de fecha 28 de octubre del 2009 en el cual se solicitó nuevamente la notificación con sentencia, este actuado procesal se lo realizó para evitar que el Juzgado remita el expediente a Pre-archivo, toda vez que por todos los puntos anotados nos fue difícil ejecutar la Orden instruida, esta solicitud en ningún momento perjudicó al proceso ni generó daño ni dilación en su tramitación.

Es importante poner en su conocimiento, que por una instrucción de la Corte, los proceso que no tengan movimiento por más de 5 meses, se los debe trasladar a un Pre Archivo para evitar la congestión y saturación de expedientes en los Juzgados.

3. Con referencia a su observación sobre los memoriales presentados en fechas 8 de enero y 9 de marzo del 2010, este requerimiento fue realizado obedeciendo a las solicitudes que nos realiza su institución para realizar las correspondientes auditorías y para mantener vigente y actualizado el file judicial, por lo que no correspondería su observación.

AVICAYA LIMITADA. (Víctor Gutiérrez Valero NUA 9187698):

1. *Mediante memorial presentado a Juzgado el 03 de diciembre de 2008 se solicitó el desglose de la Orden Instruida de notificación con la Demanda y Auto Intimatorio, a fin de subsanar la diligencia errónea practicada por el Oficial de Diligencias, que conllevaría vicios de nulidad y mayor perjuicio en el desarrollo del proceso.*
Mediante decreto (sic) *y no "auto" como refiere su institución, en fecha 5 de diciembre del 2008 (es decir 2 días) recién el Juzgador dispone el desglose de la orden instruida, debiendo quedar fotocopias simples.*
El mismo día, el Oficial de Diligencias procede a notificar a nuestra empresa con el decreto (sic)*del* (sic) *fojas 73 vta. de obrados.*
En virtud a referida solicitud, se puede evidenciar de la Nota Marginal cursante a Fs. 74 vta. de obrados, que en fecha 23 de diciembre del 2008 se procedió al correspondiente desglose de Fs. 64 a 68 de obrados.
Por disposición de la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito de la ciudad de Oruro, se dispone el receso judicial colectivo desde el 26 de diciembre del 2008 al 31 de diciembre del 2008 (9 días).
Como el l9 de enero es feriado nacional el 2 de enero del 2009 se inauguró en la ciudad de Sucre el año judicial y recién el sábado 3 de enero del 2009 se iniciaría las actividades judiciales, formalmente iniciadas el 5 de enero del 2009 (5 días).

Paralelamente y al amparo del art. 29 de la Ley 1760 (Ley de Abreviación Procesal Civil) en el que establece que el embargo y cualquier otra medida precautoria se ejecutaran antes de la citación con la demanda al ejecutado, nuestra empresa se encontraba procediendo a la averiguación de bienes ordenadas mediante auto intimatorio de pago.
Como se podrá evidenciar del memorial de fecha 3 de diciembre del 2008, nuestra empresa solicito ".... el desglose de la orden instruida para que esta se subsane por el Oficial de Diligencias del Juzgado de la Provincia de Poopó con su capital Huanuni a la brevedad posible..."
Esta solicitud la realizamos, como mencionamos, para evitar vicios de nulidad, ya que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, corresponde a que la autoridad que realizó la notificación errónea, sea la obligada a subsanarla.
En este sentido una vez que se desglose el documento, nuestra empresa procedió a organizar el correspondiente viaje a la localidad de Avicaya, centro minero en el cual se encuentra el empleador.
Para su conocimiento le reiteramos la forma que se practican estas notificaciones:
Se debe abordar un bus interprovincial que nos lleve a la localidad de Poopó, mismo que demora aproximadamente 2 horas.
Una vez en esta localidad nos dirigimos al Juzgado de Instrucción Ordinario Cautelar y Liquidador en lo Penal de la Provincia Poopó con asiento en Poopó y procedimos a tratar de ubicar al Oficial de Diligencias, el cual no se encontraba en esa Localidad, lo que nos obligó a dejar el documento para que éste pueda ser subsanado.
Pese a los reiterados viajes infructuosos realizados en los siguientes meses, en procura de ubicar al Oficial de Diligencias y recoger el documento subsanado, éste trámite se vio dilatado por las razones expuestas, que en ningún caso son atribuibles a nuestra empresa.
Ante la negativa verbal del Oficial de Diligencias de subsanar su diligencia, toda vez que en lugar de dejar aviso judicial, notificó por cédula, atentando al Art. 121 del Código de Procedimiento Civil, el Juez de provincia, con el fin de coadyuvar y acelerar este trámite nos solicito verbalmente le proporcionemos las partes pertinentes del proceso.
Lamentablemente, en esa fecha la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, instruyó la vacación anual colectiva que se desarrollo del 29 de junio al 18 de julio del 2009 (19 días), señalado a Fs. 74 vta. de obrados, tiempo que nos perjudicó en la obtención de los documentos solicitados por el Juez de provincia.
Mediante memorial de fecha 5 de septiembre del 2009 se solicitó la otorgación de fotocopias simples de la Fs. 29, 30, 31, 32 que corresponden a Nota de Débito, Nota de Cálculo de Recargo y Demanda Ejecutiva Social.
Todos estos pasos que los realizamos para subsanar la notificación a la empresa Avicaya, fueron necesarios, sin embargo como comprenderán al no estar el empleador en la misma ciudad de Oruro, dificultó nuestro trámite.
Es importante resaltar y recordar a su autoridad, que por la situación política que vivimos en nuestro país, muchas veces nos enfrentamos a bloqueos de caminos, paros de transportes, paros de instituciones, y otros, que dificultaron y perjudicaron en el presente caso la gestión que pretendíamos realizar.

2. *Con referencia al memorial de fecha 30 de octubre del2009 en el cual se solicitó la ejecutoria de la Sentencia, este actuado procesal se lo realizó para evitar que el Juzgado remita el expediente a Pre-archivo, solicitud que en ningún momento perjudicó al proceso ni generó daño ni dilación en su tramitación.*
Es importante poner en su conocimiento, que por una instrucción de la Corte, los procesos que no tengan movimiento por más de 5 meses, se los debe trasladar a un Pre Archivo para evitar la congestión y saturación de expedientes en los Juzgados.

2. *Con referencia a su observación sobre los memoriales presentados en fechas 8 de enero y 9 de marzo del 2010, este requerimiento fue realizado obedeciendo a las solicitudes que nos realiza su institución para realizar las correspondientes auditorías y para mantener vigente y actualizado el file judicial, por lo que no correspondería su observación.*

Por todo lo ampliamente fundamentado y transcrito in extenso, no aceptamos la multa impuesta para este Cargo, ya que no se valoró el sobre esfuerzo que se realizó y actualmente se realiza en la tramitación de esta causa, tomando en cuenta el lugar de residencia del empleador, por el contrario se nos multa injustamente como castigo por tanto esfuerzo realizado.

CARGO No 4: FLORES MONTERO LENNY SILVESTRE.

Toda vez que los descargos presentados en nuestro recurso, no fueron valorados en varias de las circunstancias con las cuales se tuvo que tropezar, ponemos en su conocimiento que estos extremos que desglosamos a continuación (reiteramos que su autoridad no tomo (sic) *en cuenta al momento de emitir la correspondiente Resolución), se debe a circunstancias tales como la demora injustificada del Juzgador, mismo que a momento de pronunciarse sobre el memorial presentado en fecha 15 de marzo de 2009 (Solicitud de Sentencia declarando Probada la Demanda) en forma extraña dispone mediante decreto de 22 de abril de 2009 que previamente se notifique a la parte ejecutante con todas las actuaciones procesales. Estas providencias extrañamente dilatorias son totalmente ajenas a nuestra intención de otorgar la respectiva celeridad en la causa.*

Finalmente, tengo a bien informarle que a las referencias que su institución realiza a la 32 solicitud de sentencia, esta situación se dio ante la demora de Secretaría de juzgado, en listarlo para el correspondiente ingreso a Juzgado para la dictación de la correspondiente

Sentencia. Cabe aclarar que estos expedientes entran a despacho por turno, y en orden cronológico, por lo que la intención de nuestro memorial reiterativo del 26 de febrero del 2010, fue única y exclusivamente para acelerar su dictación.

Es importante que su institución valore, que por esa gestión adicional, el juzgador dictó la Sentencia a los 10 días de los 20 que tiene de acuerdo a Procedimiento.

SOBRE LA ACEFALIA DEL OFICIAL DE DILIGENCIAS.

Con referencia a su observación, su autoridad manifiesta en el segundo párrafo del Cargo N° 4: "Que el hecho de existir acefalia en el cargo de un Juez, no impide la prosecución de un proceso, ya que ante tal situación existen reemplazos que imposibilitan la paralización de los procesos."

Al respecto cabe aclarar que en ningún momento nuestra empresa manifestó como descargo que existía acefalia del Juzgador, tal cual pretende hacer notar y confundir su autoridad; por el contrario nuestro descargo se circunscribe a la acefalia del Oficial de Diligencias.

Con relación a la acefalia del Diligenciero del Juzgado, su autoridad pudo constatar y convencer por las fotocopias del expediente remitidas a su institución, que la falta de movimiento procesal se debió a que el Oficial de Diligencias del Juzgado 55 de Partido en Trabajo y Seg. Social de la ciudad de Santa Cruz, no habría sentado todas las diligencias realizadas y supervisadas por nuestra empresa, situación que demoro aún más el trámite procesal.

Al pretender reclamar esta situación, se nos informo (sic) *que dicho funcionario habría cesado en sus funciones dejando pendientes algunas notificaciones (en las que se encontraban las nuestras).*

Para enmendar estas actuaciones procesales, nos vimos obligados a recurrir al Oficial de Diligencia de Juzgado 1° de Trabajo y Seguridad Social para que realice nuevamente estas diligencias. Asumiendo que este funcionario habría cumplido con lo ordenado por el Juzgador, nuestra empresa reitero mediante memorial de fecha 14 de octubre del 2009, la dictación de sentencia, sin embargo nuevamente pudimos verificar que estas diligencias no pudieron ser realizadas, por las recargadas funciones que realizaba este funcionario para atender paralelamente a los dos juzgados.

La demora de los 212 días como demostramos no es atribuible a nuestra empresa, ya que se debió a la acefalia del Oficial de Diligencia del Juzgado y a su incumplimiento de deberes.

Si bien su autoridad nos instruye y sugiere realizar las denuncias ante los Órganos Disciplinarios correspondientes, aplicando la letra muerta de la ley sin considerar que en la realidad, este accionar trae mayores inconvenientes, entre ellos, preparar las denuncias que precisan de la inversión de tiempo, seguimiento a las mismas, notificaciones, declaraciones, audiencias, etc., las cuales derivarían en otro proceso al cual se debe otorgar el respectivo seguimiento. Por otro lado la enemistad con la que se llegaría en juzgado seria notorio y perjudicial, puesto que en nuestra economía procesal nos enfrentaríamos a inadecuados tratos, situación que sería de conocimiento pleno de todos los Juzgados ya que todos se encuentran prácticamente conectados tanto física como laboralmente.

Asimismo, la abrogada Ley de Organización Judicial, establecía expresamente la inmediata suplencia, sin embargo no es menos cierto que en la práctica procesal se

torna demasiado complejo el atender dos Juzgados por la carga procesal que existe (para todo el Departamento de Santa Cruz solo existen 5 Juzgados Laborales), en el caso que es de nuestro interés el Oficial no logro cumplir con la obligación de notificar los actuados de la presente causa no por falta de interés como sugiere su autoridad, sino por la imposibilidad física a la cual tuvo que enfrentarse, considerando que se encontraba en suplencia de dos Juzgados.

Es importante tomar en cuenta, que muchos de estos funcionarios rehusan (sic) *o se excusan del cumplimiento de sus funciones argumentando la falta de tiempo y la excesiva carga procesal que aumenta al asumir el cargo en suplencia de otro juzgado, situación que conlleva a demorar estas notificaciones, pese a las insistentes gestiones ejecutadas por nuestra empresa con el fin de que los procesos no sean paralizados y demorados injustificadamente.*

Por lo expuesto, mal puede su autoridad atribuirnos una demora en el movimiento procesal y peor aún multarnos por situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones y gestiones, y menos aún atribuirnos responsabilidades por la mala práctica de todo el Sistema Judicial situación que es de amplio conocimiento público, ya que nos encontramos sujetos a la buena voluntad de todos estos funcionarios y a la mala organización del Poder Judicial, situación que puede ser corroborada por su entidad en los estrados judiciales al ser de conocimiento público.

Finalmente, ratificamos in extenso nuestra fundamentación expuesta en el Recurso de Revocatoria para el Cargo N° 4.

CARGO No. 5: GIGIO S.R.L:

Dentro de los descargos presentados a su autoridad, y que no fueron debidamente valorados, expusimos y describimos las gestiones extraordinarias que realizamos para evitar los vicios de nulidad, que traen como consecuencia la dilación del proceso.

En el presente caso como es de su conocimiento, por el expediente que cursa en su despacho, se solicitó la corrección de la Sentencia, evitándose que la presente causa se tramite (sic) *con vicios de nulidad que a la larga pudieran perjudicar a la recuperación de lo adeudado, gestión extraordinaria que nunca debería ser realizada si los Jueces cumplieran con lo establecido en la Ley de Pensiones.*

Asimismo, con referencia a la "supuesta excesiva carga laboral" y "supuesto extravío del expediente", expresiones contradictoras manifestad as en la Resolución recurrida, todas vez que desconocen la realidad de la practica procesal y ponen en duda nuestros descargos presentados en el Recurso de Revocatoria, por lo no se encuentra justificado menos fundamentado legal y procesalmente su rechazo a los mismos.

Los descargos que fueron puestos en su conocimiento, son de total y pleno conocimiento de los funcionarios de ese Juzgado, información que puede ser recabada por su institución en representación del Gobierno, ya que para nosotros

resulta imposible obtener documentación respaldatoria de la carga procesal por la que atraviesa ese Juzgado y por la falta de diligencia de los funcionarios judiciales.

Como mencionamos, tampoco podemos presentar quejas por este proceso como su institución sugiere, ya que nos ocasionaría controversias y enemistades con los mismos funcionarios, sin descartar que pudiéramos perjudicar los 400 procesos ejecutivos sociales que se tramitan en ese juzgado.

Asimismo, tampoco podemos aplicar la letra muerta de la ley, estableciendo denuncias por cada incumplimiento, lo que como manifestamos generaría una relación inadecuada con los funcionarios de cada juzgado, contraviniendo sin duda las buenas costumbres, el decoro, la buena fe, la lealtad procesal y otros principios que son parte de la relación procesal entre las partes de un proceso (art. 50, 51, 57, 90 del C.P.C.)

Por otro lado, es necesario poner en su conocimiento que con referencia a su observación de 308 días de abandono procesal, no es evidente esa aseveración, ya que por la saturación de los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social en los cuales se tramitan los procesos ejecutivos sociales, procesos coactivos sociales, procesos de beneficios sociales, procesos por infracciones a las leyes sociales, procesos de reincorporación, procesos de reintegro de beneficios sociales, procesos de restitución de mujer embarazadas, procesos por desafuero sindical, procesos por reincorporación por gozar a la sindicalización, proceso por reincorporación por retiro forzoso, procesos por recuperación de patrimonio sindical, procesos por actualización de beneficios sociales, y otros, el entre papeleo de los procesos es muy frecuente, así como el extravío momentáneo, o la oportunidad que tienen los deudores de intentar extraer el expediente de los juzgados, sin descartar el extravío misterioso de las causas con ayuda de los mismos funcionarios, situación con la que permanentemente atravesamos y las vamos asumiendo y superando interponiendo denuncias ante los Secretarios de Juzgado, Jueces, finalmente en casos extremos ante el Régimen Disciplinario del Consejo de la Judicatura.

El presente proceso tuvo esa demora a raíz del extravío del expediente en el mismo Juzgado, practica consuetudinaria usual, y para evitar confrontación, se iniciaron las quejas en forma verbal hasta que el expediente fue puesto a la vista, por lo que no fue necesario ni adecuado reponerlo por todo lo expresado anteriormente. Como verá esta situación es totalmente ajena a nuestra responsabilidad, y más aun imposible de probar, debiendo tener su institución en cuenta que los expedientes no se encuentran bajo nuestra custodia, sino del Órgano Jurisdiccional, quienes serían los responsables directos para la demora y observación multada por ustedes.

CARGO No. 6: CORDOVA GUTIÉRREZ DONATO.

Toda vez que mediante la resolución confirmatoria, su autoridad simplemente se limita a establecer en su párrafo segundo del Cargo N° 6 lo siguiente:"...no argumenta los motivos por los cuales se habría incurrido en la falta de movimiento procesal respecto

a la fase de ejecución de sentencia y se remite simplemente a la manifestación de lo siguiente...."

Ante esta afirmación que a todas luces está alejada de la realidad y muy apartada de lo fundamentado en nuestro recurso de revocatoria, manifestamos claramente que en ningún momento se dejo (sic) *de lado la ejecución de la sentencia, tal cual se puede establecer en los argumentos plasmados en dicho recurso, al proceder a realizar un análisis del presente proceso para esta ejecución.*
Encontrándose el Auto de Vista confirmatorio correspondía ejecutar las medidas precautorias solicitadas, habiéndose procedido a la anotación de 2 líneas telefónicas que por su valor comercial no cubrían el monto total adeudado, gestiones que lamentablemente no son valoradas, menos tomadas en cuenta por su autoridad en nuestros descargos.

Asimismo, se gestionó la anotación preventiva de 3 vehículos, mismos que en ejecución de fallos, se intento secuestrarlos para embargarlos y poder rematarlos. Lamentablemente, no se pudo determinar su paradero, por lo que nos vimos impedidos de poder ejecutar esta medida precautoria.

Finalmente, en fecha 15 de octubre del 2010, se pudo obtener el Certificado de Derechos Reales, en el que se establece que el ejecutado, tendría registrado en co propiedad una pertenencia minera adquirida por Declaratoria de Herederos, para la cual nos encontramos solicitando la anotación preventiva correspondiente.

Como bien analizara su autoridad estas gestiones propias del procedimiento, fueron ejecutadas a cabalidad pretendiendo la recuperación de los aportes adeudados al S.S.O., sin embargo con una actitud de minimizar cada una de las gestiones tan fundamentales e imprescindibles como las realizadas, su autoridad no las tomó en cuenta a momento de ratificar las multas impuestas por supuesta falta de movimiento procesal, remitiéndose simple y únicamente en forma extraña a detallar aquellos aspectos que aparentemente habrían causado la demora en la tramitación.

Asimismo, causa mayor extrañeza que todos los esfuerzos que se imprimieron en este proceso para recuperar el monto de las contribuciones, fueron totalmente devaluados por su autoridad, así como todos los esfuerzos que se realizan para obtener un archivo físico actualizado de todas las actuaciones procesales que cursan en obrados, mismas que no son reconocidas por su institución, ya que para obtener cualquier actuado procesal en los Juzgados imprescindiblemente debe ser solicitado en memorial, caso contrario estas peticiones verbales son rechazadas, por lo que mal puede su autoridad extrañarse de los memoriales que cursan en obrados en los cuales solicitamos fotocopias de cada actuación, en cumplimiento a sus disposiciones, por lo que mal puede alegar que existiría incumplimiento.

Tampoco aceptamos, que su institución asuma erróneamente un reconocimiento tácito cuando solo nos permitimos poner en su conocimiento las Circulares que emiten las Cortes Superiores del Distrito disponiendo el plazo para mantener los procesos en los Juzgados y/o enviarlos al pre-archivo, situación que no aplica a este

proceso, ya que como ustedes comprobó todas las gestiones administrativas realizadas en ejecución de fallos ejecutando las medidas precautorias, obviamente no se encuentran en el proceso por que la mismas sufren un tratamiento especial, documentación que cursa en sus archivos como resultado de cada trámite.

Es importante que tome en cuenta que todo el trámite que se realizan en los distintas instituciones donde se registran bienes, son iniciados con un oficio emitido por el Juez, pero todo el seguimiento del trámite hasta su conclusión es meramente administrativo.

Por lo que no aceptamos la confirmación de la multa por todos los esfuerzos que se realizaron en este proceso para ubicar bienes y poder recuperar los montos adeudados.

CARGO No. 7: BALLYCO ENTERPRISES S.R.L

Con respecto a la fundamentación de la resolución en la que confirma la sanción impuesta a nuestra empresa, nos causa nuevamente extrañeza los argumentos y consideraciones de responsabilidad que pretenden en forma ilegal de delegarnos obviando y reiteradamente minimizando cada acción ejecutada, sin tomar en cuenta la importancia de estas gestiones procesales, que sin duda fueron adecuadas al estado de la causa, lo contrario significaría ejecutar una tramitación pésima, irresponsable y sin tomar los debidos recaudos a fin de evitar nulidades y/o sentencias desfavorables que sin duda afectaría a los intereses de nuestros afiliados. Todas estas gestiones, muy mal entendidas y desvaloradas por su autoridad, evitaron mayores confusiones en el juzgador, pérdidas de tiempo, emisión de sentencias contrarias así como la creación de jurisprudencia que sin duda afectaría no solo (sic) *a esta causa sino a una gran mayoría de las mismas.*

Como es de su conocimiento dentro la presente causa el Juzgador 3ro de Trabajo y Seguridad Social emite el auto intimatorio de manera incorrecta sin tomar en cuenta que nuestra pretensión esta avocada a perseguir el monto adeudado por el ejecutado en UFV'S en consideración a que el presente proceso se trata de un Recargo, tal cual establece la normativa.

En ese sentido nuestra empresa ejecuta las gestiones necesarias a fin de que el Juzgador al advertir su error modifique y enmiende el auto intimatorio, es así que mediante memorial de 29 de octubre de 2007 se interpone recurso de reposición solicitando se subsane el auto mencionado en razón a que el Juzgador no se habría pronunciado ni incorporado el monto del recargo generado por la empresa BALLYCO ENTERPRISE S.R.L.

Ante esta solicitud el Juzgador mediante auto de 31 de octubre de 2007 confirma el auto intimatorio, denegando nuestra solicitud, decisión totalmente subjetiva del Juzgador.

Ante la observación efectuada por su autoridad, en el sentido de que no existiera posteriores actuaciones que se hubiera realizado a favor del avance procesal, como es de su conocimiento el auto intimatorio no fue enmendado por el Juzgador, causando perjuicio a nuestros intereses, situación que obligo a nuestra empresa a presentar el recurso de apelación contra el auto que niega nuestra pretensión.

Ahora bien, al no emitirse la intimación correcta por el Juzgador al ejecutado, según procedimiento no lograría un efecto procesal adecuado o perseguido por nuestra parte, razón por la cual no se solicito una citación al ejecutado a fin de que tome conocimiento del proceso, menos era adecuado ejecutar las medidas precautorias necesarias a fin de garantizar los resultados del juicio, por no establecerse en el auto intimatorio las UFV'S de acuerdo a procedimiento, lo contrario significaría una aceptación expresa de nuestra parte, situación que a todas luces perjudicaría gravemente a los beneficiarios y al desarrollo del proceso, lo que conllevaría a una nefasta y contraria sentencia.

Procedimentalmente nuestra empresa tomo una determinación adecuada y legal en pos de que nuestra pretensión sea declarada probada, en este caso condene al deudor a la cancelación de la deuda en UFV'S, ahora bien, tal cual establece el principio de preclusión (conclusión de una etapa procesal determinada) nuestra parte no podía dejar pasar esta tramitación observada por su autoridad, en el sentido de que si se ignoraba esta, se corría el riesgo de no lograr una efectiva corrección del auto intimatorio que como vera no era lo pretendido.

En razón a ello se disputo procesalmente esta etapa procesal, lo que sobrellevo a todas las gestiones necesarias que como vera derivaron a una dilación que no es atribuible a nuestra parte.

Por otro lado al someter a un avance procesal tal como sugiere y extraña su autoridad en la Resolución, se corría el riesgo de que el auto intimatorio (apelado y aguardado para su corrección de manera idónea por nuestra parte) procesalmente sea considerada cerrada, es decir, sin la posibilidad de reabrirla o renovarla, o más bien dicho sin la opción de retrotraer el proceso debiendo en ese caso asumir la defensa en el estado en que se hubiera encontrado, situación que ameritaba otra responsabilidad al no actuar con diligencia y cuidado precautelando que en cada etapa procesal se mantenga el impulso procesal adecuado y correcto, por lo que mal se puede calificar como un perjuicio, a sabiendas de que todo lo nuevamente gestionado posibilito (sic) *a una correcta interpretación de la norma por otro Juzgador.*

Por otro lado su autoridad menciona que al tomar conocimiento el juzgador el proceso se encontraba en curso y bajo competencia de este, por tanto se debió seguir con un avance prolijo. Ante esta situación cabe aclarar que si bien el Juzgador tomo conocimiento de la causa, esta no es suficiente a nuestra pretensión considerando que bajo el principio del debido proceso la relación aun no estaba trabada, por tanto el ejecutado aun no habría tomado conocimiento.

Ahora bien, según el art. 50 del C.P.C. se establece que las partes esenciales del proceso son el demandante, el demandado y el Juez. El art. 86 del mismo Cuerpo Adjetivo Legal, establece que la dirección de la causa corresponde al Juzgador. En ese sentido mal podríamos continuar con la tramitación simplemente bajo el conocimiento del Juez, mismo que como vera solo atino a pronunciarse de una manera equivocada. La citación con esta actuación, tal como su autoridad pretende, hubiera originado la respuesta del deudor, situación que hubiera generado el inicio de la relación procesal misma que no seria (sic) *susceptible de modificación, como lo establece el art. 353 del C.P.C.*

Es necesario considerar que si bien el impulso procesal nos corresponde y más aun (sic) *si pretendemos darle una celeridad adecuada a la causa, esta situación podría, como en este caso, perjudicar enormemente nuestras aspiraciones. En ese entendido al pretender acelerar la causa sin tomar en cuenta la carga procesal asumida, entendiéndose esta como aquella situación jurídica prevista en la ley, consistente en la exigencia de una conducta de realización facultativa que se ha previsto en el interés del propio sujeto y cuya omisión trae como consecuencia un resultado costoso para él, es decir de asumir el riesgo, en este caso, de no interponer un recurso de apelación contra un auto que va en contra de los intereses de nuestros registrados; este riesgo conllevaría a que si se ignoraba esta apelación el órgano judicial dictaría resoluciones sin recibir nuestra impugnación.*

Asimismo aclaramos a su autoridad que en ningún momento se pretendió alterar el curso del procedimiento, puesto que nuestra apelación y el retiro de la demanda obedece a mecanismos procedimentales otorgados y permitidos por nuestra normativa, en pos de lograr una efectiva recuperación sin vicios y nulidades procesales en la causa.

Cabe aclarar que en fecha 07 de junio de 2010, se presento Nueva Demanda contra Empresa Ballyco Enterprises S.R.L., en base a la Nota de Debito (sic) *1-07-2006-00018, demanda que fue sorteada a Juzgado 42 de Trabajo y Seg. Social y admitida por Auto Intimatorio de fecha 07 de junio de 2010.*

Esta confusión, falta de comprensión y conocimiento del Juzgador sobre la Ley de Pensiones, sus objetivos, fines y las deudas al Seguro Social Obligatorio de Lago Plazo, provocaron dilación en la tramitación del proceso judicial, situación que ante todas las negativas y acercamientos personales que se tuvieron durante varios meses, nos obligó a retirar la demanda, a fin de volverla a presentar y evitar una jurisprudencia nefasta para el sistema de Seguridad Social de Largo Plazo.

Como verán este desconocimiento del Juzgador, que nos obligó a dilatar el proceso, no puede ser atribuido a nuestra responsabilidad, sino a la del juzgador, que como director del proceso es el responsable de guiar y conducir la causa conforme a ley y derecho, situación que por sus argumentos y por su conceptualización pretendería inducirnos en error, aspecto totalmente contrario a las normas procesales.

Por lo que no aceptamos la confirmación de la multa por todo lo ampliamente expuesto, solicitando que en revisión se valore nuestra actuación idónea en estricto cumplimiento del Art. 142 del D.S. 24469.

V. PETITORIO.

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N9 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 de fecha 23 de agosto de 2011; que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 de fecha 09 de junio de 2011, ajustándola a derecho conforme a las reglas del debido procedimiento administrativo…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. De la Competencia de la Autoridad Fiscalizadora.-

El recurrente en el memorial de Recurso Jerárquico, expresa que:

"La APS, al ingresar a realizar una revisión de los aspectos netamente procedimentales sobre los procesos ejecutivos sociales por recargos, sin contar con una noma que le faculte para ese efecto, que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica."

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

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

La Ley ha conferido a la SPVS las más amplias facultades y potestades administrativas en lo que respecta al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, otorgándole atribuciones para velar por la seguridad, solvencia, liquidez, rentabilidad en las actividades relacionadas con los fondos de pensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones. Dentro de ese contexto, el Artículo 23 de la Ley de Pensiones regula los aspectos relativos al

proceso ejecutivo social como mecanismo jurisdiccional para la recuperación o cobro de cotizaciones, primas, comisiones intereses y recargos adeudados a las AFP, señalando que la sustanciación del proceso ejecutivo social se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

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

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

Precedente que es compartido in extenso por este Ministerio, ya que no se puede pretender hoy a más de catorce años del inicio del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, desconocer la competencia de la Autoridad Fiscalizadora, quien por mandato legal se encuentra en plena facultad de ejercer el control del correcto cumplimiento de la norma, realizando cuanta fiscalización sea necesaria a efectos de verificar sí la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales, ha sido llevada correctamente o ha existido negligencia o inoperancia por parte de la Administradora, en el cumplimiento de sus funciones como representantes de los Afiliados, ya que ello conlleva un perjuicio inminente por la falta de recuperación oportuna de los aportes de los mismos. En el evento de evidenciar una posible infracción, se encuentra obligada a iniciar el proceso sancionatorio correspondiente llegando hasta la sanción o desestimación del cargo según corresponda y siempre en el marco del estricto cumplimiento al debido proceso.

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

1.2 Del cumplimiento del Principio de Tipicidad.-

En primer término corresponde analizar el principio de tipicidad, para luego entrar a analizar su aplicación el proceso administrativo en el caso de autos.

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

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

> *"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:*
>
> *La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración:* ***1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***
>
> *Congruentemente con lo anterior, tenemos que el* ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*
>
> *El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.*
>
> *Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".*
>
> *Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:*
>
> *"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.*
>
> *En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera* ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de*

*la correlación entre la **clase de infracción y la clase de sanción** d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

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

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

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

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

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

Ahora bien, subsumiendo el análisis del cumplimiento estricto del Principio de Tipicidad, importará revisar los tipos imputados y que merecieron sanción, a saber:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de

2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales, produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

Por lo tanto, amerita la transcripción y pronunciamiento respecto a cada artículo citado, es así que tenemos:

El artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece:

> ***"ARTÍCULO 23° DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.-*** *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de pensiones (AFP).*
>
> *La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.*
>
> *Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito* (sic) *del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*
>
> *No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.*
>
> *Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*
>
> *Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación…"*

El inciso d) del artículo 31 (de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala:

> *"…**d)** Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"*

El artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997:

> *"**ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).** A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"*

El artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, determina lo siguiente:

> ***ARTÍCULO 12.- (RECARGOS).*** *Los empleadores que no se acojan a los alcances del*

artículo precedente, serán sujetos a Proceso Ejecutivo Social por concepto de los recargos que corresponda.

La aplicación de los recargos establecidos en el inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones será regulada por la SPVS, debiendo ser acreditados los mismos, en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda, administradas por las AFP.

Los recargos calculados de conformidad con el inciso b) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones y el Reglamento vigente de reservas de Riesgo Común y Riesgo Profesional del SSO emitido por la SPVS, una vez pagados deberán ser acreditados en la Cuenta Individual del Afiliado fallecido o inválido…"

De la norma precedentemente transcrita se llegan a las siguientes conclusiones:

Respecto al **Artículo 23 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se evidencia que si bien la recurrente emitió las Notas de Débito e inició los Procesos Ejecutivos Sociales ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, sin embargo su tramitación no cumplió con la debida y oportuna tramitación conforme las normas del Código Civil y la propia Ley de Pensiones.

En cuanto al incumplimiento del **Artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324** de 22 de enero de 2004, se tiene que está si bien no es una norma imperativa que dé una obligación a las AFP, sin embargo la misma determina la obligación del procesamiento del Proceso Ejecutivo Social, y se encuentra por lo tanto congruente con el artículo 23 de la Ley No. 1732 analizado ut supra.

Siguiendo el análisis tenemos que en cuanto al incumplimiento al **inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se evidencia a su vez el cumplimiento al Principio de Tipicidad, al configurarse la infracción imputada respecto al cobro de las contribuciones, ya que la supuesta negligencia en la tramitación, evidencia la omisión del cumplimiento de sus obligaciones, constituyéndose de esta manera en la causa para el retraso o en su caso el no cobro a los empleadores de las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones

En cuanto al incumplimiento del **Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469** de 17 de enero de 1997, es menester primero precisar que la figura del "buen padre de familia" es una figura jurídica abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación.

En este sentido se evidencie que en los Procesos Ejecutivos Sociales correspondientes al caso de autos, existió una actitud negligente en la conducta y actuaciones de la AFP.

1.3. De la vulneración del Debido Proceso, Principio de Congruencia y motivación.-

Que a efectos de poder realizar el control de legalidad, corresponde revisar los precedentes ya sentados por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas sobre el Debido Proceso, el Principio de Congruencia y la debida motivación, conforme se procede a continuación:

La Resolución Ministerial Jerárquica de MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 15/2011 de fecha 11 de abril de 2011 determinó:

> *"Que consecuentemente el artículo 29 parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que:*
>
> > *"Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica"*
>
> *Que respecto a la valoración de la prueba William Duran Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales refiere …" el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana critica: de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene…"*
>
> *Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:*
>
> > *"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y.*
>
> *Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:*
>
> > *"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando resuelvan recursos administrativos.*
>
> *Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 a señalado:*
>
> > *"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no*

puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

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

Ahora bien complementando lo anterior, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"

Conforme se tiene del precedente administrativo anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010 referente al debido proceso tenemos que:

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

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

cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

De lo precedentemente expuesto, queda clara la obligación del Ente Regulador de emitir Resolución Administrativa, observando las reglas del debido proceso sin embargo de ello se debe proceder al análisis en función a cada uno de los cargos imputados y sancionados objeto de impugnación conforme se procede a continuación:

2. DE LOS CARGOS SANCIONADOS.-

2.1. De los Cargos Nos. 1, 2, 5, 7 y 8.-

Conforme se evidencia de los antecedentes del proceso, la AFP recurrente no ha presentado impugnación contra los **Cargo No. 1 y No. 8,** al haber sido desestimados por lo que esta instancia no entra a mayores consideraciones, debiendo proceder en consecuencia, con su ratificación.

Que en cuanto al **Cargo sancionado No. 2**, se tiene que revisados los actuados administrativos cursantes, la APS sí valoró la prueba presentada a tiempo del Recurso de Revocatoria, donde se demuestra y ratifica el incumplimiento imputado al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales seguidas dentro del Proceso Ejecutivo Social contra Ingeniería y Construcciones ALFA Ltda., produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES, situación que a su vez ha sido confirmada con la prueba presentada por la propia AFP a tiempo del Recurso de Revocatoria, evidenciando la falta de diligencia en la tramitación del proceso.

En cuanto al Proceso Penal, como descargo de la AFP, si bien es correcta la fundamentación presentada en cuanto a la figura de litis pendencia, omitida por la Autoridad Reguladora, sin embargo dicha situación no exime del correcto cumplimiento y diligencia que debió tener la AFP a tiempo de tramitar el Proceso Ejecutivo Social instaurado contra la empresa Ingeniería y Construcciones Alfa Ltda.

Que respecto al **Cargo sancionado No. 5**, se tiene que la imputación corresponde a las infracciones que se habrían cometido dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra Gigio S.R.L., habiendo existido falta de movimiento procesal de 308 días, donde la AFP recurrente alega como principal fundamento el extravío de expediente, sin embargo y más allá de dicha situación conforme fundamenta la Autoridad Fiscalizadora, es su obligación en la prosecución del Proceso de contar con actuados expresos y oportunos que evidencien, el cumplimiento de sus obligaciones, situación que no se ha dado en el caso de autos.
Que respecto al **Cargo sancionado No. 7,** se evidencia que la AFP recurrente no ha efectuado ninguna acción procesal conforme le fuera imputado, sino hasta que la AP (hoy APS), le remitió la solicitud de copias del expediente procesal a efectos de fiscalización, por lo cual y tomando en cuenta la fundamentación dada por la Autoridad Fiscalizadora, no existe mayor consideración o análisis a realizar, evidenciando el incumplimiento imputado.

2.2. De los Cargos Sancionados Nos. 3, 4 y 6.-

En cuanto al **Cargo No. 3**, la AFP recurrente tanto en el memorial de Recurso de Revocatoria como en el de Recurso Jerárquico, ha presentado una serie de argumentos que hacen a la relación de las causales por las que a su entender, la misma no habría infringido los cargos imputados dentro del Proceso Ejecutivo Social instaurado contra Avicaya Ltda.

La Autoridad Reguladora por su parte se centra sólo en el descargo presentado sobre el mal patrocinio prestado por el Abogado Marco Antonio Goitia Brún, olvidándose de los argumentos expuestos y la relación de actuados que presenta, situación que evidencia el incumplimiento al principio de verdad material, valoración de los fundamentos y de la prueba presentada, y consiguientemente debido proceso a la que estaba obligada la Autoridad.

Con relación al **Cargo No. 4** sancionado, la AFP presenta argumentos sobre las circunstancias por las que se demoró el Proceso Ejecutivo Social contra Flores Montero Lenny Silvestre, habiendo estado sin movimiento 212 días, sin embargo pese a los fundamentos expuestos, la Autoridad de Fiscalización se limita a expresar que la AFP no habría presentado prueba, por lo cual no toma en cuenta los argumentos expuestos y los deja de considerar, olvidando su obligación de la búsqueda de la verdad material.

Respecto al **Cargo No. 6** sancionado, la AFP presenta argumentos sobre las circunstancias que desvirtuaría el cargo correspondiente al Proceso Ejecutivo Social instaurado contra Donato Córdova Gutiérrez, debido a que la AFP en conocimiento del Auto de Vista que confirma la Sentencia, no habría tramitado la fase de la ejecución para la respectiva recuperación de los adeudos al SSO, sin embargo la Autoridad de Fiscalización -al igual que en el caso anterior- le señala que la AFP, no habría presentado prueba, por lo cual no toma en cuenta los argumentos expuestos y los deja de considerar, olvidando una vez más, su obligación de la búsqueda de la verdad material.

Por lo anteriormente expuesto, amerita las siguientes consideraciones que debe tomar en cuenta la APS:

La Entidad Reguladora no debe olvidar que se encuentra en la obligación de la búsqueda de la verdad material, evitando pretender que toda la prueba a considerar sea únicamente la aportada por el recurrente y en la primera oportunidad, más aún si para el fallo que otorga se basa en la supuesta inexistencia de prueba. Ello no inhibe la responsabilidad de la recurrente de presentar oportunamente cuanta prueba le sirva de descargo o respalde su argumentación.

A su vez, no debe olvidar la Autoridad Supervisora, que es su obligación -conforme anota Comadira- seguir el procedimiento administrativo en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cuál aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y en su caso, probadas por las partes.

Por lo que la APS, en cumplimiento de este principio y a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, debe valorar la prueba aportada y solicitar

documentación complementaria que se requiere a efectos del cumplimiento del debido proceso.

Asimismo, y congruentemente con lo anterior, la Autoridad Fiscalizadora, tiene la obligación de pronunciarse sobre todos los puntos alegados y argumentados por la recurrente sin excepción, en estricta observancia al debido proceso que rige el procedimiento administrativo.

Es así que, corresponderá a la Autoridad Fiscalizadora, determinar, la existencia o no de imposibilidad material que justificaría la demora en la tramitación de la causa o en su caso desvirtuar o confirmar todos y cada uno de los argumentos presentados por la AFP respecto a los imponderables que habrían atravesado los procesos, por razones ajenas a su voluntad, previa valoración cronológica de las fechas en las que se ha producido cada actuación procesal, contrastándolas con el procedimiento civil aplicable al efecto y no determinar de manera general tiempos, sin una debida compulsa y justificación.

2.3. DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS.-

La AFP recurrente, también presenta como argumento, el incumplimiento al Principio de Proporcionalidad, por lo que corresponde su análisis.

Sobre el particular tenemos que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 de 4 de mayo de 2011 ha determinado:

> *"…el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (....)*
>
> *(...)En esa tarea toda autoridad administrativa* ***resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado.*** *El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que lo hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para*

su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *naturaleza de los perjuicios causados,* ***c)*** *la reincidencia en la comisión."*

Que de igual forma la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 de 13 de julio de 2011, en cuanto al principio de proporcionalidad determinó que:

"El principio de proporcionalidad, conforme anota Walker San Miguel Rodríguez en su libro Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia:

´El principio de proporcionalidad también conocido como exceso de punición, este principio invoca que la ***sanción administrativa*** *tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar, la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido "Afectar la proporcionalidad, vulnera un garantía constitucional", anota Juan Carlos Cassagne (…)*

(…) El autor español José Mario Quiroz Lobo nos dice que la proporción tiene dos campos perfectamente diferenciados, la ***proporcionalidad abstracta que sujeta al legislador a observar la ecuación, conducta/ correctivo en la redacción de la norma y la proporcionalidad subjetiva por lo que el llamado singular a la aplicación de aquella norma debe ponderar todas las circunstancias concurrentes para graduar el castigo…´"***

Se observa al recurrente fueron sancionados con el mismo monto económico de $us3.000,00, impuestos en base al análisis realizado por la Autoridad Fiscalizadora, tomando en cuenta los elementos que hacen a la gravedad leve, y desarrollados conforme se evidencia de la transcripción tanto de la Resolución Administrativa sancionatoria, como de aquella que resuelve el Recurso de Revocatoria.

Por lo tanto y en base a los fundamentos anotados por la Autoridad Fiscalizadora, no ha existido daño a los Fondos ni a los Afiliados, ha existido preterintencionalidad, es decir la AFP no consideró que sus acciones u omisiones cuenten con la repercusión obtenida en la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales, por lo cual no ha existido violación al principio de proporcionalidad, habiendo aplicado la sanción dentro de los parámetros establecidos para la gravedad calificada.

CONSIDERANDO:

Que, para la correcta imputación de los cargos, la Autoridad Fiscalizadora se encuentra obligada a realizar un exhaustivo análisis de los supuestos incumplimientos por cada uno de los cargos imputados, debiendo verificar si la actitud (acción u omisión) de la AFP, en su condición de administrador y representante ha sido ejecutado conforme a la normativa, para ello deberá realizar una real valoración de la prueba cursante y la que se requiera bajo el principio de verdad material, situación que no ha sucedido en el caso de autos.

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha aplicado

correctamente la norma para los cargos 1, 2, 5, 7 y 8, situación que no sucedió para los cargos 3, 4 y 6 al no haber dado una correcta aplicación a los Principios de Sometimiento Pleno a la Ley, Debido Proceso, omitiendo la búsqueda de la verdad material como obligación exigible a toda Institución Pública, conforme se tiene explicado en el Considerando anterior, aspecto que necesariamente debe ser enmendado.

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

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) y 44 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar y anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 de 23 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 de 09 de junio de 2011, en su Artículo Primero incisos a), b), e), g) y h) correspondientes a los Cargos 1, 2, 5, 7 y 8.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 de 23 de agosto de 2011 inclusive, respecto a la confirmatoria del Artículo 1 incisos c) d) y f) correspondientes a los cargos 3, 4 y 6, en sujeción a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo tramitarse por cuerda separada y emitirse nueva Resolución Administrativa que resuelva el Recurso de Revocatoria planteado.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 264-2011 DE 31 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 003/2012 DE 24 DE ENERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 003/2012

La Paz, 24 de enero de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por Previsión BBVA Administradora de Fondo de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.), representada por Marioly Aguilera Rosado; la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº264-2011, de 31 agosto de 2011 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha autoridad; y considerando lo siguiente:

CONSIDERANDO:

Que conforme el Artículo 173 de la Ley Nº 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, establece que las resoluciones administrativas que emita la APS, podrán ser impugnadas mediante Recurso de Revocatoria o Jerárquico de acuerdo a la Ley de Procedimiento Administrativo y normativa aplicable.

Que los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071, de 09 de abril de 2009, amplía las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos

Que mediante Resolución Ministerial Nº131, de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al Procedimiento Administrativo y normas aplicables.

Que mediante Auto de fecha 28 de septiembre de 2011, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta las excusas presentadas por el Ing. Mario Guillen Suárez mediante Nota MEFP-VPSF-117-2011 y la Abog. Ericka Marisol Balderrama Pérez mediante Nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº0093/2011, disponiendo la separación de los mismos para el conocimiento y sustanciación del Recurso Jerárquico interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº264-2011 de 31 agosto de 2011 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS); designando al Lic. Emilio Pinto Marín, Viceministro de Presupuesto y Contabilidad Fiscal, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillen Suarez, en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

CONSIDERANDO:

Que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones –AP emitió la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 305-2010, de 15 de diciembre de 2010, resolviendo por una parte, sancionar y desestimar sanciones a BBVA Previsión AFP S.A. en relación a 5 cargos y por otra parte, determinando que no corresponde la pretensión del denunciante Luis Artemio Lucca Suárez de levantar los Procesos Ejecutivos Sociales instaurados por BBVA Previsión AFP S.A. contra "Importadora Lucca", por razones de competencia.

Que BBVA Previsión AFP S.A. dentro del plazo previsto por Ley, interpuso Recurso de Revocatoria contra los incisos a), b) y c) del Artículo Primero de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°305-2010, señalando los fundamentos y agravios, solicitando la revocatoria de la citada Resolución Administrativa.

Que el representante de la empresa "Importadora Lucca", emite respuesta al memorial de Recurso de Revocatoria de BBVA Previsión AFP S.A., solicitando la confirmación de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ N°305-2010.

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N°264/2011, de 31 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., confirmando parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 305-2010, de 15 de diciembre de 2010, modificando lo resuelto en el inciso a) del Artículo Primero, con relación al cargo 1.

Que BBVA Previsión AFP S.A., en plazo hábil interpone Recurso Jerárquico contra la señalada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°264/2011, que confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 305-2010, en lo referente a los cargos 1 y 2, solicitando la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/ N° 264/2011.

CONSIDERANDO:

Que previamente es necesario identificar cada uno de los cargos recurridos conforme a la **NOTA DE CARGOS AP/DJ/DPC/2092/2010**, de 27 de julio de 2010:

-Cargo N°1, referido a la existencia de indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A., a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469, de 17 de enero de 1997 y los artículos 5 y 12 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259, de 23 de junio de 2000, al advertir que en el Procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo y de Aclaración, no habría remitido las comunicaciones escritas al Empleador "Importadora Lucca", en las gestiones:

- Feb-2000 hasta Dic-2000;
- Ene-2001 hasta Dic-2001;
- Ene-2002 hasta Dic-2002;
- Ene-2003 hasta Dic-2003;
- Ene-2004 hasta Dic-2004;
- Ene-2005 hasta Dic-2005;

- Ene-2006 hasta Dic-2006;
- Ene-2007 hasta Jun-2007;
- Sep-2007;
- Dic-2007;
- Mar-2008;
- Jun-2008;
- Sep-2008;
- Dic-2008;
- Ene-2009 hasta Ago-2009.

-Cargo Nº2, referido a la existencia de indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A., a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº24469 de 17 de enero de 1997 y los artículos 3 literal b), 5 y 12 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº259, de 23 de junio de 2000; al observar que en el Estado de Cuenta del Empleador "Importadora Lucca", los periodos comprendidos entre julio/2007 y enero/2009, se advierte que aquellos periodos pagados presentan disminuciones sustanciales entre el penúltimo y el último pago procesado, por lo que la AFP debió considerar la presunción de Contribuciones en mora por la diferencia señalada y emitir la comunicación escrita al Empleador.

CONSIDERANDO:

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº264, de 31 de agosto de 2011, recurrida con referencia a los cargos Nº1 y Nº2 establece:

Al cargo 1.- La AFP señala que en los periodos de junio/2007 hacia atrás, habría operado la prescripción conforme la Ley Nº2341, señalando que la acción se encuentra prescrita para los periodos feb-2000 hasta dic-2000, ene-2001 hasta dic-2001, ene-2002 hasta dic-2002, ene-2003 hasta dic-2003, ene-2004 hasta dic-2004, ene-2005 hasta dic-2005, ene-2006 hasta dic-2006, ene-2007 hasta jun-2007, sep-2007 y dic-2007, correspondiendo desestimar la sanción aplicada por estos periodos.

Asimismo, BBVA Previsión AFP S.A., expresa que los periodos observados de sep/2007 en adelante están realizados conforme lo establece la normativa vigente de cada gestión de cobro, no obstante de la evaluación que realiza el ente regulador se tiene que:

- En cuanto a los periodos: mar/2008 y jun/2008; sep/2008; dic/2008; ene/2009, feb/2009, abr/2009 y may/2009, se debe levantar la sanción.

- En cuanto los periodos jul/2009 y ago/2009, se advierte que BBVA Previsión AFP S.A. envió la primera comunicación al Empleador; sin embargo en la segunda comunicación no se señala el motivo para la recepción de entrega, situación a ser considerada a momento de evaluar la sanción.

- Con referencia a los periodos mar/2009 y jun/2009, al no presentar pruebas de descargo corresponde mantener la sanción por éstos periodos.

Se tiene comprobado que BBVA Previsión AFP S.A. no remitió las comunicaciones escritas al Empleador "Importadora Lucca" correspondiente a los periodos mar/2009 y jun/2009; por lo

que el ente regulador, previo a determinar la calificación de la sanción con gravedad leve, y conforme a la evaluación efectuada, estableció que corresponde, en proporcionalidad modificar la sanción establecida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº305/2011, a $us100,00 (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS).

Al Cargo 2.- BBVA Previsión AFP S.A., manifiesta que no se realizó una adecuada valoración de la prueba documental presentada con referencia al cargo que demuestra el cumplimiento de la normativa vigente.

Al respecto la APS en su valoración de documentos señala que la propia AFP reconoce que debió generar el M4 por el periodo jun-2008, sin embargo, considerando que el periodo fue solucionado por Rezagos, efectuándose el traspaso en fecha 19 de septiembre de 2008, vale decir, (cinco) 5 meses posteriores al pago del Empleador, periodo durante el cual, la AFP no solo debió identificar la mora, sino emitir comunicación escrita al Empleador, no existiendo documentación que permita demostrar este extremo.

Continua señalando la APS, que si bien BBVA previsión AFP S.A. con nota PREV-CO-218/08/2010, remitió un cuadro mediante el cual señala que la AFP habría generado deuda M3 correspondiente a los periodos comprendidos entre julio/2007 y enero/2009; el cargo imputado establece que la AFP en cumplimiento a la normativa vigente no solo debió identificar la mora sino también emitir comunicación escrita al Empleador, ante lo cual la AFP no remite documentación alguna que permita verificar este hecho.

En tal sentido, ante la evaluación de los argumentos y descargos presentados por la AFP mediante notas PREV-CO-218/08/2010 y PREV OP 1300/2010, la APS identifica que la información proporcionada hace referencia al pago de Contribuciones de un (1) Afiliado por el periodo de cotización de marzo de 2008, el cual se habría acreditado en el mes de septiembre de 2008, denotando que conforme estipula la Resolución Administrativa Sancionatoria, el periodo por el cual se imputan cargos corresponde al periodo comprendido entre julio/2007 y enero/2009, siendo que la AFP en la primera nota señala "*…el aporte del afiliado por el cual cancelan en el periodo diciembre/2007 y junio/2008 ingresó como traspaso de rezago desde AFP Futuro de Bolivia S.A…*" y en su segunda nota complementaria se limita a señalar que el traspaso corresponde al periodo marzo/2008.

Por lo que la APS, determina en el citado cargo que: "*…se tiene comprobado que al observar que en el Estado de Cuenta del Empleador "Importadora Lucca", los periodos comprendidos entre julio/2007 y enero/2009, presentan disminuciones sustanciales entre el penúltimo y el último pago procesado; por lo que la AFP no consideró la presunción de Contribuciones en mora por la diferencia señalada y emitir la comunicación escrita al Empleador*" y considerar que los argumentos de la AFP no son suficientes para enervar la sanción impuesta por lo que corresponde su ratificación .

CONSIDERANDO:

Que en fecha 16 de septiembre de 2011, BBVA Previsión AFP S.A. interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº264/2011 de 31 de agosto de 2011, con referencia a los Cargos 1 y 2, señalando:

-**Con referencia al Cargo N°1**

"Con referencia a lo expresado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sobre el Cargo N°1, corresponde manifestar que la observación realizada no es clara cuando manifiesta "en en la segunda comunicación del periodo julio/2009 no se señala el motivo para la recepción de entrega", de la documentación adjunta al Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa que confirma la Resolución que se impugna, se evidencia de manera clara la firma y el nombre de la persona que recibió la carta de cobro, es decir existe la constancia de que la empresa Luca fue notificada con la segunda carta de cobro y por consiguiente se constituye en una prueba documental que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no realizó una adecuada valoración de la prueba, violentando el principio administrativo de la "verdad material" establecido en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento que es de cumplimiento obligatorio para el ente regulador" señala asimismo que *"Únicamente se registra el motivo de la no recepción de la cartas para los casos en que las cartas de cobro no fueron recibidas por el empleador."*

"Con referencia al periodo de Agosto/2009, manifestamos que la segunda carta de cobro no fue emitida porque a la fecha en que debía comunicarse, el periodo de agosto/2009 se encontraba en cobro judicial con la Nota de Débito N°11473, el que se tramitó ante el Juzgado Quinto de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz, conforme se evidencia en la fotocopia simple que se adjunta."

"Aclarando que no correspondía emitir las cartas de cobro de los periodos correspondientes a los meses de Marzo/2009 y Junio/2009, porque ambos periodos fueron pagados conforme dispone el ordenamiento jurídico que regula el pago de contribuciones, es decir, los pagos fueron oportunos como se demuestra en las fotocopias de los Formularios de Pago de Contribuciones N°2349372 y 2511140, cuyas fotocopias se adjuntan".

Continúan señalando *"Por lo expuesto, los fundamentos que sustentan la sanción del Cargo N°1 de la Resolución que se impugna, no reflejan la verdad material de los hechos y carecen de todo sustento legal para imponer una sanción económica que afecta los derechos de esta Administradora de Fondo de Pensiones".*

-**Con referencia al Cargo N°2**

"Reiteramos los descargos presentados ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mismos que no fueron correctamente valorados ni considerados por el ente regulador al emitir la sanción: La empresa Importadora Luca pagó incorrectamente el periodo de Marzo/2008 a esta AFP, porque cancelaron los aportes de sus dependientes que se encontraban registrados en AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. y no así por los asegurados registrados en BBVA PREVISIÓN AFP S.A., error que generó una diferencia mayor al 30% con respecto al periodo anterior."

"Aplicando los plazos establecidos en la normativa vigente a esa fecha, R.A. SPVS-IP 259/2000 de 23 de junio de 2000, la deuda correspondiente al periodo de Junio/2008 debería generarse en el mes de Septiembre/2008 y conforme reconoce la APS, el traspaso

de pago de aportes correspondientes al periodo de Marzo/2008 se realizó el 19 de septiembre de 2008, motivo por el cual al identificar el pago incorrecto realizado por la empresa y su correspondiente solución con el traspaso en proceso, no se genero deuda para este periodo y por consiguiente no se emitió carta de cobro observada"

Continua señalado que *"La APS afirma que se habría generado deuda del Tipo M3 por los periodos de julio/2007 y enero/2009; olvidando que el Cargo imputado correspondía a la generación de deuda Tipo M4, violentando el derecho constitucional a la defensa y dejando en completa indefensión a la AFP, es más, actuando sin considerar la jurisprudencia sentada por la ex Superintendencia General del Sistema Financiero (SIREFI) que a través de la Resolución Jerárquica SG SIFEI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004 dispuso: …."*

"Ejerciendo el derecho a la defensa que asiste a esta Administradora, para desvirtuar lo expresado por la APS en sentido de que no se habría realizado la gestión de cobro administrativa establecida en la normativa con referencia a la deuda Tipo M3, adjunto presento en calidad de prueba documental las Cartas de cobro emitidas por esta Administradora a la empresa Luca, las que se acompañan en calidad de prueba documental."

Concluye señalando, *"Por último, con respecto a las notas de los periodos de cotización de diciembre/2007 y junio/2008, la APS ha distorsionado el descargo presentado, porque a través de ella se demostró que la empresa pagó consecutivamente los periodos de Diciembre/07; Marzo/08; Junio/08 y por los periodos de Diciembre/07 y Junio/08 por un solo dependiente que correspondía a Previsión y en el periodo de Marzo/08, erróneamente cruzó los pagos y canceló por los dependientes registrados en Futuro de Bolivia y no del afiliado registrado en esta AFP. Este pago realizado por el periodo de Marzo/08 es el que ingresó en la cuenta de Hernán Salinas mediante el traspaso de rezago."*

Por lo expuesto, la BBVA Previsión AFP S.A. solicita "**LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N°264/2011 DE 31 DE AGOSTO DE 2011 QUE CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N°AP/DJ/DPC/305/2010 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2010,** tal como prescribe el artículo 44 y 43 inciso b) del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A.."

CONSIDERANDO:

Que el Recurso Jerárquico señalado precedentemente, fue notificado al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez en su calidad de propietario de la empresa IMPORTADORA LUCCA, conforme a lo dispuesto por Auto de 26 de septiembre de 2011.

Que mediante memorial de 7 de octubre de 2011, la "Importadora Lucca", representada legalmente por Luis Artemio Lucca, dentro del procedimiento sancionatorio seguido contra la AFP Previsión BBVA S.A., responde al Recurso Jerárquico con los siguientes fundamentos:

"1. En cuanto al Cargo 1 la APS, al evaluar el Recurso de Revocatoria de Previsión BBVA S.A., ha sido bastante clara al mencionar que los periodos de Julio/2009 y Agosto/2009, en

*cuanto a la **segunda comunicación** no se señaló el motivo para la recepción de entrega; determinándose que en relación a los periodos, se ha privado al empleador el poder asumir conocimiento de la mora y la consiguiente posibilidad de regularizarla inclusive **antes** de iniciarse el proceso ejecutivo social. Ahora bien, según el Recurso Jerárquico, la AFP señala que "existe la constancia de que la empresa Luca fue notificada" extremo que no es evidente por cuanto la información acerca de la recepción de las notas es insuficiente e inconsistente y no determina ni identifica a la persona que las recibió, al margen de que la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/No. 305-2010 en su página 4, al analizar los descargos de la AFP determinó también que las comunicaciones solo referían la condición de deudor del empleador mas, de forma incompleta, no se detallaron los periodos supuestamente en mora, omisión negligente atribuible a Previsión BBVA S.A. que motivó la sanción, debiendo considerarse además que la AFP debió haber pasado la comunicación por todos los periodos en mora con su debida constancia de recepción (salvando aquellos casos regularizados) de manera oportuna y no únicamente por los periodos de cotización más recientes o aquellos a discrecionalidad de la AFP. Cabe hacer notar, que estos argumentos no fueron impugnados por Previsión BBVA S.A. por lo cual se mantienen subsistentes, al margen de que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 264-2011 efectivamente consideró y valoró la impugnación revocatoria de la AFP y por ello determinó modificar la sanción pro el Cargo 1ª.*

Continúa señalado, "*Sobre el Cargo 2, claramente la APS ha señalado que el traspaso fue efectuado el 19 de septiembre de 2008, es decir cinco (5) meses posteriores al pago del empleador, por lo que durante ese periodo la AFP debió identificar la mora y consecuentemente emitir comunicación escrita, no existiendo documento alguno que acredite este extremo. Asimismo, en la nota de descargos de la AFP se elabora un cuadro donde son ellos quienes indican que habrían generado deuda M3, sin embargo el cargo imputado establece que Previsión BBVA S.A. en cumplimiento la normativa vigente no solo debió identificar la mora sino pasar comunicación escrita al empleador.*"

Prosigue señalando "*Finalmente, según la AFP; "La APS afirma que se habría generado deuda del tipo M3 por los periodos de Julio/2007 y enero/2009, olvidando que el Cargo imputado correspondía a la generación de deuda Tipo M4 por lo que se violentaron sus derechos constitucionales". Sobre esta apreciación se debe mencionar que la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/2092/2010 en ninguna de sus partes o cargos imputados ha mencionado algún incumplimiento o tema relativo a la deuda del tipo M3 como falsamente aduce la AFP. Por otra parte, si se revisa la Nota PREV-CO-218/08/2010 por la cual la AFP responde a los cargos, en su página 3 se puede observar que fue Previsión BBVA S.A. quien, por los periodos Julio/2007 y Enero/2009, reconoció que " (…) precedió en función a la normativa vigente **generando la deuda M3 correspondiente"**, entonces, se aprecia la falsedad y mala fe en las apreciaciones que realiza la AFP **por cuanto fueron ellos quienes desde un principio identificaron esos periodos como deuda M3** , siendo ilegal pretender ahora que por una declaración efectuada por ellos se invalide el procedimiento sancionatorio por cuanto no se ha procesado a Previsión BBVA S.A. por hechos distintos.*

Por último, en mérito a lo expuesto y fundamentado solicita "*CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°264-2011.*"

CONSIDERANDO

Que, entre los principales principios administrativos en materia sancionatoria, que rigen al procedimiento sancionatorio, y hacen al caso de Autos, se tiene al **Principio de Tipicidad** contemplado en el artículo 73 de la Ley Nº2341, de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, determina que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas por Ley, y sólo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

Por su parte en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIFERI DJ32/2005, de 19 de agosto de 2005, referente al Principio de Tipicidad se expresa que:

"*… el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de* ***observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto****. La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen , nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la* ***legislación reglamentaria****, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables."* (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que el **Principio de Razonabilidad** propio del Procedimiento Administrativo establece que: "Todo acto administrativo debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen…" (DROMI, Roberto: "Derecho Administrativo", Tomo II, pág.459, Buenos Aires-Argentina).

En este entendido, el artículo 142 (CUIDADO EXIGIBLE) del Decreto Supremo Nº24469, de 17 de enero de 1997, a tiempo de normar las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones determina que: "A menos que la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre el AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia."

Por otra parte, el artículo 7 del Decreto Supremo Nº25722, de 31 de marzo de 2000, dispone que para el cobro de contribuciones en mora al SSO, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) aplicarán la Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social.

Que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa-SPVS-P Nº259 de 23 de junio de 2000, aprobó el Procedimiento de Gestión de Cobro para su aplicación por las AFP, cuyo objeto, conforme al artículo 1, es el de establecer las gestiones administrativas mínimas de cobranza que deben realizar las AFP, para recuperar las Contribuciones retenidas por los empleadores y no canceladas al SSO, previo el inicio del proceso ejecutivo social.

Que conforme al artículo 5, referido al Procedimiento de Cobro y de Aclaración de la Presunción de Mora, las Administradoras deberán aplicar el citado procedimiento, en el que se deberá realizar como actividades mínimas, el envío de 2 (dos) comunicaciones escritas al Empleador, previo al inicio de las acciones legales que correspondan de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva.

Por su parte, el inciso b) del artículo 3 (PRESUNCIÓN DE CONTRIBUCIONES EN MORA) del Procedimiento de Gestión de Cobro, dispone que: "Pagos realizados por los empleadores que difieren notoriamente del penúltimo pago procesado, en cuando a monto, sin que exista justificación para ello por medio de las novedades informadas en el FPC. Se presumirá mora por la diferencia entre el penúltimo pago procesado y el último. Se deberá considerar una diferencia notoria, cuando el último pago sea inferior en un 30% o más, al penúltimo pago procesado".

CONSIDERANDO

Que ingresando al análisis de la controversia, de acuerdo a la compulsa de los antecedentes realizada por esta instancia jerárquica, se tiene que:

1.1. Respecto al Cargo N°1

Existencia de indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A., a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469, de 17 de enero de 1997 y los artículos 5 y 12 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259, de 23 de junio de 2000, al advertir que en el Procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo y de Aclaración, no habría remitido las comunicaciones escritas al Empleador "Importadora Lucca", para los **periodos julio/2009 y agosto/2009**, advirtiéndose que BBVA Previsión AFP S.A. envió la primera comunicación al Empleador; sin embargo en la segunda comunicación no se señala el motivo para la recepción de entrega.

En cuanto a los **periodos marzo/2009 y junio/2009**, se advierte que BBVA Previsión AFP S.A. no remitió las comunicaciones escritas al Empleador "Importadora Lucca".

1.2. Respecto al Cargo N°2

Existencia de indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A., a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 y los artículos 3 literal b), 5 y 12 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259, de 23 de junio de 2000; al observar que en el Estado de Cuenta del Empleador "Importadora Lucca", los periodos comprendidos entre julio/2007 y enero/2009, se advierte que aquellos periodos pagados presentan disminuciones sustanciales entre el penúltimo y el último pago procesado, por lo que la AFP debió considerar la presunción de contribuciones en mora por la diferencia señalada y emitir la comunicación escrita al empleador.

CONSIDERANDO:

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

1.1. **CON REFERENCIA AL CARGO N°1**, respecto a la falta de remisión de las comunicaciones al Empleador "Importadora Lucca" por los periodos Julio/2009, Agosto/2009, Marzo/2009 y Junio/2009, cabe precisar que:

1.1.1. Cursa en antecedentes la segunda carta de cobro del periodo julio/2009, en la cual, se evidencia la firma y nombre de la persona que recepcionó la misma. De lo que se colige que no resulta exigible señalar el motivo para la recepción de entrega.

1.1.2. No cursa en antecedentes la segunda carta de cobro correspondiente al periodo de Agosto/2009, al no haber sido emitida la misma conforme al decir del propio recurrente: "*porque a la fecha en que debía comunicarse, el periodo de agosto/2009 se encontraba en cobro judicial con la Nota de Débito N°11473, el que se tramitó ante el Juzgado Quinto de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz, conforme se evidencia en la fotocopia simple que se adjunta.*"

Por lo que, ante la confesión realizada, se concluye que al no haber sido emitida la misma, se incumplió lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 y los artículos Quinto y Décimo Segundo de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259 de 23 de junio de 2000, que exige el cumplimiento de los requisitos de la gestión de cobro administrativo, entre los que se encuentra la emisión de dos (2) cartas de cobro.

1.1.3. Para los periodos correspondientes a marzo/2009 y junio /2009, cursa en antecedentes los Formularios de Pago de Contribuciones Seguro Social Obligatorio y Aportes para Vivienda N° 2349372 y N°2511140 respectivamente, cursantes en antecedentes a fs.260 y 261, aspecto por el que se acredita que no correspondía el envió de cartas de cobro por los citados periodos, al haber sido ambos pagados oportunamente por el Empleador.

Por lo que, se determina que ante el pago realizado por el Empleador, no se requería que BBVA Previsión AFP S.A. realice gestión de cobro alguno por los citados periodos y por ende, no correspondía se emitan las cartas de cobro extrañadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

De todo lo previamente relacionado al CargoN°1, se tiene comprobado que BBVA Previsión AFP S.A. no remitió la segunda comunicación escrita al Empleador "Importadora Lucca" correspondiente al periodo agosto/2009.

Que conforme al ordenamiento legal vigente, se tiene que existen procedimientos previos y obligatorios a ser llevados a cabo por una AFP antes de iniciar cualquier acción judicial, que se constituyen en medios de cobro administrativos anteriores al proceso ejecutivo social a efecto de otorgar a los empleadores la posibilidad de formular aclaraciones y explicaciones sobre posibles adeudos al SSO.

Asimismo, se colige que al determinar la normativa vigente el grado de diligencia, entendido como el de un buen padre de familia (máxima diligencia), se establece también el grado de responsabilidad de la AFP, por lo que el Procedimiento de Gestión de Cobro

establece en su artículo 12, que el incumplimiento de sus normas generales por parte de las Administradoras, dará lugar a la aplicación de lo previsto por el artículo 292 y siguientes del Decreto Supremo N°24469, de 17 de enero de 1997, que reglamenta la Ley de Pensiones.

Por lo que, al existir una relación de causalidad consistente y objetiva entre infracción a la normativa señalada y la sanción impuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°264, de 31 de agosto de 2011, corresponde confirmar la misma.

1.2. CON REFERENCIA AL CARGO N°2, respecto a considerar la presunción de Contribuciones en mora por la diferencia entre los periodos comprendidos entre julio/2007 y enero/2009, en los que se advierte que aquellos periodos pagados presentan disminuciones sustanciales entre el penúltimo y el último pago procesado y emitir la comunicación escrita al Empleador, cabe precisar que:

1.2.1. En cuanto al cargo imputado en la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/2092/2010, de 27 de julio de 2010, relativo a la identificación de la mora por parte de BBVA Previsión AFP S.A., se tiene conforme a la nota Cite: PREV-CO-218/08/2010, a través de la cual la citada entidad, respondiendo a los cargos, señala que procedió en función a la normativa vigente generado la deuda M3 correspondientes a los periodos comprendidos entre julio 2007 y enero de 2009. Aspecto plenamente reconocido y ratificado por el Sr. Lucca en su memorial de 7 de octubre de 2011, cuando señala al respecto: "***cuanto fueron ellos quienes desde un principio identificaron esos periodos como deuda M3***…"

Por lo que, ante los hechos previamente constatados, se establece que BBVA Previsión AFP S.A. consideró la presunción de Contribuciones en mora por la diferencia señalada, salvo al mes de marzo/2008, conforme reconoce el propio recurrente cuando señala en el Recurso Jerárquico que "…*el traspaso de pago de aportes correspondiente al periodo de Marzo/2008 se realizó el 19 de septiembre de 2008, motivo por el cual al identificar el pago incorrecto realizado por la empresa y su correspondiente solución con el traspaso en proceso, no se generó deuda para este periodo y por consiguiente no se emitió la carta de cobro observada*", independientemente de que si la misma correspondía a M3 o M4 o por traspaso de rezago, considerándose tales aspectos irrelevante para el caso de autos, máxime si la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/2092/2010, en ninguna de sus partes o cargos imputados menciona algún incumplimiento o tema relativo al "Tipo" de deuda y expresamente refiere a la emisión de comunicación expresa al Empleador por la diferencia encontrada.

1.2.2 En cuanto al cargo imputado en la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/2092/2010, de 27 de julio de 2010, relativo a la comunicación escrita al Empleador respecto a la mora identificada, se tiene que cursa en antecedentes a fs.235 a 259 las siguientes Cartas de Cobro :

-Cite C1-394480 y C2-36780 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora Julio 2007;

-Cite C1-395919 y C2-37920 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora agosto 2007;
-Cite C1-399516 y C2-41447 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora octubre 2007;
-Cite C1-401623 y C2-42985 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora noviembre 2007;
-Cite C1-465501 y C2-46282 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora enero 2008;
-Cite C1-407515 y C2-47957 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora febrero 2008;
-Cite C1-411577 y C2-51358 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora abril 2008;
-Cite C1-413654 y C2-53111 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora mayo 2008;
-Cite C1-417798 y C2-56615 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora julio 2008;
-Cite C1-420031 y C2-58466 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora agosto 2008;
-Cite C1-424265 y C2-62091 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora octubre 2008;
-Cite C1-426265 y C2-62752 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora noviembre 2008;
-Cite C1-430601 y C2-67251 primer y último aviso por concepto de contribuciones en mora diciembre 2008;

Por lo que, de la prueba aportada por el recurrente arrimada al expediente administrativo, permite constatar que BBVA Previsión AFP S.A., envío las 2 (dos) comunicaciones escritas al Empleador, salvo las correspondientes al mes de marzo/2008.

Aspecto reconocido por el propio recurrente cuando señala en el Recurso Jerárquico que "*…el traspaso de pago de aportes correspondiente al periodo de Marzo/2008 se realizó el 19 de septiembre de 2008, motivo por el cual al identificar el pago incorrecto realizado por la empresa y su correspondiente solución con el traspaso en proceso, no se generó deuda para este periodo y por consiguiente no se emitió la carta de cobro observada*". (El subrayado es propio).

Por lo que, corresponde en proporcionalidad modificar la sanción a $us. 1.100 (UN MIL CIEN OO/100 DÓLARES AMERICANOS), impuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°264, de 31 de agosto de 2011, por infracción a la norma imputada.

CONSIDERANDO:

De conformidad al artículo 43, literal a) del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá CONFIRMAR PARCIALMENTE la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°264, de 31 de agosto de 2011 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que en recurso de revocatoria confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 305-2010, de 15 de diciembre de 2010, modificándose lo resuelto en el inciso b) del PRIMERO, de la siguiente manera:

*"**PRIMERO.-** Sanciona y desestima sanción a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos:*

*b) Para el **Cargo N°2**, con una multa en Bolivianos equivalente a $us.1.100 (UN MIL CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 y los artículos Tercero inciso b), Quinto y Décimo Segundo de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259 de 23 de junio de 2000…*

SEGUNDO.-……"

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/Nº 263-2011 DE 26 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 004/2012 DE 26 DE ENERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2012

La Paz, 26 de enero 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 263-2011 de 26 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010, esta última emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº158/2011 de 30 de diciembre de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.
Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 16 de septiembre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente de Inversiones el Sr. José Antonio Gil Sensano, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 263-2011 de 26 de agosto de 2011,

que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 26 de septiembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 3 de octubre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1.- RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2011 DE 29 DE ABRIL DE 2011.-

Que, en fecha 29 de abril de 2011, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2011, misma que determinó en su parte resolutiva lo siguiente:

"Anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 011-2011 de 14 de enero de 2011 inclusive, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica."

Los fundamentos esgrimidos en la Resolución Ministerial Jerárquica son:

"…1.1 Con relación al cargo N° 1

Se tiene que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/ Nº 011-2011 de 14 de enero de 2011, se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N0 266-2010 de 4 de noviembre de 2010 sancionando a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.500,00 (DOS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento a lo establecido en el párrafo último del artículo 3 de la señalad Resolución Administrativa, respecto a treinta y ocho (38) casos y por infracción a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, en siete (7) casos.*

Asimismo, se desestimó sanción con relación a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, respecto a treinta y un (31) casos.

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A., AFP en el Recurso Jerárquico presentado, informa que para la emisión del Certificado de Verificación de Estado de Cuenta previamente imprime el Estado de Cuenta Individual para que el Afiliado o Derechohabiente realice la revisión, formule sus observaciones si existiesen y firme como constancia el Estado de Cuenta Individual y el Certificado de Verificación de Estado de Cuenta.

Si bien de los treinta y ocho (38) casos sancionados mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió como descargo a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP treinta y un (31) Estados de Cuenta emitidos a la fecha de solicitud de Certificado de Verificación de Estado de Cuenta, es importante señalar que dicho descargo fue considerado por la Entidad Reguladora al momento de emitir la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N0 011-2011 de 14 de enero de 2011, que desestimó la sanción por los treinta y un (31) casos, sin embargo, de la documentación adjunta al expediente se ha podido verificar que no existe documentación de descargo que exima de responsabilidad a la AFP por los siete (7) casos restantes por los que habría sido sancionado, por tanto se evidencia la existencia de incumplimiento al artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006.

Asimismo el regulado admite que al momento de la fiscalización no contaba con los Estados de Cuenta Individual originales archivados en las carpetas de los Afiliados, lo cual no significa que los mismos no hayan sido emitidos, dicha afirmación no es evidente ya que en los descargos presentados por la AFP no remitió copia de los Estados de Cuenta Individual de los siete (7) casos sancionados.

Con relación a lo aseverado por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto a que al momento de la fiscalización no contaba con los Estados de Cuenta archivados en las carpetas de los Afiliados ya que la normativa vigente no establece un plazo para el archivo y que a la fecha los mismos se encontrarían en sus expedientes, es importante señalar que la AFP debe dar cumplimiento estricto a lo establecido en normativa vigente, asimismo, si contaba con los Estados de Cuenta emitidos a fecha de solicitud del Certificado de Verificación del Estado de Cuenta, tenía la obligación de archivar la documentación tal como lo establece el último párrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006.

Por lo expuesto, se advierte que Futuro de Bolivia S.A., AFP al admitir así y esperar que los mismos Estados de Cuenta Individual sean archivados con posterioridad en los expedientes de los Afiliados y al no presentar elementos de prueba, que permitan desvirtuar la sanción impuesta no permite a esta instancia jerárquica contar con razonamiento diferente al presentado por la instancia recurrida

2. En cuanto a que la AFP hubiera actuado sin intencionalidad y no hubiera producido daño a los fondos que administra, a la otra AFP, al mercado donde actúa y a los Afiliados, por lo que la contravención imputada se debería haber enmarcado dentro de las Infracciones de gravedad levísima, contraviniendo así el principio de proporcionalidad.-

Que en el presente caso la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a través de la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N0 011-2011 determinó sancionar a la AFP Futuro de Bolivia S.A., con una multa $ 2.500.00 por incumplimiento a lo establecido en el parágrafo último del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 064 de 20 de enero de 2000 en 38 casos y por infracción al punto 3 del artículo 2 de la misma Resolución Administrativa en 7 casos, hecho que a su vez se encuentra plenamente probado y ha sido calificado como infracción.

Sin embargo la misma omite referirse a lo expresado por el recurrente en su Recurso de Revocatoria donde expresa que en el presente caso no habría intencionalidad y no se habría producido daño a los fondos ni a los afiliados por lo que la misma debió ser considerada como una infracción de gravedad levísima no correspondiendo por ende la sanción económica de acuerdo a lo determinado en el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 artículo 287 e, inciso d)I inciso a) del artículo 287 ; e, inciso d) del artículo 291 que el hecho de que la entonces Autoridad Fiscalización y Control Social de Pensiones no se haya referido a estos aspectos hace que el acto administrativo no cumpla con uno de los elementos esenciales cual es justamente el de motivación.

Se tiene que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, ya se habría pronunciado sobren la falta de motivación y congruencia señalando lo siguiente:

"Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 a señalado:

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

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

Que a su vez el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo al respecto, señala:

"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (...Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y.

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

"Los actos administrativos serán motivado con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando Resuelvan recursos administrativos..."

De lo expuesto se tiene que en el presente caso la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar las Resolución Administrativa AP/DJ/DF/ N° 011-2011 de 14 de enero de 2011, ha omitido una_ esencial de la misma en cuanto a la motivación de la gravedad del hecho y la proporcionalidad de la sanción

por cuanto a que la Resolución antes referida o tienen el sustento legal adecuado actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/Nº 266-2010 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Que mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resuelve:

"…PRIMERO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo Nº 1,*** *con multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al punto 3 del artículo 2 y al párrafo último del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 064 de 20 de enero de 2006.*

SEGUNDO.- *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT Nº 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones-AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 17 de diciembre de 2010 **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010, presentando argumentando que no se habría incumplido con lo establecido en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 064 de 20 de enero de 2006, que no habría existido intencionalidad y finalmente que no se habría producido daños a los fondos, ni a los afiliados por lo que la misma debió ser considerada como una infracción de gravedad levísima.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/ Nº 263-2011 DE 26 DE AGOSTO DE 2011.-

Que en cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2011 de 29 de abril de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite nueva Resolución Administrativa APS/DJ/ Nº 263-2011 de 26 de agosto de 2011 mediante la cual confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010 de la siguiente manera:

"PRIMERO.- *Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo*** *Nº* ***1*** *con una multa en bolivianos equivalente a $us2.500,00 (DOS M& QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento a lo establecido en el párrafo último del artículo 3 de la señalada Resolución Administrativa, respecto a treinta y ocho (38) casos correspondientes a los siguientes NUA: 100425720, 11385108, 30498405, 34980301, 30525810, 21921325, 19156583, 34363051, 20987882, 19287690, 1971256, 5097447, 5411154, 20776214, 16467383, 30369782, 35376582, 1669424, 20855643, 731882, 33389007, 8830551,*

11640066, 27484786, 8355009, 26500796, 11592941, 22105670, 34919764, 13171409, 15119270, 34640149, 16488593, 25750926, 15396836, 20772300, 34874665 y 33034187; y por infracción a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, en siete (7) casos correspondientes a los NUA: 100425720, 11385108, 30498405, 34980301, 30525810, 21921325 y 19156583.

Asimismo, desestima sanción con relación a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, respecto a treinta y un (31) casos correspondiente a los NUA: 34363051, 20987882, 19287690, 1971256, 5097447, 5411154, 20776214, 16467383, 30369782, 35376582, 1669424, 20855643, 731882, 33389007, 8830551, 11640066, 27484786, 8355009, 26500796, 11592941, 22105670, 34919764, 13171409, 15119270, 34640149, 16488593, 25750926, 15396836, 20772300, 34874665 y 33034187".

"CONSIDERANDO:

Que sin perjuicio de los fundamentos expresados en el presente acto administrativo, corresponde realizar el siguiente análisis:

Que la AFP en nota FUT.AP.EC 0323/2010 de 01 de marzo de 2010 menciona que: " Verificada la documentación de los afiliados descritos, ***se pudo evidenciar que no contaban con el estado de cuenta original a objeto de que los mismos se regularicen, se emitieron los estados de cuenta con rangos de fecha actuales*****"** *(El subrayado y las negrillas son nuestros). Sin embargo, la AFP emitió éstos entre el 19 y el 20 de enero, 3 y 4 días previos al inicio de la fiscalización (25 de enero de 2010), sin comunicar este hecho cuando la ex AP efectuó la fiscalización. Por tanto, la conducta de la AFP no fue transparente durante la fiscalización, ya que no advirtió oportunamente a la ex AP este hecho.*

Que asimismo, con nota FUT.AP.EC 1548/2010 de 13 de septiembre de 2010, la AFP remite a la AP copias de 31 Estados de Cuenta y Formularios de Solicitud de "Certificado de Verificación de Estado de Cuenta", suscritos por 31 de los 38 Afiliados observados originalmente.

Que posteriormente, con nota FUT.AP.EC 1790/2010 de 19 de octubre de 2010, la AFP admite que: "efectivamente al momento de la fiscalización se evidenció que en estos casos los EECC a fecha de solicitud de verificación de EECC ***no se encontraban aún archivados en los expedientes, por lo que se procedió a la emisión de los Estados de Cuenta. Sin embargo, para el momento de dar respuesta a su nota AP/DJ/2283/2010, los mismos ya fueron archivados en sus respectivos expedientes*** *por lo que adjunto a nuestra nota FUT.AP.EC 1548/2010 fueron remitidos los mismos..." (El subrayado y las negrillas son nuestros).*

Que al respecto, se observa que la AFP no envió copia de los EECC originales emitidos, ni adjuntó éstos a las notas citadas precedentemente como descargos en 7 casos, por lo que existe incumplimiento al punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/064 de 20 de enero de 2006, para los NUA: 100425720, 11385108, 30498405, 34980301, 30525810, 21921325 y 19156583, debido a que para estos casos la AFP

únicamente remitió copia de la Solicitud de "Certificado de Verificación de Estado de Cuenta". Aspecto que ocasiona que la AFP emita el "Certificado de Verificación de Estado de Cuenta con información desprovista de integridad y veracidad

Que asimismo, la RMJ 021/2011 en su parte de "Análisis de la controversia", señala: "...sin embargo, de la documentación de descargo que exima de responsabilidad a la AFP por los siete (7) casos restantes por los que habría sancionado, ***por tanto se evidencia la existencia de incumplimiento al artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-JP 064 de 20 de enero de 2006*****" (El subrayado y las negrillas son nuestros).**

"Asimismo el regulado admite que al momento de la fiscalización no contaba con los Estados de Cuenta Individual originales archivados en las carpetas de los Afiliados, lo cual no significa que los mismos no hayan sido emitidos, ***dicha afirmación no es evidente ya que los descaraos presentados por la AFP no remitió copia de los Estados de Cuenta Individual de los siete (71 casos sancionados*****" (El subrayado y las negrillas son nuestros).**

Que como se puede observar, efectivamente existe una contradicción en los argumentos de la AFP, ya que inicialmente, mediante nota FUT.AP.EC. 0323/2010 de 01 de marzo de 2010, la AFP afirma no contar con los Estados de Cuenta originales (a la fecha de solicitud del Certificado), para, posteriormente remitir a esta Autoridad ésta documentación con nota FUT.AP. EC 1548/2010. Por lo que se comprueba el incumplimiento al punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/064 de 20 de enero de 2006, en la emisión de los Estados de Cuenta que fueron proporcionados durante la fiscalización.

Que con relación a los treinta y ocho (38) Estados de Cuenta archivados con posterioridad a la realización de la fiscalización, la AFP en el Recurso de Revocatoria, señala: "...siendo... evidente que al momento de la, fiscalización los mismos no estaban guardados o archivados en el archivo único del Afiliado..,", admite explícitamente haber incumplido con el párrafo último del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/064 de 20 de enero de 2006, referido a la obligación por parte de las AFP de guardar en el archivo único del Afiliado, todos los documentos del trámite de jubilación, incluyendo el Estado de Cuenta Individual original.

Que asimismo, de acuerdo a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la RMJ 021 / 2011, se establece que la AFP:

"(...) ***tenía la obligación de archivar la documentación tal como lo establece el último párrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006*****" (El subrayado y las negrillas son nuestros).**

"Por lo expuesto, se advierte que Futuro de Bolivia S.A. AFP al admitir así u esperar que los mismos Estados de Cuenta Individual sean archivados con posterioridad en los expedientes de los Afiliados y al no presentar elementos de prueba, que permitan desvirtuar la sanción impuesta no permite a esta instancia jerárquica contar con razonamiento diferente al presentado por la instancia recurrida**" (El subrayado y las negrillas son nuestros).**

Que las Solicitudes del Certificado de Verificación de EECC revisados datan de diciembre de 2008 a octubre de 2009, cabe mencionar que la fiscalización se realizó a finales de enero de 2010, por lo que la AFP tenía el tiempo suficiente para dar cumplimiento al último párrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/064 de 20 de enero de 2006, que señala: "La AFP debe guardar en el archivo único del Afiliado todos los documentos del trámite, debiendo encontrarse el Estado de Cuenta Individual original, las observaciones encontradas...".

Por lo expuesto, la AFP para el presente cargo no cuenta con elementos suficientes que permitan desvirtuar la infracción sancionada.

CONSIDERANDO:

Que con relación al fundamento para la imposición de la sanción en el presente caso, corresponde señalar que a efectos de definir la responsabilidad por el hecho y la gravedad de la sanción, corresponde señalar lo siguiente:

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, ha realizado nueva revisión y valoración de los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, habiéndose evidenciado que de un número total de treinta y ocho (38) casos de Solicitudes de Certificado de Verificación de Estado de Cuenta imputados en la Nota de Cargo AP/DJ/2283/2010 de 11 de agosto de 2010, treinta y un (31) casos se encuentran con los Estados de Cuenta Individual de los Afiliados conforme a norma, mientras que existen siete (7) Solicitudes de Certificado de Verificación de Estado de Cuenta que no adjuntan los Estados de Cuenta Individual, concluyéndose por tanto, que en estos siete (7) casos específicamente, Futuro de Bolivia S.A. AFP incumplió lo establecido en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006.

Que en lo referente al archivo de los Estados de Cuenta Individual en los expedientes de los Afiliados, corresponde señalar que se evidencia que la Administradora de Fondos de Pensiones, ha vulnerado lo establecido el párrafo último del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, toda vez que se verificó que la Administradora de Fondos de Pensiones, no contaba con los Estados de Cuenta archivados en las carpetas de cada Afiliado cuando éstas fueron requeridas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP; situación ratificada una vez más por Futuro de Bolivia S.A, AFP, quien en la parte conclusiva de su Recurso de Revocatoria, realiza la siguiente afirmación: "...siendo también evidente que al momento de la fiscalización los mismas refiriéndose a los Estados de Cuenta Individual no estaban guardados o archivados en el archivo único del Afiliado, situación que a la fecha fue subsanada, pero que de ninguna manera significa que no se hubieran emitido en su oportunidad".

Que en virtud a lo anterior, la infracción imputada se halla comprobada por lo que corresponde realizar el análisis sobre la imposición de la sanción y sus; características, que es como sigue.

Que evidentemente, no se ha advertido que la conducta antijurídica de Futuro de Bolivia S.A. AFP haya ocasionado daño económico o que la misma haya sido dolosa intencionalidad, pero si se advierte que como consecuencia de la infracción

preterintencional se ha causado perjuicio, pues el hecho tiene implicancias directas en cuanto a la administración, archivo y oportunidad en la información con la que debe contar el regulado para otorgar beneficios de la seguridad social de largo plazo o negarlos a los Afiliados.

Que para la configuración de la tipificada preterintencionalidad, se tiene que la actuación de Futuro de Bolivia S.A. AFP produjo una consecuencia más grave que la prevista, entonces culposa, la cual se vio expresada y aceptada por la AFP con el hecho de que por una parte los Afiliados fueron privados de poder verificar oportunamente la correcta acreditación y la totalidad de sus aportes; por otra parte, en lo referente al incumplimiento al archivo permanente que debía mantener la AFP ha generado que la información contenida en las carpetas de los Afiliados no se encuentren actualizada ni cuenten con toda la documentación e información relevante y pertinente cuando se tenga solicitud de prestaciones.

Finalmente, se deja establecida la potestad de esta Autoridad de sancionar a los regulados que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo examen de los hechos, las connotaciones y efectos del caso y la prueba existente.

En virtud a lo anterior, se ha considerado para el presente acto administrativo, la aplicación del Principio de Verdad Material entre otros, situación que se expresa en el hecho de levantar la sanción con respecto a treinta y un (31) casos en relación a lo previsto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006 detallados en la parte resolutiva, ***dejando subsistente*** *la sanción para siete (7) casos correspondientes a los NUA 100425720, 11385108, 30498405, 34980301, 30525810, 21921325 y 19156583. Por otro lado,* ***se mantiene*** *la sanción para los treinta y ocho (38) casos, en relación a lo previsto en el párrafo último del artículo 3 de la señalada Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006.*

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP y en consideración a los lineamientos expresados en la RMJ 007/2011, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente ha presentado fundamentos que permiten modificar parcialmente la R.A. 266-2010. En consecuencia, debe confirmarse parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Parcial, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica(…)"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 16 de septiembre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 263-2011 de 26 de agosto de 2011, con los siguientes argumentos:

"…I.-ANTECEDENTES:

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 021/2011 de fecha 29 de abril de 2011 en artículo único se resuelve "anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 011-2011 de 14 de enero de 2011 inclusive, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica".

Dicha anulación obedece a que la ex Autoridad de Fiscalización y Control social de Pensiones a tiempo de pronunciar la Resolución anulada, "...ha omitido una parte esencial de la misma en cuanto a la motivación de la gravedad del hecho y la proporcionalidad de la sanción por cuanto a que la Resolución antes referida no tiene el sustento legal adecuado actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente."

II.- DE LA GRAVEDAD DE LA SANCIÓN Y LA FALTA DE FUNDAMENTO PARA LA CUANTÍA DE LA SANCIÓN:

Pese al presente sentado por la resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 021/2011 de fecha 29 de abril de 2009, la APS no ha justificado la imposición del monto de la cuantía de la sanción pecuniaria, asimismo su Autoridad al momento de emitir la ahora impugna Resolución Administrativa no ha establecido de que manera nuestra conducta hubiera estado enmarcada dentro del ámbito de la preterintencionalidad, siendo este un elemento esencial para la configuración de la infracción administrativa a efectos que esta se califique como de gravedad leve; limitándose a expresar que:

"Que para la configuración de la tipificada preterintencionalidad, se tiene que la actuación de Futuro de Bolivia S.A. ***produjo una consecuencia más grave que la prevista, entonces culposa, la cual se vio expresada y aceptada por la AFP con hecho de que por una parte los Afiliados fueron privados de poder verificar oportunamente la correcta acreditación y la totalidad de sus aportes;*** *por otra parte, en lo referente al incumplimiento al archivo permanente que debía mantener la AFP ha generado que la información contenida en las carpetas de los Afiliados no se encuentre actualizada ni cuente con toda la documentación e información relevante y pertinente cuando se tenga solicitud de prestaciones (las negrillas son nuestras) ".*

Argumentos que no son suficientes como para determinar una conducta antijurídica preterintencional por parte de nuestra AFP, considerando que la preterintecionalidad de acuerdo al concepto expresado por el Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas, en su Tomo IV es la Superación del propósito por los Hechos.

Circunstancia atenuante (v.) de la responsabilidad criminal cuando se causa un mal superior al querido o planeado. 1.Concepto técnico. Jiménez de Asúa expresa que la preterintención sinónimo menos difundido-consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido...".

En el caso de Autos, para que el regulador pueda establecer que nuestra conducta ha sido más grave que la prevista, primero debe establecer cual ha sido la conducta prevista por parte de nuestra AFP.

Por lo anteriormente expresado, al no haberse demostrado la conducta preterintencional, y al no haberse causado daño económico a los Afiliados ni a los Fondos que administramos, reiteramos que la infracción imputada y sancionada fue desarrollada en el marco de la ***No Intencionalidad,*** *por lo que en aplicación al procedimiento sancionador establecido por el decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, no corresponde la calificación de las infracciones como Leves.*

a) Sobre una consecuencia más grave que la prevista, supuestamente aceptada por la AFP:

Como ya se manifestó precedentemente, su Autoridad no ha determinado cual ha sido la conducta prevista, por lo que en consecuencia lógica, no se puede establecer que esta haya sido o tenido consecuencias más graves de las previstas, máxime si no ocasiona ningún tipo de daño, ni a los Afiliados ni a los fondos que administramos. El hecho de que en su oportunidad los Estados de Cuenta Individual a fecha de solicitud del certificado de verificación de Estado de Cuenta Individual no estaban archivados, no significa de manera alguna que se haya privado a los Afiliados de poder verificar oportunamente la correcta acreditación y la totalidad de sus aportes, ya que como se desprende de las copias de los formularios de las solicitudes que fueron remitidas en su oportunidad al regulador, las mismas contienen un detalle de todas las observaciones y/o diferencia detectadas en la revisión del Estado de Cuenta Individual de cada Afiliado.

Asimismo es de relevancia para este proceso señalar que la solicitud del Certificado de Verificación de Estado de Cuenta Individual, tiene una consecuencia, que es la emisión del certificado mismo, que además por imperio de lo expresado por el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nª 064 de 20 de enero de 2006, debe emitirse dentro de los 10 días hábiles de efectuada la solicitud, subsanando todas las diferencias verificando para ello que todos los aportes obligatorios y voluntarios se encuentren acreditados y que no existan rezagos; y en el caso de la existencia de aportes por mora y/o pagados en la otra AFP, se debe consignar dicha observación en el certificado, procediendo según corresponda para cada caso, situación que desvirtúa lo aseverado por el regulador para justificar una supuesta conducta preterintencional y enmarcarla en el ámbito de un infracción catalogada como Leve.

b) Sobre la falta de información relevante y pertinente cuando se tenga solicitud de prestaciones

A efectos de dar recibir una prestación, según sea la misma, se constituye en un requisito contar con el certificado de Verificación de Estado de Cuenta individual, cuya fecha de emisión al momento de la solicitud no debe exceder o tener más de treinta (30) días calendario que es su periodo de validez, por lo que al emitirse con las previsiones establecidas por el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 064 de 20 de

enero de 2006, cuenta con toda la información relevante y pertinente a efectos de otorgar la prestación que corresponda.

III.- DEFECTO DE FORMA EN LA NORMA IMPUGNADA:

La resolución ahora impugnada, lleva como título "CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/Nª 011-2011" aspecto totalmente incongruente con su parte resolutiva que determina confirmar otro número de Resolución Administrativa, por cuanto dicha resolución Administrativa ha sido anulada mediante artículo único de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 021/2011 de fecha 29 de abril de 2011.

IV.- CONCLUSIÓN:

De acuerdo al principio de verdad material establecido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, y por los argumentos arriba vertidos, se desprende que nuestra Administradora emitió los Estados de Cuenta Individual de aquellos Afiliados que firmaron su "Solicitud de Verificación de Estado de Cuenta", los mismos que se encuentran archivados en el archivo único del Afiliado. Asimismo nuestra Administradora ha actuado sin intencionalidad y no ha producido daño a los Fondos que administra, a la otra AFP, al mercado donde actuamos, a los beneficios del SSO y menos aun a nuestros Afiliados, por lo que consideramos que la contravención imputada por su Autoridad se encuentra dentro del marco de lo que se considera una infracción de gravedad levísima, ya que además la conducta señalada como infracción a la normativa, no es reiterativa por lo que considero que la sanción impuesta mediante la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/ Nª 263-2011 de fecha 26 de agosto de 2011 lesiona nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, debiendo aplicarse lo establecido por el inciso a) del artículo 287 ; e, inciso d) del artículo 291 del Decreto Supremo Nª 24469 de 17 de enero de 1997, al haberse desvirtuado mediante nuestros fundamentos la existencia de una conducta preterintencional.

V.- PETITORIO:

Tomando en cuenta la relación de hechos y los argumentos esgrimidos por nuestra AFP; y toda vez que no existe proporcionalidad entre la sanción económica y las infracciones imputadas; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicitó a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa ASP/DJ/Nº 263-2011 de fecha 26 de agosto de 2011 y adecuarla en conformidad a la normativa legal vigente."

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe

verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. En cuanto a la Proporcionalidad de la sanción.-

Que, importa subsumirnos al precedente ya sentado y expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 de 4 de mayo de 2011, en cuanto al principio de proporcionalidad, donde se determina:

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

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

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

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

Consecuentemente, se tiene que el ente regulador a Fs. 268 y 269 de la Resolución Administrativa APS//DJ Nº 263-2011 de 26 de agosto de 2011 se pronunció de la siguiente manera:

"…Que evidentemente, no se ha advertido que la ***conducta antijurídica de Futuro de Bolivia S.A. AFP haya ocasionado daño económico o que la misma haya sido dolosa intencionalidad),*** *pero si se advierte que como consecuencia de la* ***infracción preterintencional se ha causado perjuicio,*** *pues el hecho tiene implicancias directas en cuanto a la administración, archivo y oportunidad en la información con la que debe contar el regulado para otorgar beneficios de la seguridad social de largo plazo o negarlos a los Afiliados.*

*Que para la configuración de la **tipificada preterintencionalidad, se tiene que la actuación de Futuro de Bolivia S.A. AFP produjo una consecuencia más grave que la prevista, entonces culposa, la cual se vio expresada y aceptada por la AFP con el hecho de que por una parte los Afiliados fueron privados de poder verificar oportunamente la correcta acreditación y la totalidad de sus aportes; por otra parte, en lo referente al incumplimiento al archivo permanente que debía mantener la AFP ha generado que la información contenida en las carpetas de los Afiliados no se encuentren actualizada ni** cuenten con toda la documentación e información relevante y pertinente cuando se tenga solicitud de prestaciones…."*

Asimismo el Ente Regulador, ha determinado que en el caso de autos, el hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, que la normativa infringida ha sido claramente identificada, tanto en los treinta y ocho (38) casos (último párrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS IP Nº 064 de 20 de enero de 2006), así como en los siete (7) casos (punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006).

Por último la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó ya en la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 263-2011 de 26 de agosto de 2011, que la sanción se encuentra enmarcada dentro de la gravedad leve conforme lo establece el artículo 286, literal c) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, por lo que se impuso una multa en bolivianos equivalente a $us2.500,00 (DOS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES).

Congruente con lo analizado se llega a la conclusión que el Ente Regulador al momento de determinar la cuantía de la sanción, ha considerado el principio de proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, y ello en el marco del debido proceso.

1.2 En cuanto a la Preterintencionalidad.-

El recurrente señala que la sanción es desproporcionada y que no constituye una conducta calificada como preterintencional.

Por lo que corresponde que ésta instancia jurídica, emitir el pronunciamiento respectivo.

En primer término, resulta evidente -en base al análisis desarrollado en el numeral anterior- que Futuro de Bolivia SA. AFP infringió la normativa imputada, sin que haya existido fundamento alguno por parte de la recurrente que desvirtúe la infracción cometida.

En segundo término y fundamentalmente, corresponde revisar la figura de la preterintencionalidad, es así que importa traer a colación lo determinado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006 que señala:

*"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, **pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto**. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que*

se configure el delito (o infracción) ***preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto****, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente.*

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

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

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

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

Entonces tenemos que justamente la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se enmarca dentro de la figura de la preterintencionalidad, debido a que en el presente caso existen dos omisiones culposas, resultando que la infracción cometida ha resultado ser más grave que la prevista por la propia AFP, situación que a su vez se respalda en la fundamentación del Ente Regulador al señalar: "…***los afiliados fueron privados de poder verificar oportunamente la correcta acreditación y la totalidad de sus aportes; por otra parte, en lo referente al incumplimiento al archivo permanente que debía mantener la AFP ha generado que la información contenida en las carpetas de los Afiliados no se encuentren actualizada ni cuenten con toda la documentación e información relevante y pertinente cuando se tenga solicitud de prestaciones…***"

En tal sentido, se tiene que sí se ha configurado la conducta preterintencional, y se ha constatado que el Ente Regulador se ha pronunciado correctamente sobre la configuración de esta conducta, misma que derivó en que la sanción otorgada a la AFP sea considerada como una sanción de gravedad leve conforme lo establece el artículo 286, literal c) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

1.3 En cuanto a la incongruencia en la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 263/2011 de 26 de agosto de 2011.-

El recurrente señala que existe incongruencia en el título en la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 263/2011 de 26 de agosto de 2011, donde señala que se confirma la Resolución Administrativa "AP/DJ/DF/N° 011-2011" y en la parte resolutiva confirma otra Resolución Administrativa.

Se tiene que efectivamente existe un error en la fecha de la emisión de la Resolución, sin embargo el mismo puede atribuirse a un *lapsus calamis*, es decir a una equivocación o error que se comete al escribir, que sin embargo se tiene que el Ente Regulador subsanó ya en la parte Resolutiva de la Resolución Administrativa ASFI N° 263-2011 de 26 de agosto de 2011, haciendo referencia justamente a la Resolución correcta, por lo que de ninguna manera este error de escritura puede ser considerado como una incongruencia que conlleve a la nulidad o anulabilidad de este proceso.

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

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

Caso contrario la AFP pudo haber solicitado una complementación y enmienda conforme lo establece el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, que en su artículo 36, establece:

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

Por lo expuesto precedentemente, el no haber solicitado al Ente Regulador, en su debida oportunidad, tanto la corrección del número de Resolución o en su caso la complementación y enmienda respectiva que aclara la Resolución, hace que el recurrente haya consentido la misma, aceptándola como correcta, situación que le impide ahora solicitar la nulidad absoluta o relativa, más aún si ésta ha sido corregida en la parte Resolutiva del acto administrativo hoy observado.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 263-2011 de 26 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 631/2011 DE 30 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 005/2012 DE 26 DE ENERO DE 2012

FALLO
CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 005/2012

La Paz, 26 de enero de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., representado por su Vicepresidente Ejecutivo, Ing. Alberto Valdés Andreatta; la Resolución ASFI Nº631/2011 de 30 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha autoridad; y todo lo demás que convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894, de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071, de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer, resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

Que mediante Auto de 28 de septiembre de 2011, el Señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta las excusas presentadas por el Ing. Mario Guillén Suárez mediante Nota MEFP-VPSF-117-2011 y la Abog. Ericka Marisol Balderrama Pérez mediante Nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº094/2011, disponiendo la separación de los mismos para el conocimiento y sustanciación del Recurso Jerárquico interpuesto por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. contra la Resolución ASFI Nº631/2011, de 30 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; designado al Lic. Emilio Pinto Marín, Viceministro de Presupuesto y Contabilidad Fiscal, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillén Suárez, en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución ASFI Nº 535/2011, de 6 de julio de 2011, la ASFI, resolvió sancionar al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. conforme los incumplimientos descritos en el numeral 1 puntos I, II, IV y V contenidos en la Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011, de 30 de mayo de 2011.

Que mediante Resolución ASFI Nº569/2011, de 25 de julio de 2011, se aclaró la Resolución ASFI Nº 535/2011, determinando la procedencia de la solicitud de aclaración y complementación a la Resolución ASFI Nº 535/2011, realizada por señor Luis Artemio Lucca Suárez, aclarando que la parte considerativa señalada en la página 12 de la citada Resolución, se refiere a la diligencias preliminares en temas inherentes a materia de seguros, cuyo ámbito de competencia no corresponde a la ASFI.

Que el Banco Mercantil Santa Cruz mediante memorial de 02 de agosto de 2011, interpuso Recurso de Revocatoria parcial contra la Resolución Nº535/2011, en lo relativo a las sanciones interpuestas en dicha resolución.

Que mediante Resolución ASFI Nº631/2011, de 30 de agosto de 2011, la ASFI, resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI Nº535/2011, de 6 de julio de 2011, aclarada mediante Resolución Nº569/2011, de 25 de julio de 2011.

Que mediante memorial de 20 de septiembre, el Banco Mercantil Santa Cruz interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI Nº631/2011, de 30 de agosto de 2011, mismo que es admitido mediante Auto de 27 de septiembre de 2011.

Que posteriormente el recurrente mediante memoriales, ambos de 07 de octubre de 2011, solicita y reitera inclusión de documentación que debiera ser remitida por la ASFI, que mediante Nota BSMC/GAL/1057/2010 la entidad bancaria remitió a la ASFI.

Que, el Señor Artemio Lucca Suárez, mediante memorial de 14 de octubre de 2011, responde al Recurso Jerárquico interpuesto por el Banco Mercantil Santa Cruz.

Que mediante memorial de 15 de noviembre de 2011 y en mérito al Poder Nº78/2011, se apersona el señor Sergio Adolfo Rocha Méndez para actuar en la tramitación del presente Recurso Jerárquico por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

CONSIDERANDO:

Que previamente es necesario identificar cada uno de los cargos establecidos en la Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011, de 30 de mayo de 2011, según el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010:

-Cargos Nº1, referido a que la entidad habría incumplido con la conservación de documentación conforme el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado), bajo el siguiente detalle:

i. Respaldo del pago de primas de seguro de desgravamen hipotecario correspondiente a la Póliza Nº 600055.

ii. Póliza de desgravamen hipotecario de la Gestión 2002.
iii. Facturas que respaldan el pago de las comisiones por cobranza de la Póliza N° 600055 de las gestiones 1999, 2000, 2001 y 2002.
iv. Documentos relacionados a los contratos suscritos por el Ex Banco Santa Cruz S.A. con HP Brokers S.R.L., por las gestiones 2000 y 2001 por corretaje de seguros de desgravamen hipotecario.
v. Constancias de envió de las planillas mensuales de pago de primas a la entidad aseguradora en el periodo comprendido entre julio de 2000 a marzo de 2001.

-Cargo N°2, referidos a que la entidad bancaria no habría proporcionado, entre la documentación requerida por la ASFI, el Manual de Procedimientos que utilizó el Ex Banco Santa Cruz S.A. para el cobro y pago mensual de primas o en su defecto el flujograma de la operativa utilizada por la entidad para tal efecto, vulnerando el artículo 96 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).

-Cargo N°3, referido a que la entidad no habría procedido a mantener una copia de la Póliza de Seguro contratado, vigente y endosado por el prestatario a favor de la Entidad , conjuntamente la documentación crediticia correspondiente, respecto a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario de las gestiones 1999,2000, 2001 y 2002, vulnerando lo dispuesto por el artículo 50 de Reglamento sobre Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, aprobado mediante Circular SB/291/99, de 21 de junio de 1999.

CONSIDERANDO:

Que la Resolución ASFI N° 535/2011, de 6 de julio de 2011, resolvió:

Primero.- Amonestar al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por los incumplimientos descritos en el numeral 1 puntos i,ii,iv, y v contenidos en la Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011.

Segundo.- Sancionar al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. con multa equivalente al 2% de su capital mínimo por incumplimiento del artículo 96 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), al no haber proporcionado la información recabada por personas de la ASFI (Manual de Procedimientos que utilizó el ex Banco Santa Cruz S.A. para el cobro y pago mensual de primas o en su defecto flujograma de la operativa utilizada por la entidad para tal efecto)

Tercero.- Desestimar el cargo contenido en el punto iii del numeral 1 y el numeral 3 de la notificación Cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011, este último referido al incumplimiento del artículo 50 del Reglamento sobre Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, aprobado mediante Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999.

Que la Resolución ASFI N°631/2011, de 30 de agosto de 2011 resolvió el recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. confirmando totalmente la Resolución ASFI N° 535/2011, de 6 de julio de 2011.

CONSIDERANDO:

Que corresponde señalar los principales aspectos que refiere el Recurso Jerárquico interpuesto por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. contra la Resolución ASFI° 631//2011 y posteriores memoriales antes referidos:

i. Prescripción.-

El recurrente invoca la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, en virtud de lo establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento y conforme lo entiende la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006, de 23 de marzo de 2006, y SG SIREFI RJ 61/2006, de 8 de septiembre de 2006 y otras más; en base a los siguientes argumentos:

- Conforme el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada, "y es por lo dicho que la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano respectivo y no así con la notificación de cargos".
- Mediante carta ASFI/DSRII/R-55138/2011, de 30 de mayo de 2011, se notificó al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. con los Cargos establecidos por su conducta.
- Conforme los descargos presentados por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. y los argumentos expuestos en la Resolución ASFI Nº 535/2011, numeral 1 puntos I al V, se puede inferir que existe un reconocimiento pleno que el recurrente entregó la documentación referida, lo que da cuenta, demuestra y acredita, aun por la vía de confesión que no existe falta de conservación de la indicada documentación y la falta por la cual se los sanciona es porque la documentación no reúne los criterios de claridad y legibilidad.
- A lo cual se puede advertir que la infracción radica en la calidad de alguno de los documentos (legibilidad y claridad), que evidentemente fueron conservados inmediatamente después de haberse efectuado las operaciones que los originaron; consiguientemente, la infracción por inadecuada conservación de documentos fue cometida en las gestiones 2001 -2002.
- Si se tiene en cuenta conforme el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda infracción administrativa prescribe en el término de dos años y conforme precedentes administrativos, dicho término debe computarse desde el día siguiente de producida la infracción, "para las infracciones cometidas en la gestión 2001 se operó la prescripción el año 2003 y para las infracciones cometidas en la gestión 2002 la prescripción se operó en el año 2004, habiendo cesado la potestad punitiva del Órgano Fiscalizador, sin que de modo alguno hubiere existido acto interruptivo del término de la prescripción de 2 años, ni por el Órgano Fiscalizador ni por el denunciante "
- Ninguna de las denuncias efectuadas por Luis Artemio Lucca Suárez contra el ex Banco Santa Cruz S.A. tiene el carácter de interruptivo de la prescripción que ahora se invoca, porque ninguna de ellas tuvo como temática vinculada a la conservación de los documentos que señala el cargo que originó la sanción que ahora impugnamos.
- En cuanto a los numerales iv y v del Cargo 1, también ha operado la prescripción que se invoca, y tal prescripción es verificable en el propio texto que en la evaluación del descargo que contiene la Resolución ASFI Nº 535/2011, de 6 de julio de 2011.

- El razonamiento que efectúa la ASFI para imponernos sanción por la temática comprendida en el numeral iv del cargo 1 se refiere a un defecto de la instrumentación de la relación contractual entre el ex Banco Santa Cruz S.A. y HP Brokers SRL, en los años 2000 y 2001, como lo reconoce el cargo, quedando claro que el cargo y la sanción no se adecúa la norma que describe el artículo 94 de la LBEF, sino más bien a la forma de instrumentación de tal relación, exigiendo que ella sea de forma escrita mediante contrato.
- La infracción refiere a la falta del contrato para establecer derechos y obligaciones, respecto a los servicios de corretaje que prestó HP Brokers SRL a la Entidad en las gestiones 2000 y 2001, quedando claro que el extrañado contrato escrito debió celebrarse en dichas gestiones, es decir 2000 y 2001, operándose la prescripción para este caso, por cuanto el término de la prescripción se debe computar desde el día siguiente de cometida la infracción, a la fecha de la Resolución que impugnamos en mucho había transcurrido el término de la prescripción.
- En cuanto la sanción del numeral v del cargo 1, el cargo y la sanción se funda en la falta de conservación de constancia de envió de las planillas mensuales de pago de primas a la entidad aseguradora entre julio de 2000 a marzo de 2001, sin tener en cuenta que el Banco conservo y proporcionó en medio magnético las planillas mensuales de pago de primas de dicho periodo en tiempo.
- La resolución impugnada sanciona al Banco por falta de conservación de constancia de envió de planillas mensuales de pago de primas en soporte físico entre julio 2000 a marzo de 2001, donde el acto reclamado data de los años 2000 y 2001 y habría prescrito el año 2003.
- Sin perjuicio de la prescripción invocada el recurrente alega otros extremos.

ii. Ausencia de Responsabilidad del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por presuntas conductas del ex Banco Santa Cruz S.A. o sus Funcionarios

- Todos los reclamos y denuncias de Luis Artemio Lucca Suárez se originan el 17 de abril de 2001, y el señor realiza una serie de denuncias contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., Hp Brokers SRL, y Banco Santa Cruz S.A., al tal efecto el año 2001 el Banco Mercantil S.A. no tuvo nada que ver con los hechos denunciados ni con las entidades mencionadas, es recién a partir de la gestión 2006, se efectuó la fusión por absorción y consiguiente disolución del Banco Santa Cruz por el Banco Mercantil, cambiando se denominación a Banco Mercantil Santa Cruz S.A.
- Conforme el artículo 405 del Código de Comercio, producto de la fusión el Banco Mercantil S.A. asumió exclusivamente el activo y el pasivo (patrimonio) del ex Banco Santa Cruz S.A.; donde las conductas de los funcionarios (lícitas o ilícitas), de las cuales se pueda emerger un tipo de sanción no fueron traspasadas ni asumidas por efecto de la fusión, ninguna conducta es transmisible contractualmente, manifestando que del Banco Santa Cruz S.A. sólo se adquirieron elementos patrimoniales , no se adquirieron o asumieron conductas pasibles de algún tipo de sanción.
- Las Resoluciones ASFI N°631/2011, ASFI N°535/2011, aclarada mediante Resolución N°569/2011, de 25 de julio de 2011, tuvieron su origen en una

entidad bancaria distinta a la nuestra y hace más de cuatro años atrás, lo que impide que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., pueda ser sancionado por conductas ajenas, de las cuales no tiene responsabilidad.

- El Artículo 78 de la Ley de Procedimiento Administrativo textualmente señala que: "I. *Solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas individuales o colectivas que resultaren responsables*…."; es decir entre la conducta y el hecho debe existir un vínculo de culpabilidad.
- El principio de responsabilidad que consagra la Ley de Procedimiento Administrativo, ha sido empleado como precedente administrativo tal es el caso de la Resolución Administrativa de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 81/2007.

iii. Inexistencia de infracciones a los artículos 94 y 96 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras

- Con relación al punto i del Cargo1.
  - El argumento que en el Acta Circunstanciada de Conclusión del Proceso de Inspección a nuestra entidad, de 22 de abril de 2010, nuestros personeros habrían admitido no haber proporcionado la información en términos requeridos por el supervisor, dando a entender que se habría cerrado la etapa de evaluación de documentación, sin embargo conforme nota ASFI/DSRII/R-9388/2010 reconoció que dicha etapa continuaba abierta y vigente, requiriendo la presentación de la información y documentación que refiere la indicada nota.
  - Sobre la completitud, consistencia y veracidad de los documentos que hacen al respaldo de pago de primas correspondiente a la Póliza Nº 600055, se debe tomar en cuenta el criterio contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008, el cual señala que "la conservación de la información y su custodia en las mejores condiciones de seguridad y orden adecuado se basan fundamentalmente en los siguientes principios: (…) Reproducción de la documentación más representativa"
  - Los documentos que hacen al pago de la prima mensual de la Póliza de Seguro de Desgravamen, los documentos presentados obtenidos de los archivos del ex Banco Santa Cruz S.A. son los más representativos y permiten acreditar de manera consistente y fehaciente el pago efectivo de las primas mensuales referidas.
  - Resulta excesivo y es un claro desconocimiento a precedentes del SIREFI, que por la existencia de piezas no sustanciales y de escaza representatividad se ponga en duda y se reste eficacia a una documentación veraz y consistente y se dé importancia a cierta documentación que por sí sola no acredita nada, toda vez que dichas primas se hallan inequívocamente e incontrovertiblemente demostrado por un medio de pago por demás representativo, es decir por medio de Cheques de Gerencia girados por el ex Banco Santa Cruz S.A. información corroborada por Alianza Seguros y Reaseguros S.A.
- Punto ii
  - En cuanto a la falta de entrega del Condicionado General de la Póliza,

correspondiente a la gestión 2002, que el Banco no habría presentado íntegramente, cabe advertir que tal pieza jamás fue extrañada por la ASFI, como consta en el Acta Circunstanciada de referencia, que cuando enumera la documentación no entregada por el Banco no consigna el indicado Condicionado ni tampoco lo hace posteriormente las actuaciones de la ASFI, por lo que no se nos puede sancionar por la no presentación del Condicionado General que nunca fue parte de los cargos ni de la Resolución sancionatoria.

- Punto iv)
  - En este punto se toca la no celebración de un contrato escrito que instrumente la relación existente entre el Banco Santa Cruz S.A. y HP Brokers SRL, la ASFI se limita a descalificar los fundamentos de nuestra institución, evidenciando desconocimiento al principio de tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que inspira todo procedimiento sancionador.
  - El Artículo 94 de la LBEF refiere a la obligación de las entidades financieras de conservar determinados documentos, sin que la normativa haga alusión a la forma en la que deben celebrarse las relaciones contractuales de las entidades financieras con sus contrapartes lo que motiva la sanción impuesta.
  - El modo como debe instrumentarse una relación jurídica no está comprendida en el texto de la LBEF, de tal manera que hacerse extensiva su normativa resulta un exceso y una afectación y vulneración a los principios de Tipicidad y Proporcionalidad, consagrado en la Ley de Procedimiento Administrativo.
- Punto v)
  - La ASFI sostiene inadecuadamente que los Bancos deben conservar tanto en medio físico como magnético la información relacionada a sus operaciones, aspecto que no se halla previsto en el Artículo 94 de la LBEF.
  - Siguiendo la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 014/2008: "En un sentido amplio se entiende por documento a todo escrito que pueda probar o acreditar algo, que sirve de fuente de conocimiento, este documento al mismo tiempo constituye una fuente de información, que reconoce que un acto ha sido o no ejecutado".
  - Nuestra institución, al haber conservado las planillas mensuales de pagos de primas de la entidad aseguradora en medio magnético, ha cumplido con el presupuesto y el voto del artículo 94 de la LBEF, el que como medio de conservación de libros y documentos comprende los medios magnéticos y electrónicos, guardando y conservando de ésta manera, documentos con capacidad de acreditar por si mismos la ejecución de determinados actos, situación que amerita se revoque la sanción por tal supuesta e inexistente infracción.
- Incumplimiento al artículo 96 de la LBEF
  - La ASFI confirma la sanción impuesta por la Resolución ASFI Nº 535/2011, utilizando el argumento referido a la existencia de documentación remitida por HP Brokers SRL al ex Banco Santa Cruz S.A., para la

prestación del respectivo asesoramiento al Banco en cuanto a la gestión del seguro de desgravamen, documentación consistente en manuales y procedimientos respecto al tratamiento de los seguros de desgravamen, así como cronogramas de capacitación y otros referidos a la misma materia.

- La ASFI, dice fundar la imposición de la sanción en el principio de verdad material, utilizando como fuente lo expresado por HP Brokers SRL en memorial de 16 de marzo de 2009, con los alcances que refiere la consideración del cargo 2, inciso h) de la Resolución ASFI Nº 631/2011.
- La existencia de un memorial producido por un tercero en un procedimiento administrativo ajeno al presente, en el que el Banco no tuvo participación, no puede constituir base para invocar el principio de verdad material, existiendo Resoluciones Jerárquicas que definen con meridiana claridad que debe entender por dicho principio, tal como la Resolución SG SIREFI RJ 44/2008.

iv.Incompetencia de la APS para fiscalizar entidades de intermediación financiera

- La Resolución Complementaria ASFI Nº 569/2011, que ha confirmado la Resolución ASFI que ahora se impugna en desmedro de la competencia privativa que según la Ley le corresponde la ASFI, "*ha abierto la competencia de la APS para efectuar labores fiscalizadoras en nuestra entidad bancaria, lo cual constituye una evidente y objetiva violación a lo dispuesto por la LBEF y Ley 3076, de 20 de julio de 2005*".
- La Resolución Nº 569/2011, vulnera viola y contradice disposiciones legales claras y contundentes dictadas para bancos y entidades de intermediación financiera y específicamente la jurisdicción administrativa que a nivel nacional toca a la ASFI y su competencia que en lo concerniente a la aplicación de la LBEF es privativa e indelegable, tal cual lo consagra el artículo
- 155 de mencionada Ley y desconoce el artículo 95 de esta misma Ley, que establece: "*que las entidades de intermediación financiera no serán objeto de Fiscalización o Supervisión suplementaria o concurrente por autoridad de carácter nacional, departamental, municipal o universitaria, corresponde, la revocatoria de la resolución ASFI Nº631/2011 en lo que concierne a la confirmación de la Resolución Nº 569/2011*".

CONSIDERANDO:

Mediante memorial de 14 de octubre de 2011, el Señor Luís Artemio Lucca Suárez, respondió al Recurso Jerárquico, señalando los siguientes extremos:

- Inexistencia de la prescripción
  - Durante las gestiones 2000 -2001, la Ley de Procedimiento Administrativo no se encontraba en vigencia por cuanto la misma recién fue aplicada en su integridad el año 2003 producto de la vacatio legis que dicha norma estableció en su Disposición Final Segunda, debiendo hacer notar que por la Disposición Transitoria Tercera de esta norma legal, los procedimientos administrativos en trámite se regirán por las disposiciones y leyes anteriores.

- La norma anterior aplicable al SIREFI, es el Decreto Supremo Nº 25207, de 23 de octubre de 1998, que en ninguna de sus partes reguló el tema relativo a la prescripción en materia administrativa.
- Al no existir norma administrativa especial que regule la prescripción, se aplica supletoriamente el Código Civil, en cuanto al termino general, que determina un plazo de 5 años de ocurrido el hecho.
- Desde el 11 de agosto de 2003, utilizó el SARC, para dar inicio a sus denuncias presentadas contra el Banco Santa Cruz S.A., y el 2004 posteriormente a su reclamo en el SARC, su persona presento ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras una denuncia solicitando se inicien las investigaciones respectivas sobre los aspectos relacionados y emergentes de la Póliza 600055.
- La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2009, anulo el procedimiento administrativo instruyendo a la SBEF, al investigación de mis denuncias, que derivó en que al ex SBEF dicte la Resolución Nº 103/2009, complementado por Resolución de la ASFI Nº 005/2009, para la investigación del banco en temas de seguro, emitiéndose finalmente el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010.
- Se puede apreciar que en ningún momento existió la prescripción de las infracciones cometidas por el Banco, puesto que dicha prescripción habría operado en todo caso en la gestión 2006 (plazo de 5 años que señala el código Civil) y no obstante se ha demostrado que mi persona desde el año 2003 ha venido denunciando al Banco para que se realicen las investigaciones
- Si se consideraría la aplicación del término de la prescripción conforme la Ley de Procedimiento Administrativo, tampoco ha existido la prescripción, toda vez que las denuncias interpuestas por mi persona son desde la gestión 2003 han interrumpido la misma, asimismo, las infracciones cometidas por el Banco se reputan como permanentes y continuadas y haber sido recién descubiertas por el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 dan lugar a que no hubiera configurado la prescripción.

- La supuesta, ausencia de responsabilidad del Banco Mercantil Santa Crus S.A. por conductas del Ex Banco Santa Cruz S.A.
  - El parágrafo segundo del Artículo 405, del Código de Comercio, señala que la nueva sociedad creada adquirirá los derechos y obligaciones de las disueltas, bajo este parámetro, queda claro que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por efecto de la fusión ha asumido por imperio legal todas las obligaciones que pudiera tener el extinto Banco Santa Cruz S.A.
  - Entre dichas obligaciones, obviamente se encuentra la conservación y tenencia de documentación e información, reglamentos, etc., aspectos que han sido imputados como cargos por la ASFI y desembocaron en la aplicación de sanción al Banco.
- Sobre el Cargo 1.
  - <u>En cuanto los puntos i) y ii)</u>
  - Los requerimientos que efectúa la ASFI no se limitan a la simple recepción de documentación sino también a la verificación de integridad, claridad y legibilidad de la misma, por lo que no se puede equiparar a la ASFI como un simple órgano receptor de información y documentación.

- De la revisión del expediente administrativo, se verifica que la documentación motivo de sanción fueron por las fotocopias ilegibles debido a la incontrovertible falta de conservación (negligencia) y cuidado con la que debió haber actuado el Banco.
- En cuanto al punto iv)
- Según el Banco existiría la falta de tipicidad de la infracción administrativa, situación irreal por cuanto el precepto contenido en el artículo 94 de la LBEF, donde a partir de una interpretación teleológica de la norma obliga a conservar la documentación correspondiente a sus operaciones y otros por un periodo no menor a 10 años.
- No se puede perder de vista que el principio de tipicidad en materia administrativa sancionatoria no tiene la misma connotación que en materia penal, donde resulta ser más riguroso en cuanto la naturaleza misma de estas normas.
- En cuanto al punto v)
- Error en la interpretación del Banco del precepto por el cual se lo ha sancionado, toda vez que no existe una característica de opcionalidad para el regulado donde se señale que la conservación es en medios magnéticos o electrónicos sino que se trata de dichos soportes de información de manera independiente y no opcional para la conservación de la documentación.
- El banco no cumplió con la finalidad del artículo 94 de la LBEF, ya que al requerirse la constancia de envío de planillas ello servirán para establecer la fecha exacta en que se enviaron las mismas, es decir, su conservación idónea que permitiera reconstruir la operación, sin embrago al haber actuado de manera contraria, el Banco vulneró la normativa.

- Sobre el Cargo 2
  - Es irrelevante el argumento del Banco en sentido de mencionar que "no participó del proceso contra HP Brokers SRL", en mérito a que dentro de ese caso no se le sancionó ni se tomó ningún acto coercitivo contra la entidad bancaria, sino que dicho proceso contra la Corredora al revelar el incumplimiento del banco dio lugar al presente proceso contra el Banco, donde todos sus derechos y garantías se encuentran siendo respetados por la ASFI.
- Sobre la incompetencia de la APS para fiscalizar entidades de intermediación financiera.
  - La ASFI solo ha determinado que las investigaciones contra el banco en lo que refiere a incumplimientos de otras materias deberán ser investigados por la Autoridad competente, situación que deberá ser evaluada y resuelta por el órgano regulatorio correspondiente.

CONSIDERANDO:

Como respuesta a los fundamentos expuestos por el Señor Lucca, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., contra argumenta con las siguientes apreciaciones:

i. Prescripción
- Alegamos la prescripción de las infracciones por las que sancionó al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por haber transcurrido los 2 años que señala la LPA, computado desde

la fecha de la supuesta comisión de las infracciones hasta la fecha del procedimiento sancionatorio que dio lugar a la Resolución Administrativa ASFI Nº 535/2011.

- El Informe/ASFI/DSS/R-127404/2010, con motivo de la conclusión de la inspección realizada a la entidad bancaria y antecedente de la Resolución ASFI Nº 535/2011, señala textualmente: "mediante memorial de 5 de noviembre de 2008, el señor Luis Artemio Lucca S., en adelante Señor Lucca manifestó que en uso de sus atribuciones y competencias, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en adelante ex SBEF, debía investigar los aspectos emergentes del Informe SPVS/INF/No.01/2008 del 30 de mayo de 2008; y otros aspectos", dejando establecido la fecha del inicio del proceso sancionatorio, que no es otra que el 5 de noviembre de 2008, fecha en que el señor Lucca presentó el memorial que hacen referencia los antecedentes del citado informe.
- Las fechas de las supuestas infracciones (años 1999,2000, 2001y 2002) a la fecha en que Luis Artemio Lucca pidió investigación que dio lugar a éste proceso sancionatorio (2008), han transcurrido más de 2 años que establece la Ley de Procedimiento Administrativo, si bien la Ley de Procedimiento Administrativo no estaba vigente en la fecha en que se cometieron las infracciones, la fecha de denuncia del Sr. Lucca es de 2008.
- Pretender la aplicación de normas generales del Código Civil, que más bien rige el campo de las relaciones entre particulares, constituye un contrasentido, puesto que es inobjetable que al amparo de dicha Ley y sus Reglamentos se ha iniciado el procedimiento sancionatorio del cual emergen las Resoluciones ahora impugnadas, lo que demuestra un vano intento de tapar u ocultar una prescripción que ya ha operado.
- En este caso se aplique el artículo 1507 del Código Civil, sólo atinente a la prescripción de los derechos patrimoniales y no al poder sancionador del estado en materia administrativa.
- Ninguna de las denuncias que refiere el señor Lucca tiene carácter o efecto interruptivo por que no tuvieron como objeto las infracciones que motivaron las sanciones impugnadas, para que una denuncia tenga afecto interruptivo del término de la prescripción, necesariamente tiene que versar sobre el objeto de la sanción, es decir la infracción sancionada.
- Todas las infracciones por las que se sancionó al Banco no se prolongaron en el tiempo como efecto de la continuidad de la conducta, es decir que la conducta no es constante, las supuestas conductas omisivas del ex Banco de Santa Cruz S.A., se iniciaron, consumaron en el mismo instante, es decir cuando no se conservó y cuando no se celebró.
- El Señor Lucca confunde las conductas con el resultado de la acción; el ex Banco de Santa Cruz S.A. no conservó, el resultado es que hasta el presente no exista la documentación extrañada; y, como el ex Banco de Santa Cruz S.A. no celebró por escrito, hasta el presente tampoco existen los contratos escritos entre el banco y la corredora. Que el resultado de la conducta se prolongue en el tiempo no significa ni determina que la infracción sea permanente.

ii. Ausencia de Responsabilidad del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

- Al tenor de lo dispuesto por el artículo 405 del Código de Comercio, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., solo adquirió del Banco Santa Cruz S.A. derechos y

obligaciones, es decir solo relaciones patrimoniales, con la fusión no se traspasaron conductas, delitos o infracciones.

iii. Inexistencia de infracciones al Artículo 94 de la LBEF

- El Recurso Jerárquico, se sustenta en los siguientes dos fundamentos:
  - La ASFI omitió considerar la documentación remitida por el banco, en la cual expresa la falta de legibilidad del Recibo de Caja emitido por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. Nº 104279, era suplida con los demás documentos que se relacionan con dicho recibo y reflejan de manera consistente la transacción correspondiente al pago de la prima por póliza de seguro de desgravamen efectuada por el ex Banco Santa Cruz S.A., está documentación no fue considerada por la ASFI.
  - La ASFI al sancionarnos por esta supuesta infracción, en base a la ilegibilidad de alguno de los documentos que hacen a la operación, no sustanciales y de escaza relevancia, desconoce el precedente administrativo de la Resolución Financiera SIREFI RJ 014/2008, que establece que las entidades financieras deben solamente conservar la documentación más representativa de las operaciones.
  - El incumplimiento al artículo 96 de la LBEF, señala como único sustento y prueba de esta pretendida infracción, al memorial presentado por HP Brokers, en un proceso administrativo en el que ni el ex Banco Santa Cruz S.A. ni la actual entidad bancaria fueron parte, en dicho memorial sin que exista una sola prueba o constancia de ello, HP Brokers S.R.L., simplemente señala entre otros que el asesoramiento al ex Banco Santa Cruz S.A. estuvo configurado por la elaboración de manuales y procedimientos respecto al tratamiento de los seguros de desgravamen, siendo la base de la supuesta infracción una mera redacción de un escrito formulado por un tercero, en proceso en el cual el banco no tuvo oportunidad de rebatir o contra argumentar.
  - Una mera afirmación en un memorial efectuada por un tercero dentro de un proceso administrativo del que no fuimos parte, en ningún caso puede ser considerado como verdad material.

iv. Incompetencia de la APS para fiscalizar entidades financieras

- Es evidente la ilegalidad dispuesta en la resolución complementaria Nº 569/2011, que otorga la competencia a la APS, para efectuar labores fiscalizadoras de nuestra entidad bancaria, en desmedro de la competencia privativa que según la ley corresponde a la ASFI, aspecto que en el memorial del señor Lucca no se argumenta y se limita a señalar que será el órgano regulador quien evalúe y resuelva lo que corresponda.

CONSIDERANDO:

Que es necesario efectuar las siguientes consideraciones:

I. Respecto a la Prescripción

Que, el recurrente manifiesta que las supuestas infracciones producidas como consecuencia de la inadecuada conservación de documentos cometida en las gestiones 2000 a 2002, habrían prescrito, invocando, al efecto, las previsiones del artículo 79 de la Ley Nº 2341, del Procedimiento Administrativo.

Que conforme la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006, referente a la Prescripción en materia Administrativa y la Retrospectividad de las normas señala: "*Se puede llegar a establecer que la prescripción en materia administrativa* ***tiene naturaleza adjetiva procedimental*** *por su ubicación sistémica dentro de la Ley de Procedimiento Administrativo – dentro del procedimiento sancionatorio-,* ***por ende la misma puede ser aplicada al caso en particular*** *siguiendo la doctrina de la* ***retrospectividad*** *que ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional Nº 0011/2002 de05/02/señalando que: "(…) Una Ley es retroactiva cuando sus efectos se proyecte sobre hechos, actos, relaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor, es decir, cuando incide sobre relaciones jurídicas legalmente establecidas y consagradas. La retroactividad implica la aplicación de una Ley nueva a hechos anteriores a su promulgación. A esta altura del análisis conviene recordar que en doctrina constitucional se hace una distinción entre la retroactividad ´auténtica´ y la ´no auténtica´ de la Ley; entendiéndose por la primera la regulación con una nueva disposición una existente situación jurídica con efectos en el tiempo pasado, que sustituyen el lugar de un orden jurídico vigente en periodos anteriores, por una diferente; en cambio se entiende por retroactividad no auténtica conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas"; criterio que fuera complementado por la Sentencia Constitucional Nº 1421/2004, de 06 de septiembre la cual expresó que "(…) "las leyes en general y las normas consignadas en ellas en particular,* ***cuando son de naturaleza procesal no sustantiva, es decir, aquellas que regulan procesos o procedimiento****, pueden ser aplicadas de manera inmediata a todos los procesos que se inicien o que están pendientes al tiempo en que entran en vigor, ello porque su aplicación tiene la finalidad de regulará un hecho en la actualidad y no a situaciones de hechos pasados y debidamente consolidados."(las negrillas son nuestras)*".

Que siguiendo los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 y la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006, con relación a la prescripción señala: "*Esta institución jurídica otorga derechos con base en la concurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo….en materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado por Ley frente a la inactividad de la administración, …pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de las prescripción de la acción*"

La prescripción del proceso no es una norma de carácter sustantiva sino de carácter procesal por lo que la prescripción presentada es aplicable a hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de las Ley de Procedimiento Administrativo, además que el procedimiento administrativo sancionador comienza desde la formulación de cargos.

El Tribunal Constitucional establece que la excepción a la regla de la irretroactividad se aplica, esencialmente en el ámbito de las normas de carácter procesal, es decir, en

aquellas que no definan ni determinen derechos por lo que las normas son aplicables a hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de dicha norma.

La prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 79, expresamente señala: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro"

Computo de la prescripción – Interrupción de la prescripción

Conforme la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006, se establece que: "*La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de las sanción, desde el día siguiente en que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier procedimiento*"

La LPA en su artículo 79 señala que la prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, empero la norma no es clara sobre prescripción administrativa, respecto a la acción sancionatoria, puede ser interrumpida ya que solamente refiere a la interrupción de sanciones ya impuestas, aspecto distinto de la acción.

El artículo 39 de la LPA establece que los procesos pueden ser iniciado de oficio o a solicitud de parte, entendiéndose que la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano respectivo y no así con la notificación de cargos.

Que al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ79/2006, establece que: "(…) por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio, siendo la mencionada notificación de cargos un acto dentro del procedimiento que se origina a consecuencia de la investigación llevada a cabo"

1. Principios que deben regir el proceso sancionatorio

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

a. Principio de sometimiento pleno a la Ley

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

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

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

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

b. Principio de verdad material y Principio de tipicidad

El principio de verdad material en oposición a la verdad formal, al que se refiere el inc. d) del artículo 4 de la Ley N°2341, determina que el órgano de regulación investigará la verdad material del hecho; aspecto que no se limita solamente a la investigación de la infracción de la ley sino a la imposición de la sanción de acuerdo a la tipicidad en la que se encuentra enmarcada la conducta.

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

c. Principio de jerarquía normativa

"La expresión "jerarquía", al igual que en el lenguaje ordinario, es utilizada en el mundo jurídico frecuentemente para sentar los criterios con base en los cuales se instaura la ordenación normativa.
El carácter básico o fundamental de la jerarquía normativa se manifiesta primero cuando la imagen misma que tenemos del derecho es una representación jerárquica de normas. La jerarquía normativa hace parte de la definición misma del derecho, de modo que dentro de nuestra mentalidad no es posible pensar en derecho, sin pensar también en la jerarquía normativa. Por tanto, si consideramos y concebimos al derecho en términos de jerarquía, es precisamente porque el principio de jerarquía es en realidad esto, en principio, y no un simple concepto jurídico aislado, entre muchos otros.

Pero además de que tenemos una representación jerárquica del derecho, la jerarquía normativa sirve de fundamento para el desenvolvimiento de gran parte de la actividad jurídica. Por un lado, la jerarquía sirve al momento de producción del derecho, pues para la creación de cualquier norma en el sistema jurídico dado, lo primero que debe tenerse en cuenta es el respeto a las normas jerárquicamente superiores. Así, las Autoridades Administrativas deben sujetarse a lo dispuesto por la Constitución, la Ley y los Decretos reglamentarios a tiempo de emitir sus regulaciones o resoluciones. Igualmente, al momento de aplicación del derecho, el primer criterio que los operadores jurídicos deben tener en cuenta es el criterio jerárquico, pues en caso de conflicto normativo deben aplicarse de

preferencia de las normas superiores; por ello, para la resolución de un conflicto jurídico particular, el juez o autoridad no solo debe identificar la norma que regula de manera específica la hipótesis de hecho sometida a su conocimiento y determinar su contenido y alcance, sino confrontar su decisión, así sea de manera somera y general, con el ordenamiento jurídico superior" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI/RJ N°48/2007 de 22 de mayo de 2007)

d. Principio de congruencia

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

SOBRE EL CASO CONCRETO

Compulsando los antecedentes del caso, se puede determinar lo siguiente:

RESPECTO AL CARGO 1:

- La Resolución ASFI Nº 535/2011, de 6 de julio de 2011, señala que como resultado de las conclusiones y recomendaciones contenidas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010, la ASFI determinó notificar cargos contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por supuesto incumplimiento del artículo 96 de la Ley Nº 1488 y Circular SB/291/99, de 21 de junio de 1999, respecto a la falta de conservación de documentación, bajo el siguiente detalle:

  i. Respaldo del pago de primas de seguro de desgravamen hipotecario correspondiente a la Póliza Nº 600055.
  ii. Póliza de desgravamen hipotecario de la Gestión 2002.
  iii. CARGO DESESTIMADO
  iv. Documentos relacionados a los contratos suscritos por el Ex Banco Santa Cruz S.A. con HP Brokers S.R.L., por las gestiones 2000 y 2001 por corretaje de seguros de desgravamen hipotecario.
  v. Constancias de envió de las planillas mensuales de pago de primas a la entidad aseguradora en el periodo comprendido entre julio de 2000 a marzo de 2001.

- La Resolución SB Nº 103/2009, de 04 de mayo de 2009, señala "*Mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2009, de 7 de abril de 2009, la Superintendencia de Regulación Financiera resolvió el Recurso Jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca, determinando anular el proceso administrativo* ***hasta la solicitud de diciembre de 2008, realizada por el recurrente***" (las negrillas son propias)

- El Informe/ASFI/DSS/R-127404/2010, de 3 de diciembre de 2010, en la parte de antecedente, efectúa una cronología de las actuaciones por parte de la ex

Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y del Sr. Lucca, respondiendo este informe de forma complementaria a los informes ASFI/DSV/R-44851/2010, en base a los resultados contenidos en los informes ASFI/DSR-II/R-49741/2009, ASFI/DSR-II/R40474/2009 y ASFI/DAJ/R-57407/2010.

- El citado Informe/ASFI/DSS/R-127404/2010, de 3 de diciembre de 2010, asimismo señala que mediante memorial de 5 de noviembre de 2008, el señor Lucca, manifestó a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, que se debían investigar los aspectos emergentes del Informe SPVS/INF/Nº01/2008, del 30 de mayo de 2008.

- Respecto a la documentación de respaldo (fotocopias simples) que presenta el Señor Lucca en memorial de respuesta al Recurso Jerárquico, de 14 de octubre de 2011, curso en un SARC, presentado en fecha 11/08/2003 y otro que no es legible la fecha de presentación del SARC, empero por el plazo estimado para la resolución el mismo se infiere que fue en la gestión 2003, cabe hacer notar que en dichos formularios presentados ante el Servicio de Atención de Reclamos y Consultas de Bancos (SARC), no refieren a ninguna de las infracciones de la Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011, establecidos contra la entidad bancaria, más al contrario son solicitudes de información y certificaciones requeridas, que por ende, no caben ser consideradas como denuncias.

  Asimismo, respecto a la copia del memorial presentado ante el Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, de 29 de marzo de 2004, señalar que el mismo refiere a una denuncia a objeto que la SBEF, como órgano regulador realice una inspección al Banco Santa Cruz S.A. a fin de determinar la responsabilidad del Banco al haber obtenido una sentencia de fecha 17 de octubre de 2002, en diferentes hojas de papel sellado, aspectos que derivan en supuestas conductas de tipo penal efectuadas por el Banco Santa Cruz S.A., aspectos que no versan sobre cargos que son objeto de este recurso y sus antecedentes.

- No contándose con más antecedentes que cursen en el expediente administrativo remitido que puedan ser objeto de análisis entre la gestión 2003 a 2008, para determinar que hubiera existido una denuncia por parte del señor Lucca que refiera a los extremos del presente proceso administrativo sancionador, se toma como fecha formal de la denuncia interpuesta por el señor Lucca, la gestión 2008.

- Las supuestas infracciones por inadecuada conservación de documentos fueron cometidas en las gestiones 2000 -2002, siendo claro que desde el momento de la comisión de la infracción hasta la determinación de la denuncia por parte del señor Lucca, ha transcurrido un tiempo mayor al plazo requerido para que opere la prescripción, de acuerdo al Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

- Por lo previamente expuesto, no corresponde entrar en mayores consideraciones de fondo.

RESPECTO AL CARGO Nº 2

El cargo Nº 2, refiere a que la entidad bancaria no habría proporcionado, entre la documentación requerida por la ASFI, el Manual de Procedimientos que utilizó el Ex Banco Santa Cruz S.A. para el cobro y pago mensual de primas o en su defecto el flujograma de la operativa utilizada por la entidad para tal efecto, vulnerando el artículo 96 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado).

La Administración Pública debe ajustar su actuación a la verdad material u objetiva, pero con el fin que el acto administrativo resulte independiente de la voluntad de las partes, pues se debe velar el interés público antes que el interés individual del administrado.

Asimismo, el principio de la verdad material no es sustitutivo de las obligaciones que tiene que cumplir el administrado en forma exclusiva acción que sirve justamente para poner en acción a la Administración, pues sí no bajo pretexto del principio de verdad material las autoridades de la Administración Pública deberían obtener por cuenta propia los documentos que deben presentar los administrados (SG SIREFI RJ 12/2006).

El cargo Nº 2, establecido por la ASFI, es en base al memorial de 16 de marzo presentado por HP Brokers S.R.L, en el cual señalan que parte del asesoramiento brindado fue en base a "*la elaboración de Manuales de Procedimientos, presentados al Banco (adjunto copia recepcionada por la encargada de seguros del banco en esa época año 1998, la Srta. Lic. Mónica María Añez Cosío); este manual posteriormente habría sido asumido por el banco e insertado en el sistema computarizado para consulta y conocimiento de todos sus ejecutivos denominados de plataforma…*", considerando que esta información "**en el *marco de la buena fe es considerada como válida*** *al no haber sido tachada de falsa en la vía legal correspondiente*" (Resolución ASFI Nº 535/2011), (la negrilla es propia)

Al respecto la fundamentación que emplea el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., aduce que el cargo de referencia es en base a un simple memorial y en un proceso del cual no habría sido parte, pero en ningún momento **desvirtúa su existencia o no en el presente proceso**, pues en las distintas notas que cursan en el expediente administrativo, se limita a señalar que de la revisión de los archivos del Banco Santa Cruz S.A., no se habrían encontrado dichos documentos requeridos por el ente regulador.

Asimismo, se debe considerar que la alegación de "no encontrar" los documentos requeridos por la ASFI de una entidad financiera que fue fusionada a la actual entidad bancaria, no sustituye la obligación del administrado de desvirtuar fehacientemente por todos los medios el extremo del Cargo Nº 2; quien se limita simplemente a argüir que el mismo no responde a la verdad material pretendiendo que la administración pública por cuenta propia determine tal situación.

RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DEL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.

En cuanto a los extremos señalados por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., recién en el memorial de interposición del Recurso Jerárquico, de no tener responsabilidad por las

presuntas conductas realizadas por el Banco Santa Cruz S.A., es de hacer notar que de la revisión del expediente administrativo se puede evidenciar la participación activa del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., dentro del presente proceso sancionatorio emergente de la Nota de Cargo ASFI/DSRII/R-55138/2011, la cual que fue dirigida y notificada al propio Banco Mercantil Santa Cruz S.A.; en virtud de la cual dicha entidad bancaria asumiendo plenamente personería, conocimiento y defensa ha participado en todas las etapas del presente proceso; siendo contradictorio que ahora pretendan señalar que no tienen responsabilidad respecto a las actuaciones del Banco Santa Cruz, SA., producto de la fusión de ambas entidades.

CONSIDERANDO

Que, la ASFI mediante Resolución ASFI Nº 569/2011, aclara y complementa la Resolución ASFI Nº 535/2011 de 6 de julio de 2011, en atención a la solicitud el señor Lucca, aclarando que la parte considerativa señalada en la página 12 de la citada Resolución, se refiere a diligencias preliminares en temas inherentes a materia de seguros, cuyo ámbito de competencia no corresponde a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

El Banco Mercantil Santa Cruz S.A., señala que la Resolución ASFI Nº 569/2011, habría abierto competencia para la APS para efectuar labores fiscalizadoras en la entidad bancaria, lo cual vulnera la Ley de Bancos y Ley Nº 3076, en cuanto la normativa para bancos y entidades financieras y su jurisdicción administrativa establece que es la ASFI cuya competencia es privativa e indelegable para lo concerniente a la LBEF.

El señor Lucca, en su memorial de respuesta al Recurso Jerárquico sobre el punto en particular señala que la Resolución ASFI Nº 569/2011, refiere a incumplimientos inherentes a otras materias que deben ser investigados por la Autoridad competente.

La LBEF, en su artículo 95, señala: "la facultad de la Superintendencia para inspeccionar a las entidades de intermediación financieras y de servicios auxiliares financieros comprende no sólo a cualquier oficina o dependencia de éstas, en el país o en el extranjero, sino que se extiende a las filiales de las entidades. En caso de conglomerados financieros, la supervisión será realizada en coordinación con la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros"

La Ley Nº 3076, en su artículo 1 (modificación de los artículos 23 y 24 de la Ley del Bonosol), establece las competencias privativas e indelegables sobre las materias de regulación de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente la ASFI y de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros .

Al respecto es claro que las facultades propias de cada Superintendencia se hallaban limitadas al ejercicio de la regulación en materias específicas tal cual es por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras la regulación sobre las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros y por otro lado la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros la regulación sobre la actividad aseguradora, reaseguradora y del mercado de valores, materias que no se contraponen ni son concurrente con la naturaleza propia de cada Superintendencia, actualmente Autoridades de Fiscalización, por lo que es la autoridad competente,

conforme su naturaleza jurídica y en el ámbito de sus atribuciones, quien debe tomar conocimiento de infracciones en el ámbito de las materias que regula.

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá confirmar parcialmente el procedimiento administrativo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Confirmar parcialmente la Resolución ASFI N° 631/2011, de 20 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmo la Resolución ASFI N° 535/2001, de 6 de julio de 2011 respecto al segundo artículo correspondiente al Cargo N° 2 y fue complementada por la Resolución ASFI N° 569/2011, de 25 de julio de 2011.

SEGUNDO.- Declarar probada la prescripción de las infracciones del cargo 1, que señala el artículo primero de la Resolución ASFI N° 631/2011.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catarcora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DF/Nº 274-2011 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 006/2012 DE 27 DE ENERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2012

La Paz, 27 de enero de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 274-2011 de fecha 2 de septiembre de 2011, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 067-2011 de 15 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 160/2011 de fecha 30 de diciembre de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 21 de septiembre de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** representada legalmente por la señora Marioly Aguilera Rosado, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 627/2008 otorgado en fecha 24 de noviembre de 2008, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la

Dra. Juan Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 274-2011 de fecha 2 de septiembre de 2011, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 067-2011 de 15 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/3575/2011 con fecha de recepción 26 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 274-2011 de fecha 02 de septiembre de 2011, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 067-2011 de 15 de junio de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 28 de septiembre de 2011, notificado en fecha 3 de octubre de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 274-2011 de fecha 02 de septiembre de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/0291/2011 DE 20 DE ABRIL DE 2011.-

Por nota APS/DJ/0291/2011 de 20 de abril de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con el Cargo, en los términos transcritos a continuación:

"…***II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.***

Cargo N° 1.- Incumplimiento al artículo tercero, inciso a), número 1, párrafo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 280 de 10 de julio de 2001.

(…)

…De acuerdo a la Orden de Fiscalización DF/OF/15/2010 referida a "Contribuciones Pagadas en Exceso", existen veinticuatro (24) casos de Contribuciones en Exceso identificados en el trabajo de fiscalización y diecinueve (19) casos identificados en el trabajo de gabinete referentes a Empleadores; por otro lado existen veintitrés (23) casos identificados en el trabajo de fiscalización y dos (2) casos identificados en el trabajo de gabinete, referentes a Afiliados (…)

…se evidencia en estos casos, indicios de incumplimiento al artículo tercero, inciso a), número 1, párrafo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 280 de 10 julio de 2001, de parte de BBVA Previsión AFP S.A., respecto al "Procedimiento para Exceso Generado por un Empleador", al no haber remitido en su momento la respectiva comunicación sobre "Contribuciones Pagadas en Exceso", situación que dio lugar a que tanto Empleadores y/o Afiliados, no tuvieran conocimiento del derecho de

devolución que les corresponde sobre sus contribuciones…"

2. NOTA DE DESCARGOS PREV OP 687/11 DE 1° DE JUNIO DE 2011.-

Mediante nota PREV OP 687/11 recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 1° de junio de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta los siguientes descargos:

"*…informamos lo siguiente:*

a) La Resolución Administrativa SPVS - N° 024 del 08 de enero del 2002 establece la fecha de vigencia para la Resolución 280/01 a partir del 1ro de febrero del 2002. Asimismo, los procedimientos de notificación para Contribuciones Pagadas en Exceso por el Sector Público se encuentran reguladas con las circulares SPVS IP DCF 30/2007, SPVS IP DCF 87/2007 y SPVS IP DCF 26/2008, en base a ello, consideramos que los días con retraso computados en su notificación de cargos son incorrectos, debido a que no contemplan toda la normativa que regula las notificaciones sobre contribuciones pagadas en exceso.

b) La Resolución Administrativa SPVS IP N° 280, no contempla procedimiento a seguir para empleadores sin movimiento o inactivos antes y/o después de la vigencia de la norma, casos para los cuales difícilmente se puede hacer efectiva la comunicación. Adjuntamos fotocopias de los FPC de empleadores que reportan la baja de sus dependientes activos (…)

c) La R.A. 280/2001, no establece cronogramas de trabajo, ni plazos para la notificación de las contribuciones en excesos, para registros generados con anterioridad a la vigencia (sic) *norma considerando que se trata de 5 gestiones desde 1997 hasta 2001, por lo esta casuística no puede ser considerada como incumplimiento a la R.A. 280/2001* (…)

d) Las Notificaciones de las contribuciones pagadas en exceso por el Sector Público, fueron reguladas con las circulares SPVS IP DCF 30/2007, SPVS IP DCF 87/2007 y SPVS IP DCF 26/2008, que establecen el procedimiento para la notificación al TGN, definen los campos de intercambio de información y el formato del archivo de los pagos en exceso, normativa a las que esta Administradora de Fondos de Pensiones ha dado cumplimiento una vez que el TGN ha establecido la forma de notificación (…)

e) El pago en exceso de los siguientes FPC ya fueron devueltos a los empleadores y/o afiliados como resultados de las gestiones realizadas, se adjunta respaldo (…)

*f) …es necesario hacer una diferenciación entre la **generación** de la Contribución en Exceso y la **detección** de la misma. En nuestra Administradora, las Contribuciones en Exceso se **generan** con la acreditación de los Formularios de Pago de Contribuciones (FPC) realizados por el empleador, las cuales se*

*constituyen en uno de los resultados que produce el proceso de acreditación. La **detección** de los FPC con contribuciones en exceso, forma parte de un proceso posterior a la acreditación de las planillas y se ejecuta de forma manual e individual, con el fin de identificar el motivo que ha producido el exceso para incluirlo en la notificación.*

La Resolución Administrativa SPVS IP 280 en su artículo tercero inciso a) numeral 1, segundo párrafo, no señala el plazo entre la generación de la Contribución en Exceso y la detección del mismo, sin embargo instruye notificar en los 30 días siguientes a la detección del pago en exceso, instrucción a la que se ha dado cumplimiento (…)

- *Cabe aclarar que el proceso mismo de notificación contiene casuísticas que en muchos casos no permiten concluir el ciclo de notificaciones, las cuales se describen a continuación:*

  - ***No quisieron recibir la notificación*** (…)
  - ***La dirección es inexacta o no existe***
  - ***La empresa ya no funciona***
  - ***La empresa se encuentra cerrada temporalmente*** (…)

  Al no poder cerrar el ciclo de notificación, esta administradora inicia una nueva Gestión de notificación para efectivizar la entrega de las notas, que por motivos ajenos a la Administradora no se concretaron, esta gestión adicional comprende:

  - *Todas las notificaciones que no fueron entregadas pasan el área comercial para que se realice el seguimiento respectivo* (…)
  - *Con la información obtenida en el punto anterior, hasta inicios de la gestión 2010, se generaba una nueva notificación con fecha actual desechando la original. Sin embargo, a la fecha a efectos de seguimiento a los envíos masivos y a la operativa de entrega del Courier, mantenemos la carta original para su entrega final al destinatario.*

  Los problemas citados en los puntos anteriores fueron comentados con funcionarios de la ex SPVS, promoviendo en la gestión 2005 la revisión de la Res. Adm. 280/2001, al respecto se inició la elaboración de un borrador de la normativa, sin embargo hasta la fecha el Regulador no se pronunció con la nueva norma. Se adjunta carátula del borrador mencionado…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/N° 067-2011 DE 15 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067-2011 de fecha 15 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis del presente caso (…)

En mérito a que el incumplimiento de la Administradora de Fondos de Pensiones a la normativa señalada anteriormente, no ocasiona en su resultado beneficio propio o de personas relacionadas a la misma, genera sin embargo que tanto Empleadores como Afiliados no tengan conocimiento del derecho que les corresponde por norma, consistente en "solicitar oportunamente la devolución de contribuciones pagadas en exceso", debiendo aplicar una sanción equivalente a "Gravedad Leve", la cual se encuentra establecida en el inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Considerando los antecedentes señalados anteriormente, se ratifica el incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. a lo dispuesto en el artículo 3 inciso a) número 1 párrafo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 280 de 10 de julio de 2001, por lo que corresponde establecer sanción…"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.- I.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el **Cargo N° 1,** con multa en Bolivianos equivalente a $us. 4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3, inciso a) número 1, párrafo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 280 de 10 de julio de 2001, con relación a los casos que no son objeto de desestimación.*

***II.-** Desestimar sanción para los siguientes **NUA: 1001869028, 1007039026** y **91** del listado correspondiente a Empleadores - fiscalización y los **NUA 1453956, 19896852** y **7208017** del listado correspondiente Afiliados - fiscalización.*

***III.-** Desestimar sanción para los siguientes casos consignados en los Formularios de Pago de Contribuciones: **1305718, 1729993** correspondientes al listado Empleadores - gabinete y **138167, 1872564 y 2043880** correspondientes al listado Afiliados - fiscalización, debido a que las Contribuciones Pagadas en Exceso, fueron devueltas tanto a Empleadores como a Afiliados.*

***SEGUNDO.-** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo "en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

***TERCERO.-** Se instruye a BBVA Previsión AFP S.A., para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, presente a esta Autoridad, informe documentado mediante el cual acredite las gestiones realizadas, con el objeto de cumplir con la comunicación establecida en norma a Empleadores y Afiliados, sobre Contribuciones Pagadas en Exceso, respecto a los casos que fueron objeto de sanción…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 5 de agosto de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067-2011 de fecha 15 de junio de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…***III FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

Con referencia a los casos que no son de desestimación tengo a bien citar a los siguientes:

NUA	*N° FORM*	*F.GEN.PEX.*	*NOTA*	*FECHA*
29241022	*6020807*	*04/02/2004*	*S/N*	*06/07/2007*
20269020	*35148*	*15/03/2005*	*S/N*	*20/06/2007*
1869028	*72203*	*01/07/1999*	*S/N*	*20/06/2007*
28667023	*1552716*	*30/03/2005*	*S/N*	*02/06/2005*

NUA	*N° FORM*	*F.GEN.PEX.*	*F. NOTA*
8415258	*4846552*	*05/01/2007*	*28/02/2007*
2426151	*1846571*	*05/01/2007*	*15/02/2007*
6703916	*1762123*	*24/08/2006*	*30/09/2006*
7634334	*532457*	*25/07/2003*	*25/08/2003*

CI/PAS	*NUA*	*N° FORMU.*	*F.GEN.(NC)*	*N° NOTA*
243135 (sic)	*36703311*	*11/07/6724*	*24/08/2006*	*PREV OP PE 09*

De la revisión de los antecedentes de los casos citados, se evidencia que se encuentran prescritos, hecho por el que la Autoridad de Fiscalización y Control Pensiones y Seguros -APS ha perdido la facultad legal de sancionar (…)

El Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que los procedimientos Administrativos se inician de oficio o a solicitud de una persona interesada. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS en el cumplimiento de sus funciones que le fueron conferidas por la ley, el 07 de abril de 2010 inició de oficio la investigación de la comisión de supuestas infracciones contra la Resolución Administrativa SPVS-IP 230/2001, culminando la misma con la Resolución que hoy se impugna.

Siguiendo el procedimiento establecido por el parágrafo 1 del Artículo 86 del Decreto Supremo 27175, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS estableció la existencia de supuestas Infracciones e imputo con cargos de incumplimiento a esta Administradora sin considerar que todas sus facultades legales deben ser ejercidas en el plazo de dos (2) años.

La prescripción de la acción administrativa es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término

señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración.

En el presente caso, la prescripción está íntimamente ligada con el derecho que tiene esta Administradora de Fondos de Pensiones a que se defina su situación jurídica en un plazo legal establecido y no quedar sometida indefinidamente sometido (sic) *a una investigación de oficio, porque de ser así, se violaría el derecho constitucional al debido proceso, por ello la investigación de oficio del cumplimiento de una norma administrativa debe ser realizada en el plazo legal establecido y no puede prolongarse indefinidamente. Por esta razón el* (sic) *que ordenamiento jurídico del Estado instituye la figura jurídica de la prescripción de la acción administrativa.*

La fiscalización de oficio realizada por el ente regulador, para los casos citados, se realizó una vez vencido el plazo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 2341, mismo que se computa a partir del día siguiente de realizado el acto por la AFP, conforme prevé el artículo 20 de la Ley 22341.

En lo que a los casos no desestimados se refiere, no existe ningún acto del ente regulador que haya interrumpido el cómputo del plazo de dos (2) años de la prescripción.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA PARCIAL DE LA SANCIÓN ESTABLECIDA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF N° 067/2011 DE 15 DE JUNIO DE 2011,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A., porque la APS no consideró el instituto jurídico de la prescripción establecido en el Artículo 79 de la Ley 2341 para los casos citados…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 274-2011 DE FECHA 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011.

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 274-2011 de fecha 02 de septiembre de 2011, se declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 067-2011 de 15 de junio de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo "Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si este estuviere interpuesto fuera de término, ***no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables,*** *o si no cumpliese el requisito de*

legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley" (las negrillas son nuestras).

Que de acuerdo al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Entidades Sectoriales del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

Que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme los dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que a su vez, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "I. Los ***recursos de revocatoria proceden*** *contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión del mismo,*** *además de su interposición dentro del plazo hábil,* ***demostrar el cumplimiento de la obligación*** *o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento" (las negrillas son nuestras).*

Que de las normas transcritas se infiere que son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

i) La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,
ii) Que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa,
iii) Que se acredite el cumplimiento de la sanción,
iv) Que se demuestre el cumplimiento de la obligación.

Que con relación al primer elemento para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, de la revisión del memorial de interposición del Recurso de Revocatoria de BBVA Previsión AFP S.A., se evidencia que el recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera ha causado a sus derechos o intereses legítimos la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011 de 15 de junio de 2011.

Que con respecto al segundo elemento de procedencia, se verificó que el Recurso de Revocatoria fue interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos dispuestos por el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo

para el Sistema Financiero, aprobado por Decreto Supremo N° 27175.

Que con relación al tercer elemento de procedencia se tiene que BBVA Previsión AFP S.A. ha cumplido con el pago de la multa, conforme se verifica de la nota COM.INT.DAF/PCT/216/2011 de 15 de agosto de 2011, por el importe de Bs27.480,00 (VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA 00/100 BOLIVIANOS) impuestos como sanción por la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011 de 15 de junio de 2011.

Que en lo que refiere al último de los requisitos de procedencia se constata que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011 en la disposición TERCERA instruye (obligación) que la AFP en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, presente informe documentado mediante el cual acredite las gestiones realizadas, con el objeto de cumplir con la comunicación establecida en norma a Empleadores y Afiliados sobre Contribuciones Pagadas en Exceso, respecto a los casos que fueron objeto de sanción; sin embargo, el Regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, el cumplimiento cabal de la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente, por lo que no atendió la obligación impuesta ni remitió el respaldo que demuestre el cumplimiento de la misma.

Que a mayor referencia conceptual, la misma Resolución Ministerial Jerárquica 012/2011, determinó lo siguiente:

> *"... es importante hacer hincapié en que el cumplimento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explícita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:*
>
> ***OBLIGACIÓN.-** La obligación es un precepto **de inexcusable cumplimiento;** más estrictamente, en lo jurídico, el vinculo legal, voluntario o de hecho que **impone una acción** o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es **constreñida hacia** otra a dar, **hacer** o a no hacer alguna cosa (...)" (las negrillas son nuestras).*
>
> *Que al respecto, se tiene que la AFP ha incumplido con uno de los requisitos para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, al omitir dar estricto cumplimiento total a lo resuelto en la disposición TERCERA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011 de 15 de junio de 2011, que expresamente fija una obligación a ser realizada en un plazo determinado, tal como se expresa a continuación:*
>
> > ***TERCERO.-** Se instruye a BBVA Previsión AFP S.A. para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, presente a esta Autoridad, informe documentado mediante el cual acredite las gestiones realizadas, con el objeto de cumplir con la comunicación establecida en norma a Empleadores y Afiliados, sobre Contribuciones Pagadas en Exceso, respecto a los casos que fueron objeto de sanción".*

Por tanto, se concluye que ante la inexistencia de respaldo que acredite las gestiones realizadas por la Administradora para dar cumplimiento a la comunicación establecida en norma a Empleadores y Afiliados sobre Contribuciones pagadas en Exceso, respecto a los casos que fueron objeto de sanción, no ha dado cumplimiento cabal a la disposición emergente de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011 de 15 de junio de 2011. Asimismo, se tiene que la AFP no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente, pues como se dijo, no dio cumplimiento estricto a la instrucción ni remitió para todos los casos, el respaldo correspondiente que acredite el cumplimiento de la misma.

Que asimismo es necesario considerar que, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV OP 1012/11 recepcionada el 08 de agosto de 2011, expresa:

"En respuesta a la Res. Adm. APS DJ DF 067/2011 artículo 3, le informamos sobre las gestiones realizadas con relación al proceso de notificación de los casos sancionados:

1. *Comunicación escrita a los empleadores y/ o afiliados las cuales fueron objeto de sanción por parte de su Autoridad.*
2. *Gestión Telefónica comunicando a los empleadores sobre la existencia de excedentes a su favor, instándoles a pasar por nuestras oficinas para recabar mayor información.*
3. *Solicitud a su Autoridad mediante nota PREV OP 808/2011 para dar cumplimiento a las gestiones de notificación a través de medios de Prensa escritos. (Se adjunta respaldos).*
4. *Devolución de la contribución de pagos en exceso para los empleadores que presentaron su solicitud de devolución como resultado de las notificaciones efectuadas, de acuerdo al siguiente detalle (Se adjunta respaldos):*

EMPLEADORES
(Gabinete)

N°	N° Caso	N° Identif	Form	Fecha Gen.	N°
8	43	100943502	1305718	30/09/2003	PREV OP PE RE 01
15	66	1009911022	1729993	11/04/2006	PREV OP PE RE 01
11	1020711029	10003735028	1000196967	25/5/2009	PREV OP NOT 10/2009 (nuevo respaldo)

Afiliados

N°	N° Nua	N° Form	Fecha Gener. Exceso	N° Nota
1	800461256	138167	14/01/2010	PREV OP PE 02/2010
19	31663539	1872564	21/02/2008	PREV OP PE 03/2008
20	19989178	2043880	20/02/2008	PREV OP PE 03/2008

(…)
Que habiendo analizado y evaluado lo anterior, se concluye en lo siguiente:

1. *Se verificó que la AFP no adjunta documentación que respalde dicha acción,*

referente a la gestión de poner en conocimiento de Empleadores y Afiliados, la generación de excesos a través de comunicaciones escritas, tal como lo instruye la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 -2011 de 15 de junio de 2011, presentando notas anteriores a la obligación impuesta.

2. *BBVA Previsión AFP S.A. no adjunta ningún extracto de las llamadas realizadas.*

3. *Habiendo evaluado la fecha de solicitud de la Administradora mediante nota PREV OP 808/2011 a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, se establece que fue presentada quince días antes de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/ N° 067 -2011 de 15 de junio de 2011, por lo que no puede considerarse necesariamente como gestión realizada para los casos que son objeto de sanción, tomando en cuenta que la señalada Resolución Administrativa en atención al requerimiento de la AFP, concedió el plazo debido para el cumplimiento de la norma.*

4. *Para la última gestión referida por la AFP, adjunta la documentación de comprobantes de devolución de excesos de tres (3) Empleadores (Número de Formulario: 1305718, 1729993 y 1000196967) y tres (3) Afiliados (NUA: 800461256, 31663539 y 19989179); sin embargo, con excepción del caso* ***Empleador con número de formulario 1000196967,*** *los demás casos fueron ya desestimados en la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011 de 15 de junio de 2011. Sin embargo, habiendo revisado el resto de la documentación enviada para el* ***número de formulario 1000196967,*** *se concluye que en este caso, BBVA Previsión AFP S.A. adjunta cheque con la devolución del exceso, el cual fue realizado el 24 de enero de 2011.*

Que evaluado lo anterior se concluye que BBVA Previsión AFP S.A. no presentó informe documentado que acredite las gestiones realizadas para la devolución de todos los excesos tanto a Empleadores como a Afiliados, pues no demostró de forma detallada y documental el cumplimiento a cada uno de los casos objeto de sanción mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011; por tanto en el presente caso, no existe sustento o respaldo suficiente que demuestre el cumplimiento general de la señalada obligación, afectando de esta manera la procedencia del Recurso.

Que al no haber cumplido la Administradora con las comunicaciones sobre la generación de excesos, en la forma y en el plazo establecido por norma, ocasiona que se prive a Empleadores y/o Afiliados de la información sobre el origen y montos de sus contribuciones en exceso de forma eficiente, ocasionando que los mismos desconozcan que tienen un saldo económico a su favor, al cual tienen el derecho de su devolución oportuna.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a los incisos a) y b) del artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, el Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:

a) *"Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*

b) *Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes".*

Que en cumplimiento a las normas legales referidas anteriormente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante Resolución Administrativas SPVS - IP N° 280 de 10 de julio de 2001, estableció los procedimientos que las AFP deben aplicar para dar solución a las contribuciones pagadas en exceso por empleadores y afiliados independientes.

Que asimismo, en cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo tercero, inciso a), número 1, párrafo segundo de la Resolución Administrativa referida anteriormente, mediante el artículo TERCERO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067-2011 de 15 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, instruyó a BBVA Previsión AFP S.A., para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a partir de su notificación, presente informe documentado mediante el cual acredite las gestiones realizadas, con el objeto de cumplir con la comunicación sobre Contribuciones Pagadas en Exceso a Empleadores y Afiliados, respecto a los casos que fueron objeto de sanción.

Que a este efecto, mediante nota PREV-OP 950/2011 de 28 de julio de 2011 recepcionada en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS, el 01 de agosto del mismo año, BBVA Previsión AFP S.A. solicita se le otorgue cinco (5) días hábiles adicionales para remitir el informe documentado solicitado en el artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011 de 15 de junio de 2011, por lo que esta Entidad Reguladora a través de nota APS/DJ/2305/2011 de 03 de agosto de 2011, responde a la Administradora, en los siguientes términos:

> *"Habiéndose notificado a BBVA Previsión AFP S.A. el 15 de julio de 2011 con la Resolución Administrativa. APS/DJ/DF/N° 067-2011, a la fecha el plazo establecido en la norma citada anteriormente (artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, referente al plazo establecido de quince (15) días hábiles administrativos para la interposición del Recurso de Revocatoria) aún se encuentra vigente, concluyéndose por lo tanto que la Administradora a su cargo, se encuentra en la posibilidad de presentar la documentación que considere necesaria a este efecto, hasta el fenecimiento del plazo establecido".*

Que BBVA Previsión AFP S.A. presentó la nota PREV OP 1012/2011 de 04 de agosto de 2011, recepcionada por esta Entidad el 08 de agosto del mismo año (un día después del último plazo), expresando lo siguiente:

> *"En respuesta a la Res. Adm. APS DJ DF 067/2011 artículo 3, le informamos sobre las gestiones realizadas con relación al proceso de notificación de los casos sancionados:*

(…)"

Que de acuerdo a lo expresado por la Administradora y considerando que la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067 - 2011 fue notificada el 15 de julio de 2011, se puede evidenciar que BBVA Previsión AFP S.A. incumplió con la instrucción establecida en la disposición TERCERA de la referida Resolución, pues habiéndose cumplido el 29 de julio de 2011, el plazo de los diez (10) hábiles administrativos para la remisión del informe documentado que acredite las gestiones realizadas por la AFP en cuanto a la comunicación a Empleadores y Afiliados sobre Contribuciones pagadas en Exceso, dicho informe fue presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - APS, el 08 de agosto de 2011.

Que en el marco del amplio derecho a la defensa y al debido proceso, esta Autoridad consideró y evaluó la nota PREV OP 1012/2011 de 04 de agosto de 2011 recepcionada el 08 de agosto del mismo año, pese a que la Administradora procedió a dicha presentación de manera extemporánea; habiendo llegado ésta Autoridad, a la conclusión de que la nota PREV OP 1012/11 no contiene un informe documentado que acredite las gestiones realizadas para la devolución de excesos tanto a Empleadores como a Afiliados, o que la AFP haya pedido la suspensión de la obligación.

Que finalmente, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 9/05, 28/05, 17/06, 46/05, 78/06 entre otras, ha determinado la improcedencia en razón de que no se contaba con uno de los cuatro elementos que deben cumplirse, para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria.

Que bajo ese orden normativo y lo expuesto, de la revisión del expediente administrativo esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 21 de septiembre de 2011, **BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 274-2011 de fecha 2 de septiembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II.- EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.***

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la resolución Sancionatoria N° APS/DJ/DPC N° 244-2011 sustentando la misma: "Que a su vez, el numeral 1 del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "I Los recursos de revocatoria

proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento".

Que de las normas transcritas se infiere que son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

i) La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.

ii) Que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.

iii) Que se acredite el cumplimiento de la sanción.

iv) Que se demuestre el cumplimiento de la obligación…

…Que en lo que refiere al último de los requisitos de procedencia... el Regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, el cumplimiento cabal de la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente, por lo que no atendió la obligación impuesta ni remitió el respaldo que demuestre el cumplimiento de la misma"

III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA.

La Resolución de improcedencia lesiona los derechos de esta Administradora contraviniendo preceptos constitucionales como del "debido proceso" y de la "seguridad jurídica", violenta "los principios generales de la actividad administrativa" establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, principios que por su carácter de orden público la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP está obligada a cumplirlos.

La Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 20 establece que los plazos fijados en días se computan sólo los días hábiles, concordante a este precepto legal, el Artículo 21 párrafo segundo de la misma ley dispone que los términos y plazos se computarán a partir del día siguiente hábil a aquél en que tenga lugar la notificación.

El Artículo 43 del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, en su inciso d) manda y ordena que las resoluciones sobre los recursos administrativos serán declarados improcedentes cuando "el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos".

En concordancia el Artículo 47 numeral I establece:

> *"Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".*

Además de presentar el recurso dentro del plazo, con Cite PREV-CONT- 2465/07/2011 de 25 de julio de 2011, se demostró a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones el depósito de la sanción económica en la Cuenta Única CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, cumpliendo los preceptos legales establecidos en el Artículo 47 numeral I del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera -SIREFI.

El numeral I del citado artículo expone de manera condicional que el recurrente debe demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

De la aplicación de la citada norma en el caso del recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DPC/DF 067/2011, se evidencia clara e inequívocamente que dicho recurso se presentó dentro del plazo de ley y que se pagó la sanción económica impuesta en la Resolución Administrativa mencionada conforme manda y ordena el citado artículo.

Por lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS no hizo una valoración objetiva y real de la prueba presentada, además obró ilegalmente contraviniendo el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo en especial contra el principio de la "verdad material".

III. RATIFICA FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO QUE SUSTENTAN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF NO. 067-2011 DE 15 DE JUNIO DE 20 (sic).

Con referencia a los casos que no son de desestimación tengo a bien citar a los siguientes:

NUA	N° FORM	F.GEN.PEX.	NOTA	FECHA
1029241022	6020807	04/02/2004	S/N	06/07/2007
1020269020	35148	15/03/2005	S/N	20/06/2007
1001869028	72203	01/07/1999	S/N	20/06/2007
1028667023	1552716	30/03/2005	S/N	02/06/2005

NUA	N° FORM	F.GEN.PEX.	F. NOTA
18415258	4846552	05/01/2007	28/02/2007
32426151	1846571	05/01/2007	15/02/2007
36703916	1762123	24/08/2006	30/09/2006
27634334	532457	25/07/2003	25/08/2003

CI/PAS	NUA	Nº FORMU.	F.GEN.(NC)	Nº NOTA
3243135	36703311	11/07/6724	24/08/2006	PREV OP PE 09

De la revisión de los antecedentes de los casos citados, se evidencia que se encuentran prescritos, hecho por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS ha perdido la facultad legal de sancionar.

La Ley N° 2341 de 25 de abril de 2002, establecido en el Artículo 79 a la letra manifiesta:

> *ARTICULO 79° (Prescripción de Infracciones y Sanciones) Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.*

El Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que los procedimientos Administrativos se inician de oficio o a solicitud de una persona interesada. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS en el cumplimiento de sus funciones que le fueron conferidas por la ley, el 07 de abril de 2010 inició de oficio la investigación de la comisión de supuestas infracciones contra la Resolución Administrativa SPVS-IP 280/2001, culminando la misma con la Resolución que hoy se impugna.

Siguiendo el procedimiento establecido por el parágrafo 1 del Artículo 86 del Decreto Supremo 27175, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS estableció la existencia de supuestas Infracciones e imputo (sic) *con cargos de incumplimiento a esta Administradora sin considerar que todas sus facultades legales deben ser ejercidas en el plazo de dos (2) años.*

La prescripción de la acción administrativa es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración.

En el presente caso, la prescripción está íntimamente ligada con el derecho que tiene esta Administradora de Fondos de Pensiones a que se defina su situación jurídica en un plazo legal establecido y no quedar sometido indefinidamente sometido a una investigación de oficio, porque de ser así, se violaría el derecho constitucional al debido proceso, por ello la investigación de oficio del cumplimiento de una norma administrativa debe ser realizada en el plazo legal establecido y no puede prolongarse indefinidamente. Por esta razón el que ordenamiento jurídico del Estado instituye la figura jurídica de la prescripción de la acción administrativa.

La fiscalización de oficio realizada por el ente regulador, para los casos citados, se realizó una vez vencido el plazo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 2341, mismo que se computa a partir del día siguiente de realizado el acto por la AFP, conforme prevé el artículo 20 de la Ley 22341 (sic).

En lo que a los casos no desestimados se refiere, no existe ningún acto del ente regulador que haya interrumpido el cómputo del plazo de dos (2) años de la prescripción.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 274-2011 de 02 de septiembre de 2011 de IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/ N° 067 de 15 de junio de 2011", en aplicación del artículo 43 inciso b) del reglamento aprobado por el Decreto Supremo No 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. ANTECEDENTES.-

Conforme sale del Informe de Seguimiento DF/S/022-2010 de 9 de junio de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones emitió la Orden de Fiscalización DF/OF/15/2010 referida a la revisión de las contribuciones pagadas en Exceso "*tanto Empleadores y Afiliados*", dando lugar a las observaciones que constan en el informe DF/OF/0012/2010 de 20 de abril de 2010.

Por su efecto y evaluada además la documentación de respaldo presentada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, el mencionado Informe de Seguimiento DF/S/022-2010 concluye que "*la AFP, no cumplió con los procedimientos descritos en la normativa vigente, respecto a las gestiones realizadas para dar solución a las contribuciones pagadas en exceso por empleadores y Afiliados*".

Consiguientemente, a tiempo de la Nota de Cargos APS/DJ/0291/2011 de 20 de abril de 2011 y de la ulterior Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067-2011 de 15 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha referido el incumplimiento

del artículo tercero de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 280 de 10 de julio de 2001, referida al "*Procedimiento para exceso generado por un empleador*"**.**

La precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067-2011 de 15 de junio de 2011, a tiempo de sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con multa en Bolivianos equivalente a $us. 4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), le instruye:

> "…***TERCERO.-*** *Se instruye a BBVA Previsión AFP S.A., para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, presente a esta Autoridad, informe documentado mediante el cual acredite las gestiones realizadas, con el objeto de cumplir con la comunicación establecida en norma a Empleadores y Afiliados, sobre Contribuciones Pagadas en Exceso, respecto a los casos que fueron objeto de sanción…*"

Contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067-2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ha interpuesto el Recurso de Revocatoria que consta a fojas 159 y 160 del expediente administrativo, y que conforme sale de su petitorio, tiene por única pretensión, la de:

> "…***REVOCATORIA PARCIAL DE LA SANCIÓN ESTABLECIDA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF N° 067/2011 DE 15 DE JUNIO DE 2011,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A., porque la APS no consideró el instituto jurídico de la prescripción establecido en el Artículo 79 de la Ley 2341 para los casos citados…*" (El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal Recurso de Revocatoria ha de merecer la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 274-2011 de 2 de septiembre de 2011, la que lo declara improcedente por cuanto:

> "…*BBVA Previsión AFP S.A. incumplió con la instrucción establecida en la disposición TERCERA de la referida Resolución, pues* ***habiéndose cumplido el 29 de julio de 2011, el plazo de los diez (10) hábiles administrativos para la remisión del informe documentado que acredite las gestiones realizadas por la AFP en cuanto a la comunicación a Empleadores y Afiliados sobre Contribuciones pagadas en Exceso, dicho informe fue presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - APS, el 08 de agosto de 2011****.*
>
> *Que en el marco del amplio derecho a la defensa y al debido proceso, esta Autoridad consideró y evaluó la nota PREV OP 1012/2011 de 04 de agosto de 2011 recepcionada el 08 de agosto del mismo año, pese a que la Administradora procedió a dicha presentación de manera extemporánea; habiendo llegado ésta Autoridad, a la conclusión de que* ***la nota PREV OP 1012/11 no contiene un informe documentado que acredite las gestiones realizadas para la devolución de excesos tanto a Empleadores como a Afiliados****, o que la AFP haya pedido la suspensión de la obligación…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al presente, ratificando su pretensión expuesta a tiempo de su Recurso de Revocatoria, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone el Recurso Jerárquico cuyos fundamentos se pasan a analizar seguidamente.

1.2. INALTERNABILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS SANCIONES Y OBLIGACIONES IMPUESTAS.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), en su Recurso Jerárquico, señala:

> "…***Además de presentar el recurso dentro del plazo, con Cite PREV-CONT-2465/07/2011 de 25 de julio de 2011, se demostró a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones el depósito de la sanción económica en la Cuenta Única CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia****, cumpliendo los preceptos legales establecidos en el Artículo 47 numeral I del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera –SIREFI*…"

En principio, la recurrente ha confundido el objeto de la sanción, por cuanto, impugna la declaratoria de improcedencia de su Recurso de Revocatoria, bajo el alegato de haber interpuesto el recurso dentro del plazo legal para ello y, asimismo, haber acreditado el cumplimiento de la sanción impuesta; no obstante y como se tiene afirmado, el fundamento de la decisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 274-2011 no radica en los extremos señalados por la administrada, sino en haber incumplido con la instrucción establecida en el artículo tercero de la referida Resolución, "*pues* ***habiéndose cumplido el 29 de julio de 2011, el plazo de los diez (10) hábiles administrativos para la remisión del informe documentado que acredite las gestiones realizadas por la AFP (…) fue presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - APS, el 08 de agosto de 2011***" y porque tal informe "***no contiene un informe documentado que acredite las gestiones realizadas para la devolución de excesos tanto a Empleadores como a Afiliados***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El Recurso Jerárquico señala además que:

> "…*El numeral I del citado artículo* -se refiere al artículo 47° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003- *expone de manera* ***condicional*** *que* ***el recurrente debe demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, no se debe pasar por alto el contexto de la norma señalada por la recurrente, la que conforma el procedimiento recursivo previsto por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, no sólo para casos inherentes al Derecho Administrativo Sancionador (al que corresponde el caso de autos), sino para los Actos Administrativos en general que, desde luego, no disponen sanciones, sino también el cumplimiento de determinadas obligaciones, facultades ambas que están otorgadas a la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y

Seguros, como Ente Regulador en la materia, y que se materializan, en ambos casos, a través de las resoluciones definitivas a las que se refiere el artículo 47º, numeral I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Entonces, cuando el mencionado artículo señala el deber del recurrente, de "*demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida*", no lo está librando al cumplimiento condicional de una de las dos cargas, cual si se trataran de posibles alternativas, sino que viene a establecer el cumplimiento necesario tanto de la obligación como de la sanción, al ser de cumplimiento obligatorio.

Habiéndose establecido que ambas facultades hacen a la competencia del Ente Regulador para con la regulada, ahora recurrente, debe concluirse que en ejercicio del principio de economía previsto por el artículo 4º, inciso k), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), la disposición que sale de la misma Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 067-2011 de 15 de junio de 2011, en sentido de "*Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el Cargo Nº 1 con multa*" (numeral I), e instruir "*a BBVA Previsión AFP S.A. … presente a esta Autoridad, informe documentado*" (numeral II), es perfectamente válida, determinando que en lo que respecta a esta punto, sea inatendible el alegato de la recurrente.

No obstante encontrarse claro tal extremo, es pertinente rescatar lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2011, la que a la letra dice:

> "...en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:
>
> **"*OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa (…)"*
>
> ***SANCIÓN ADMINISTRATIVA.-*** *La medida penal que impone el Poder ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden, por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Por lo general se reducen a multas cuantiosas en ocasiones como las represivas del contrabando y la especulación...*"

Por consiguiente, y toda vez que la ahora recurrente no ha cumplido con la obligación a ella impuesta en el artículo tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 067-2011 de 15 de junio de 2011, dentro del plazo de diez (10) días hábiles establecido, lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que sale en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 274-2011 de 2 de septiembre de 2011, en sentido que:

"…*Que bajo ese orden normativo y lo expuesto, de la revisión del expediente administrativo esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia*…"

Se encuentra debidamente fundamentado, corresponde a la verdad material que importa dicho incumplimiento (contrariamente a lo alegado por la recurrente) y obedece plenamente al criterio jurídico establecido por la norma señalada en el contexto de la Resolución Administrativa ahora recurrida.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 274-2011 de fecha 2 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 067-2011 de 15 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 007/2012 DE 08 DE FEBRERO DE 2012

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 007/2012

La Paz, 08 de febrero de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011.

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia SA. Administradora de Fondos de Pensiones (Futuro de Bolivia S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011.

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 044/2011 de 5 de diciembre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 006/2012 de 17 de enero de 2012, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 29 de septiembre de 2011, **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima,** legalmente representada por su Gerente

Comercial y Servicio al Afiliado Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 627/2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011.

Que, por memorial presentado el 29 de septiembre de 2011, **Futuro de Bolivia Sociedad Anónima Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión y Acumulación, de fecha 6 de octubre de 2011, se admitió y se acumuló los Recursos Jerárquicos presentados por Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) y Futuro de Bolivia Sociedad Anónima Administradora de Fondos de Pensiones (Futuro de Bolivia S.A. AFP), contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011**,** mismo que fue notificado a los recurrentes el 10 de octubre de 2011.

Que, el 1 de noviembre de 2011, a horas 9:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) y Futuro de Bolivia Sociedad Anónima Administradora de Fondos de Pensiones (Futuro de Bolivia S.A. AFP).

CONSIDERANDO:

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

1.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/Nº 240-2011 DE 16 DE AGOSTO DE 2011.-

Que mediante Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió lo siguiente:

*"**ÚNICO.- I.** Se aprueba el "Procedimiento para la Entrega Masiva de Estados de Ahorro Previsional Históricos" que cursa en Anexo I, así como el siguiente documento detallado a continuación, que forma parte inseparable de la presente Resolución Administrativa.*

Anexo 2.- Formulario de Conformidad de Aportes.

***II.** La Dirección de Prestaciones Contributivas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS queda encargada de la ejecución y control del cumplimiento de la presente Resolución Administrativa…"*

"ANEXO 1

PROCEDIMIENTO PARA LA ENTREGA MASIVA DE ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL HISTÓRICOS

(…)

CAPÍTULO II

EMISIÓN Y ENVÍO DEL ESTADO DE AHORRO PREVISIONAL HISTÓRICO

ARTÍCULO 3 (EMISIÓN DE LOS ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL).- *I. En cumplimiento al inciso p) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la AFP deberá emitir y enviar el EAPH de cada Asegurado registrado que cuente con el saldo en la Cuenta Personal Previsional, en adelante CPP, por períodos cotizados a la Seguridad Social de Largo Plazo.*

II. El EAPH deberá comprender todos los periodos de cotización debidamente acreditados desde mayo de 1997 a junio de 2011, así como todos los movimientos efectuados en la CPP del Asegurado desde el 01 de mayo de 1997 hasta el 31 de julio de 2011, inclusive.

ARTÍCULO 4 (ENVÍO DE ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL).- *El envió de los EAPH a todos los Asegurados al Sistema Integral de Pensiones, reemplazará la emisión semestral correspondiente al Primer Semestre de la Gestión 2011, y debe efectuarse hasta el 15 de octubre de 2011, considerando los siguientes aspectos:*

a) Se deberá remitir a través del último Empleador por el cual el Asegurado cuente con el pago de un periodo de Cotización entre enero y junio de 2011.
b) En caso que el último pago de un periodo de cotización entre enero y junio de 2011, se hubiera efectuado en calidad de Asegurado Independiente, el EAPH deberá remitirse a la dirección del domicilio del Asegurado.
c) En caso que el Asegurado no cuente con un periodo de cotización durante el periodo de cotización comprendido entre enero y junio de 2011, se deberá remitir el EAPH a la dirección del domicilio del Asegurado.
d) Cada EAPH deberá incluir además, el envió del Formulario de Conformidad de Aportes, en adelante FCA, establecido en el artículo 13 siguiente.
e) Cada EAPH deberá incluir el envió de la Guía de Revisión y Verificación de Aportes, establecido en el artículo 14 siguiente.

ARTÍCULO 5 (CONSTANCIA DEL ENVÍO).- *I. Para efectos de la presente norma, el EAPH se entiende enviado cuando éste ha sido entregado…*

(…)III. La constancia de recepción de los EAPH deben estar en poder de cada AFP, como máximo hasta el 15 de noviembre de 2011, y deberán encontrarse a disposición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuando ésta lo requiera.

(…)

CAPÍTULO III

DISTRIBUCIÓN DE LOS ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL HISTÓRICOS

ARTÍCULO 9.- (ALTENATTVAS DE DISTRIBUCIÓN).- I. *La distribución de los EAPH debe realizarse de forma personal al Asegurado, o a través de las empresas de correo o empresas de Courier a cada Asegurado a la dirección que figura como el domicilio del Asegurado en los registros de la AFP.*

II. Para aquellos Asegurados, que en el EAPH, cuenten con un periodo cotizado por un Empleador determinado, durante el primer semestre de la gestión 2011, (enero a junio/2011), la entrega de los EAPH podrá realizarse a través de éste, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 10 de la presente Resolución Administrativa.

III. Toda distribución realizada personalmente, por la misma AFP o por medio de una empresa de correos, debe tener constancia escrita de recepción por parte del Asegurado, excepto para las entregas por medio de casillas de correo. En la distribución por medio de una empresa de correos, la constancia de recepción en la entrega puede corresponder a alguna persona responsable en el domicilio del Asegurado (…)

*(…)**ARTÍCULO 11 (DISTRIBUCIÓN POR MEDIO DE CORREO).-** I. Las AFP, deberán enviar por correo todos los EAPH que no puedan ser entregados por otro medio, asegurándose de que puedan ser recibidos dentro del plazo señalado en el artículo 6 del presente Anexo.*

II. El servicio de correo que se contrate para la entrega de los EAPH a los Asegurados, debe considerar la constancia de recepción por parte de éstos o de personas responsables en sus domicilios de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del presente Anexo.

III. Cuando se ha enviado el EAPH al domicilio del Asegurado por medio de correo y éste no es entregado porque la dirección es incorrecta o porque el Asegurado ya no habita en ese lugar, la AFP se exime de la obligación de despachar nuevamente por correo el EAPH a ese Asegurado, caso en el cual, el Asegurado deberá dirigirse personalmente a la AFP. (…)"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 1 de septiembre de 2011, **Futuro de Bolivia Sociedad Anónima Administradora de Fondos de Pensiones (Futuro de Bolivia S.A. AFP)**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011.

Por memorial presentado el 8 de septiembre de 2011, **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.),** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011.

Que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones solicitan que se revoque la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 240-2011 de 16 de agosto de 2011, debido a que:

- El plazo para la entrega de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, es insuficiente y de imposible cumplimiento, esto en razón al volumen de información y la cantidad de Asegurados que tienen las AFP's.
- Las empresas contratadas por las AFP's para realizar la impresión y distribución de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, comunicaron que requieren de un tiempo mayor para el cumplimiento de la tarea encomendada,
- Existe un incremento en los gastos a incurrir por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en siete u ocho veces lo presupuestado, en relación a gestiones pasadas para la remisión de los Estados de Cuenta.
- Las comunicaciones dirigidas a las máximas autoridades de las empresas para la entrega de los Estados de Ahorro Previsional Históricos a los Asegurados, sería inviable en razón a que la información con la que cuentan en sus Bases de Datos, es susceptible a cambios constantes y que a su vez las AFP's sólo cuentan con información de los representantes legales, que en la mayoría de los casos, no siempre es la máxima autoridad,

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 302-2011 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

"CONSIDERANDO:

Que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS pronunciarse sobre los argumentos vertidos en los Recursos de Revocatoria planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., como se procede a continuación:

1. Contradicción en los movimientos a ser reportados en el EAPH.

El artículo 3 del Anexo 1 de la R.A. 240-2011, disponía: "El EAPH deberá comprender todos los períodos de cotización debidamente acreditados desde mayo de 1997 a junio de 2011, así como todos los movimientos efectuados en la CPP del Asegurado desde el 01 de mayo de 1997 hasta el 31 de julio de 2011, inclusive."

Al respecto, tomando en cuenta la norma citada y los argumentos del punto 1. del Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP y considerando que el período julio 2011 ya se habría acreditado al 31 de agosto de 2011, se considera necesario modificar el artículo 3 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, con el siguiente texto:

"II. El EAPH deberá comprender todos los períodos de cotización debidamente acreditados desde mayo de 1997 a junio de 2011, así como todos los movimientos efectuados en la CPP del Asegurado desde el 01 de mayo de 1997 hasta el 31 de agosto de 2011, inclusive".

Asimismo, en la segunda parte de este punto la Administradora señala que existiría contradicción entre el artículo 2 y 3 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, instruyendo que la emisión histórica sea la misma que la semestral.

Por otra parte, BBVA Previsión AFP S.A. señala que, a la fecha se encuentran en desarrollo e implementación de nuevos sistemas requeridos para la aplicación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y norma reglamentaria.

Al respecto, a objeto de contar con un formato uniforme que permita la optimización de los espacios en el Estado de Ahorro Previsional Histórico (EAPH) y no amerite cambios informáticos, se ve por conveniente que el formato a entregar sea el del Estado de Cuenta Individual Histórico, por tanto se considera necesario modificar el parágrafo I del artículo 2 del Anexo 1 de la R.A. 240-2011, con el siguiente texto:

"I. El Estado de Ahorro Previsional Histórico, en adelante EAPH, deberá tener el formato del Estado de Cuenta Individual Histórico de acuerdo a lo dispuesto en la normativa del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo".

2. De la entrega a cada Asegurado que cuente con saldo en su Cuenta Personal Previsional. *Al respecto, el artículo 3 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, disponía:*

"I. En cumplimiento al inciso p) del Artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la AFP deberá emitir y enviar el EAPH de cada Asegurado registrado que cuente con saldo en la Cuenta Personal Previsional, en adelante CPP, por períodos cotizados a la Seguridad Social de Largo Plazo."

Al respecto, considerando que el volumen de EAPH se incrementaría en aproximadamente 102,05% de acuerdo a lo señalado en el punto 3. Inciso a) del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, así como lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. en relación a los costos que ello implicaría y a la imposibilidad de cumplir con el volumen determinado por la Resolución Administrativa impugnada, se recomienda modificar el parágrafo I del artículo 3 del Anexo de la R.A.240-2011, de acuerdo a lo siguiente:

"I. En cumplimiento al inciso p) del Artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la AFP deberá emitir y enviar el EAPH de cada Asegurado registrado que hubiera realizado al menos una cotización entre los periodos de cotización enero 2011 a junio 2011 (Primer Semestre de la gestión 2011).

3. Del plazo para el envío de los EAPH.

Considerando que el volumen de EAPH se incrementaría en aproximadamente 102,05% de acuerdo a lo señalado en el punto 3. Inciso a) del Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, considerando también los argumentos presentados por BBVA Previsión AFP S.A., y a objeto de que dicha emisión llegue a los Asegurados en el mes de octubre de la gestión 2011, se considera necesario modificar el parágrafo I del artículo 3 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, de acuerdo a lo señalado en el punto anterior.

Asimismo, a objeto de remitir el EAPH a todos los Asegurados con al menos 120 períodos cotizados a la Seguridad Social de Largo Plazo, se ve por conveniente insertar el parágrafo III en el artículo 3 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, con el siguiente texto:

"III Adicionalmente a los casos señalados en el parágrafo I del presente Artículo, la AFP deberá emitir y enviar el EAPH de cada Asegurado registrado que cuente con al menos ciento veinte (120) periodos cotizados a la Seguridad Social de Largo Plazo, independientemente del último periodo que éste hubiera cotizado y que al 31 de agosto de 2011, no hubiera iniciado su trámite de jubilación".

Con respecto a lo señalado en los incisos b) y c) del punto 3 del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, y considerando lo señalado en el Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A. respecto al incremento de asignación de recursos y en función a lo señalado por sus proveedores, es importante permitir expresamente la impresión de los EAPH en anverso y reverso, siempre que se utilice para el efecto papel y tamaño de letra que permita la impresión legible por el Asegurado, modificando el parágrafo II del artículo 2 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, de acuerdo a lo siguiente:

"II. Para la emisión del EAPH la AFP no necesariamente deberá utilizar papel membretado, pudiendo emitirse el EAPH en anverso y reverso, siendo responsabilidad de la AFP optar por un tipo de papel que permita la impresión legible de la información del Asegurado."

Respecto a los incisos a), d) y e), del punto 3 del Recurso de Revocatoria presentado Futuro de Bolivia S.A. AFP, y al argumento presentado por BBVA Previsión AFP S.A. respecto al cumplimiento de plazos, se ha visto por conveniente reducir el volumen, y a objeto de que la AFP y sus proveedores cuenten con la posibilidad material para el cumplimiento de los plazos determinados por la R.A.240-2011, se considera necesario modificar el artículo 4 del Anexo 1, conforme a lo siguiente:

"El envío de los EAPH a todos los Asegurados al Sistema Integral de Pensiones, a través de su Empleador debe efectuarse hasta el 31 de octubre de 2011, en caso de ser dirigido directamente al domicilio del Asegurado el envío de los EAPH debe efectuarse hasta el 15 de noviembre de 2011, considerando los siguientes aspectos: ..."

*Con relación a lo señalado en el punto **f)** corresponde indicar que, la presente Resolución Administrativa autoriza la impresión de los EAPH, de todos los Asegurados señalados en el artículo 3 del Anexo 1 de la RA.240-2011 modificado anteriormente, por lo cual dicho proceso se sujeta a los procedimientos que AFP realizaba semestralmente a la fecha.*

***4. De las alternativas de distribución**.*

La modificación efectuada en los artículos 3 y 4 del Anexo 1 de la RA. 240-2011, reduce el número de entregas a domicilio a los Asegurados, considerando únicamente a aquellos que efectivamente trabajaron durante el periodo de enero a junio/2011.

Adicionalmente cabe señalar que, para el caso de Asegurados que cuentan con más de 120 cotizaciones, los mismos habrían recibido más de 15 veces el Estado de Ahorro Previsional Semestral, el cual como es de conocimiento de la AFP, permite al Asegurado actualizar y/o modificar sus datos personales, entre ellos su domicilio.

5. De la constancia de recepción de los EAPH.

Considerando las modificaciones a los volúmenes y plazos de los artículos 3 y 4 del Anexo 1 de la R.A.240-2011 y en atención a lo señalado en este punto por la AFP, se considera necesario modificar el parágrafo III del artículo 5, con el siguiente texto:

"III. La constancia de recepción de los EAPH distribuidos a través de los Empleadores debe estar en poder de cada AFP, como máximo hasta el 30 de noviembre de 2011, mientras que los distribuidos a las Direcciones de los Asegurados o mediante correo postal, deben estar en poder de cada AFP como máximo hasta el 15 de diciembre de 2011 y deberán encontrarse a disposición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, cuando ésta los requiera".

Asimismo, en consideración a la ampliación de plazos determinada precedentemente, se ve por conveniente modificar el artículo 6 del Anexo 1 de la R.A.240-2011 (plazo de entrega de EAPH), con el siguiente texto:

> *"El Empleador una vez recibidos los EAPH deberá entregar los mismos a sus dependientes en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, no pudiendo en ningún caso exceder el 09 de noviembre de 2011.*

6. De la comunicación dirigida a la máxima autoridad de las Empresas - Empleadores.

Con el fin de evitar que las cartas dirigidas a los Empleadores sean rechazadas por modificaciones de cambio de estructura organizativa o designaciones de la Máxima Autoridad de cada Empresa, que en su momento no hubiesen sido comunicadas a la Administradora, y en consideración a los argumentos expuestos por ambas AFP, se modifica el inciso e) del artículo 10 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, con el siguiente texto:

e) La entrega en las distintas empresas debe acompañarse con una comunicación dirigida al Empleador. La constancia de recepción deberá considerar lo señalado en el artículo 5 anterior."

7. Del plazo para las gestiones de cobro.-

Al respecto, el artículo 17 del Anexo 1 de la RA. 240-2011, establece lo siguiente:

"I. A partir de la apertura del buzón al que hace referencia el artículo 15 anterior, la AFP tendrá el plazo de hasta cinco (5) días hábiles administrativos para identificar y clasificar de acuerdo a las posibles soluciones todas las FCA presentados a través de dicho buzón.

II. A partir del 03 de octubre de 2011, y de manera semanal cada lunes hasta el 31 de diciembre de 2011, la AFP deberá reportar el detalle, casuística y cronograma de atención que brindará a todos los FCA presentados por los Asegurados, mismo que no podrá exceder el plazo establecido en el parágrafo III, del presente artículo.

III. A partir de vencido el plazo para la identificación y clasificación de FCA, establecido en el parágrafo I. anterior, la AFP deberá verificar y dar solución al reclamo presentado por

el Asegurado en el plazo máximo de veinte (20) días hábiles administrativos.

IV. En caso que el reclamo presentado por el Asegurado a través del FCA corresponda a un periodo de cotización en mora, la AFP deberá iniciar la Gestión Judicial para la recuperación de aportes, como máximo en el plazo establecido en el parágrafo III. del presente artículo."

En el Recurso Interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A. se hace una observación en atención a los efectos que tendría la atención a los reclamos de los Asegurados mediante el Formulario de Conformidad de Aportes (FCA).

Al respecto, cabe señalar que el reclamo a través del FCA se presentará directamente en el buzón creado para el efecto, no siendo necesario que la administradora atienda los reclamos al momento de la presentación, para lo cual la misma AFP cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles administrativos para clasificar los FCA, motivo por el que el argumento presentado por BBVA Previsión AFP S.A. no corresponde.

Sobre el parágrafo IV del artículo 17 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, ambas AFP exponen el argumento de que se no se estaría tomando en cuenta los plazos para la Gestión Administrativa de Cobro.

Al respecto, considerando que la Gestión Administrativa de Cobro no es una ***medida prejudicial*** *ni requisito para el inicio del Proceso Coactivo Social y que los períodos anteriores a junio/2011 sí estarían dentro de plazo para la ejecución de esta gestión, corresponde modificar el artículo 17 del Anexo 1 de la R.A.240-2011 incluyendo el parágrafo v con el siguiente texto.*

"V *En caso que el reclamo presentado por el Asegurado a través del FCA corresponda al periodo de cotización junio de 2011 por mora y se realice la identificación y clasificación del FCA hasta al 31 de octubre de 2011, la AFP deberá iniciar la Gestión Judicial para la recuperación de aportes, como máximo en los plazos establecidos en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, para el inicio de la Gestión Judicial para la recuperación de aportes"*

Por otra parte, BBVA Previsión AFP S.A. señala: "...muchas denuncias también pueden ser falsas, puesto que el formulario (FCA) no establece como obligación del asegurado (sic) presentar documentación que respalde su denuncia, simplemente dice puede, sin que se establezca esto como un requisito formal previo al inicio de acciones legales."

Respecto a dicho argumento, si bien el FCA, expresa: "Documentos que puede presentar el Asegurado", esta posibilidad se refiere a uno de los documentos que puede presentar el Asegurado no siendo obligatoria la presentación de todos. Asimismo, el FCA establece que para cada casilla observada, correspondiente a un periodo de cotización, se señale el tipo documento de respaldo que se acompañara al mismo.

8. De la atención preferente y/o exclusiva.

Considerando la importancia que tiene una adecuada atención a los Asegurados, respecto a las dudas que estos pudiesen tener sobre su EAPH o el análisis del mismo, y en

consideración a los argumentos expuestos por Futuro de Bolivia S.A. se modifica el parágrafo I del artículo 18 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, siguiente texto:

"I. A partir del 03 de octubre de 2011, todo el personal de atención al público de las Agencias Regionales y puntos de atención de la AFP deberá contar con la capacitación respectiva que les permita atender las solicitudes de verificación de aportes de EAPH que pudiesen presentarse".

Por otra parte, a objeto de una mejor atención a los Asegurados y considerando los argumentos presentados por BBVA Previsión AFP S.A., se sugiere insertar el parágrafo IV en el artículo 12 del Anexo 1 de la R.A.240-2011, con el siguiente texto:

"IV. Se instruye a la AFP, efectuar al menos una (1) publicación semanal en día domingo en medios escritos de circulación nacional, a partir del día domingo 25 de septiembre de 2011, hasta el domingo 11 de diciembre de 2011, comunicando que los Estados de Ahorro Previsional Históricos para los Asegurados que no estén contemplados en el Artículo 3 de la presente Resolución Administrativa, podrán ser recabados de manera gratuita en las Agencias Regionales de las AFP de acuerdo al siguiente cronograma:

Fechas	*Asegurados cuyo Apellido empiece con:*
Del 03 al 07 de Octubre de 2011	*A-B*
Del 10 al 14 de Octubre de 2011	*C*
Del 17 al 21 de Octubre de 2011	*D-E-F-G*
Del 24 al 28 de Octubre de 2011	*H-I-J-K-L*
Del 31 de Octubre al 04 de Noviembre	*M*
Del 07 al 11 de Noviembre de 2011	*N-Ñ-O-P*
Del 14 al 18 de Noviembre de 2011	*Q-R*
Del 21 al 25 de Noviembre de 2011	*S-T*
Del 28 de Noviembre al 02 de Diciembre de 2011	*U-V-W-X-Y-Z*
Del 05 al 16 de Diciembre de 2011	*Rezagados*

CONSIDERANDO:

Que se han realizado modificaciones y complementaciones a los plazos y procedimientos establecidos en el Anexo 1 de la R.A.240-2011, es importante adecuar todos aquellos artículos cuyo cumplimiento tengan relación con dichas modificaciones y complementaciones efectuadas en consideración a los Recursos de Revocatoria interpuestos por las AFP.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa de los Recursos de Revocatoria Interpuesto por las Administradoras de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP

S.A., el ente regulador llega a la conclusión de que las entidades recurrentes presentan fundamentos que permiten modificar la "ratio legis" de la R.A.240-2011 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS. En consecuencia, debe confirmarse parcialmente la misma, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

ANEXO 1
(TEXTO ORDENADO)

PROCEDIMIENTO PARA LA ENTREGA MASIVA DE ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL HISTÓRICOS

(…)

CAPÍTULO II

EMISIÓN Y ENVÍO DEL ESTADO DE AHORRO PREVISIONAL HISTÓRICO

ARTÍCULO 3 (EMISIÓN DE LOS ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL).- *I. En cumplimiento al inciso p) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la AFP deberá emitir y enviar el EAPH de cada Asegurado registrado que hubiera realizado al menos una cotización entre los periodos de cotización enero 2011 a junio 2011 (Primer Semestre de la gestión 2011).*

II. El EAPH deberá comprender todos los periodos de cotización debidamente acreditados desde mayo de 1997 a junio de 2011, así como todos los movimientos efectuados en la CPP del Asegurado desde el 01 de mayo de 1997 hasta el 31 de agosto de 2011, inclusive.

III. Adicionalmente a los casos señalados en el parágrafo I del presente artículo, la AFP deberá emitir y enviar el EAPH de cada Asegurado registrado que cuente con al menos ciento veinte (120) periodos cotizados a la Seguridad Social de Largo Plazo, independientemente del Último periodo que éste hubiera cotizado y que al 31 de agosto de 2011, no hubiera iniciado su trámite de jubilación.

ARTÍCULO 4 (ENVÍO DE ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL).- *El envió de los EAPH a todos los Asegurados al Sistema Integral de Pensiones, a través de su Empleador debe efectuarse hasta el 31 de octubre de 2011, en caso de ser dirigido directamente al domicilio del Asegurado el envió de los EAPH debe efectuarse hasta el 15 de noviembre de 2011, considerando los siguientes aspectos:*

a) Se deberá remitir a través del último Empleador por el cual el Asegurado cuente con el pago de un periodo de Cotización entre enero y junio de 2011.
b) En caso que el último pago de un periodo de cotización entre enero y junio de 2011, se hubiera efectuado en calidad de Asegurado Independiente, el EAPH deberá remitirse a la dirección del domicilio del Asegurado.

c) En caso que el Asegurado no cuente con un periodo de cotización durante el periodo de cotización comprendido entre enero y junio de 2011, se deberá remitir el EAPH a la dirección del domicilio del Asegurado.
d) Cada EAPH deberá incluir además, el envió del Formulario de Conformidad de Aportes, en adelante FCA, establecido en el artículo 13 siguiente.
e) Cada EAPH deberá incluir el envió de la Guía de Revisión y Verificación de Aportes, establecido en el artículo 14 siguiente.

ARTÍCULO 5 (CONSTANCIA DEL ENVÍO).- *I. Para efectos de la presente norma, el EAPH se entiende enviado cuando este ha sido entregado (…)*

(…)III. La constancia de recepción de los EAPH distribuidos a través de los Empleadores debe estar en poder de cada AFP, como máximo hasta el 30 de noviembre de 2011, mientras que los distribuidos a las direcciones de los Asegurados o mediante correo postal, deben estar en poder de cada AFP como máximo hasta el 15 de diciembre de 2011 y deberán encontrarse a disposición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuando ésta los requiera (...)

CAPÍTULO III

DISTRIBUCIÓN DE LOS ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL HISTÓRICOS

ARTÍCULO 9.- (ALTERNATIVAS DE DISTRIBUCIÓN).- *I. La distribución de los EAPH debe realizarse de forma personal al Asegurado, o a través de las empresas de correo o empresas de Courier a cada Asegurado a la dirección que figura como el domicilio del Asegurado en los registros de la AFP.*

II. Para aquellos Asegurados, que en el EAPH, cuenten con un periodo cotizado por un Empleador determinado, durante el primer semestre de la gestión 2011, (enero a junio/2011), la entrega de los EAPH podrá realizarse a través de éste, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 10 de la presente Resolución Administrativa.

III. Toda distribución realizada personalmente, por la misma AFP o por medio de una empresa de correos, debe tener constancia escrita de recepción por parte del Asegurado, excepto para las entregas por medio de casillas de correo. En la distribución por medio de una empresa de correos, la constancia de recepción en la entrega puede corresponder a alguna persona responsable en el domicilio del Asegurado (...)

(…) ***ARTÍCULO 11 (DISTRIBUCIÓN POR MEDIO DE CORREO).-*** *I. Las AFP, deberán enviar por correo o Courrier, todos los EAPH que no puedan ser entregados por otro medio, asegurándose de que puedan ser recibidos dentro del plazo señalado en el artículo 4 anterior.*

II. El servicio de correo o Courier que se contrate para la entrega de los EAPH a los Asegurados, debe considerar la constancia de recepción por parte de éstos o de personas responsables en sus domicilios de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 y 5 del presente Anexo.

III. Cuando se ha enviado el EAPH al domicilio del Asegurado por medio de correo y éste no es entregado porque la dirección es incorrecta o porque el Asegurado ya no habita en ese lugar, la AFP se exime de la obligación de despachar nuevamente por correo el APH a ese Asegurado, caso en el cual el Asegurado deberá dirigirse personalmente a la AFP…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 29 de septiembre de 2011, **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

"I. INTERPONE RECURSO JERÁRQUICO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 302-2011 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011 QUE "CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DPC N° 240/2011" DE 16 DE AGOSTO DE 2011.

Con la facultad conferida por el artículo 52 y siguientes del Reglamento para (sic) *de la Ley 2341 para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 53 y con sujeción al numeral III del artículo 36 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 y demás normas legales que rigen la materia, interpone* ***RECURSO JERÁRQUICO*** *contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, en mérito a los fundamentos I, de hecho y derecho que expone y solicita a su autoridad se sirva admitir el Recurso Jerárquico presentado y resolver el mismo emitiendo la revocatoria total de la Resolución Administrativa citada por afectar a los derechos subjetivos e intereses legítimos de BBVA Previsión AFP S.A.*

II.-EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA CONFIRMATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 302-2011, QUE "CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DPC N° 240/2011" DE 16 DE AGOSTO DE 2011

11.1. Problemática: Asistencia Masiva de Clientes en oficinas para Emisión de EAPH e incremento de actividad por reclamos:

La resolución confirmatoria instruye a las AFP que a partir del 3 de octubre se considere y provea los recursos humanos necesarios que permitan la adecuada atención a los asegurados al Sistema Integral de Pensiones (SIP).

Al respecto, manifestamos a su autoridad que el volumen de Asegurados que acudirán a nuestras oficinas de atención al cliente es mayor al previsto y contemplado por la resolución impugnada, como se demuestra a continuación:

1. Las Oficinas Regionales no sólo tendrán la obligación de encarar la gestión de la atención de reclamos de los FCA, sino, que además deberán atender a un colectivo importante de Asegurados que no se encuentran dentro de la casuística descrita en el artículo 3 del texto ordenado del Anexo I "PROCEDIMIENTOS PARA LA ENTREGA MASIVA DE ESTADOS DE AHORRO PREVISONAL HISTÓRICOS", quienes ejerciendo el derecho que

les asiste a través de la Resolución impugnada, solicitarán su EAPH. Labor que durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo no se realizaba como una tarea paralela a la emisión y entrega de Estados de Cuenta.
2. Utilizando criterios conservadores de análisis, se tiene la siguiente estimación con supuestos conservadores, sobre la cantidad de Asegurados que podrían asistir a nuestras oficinas producto de esta R.A:

Dpto	Total de EAPH entregados vía empleadores	Total Afil con 120 aportes y sin aportes en 1er Sem/2011	Total afiliados que deberían venir a la oficina por su EAPH	Total	Gestiones por reclamos 5%	Estimado de EAPH via oficina 20%	Estimado en oficina devueltos por empleador 10%	Total incremento de cliente en oficina
CHU	28,167	1,017	23,69	51,857	1,767	4,738	1,408	7,913
LPZ	118,517	4,281	130,804	249,32	7,744	26,161	5,926	39,831
CBBA	35,436	1,28	40,854	76,29	2,333	8,171	1,772	12,276
ORU	950	34	644	1,594	58	129	47	234
POT	36,217	1,308	27,064	63,281	2,237	5,413	1,811	9,461
TAR	26,11	943	18,743	44,853	1,605	3,749	1,305	6,659
SCZ	116,449	4,206	144,719	261,17	7,771	28,944	5,822	42,537
BEN	1,026	37	558	1,584	61	112	51	224
PAN	949	34	496	1,445	56	99	47	203
Total	**363,82**	**13,142**	**387,572**	**751,39**	**23,633**	**77,514**	**18,191**	**119,339**

Nota: La distribución por regional es estimada para EAPH entregados vía Empleadores y Asegurados con más de 120 aportes, en base a los totales nacionales que son reales.

3. De la interpretación del cuadro, se estima que a nivel nacional se imprimirá y distribuirá un total de 376,962 (363,820+13,142) EAPH.

4. En el supuesto de que sólo el 10% de los EAPH sean devueltos por los empleadores a las Oficinas de la AFP, por la casuística de "persona ya no trabaja", y considerando que como resultado de la información que se realizará en las publicaciones a través de la prensa, se apersonen aproximadamente una mitad a nuestras oficinas (5%), se tiene el resultado de 18.191 Asegurados que requerirán sus EAPH; a un promedio diario de 330 Asegurados.

5. En el evento de que de un total de 387,572 Asegurados que deben venir a oficina para recabar su EAPH, sólo el 20% se apersonen por el cronograma publicado, significa que se tendrá una afluencia adicional de 77,514 Asegurados que visitarán nuestras oficinas; es decir, un total de 1,409 casos diarios a nivel nacional. Es importante hacer notar que estos cálculos no consideran a los Asegurados que requieran su EAPH por otros motivos, o que habiéndose enviado a su empleador se aproximen por nuestras oficinas antes que su Empleador les entregue.

6. Siguiendo el análisis realizado, es importantísimo considerar que del total de EAPH entregados (vía Oficina o vía Empleador), sólo un 5% presenten su FCA con algún reclamo, se tiene 23,765 Asegurados y si las mismas visitan dos veces nuestras oficinas (para depositar y sellar su FCA y luego para recabar información de la solución) entre los meses de octubre 2011 y enero de 2012; las oficinas regionales recibirían un promedio diario de 594 visitas adicionales, con bastante sobrecarga en el trabajo en las áreas de Operaciones y Cobranzas, tanto en las regionales como en Oficina Nacional.

7. Debido al incremento significativo de personas que se estima realicen reclamos;

consideramos que el plazo de 20 días hábiles para la respuesta será insuficiente.
Lo expuesto por los ítems mencionados y a través de las proyecciones realizadas se demuestra plenamente que las oficinas de atención al cliente tendrían en el mejor de los casos un total de 2,333 visitas diarias adicionales entre los meses de Octubre/2011 y Enero/2012, pudiendo esta cifra ser mayor.

Como su autoridad podrá concluir, este volumen de visitas pone en riesgo de colapsar la atención en nuestras oficinas, habida cuenta que el promedio diario de visitas a oficinas en septiembre 2011 fue de 2,500, cantidad que por ciertos es elevada. En consecuencia, la capacidad física de nuestras oficinas y el personal contratado para el efecto sería rebasado generando un problema de enorme magnitud por el malestar que generará de los Asegurados al SIP.

III 2. Problemática de la Emisión de Estados de Ahorro Previsional

Si bien es cierto que la APS modificó el plazo para la entrega de los EAPH hasta el 31 de octubre para Asegurados Dependientes con aportes acreditados entre los periodos de enero a junio/2011 o los Asegurados que tuvieran 120 aportes y hasta el 15 de noviembre para Asegurados Independientes, esta ampliación no considera los actos y los tiempos que se ejecutan para la emisión de los mismos.

Documentalmente se demostró a la APS la imposibilidad material de cumplir con la obligación de entrega de EAPH en un tiempo no menor a 4 meses y medio. El establecimiento de variables para la emisión y entrega de EAPH reduce el número a un total de 370.122 de casos, empero el proceso de emisión por la cantidad de hojas y el cumplimiento de las formalidades establecidas por el Decreto Supremo 29799 de 19 de noviembre 2008 (Reglamenta las normas para el funcionamiento de las empresas de servicio expreso, mensajería y transporte de envíos de correspondencia, en el marco del Decreto Supremo N° 22616 de 8 de octubre de 1990, elevado a rango de Ley N° 1424 de 29 de enero de 1993; a través de las instituciones facultadas por Ley), como ser el pegado de estampilla a cada sobre que contenga un EAPH, conlleva un plazo mínimo de ejecución de un mes y su entrega en ciudades y provincias, conllevan plazos que oscilan entre 50 a 90 días hábiles. Estas afirmaciones se respaldan en las respuestas escritas que realizaron las empresas proveedoras de servicios que se requieren para la emisión y entrega de EAPH (imprenta y courriers), documentación que se adjunta en fotocopias legalizadas en calidad de prueba documental.

La imposibilidad material del cumplimiento de una obligación, libera a todo obligado de cualquier responsabilidad, más aún, cuando se ha hecho conocer la imposibilidad en tiempo oportuno y documentado como lo ha hecho esta Administradora de Fondos de Pensiones.

Es importante reiterar lo manifestado en diferentes comunicaciones entre el Ente Regulador y esta Administradora que en los casos en que la declaración realizada por el Afiliado y/o el Empleador tenga una dirección incompleta o incorrecta del domicilio hace imposible su entrega. Con el establecimiento del plazo fijado en el artículo cuatro (4) del procedimiento modificado por la Resolución Administrativa que se impugna, la entrega de los Estados de Ahorro Previsional finaliza el 31 de octubre de 2011, olvidando que es una emisión histórica de todos los aportes de los asegurados a partir de mayo de 1997, sin considerar el volumen de la información, las formalidades legales que se deben cumplir para su envío y

la cantidad de Asegurados a los que se debe entregar, por estas consideraciones los plazos establecidos no son los adecuados ni permitirán que esta Administradora y sus proveedores lleguen a cumplir el cronograma.

Por otro lado es bueno considerar que la RA recurrida incrementa desproporcionalmente los gastos a incurrir por parte de esta Administradora, pese a ello, estamos realizando nuestros mejores esfuerzos y las gestiones necesarias a nuestro alcance para cumplir con los plazos establecidos en la R.A., haciendo notar que esta Administradora tiene la mejor predisposición de colaborar con la implementación del Sistema Integral de Pensiones. Es por los argumentos expresados, el incremento de mayor trabajo, esfuerzo y asignación de recursos, que sin el afán de entorpecer las regulaciones de su Autoridad manifestamos que se hace de imposible cumplimiento material en los plazos y condiciones expresados por la R. A. APS/DPC/302/2011.

Por último, es necesario considerar que la Ley 065 instituyó el Sistema Integral de Pensiones, y lo reglamentó con la publicación de los Decretos Supremos 778 y 822 de 26 de enero y 16 de marzo de 2010, es por ello y siendo de conocimiento del Regulador que para la implementación de la Nueva Ley de Pensiones, las AFP's han tenido que desarrollar nuevos aplicativos informáticos que en muchos casos están en proceso de desarrollo e implementación para cumplir con las obligaciones establecidas para la AFP durante el periodo transitorio, aspecto que también dificultaría la solución a las consultas y solución de reclamos de los Estados de Ahorro Previsional.

***V. PETITORIO.-** Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo **LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, disponiendo la distribución de EAPH únicamente a los Asegurados que tienen aportes entre enero y junio de 2011 y a la vez, se amplíe el plazo de entrega de EAPH a cuatro meses y medio para la impresión y noventa días para su distribución por la imposibilidad material de cumplir la obligación de emitir y entregar los mismos hasta el 31 de octubre, a los Asegurados dependientes con aportes acreditados entre los meses de enero a junio/2011 y a los Asegurados con 120 cotizaciones acreditadas, y hasta 15 de noviembre a Asegurados independientes,** por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A., y por el alto riesgo de ocasionar molestias masivas en los asegurados que se apersonen a las oficinas."*

Por memorial presentado el 29 de septiembre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

"I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

1. Volumen de emisión de EAPH.-

La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011, establece que las AFP deben enviar los Estados de Ahorro Previsional Históricos - EAPH a todos los Asegurados registrados que cumplan con los siguientes parámetros:

a) *Que hubieran realizado al menos una cotización entre los periodos de cotización enero 2011 a junio de 2011 (Primer semestre de la gestión 2011).*
b) *Que cuente con al menos ciento veinte (120) periodos cotizados a la Seguridad Social de Largo Plazo, independientemente del último periodo que éste hubiera cotizado y que al 31 de agosto de 2011, no hubiera iniciado su trámite de jubilación.*
Situación que representa un incremento de 6.89% en la cantidad de EAPH a emitirse en comparación con la anterior emisión semestral N° 27, en la cual se generaron 319,104 EAP y para la emisión Histórica generarán 341,105 EAPH.

2. Cantidad de Movimientos a reportar en el EAPH

La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011 establece que las AFP deben reportar en los EAPH todos los periodos de cotización debidamente acreditados desde mayo de 1997 a junio de 2011.

Situación que representa un incremento por demás significativo en la cantidad de movimientos (líneas de periodo) reportados en los EAPH de 1,413.95%, considerando que en la última emisión masiva semestral N° 27 se reportaron 1,914,624 movimientos y para emisión Histórica se reportarán 28,986,411 movimientos.

3. Cantidad de Planas de Formularios a utilizar en la emisión de EAPH

La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011, establece que las AFP deben reportar en los EAPH todos los periodos de cotización debidamente acreditados desde mayo de 1997 a junio de 2011.

Situación que, de acuerdo a una evaluación, incrementa la cantidad de Planas de Formularios de EAP a utilizarse en impresión en un 220.75%, considerando que en la última emisión masiva semestral N° 27 se utilizó 319,104 Planas de Formularios y para emisión Histórica se utilizarán 1,023,530 Planas de Formularios.

4. Cantidad de envíos en la emisión Histórica el EAP

La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011, establece diferentes formas de envío de los EAPH a los Asegurados, considerando lo siguiente:

- *A través del último Empleador para el Asegurado que cuente con un periodo de cotización entre enero y junio de 2011.*
- *A la dirección del Asegurado en caso que el último periodo de cotización acreditado en la CPP entre enero y junio 2011 sea calidad de Asegurado Independiente.*
- *A la dirección del Asegurado en caso de que tenga más de 120 periodos cotizados a la Seguridad Social de Largo Plazo y no cuente con un periodo de cotización entre enero y junio 2011.*

Situación que, de acuerdo a una evaluación, incrementa las gestiones de distribución y logística de entrega de los EAPH a los Asegurados a través de sus Empleadores o directamente a la direcciones del domicilio en un 10.47%, considerando que en la última emisión masiva semestral N° 27 se realizaron 31,379 envíos, tanto a direcciones de Empleadores como a direcciones Personales y para emisión Histórica se realizarán aproximadamente 34,665 envíos.

5. Capacidad técnica y seriedad de proveedores de servicios

Como se comunicó en anteriores oportunidades nuestra Administradora contrata empresas que brindan servicios relacionados a las actividades de la emisión de EAP, empresas que tienen políticas, prácticas comerciales y plazos propios del giro de su negocio, sobre las cuales nuestra Administradora es Contratante y en esa calidad no puede tener injerencia en la forma de trabajo ni en los tiempos de cada tarea. Adicionalmente a la situación mencionada, es necesario considerar que existe en el mercado boliviano un número reducido de proveedores de servicio, que cuenten con la infraestructura técnica, equipos, capacidad de procesamiento de los volúmenes, seriedad y confiabilidad en las propuestas que puedan realizar las tareas de la emisión semestral de EAP.

Considerando este factor nuestra Administradora continuará realizando los trabajos de impresión y distribución con los proveedores contratados habitualmente, para lo cual nos permitimos adjuntar la respuesta de nuestro proveedor de servicio de impresión y de distribución de EAP, comunicando los tiempos que requieren para llevar a cabo las actividades encargadas por nuestra Administradora, considerando los volúmenes a manejarse y sus capacidades técnicas.

6. Del plazo insuficiente para la impresión y distribución de los EAPH

Los nuevos plazos establecidos en la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/ N° 302-2011 para que nuestra AFP de cumplimiento de las actividades de generación, impresión y distribución de los EAPH (pese al incremento de todos los volúmenes que conllevan una emisión histórica) sólo han sido ampliados en 15 días calendario. Situación que no ha considerado que las definiciones y parámetros para determinar la cantidad de EAPH y los movimientos a incluirse, fueron recién establecidos en fecha 15 de septiembre de 2011, como resultado del Recurso de Revocatoria presentado por ambas administradoras contra la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 240-2011 de fecha 16 de agosto de 2011, un mes después de su emisión. Asimismo nuestra Administradora en su oportunidad puso en conocimiento a través de la nota FUT.SUP.SGC.1474-2011, que el inicio de las actividades relacionadas a la emisión semestral de EAP correspondiente al primer semestre del 2011 habían sido interrumpidas, por efecto de la nueva normativa que instruía la emisión de los EAPH.

Como su Autoridad podrá colegir, el nuevo plazo establecido por la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011, sigue siendo irreal considerando la magnitud del trabajo y los tiempos que requieren nuestros proveedores de servicios para lograr el objetivo, lo que se traduce en una imposibilidad material manifiesta en cuanto al cumplimiento de los plazos y no de la tarea en sí misma.

III. PETITORIO.-

Tomando en cuenta la relación de hechos y los argumentos esgrimidos por nuestra AFP; y toda vez que no existe proporcionalidad entre la sanción económica y las infracciones imputadas; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011 de fecha 15 de

septiembre de 2011 y adecuarla en conformidad a la normativa legal vigente otorgando plazos coherentes con la magnitud de la tarea encomendada." (sic.)

5. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 284/2011 de 23 de noviembre de 2011, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas solicitó documentación complementaria a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la cual fue atendida a través de la nota APS/DPC/UO/5493/2011 de 12 de diciembre de 2011, adjuntando lo siguiente:

1) Copia del Contrato de Prestación de Servicios y Adenda con la empresa EDOBOL para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, con Futuro de Bolivia S.A. AFP.
2) Instrucción de Servicios a la empresa EDOBOL de cada AFP.
3) Informe de las AFP's de los plazos utilizados para la adecuación de sus programas, para la entrega de información a la empresa encargada de emisión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos.
4) Informe sobre las razones por las que las AFP's no pueden emitir los Estados de Ahorro Previsional Históricos, directamente en sus oficinas y proceder con su distribución, o en caso de haber procesado en sus oficinas, cuál fue el volumen hasta ahora cumplido.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes Regulatorios.-

Antes de entrar a la compulsa del presente caso de autos, es necesario considerar lo establecido en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, ya que la misma es el objeto de impugnación de ambas AFP's.

La norma regulatoria establece lo siguiente:

"(…)

ARTÍCULO 3 (EMISIÓN DE LOS ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL).- *I. En cumplimiento al inciso p) del artículo 149 de la ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la AFP deberá emitir y enviar el EAPH de cada Asegurado registrado que hubiera*

realizado al menos una cotización entre los periodos de cotización enero 2011 a junio 2011 (Primer Semestre de la gestión 2011).

II. El EAPH deberá comprender todos los períodos de cotización debidamente acreditados desde mayo de 1997 a junio de 2011, así como todos los movimientos efectuados en la CPP del Asegurado desde el 01 de mayo de 1997 hasta el 31 de agosto de 2011, inclusive.

III. Adicionalmente a los casos señalados en el parágrafo I del presente artículo, la AFP deberá emitir y enviar el EAPH de cada Asegurado registrado que cuente con al menos ciento veinte (120) periodos cotizados a la Seguridad Social de Largo Plazo, independientemente del último periodo que éste hubiera cotizado y que al 31 de agosto de 2011, no hubiera iniciado su trámite de jubilación.

ARTÍCULO 4 (ENVÍO DE ESTADOS DE AHORRO PREVISIONAL).- *El envío de los EAPH a todos los Asegurados al Sistema Integral de Pensiones, a través de su Empleador debe efectuarse hasta el 31 de octubre de 2011, en caso de ser dirigido directamente al domicilio del Asegurado el envío de los EAPH debe efectuarse hasta el 15 de noviembre de 2011, considerando los siguientes aspectos:* (El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

a) Se deberá remitir a través del último Empleador por el cual el Asegurado cuente con el pago de un período de Cotización entre enero y junio de 2011.
b) En caso de que el último pago de un periodo de cotización entre enero y junio de 2011, se hubiera efectuado en calidad de Asegurado Independiente, el EAPH deberá remitirse a la dirección del domicilio del Asegurado.
c) En caso que el Asegurado no cuente con un período de cotización durante el periodo de cotización comprendido entre enero y junio de 2011, se deberá remitir el EAPH a la dirección del domicilio del Asegurado…"

"…III. La constancia de recepción de los EAPH distribuidos a través de los Empleadores debe estar en poder de cada AFP, como máximo hasta el 30 de noviembre de 2011, mientras que los distribuidos a las direcciones de los Asegurados o mediante correo postal, deben estar en poder de cada AFP como máximo hasta el 15 de diciembre de 2011 y deberán encontrarse a disposición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cuando ésta los requiera…"

*"…**ARTÍCULO 9.- (ALTERNATIVAS DE DISTRIBUCIÓN).-** I. La distribución de los EAPH debe realizarse de forma personal al Asegurado, o a través de las empresas de correo o empresas de Courier a cada Asegurado a la dirección que figura como el domicilio del Asegurado en los registros de la AFP.*

II. Para aquellos Asegurados, que en el EAPH, cuenten con un periodo de cotización por un Empleador determinado, durante el primer semestre de la gestión 2011, (enero a junio/2011), la entrega de los EAPH podrá realizarse a través de éste, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 10 de la presente Resolución Administrativa.

III. Toda distribución realizada personalmente, por la misma AFP o por medio de una empresa de correos, debe tener constancia escrita de recepción por parte del Asegurado, excepto para las entregas por medio de casillas de correo. En la distribución por medio de una empresa de correos, la constancia de recepción en la entrega puede corresponder a alguna persona responsable en el domicilio del Asegurado…"

1.2. De la imposibilidad material.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., en los memoriales de sus Recursos Jerárquicos, señalan que existe una imposibilidad material de cumplir con la obligación de emitir y distribuir los Estados de Ahorro Previsional Históricos en los plazos establecidos en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, toda vez que los volúmenes de emisión de dichos Estados, la cantidad de movimientos a reportar, la cantidad de planas de Formularios a utilizar y la cantidad de gestiones de distribución y logística de entrega de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, se habría incrementado considerablemente, con relación a la última emisión masiva semestral Nº 27.

Asimismo, señalan que para la impresión, emisión, ensobrado y distribución de los Estados de Ahorro Previsional Históricos requieren los servicios de terceras empresas y considerando la magnitud del trabajo y sus capacidades técnicas, las empresas proveedoras de servicios comunicaron que requieren un plazo mayor al establecido en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, por tanto el cumplimiento de la obligación y de los plazos en el presente caso, está supeditado a los tiempos que requieren dichas empresas.

Que al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 11/2004 de 02 de agosto de 2004, en cuanto a la imposibilidad de cumplir una obligación determinó:

"…El cumplimiento es un hecho negativo que se da cuando el contenido de una determinada obligación legal no se realiza de acuerdo a lo establecido en las normas que rigen alguna materia, ello configura una violación al derecho positivo que puede ser apreciada en distintas categorías y que producen efectos jurídicos diferentes de acuerdo a las circunstancias y a la propia conducta del que infringe una disposición

El incumplimiento puede deberse a dos razones fundamentales: o bien por que la persona no pueda o no quiera realizar la obligación, ***o por la falta de posibilidad objetiva de cumplir con cierta obligación.*** *Estas circunstancias han permitido clasificar al incumplimiento legal de acuerdo a la diligencia prestada por el sujeto pasivo de la relación obligatoria en: voluntario o imputable a aquella persona obligada a cumplir con un requisito legal, e involuntario o no imputable a ella.*

Es así, que puede suceder que el obligado a cumplir determinada obligación legal incumpla la misma sin que haya ***mediado culpa o dolo de su parte, es decir, que el incumplimiento le sea impuesto por un hecho ajeno a él.*** *En este* ***caso queda liberado de cumplir con la obligación legal mientras se mantengan los supuestos que***

***determinaron la imposibilidad misma en el cumplimiento de la Ley**, los cuales deben encontrarse debidamente justificados y respaldados.*

El tratadista Messineo explica que el caso fortuito y la fuerza mayor, como causales que justifiquen un incumplimiento, "deben concebirse como peculiares hechos positivos que en determinadas y taxativas circunstancias se exigen a los fines de la exoneración de la responsabilidad por incumplimiento

Según el Adagio latino ad imposibilita nemo tentur se debe entender que "a lo imposible nadie está obligado…"

Ahora bien que el inc. d) del artículo 4 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, determina que la Administración Pública investigará la verdad material sobre la verdad formal.

Que este hecho implica -conforme anota Comadira- seguir el procedimiento administrativo en la búsqueda de la verdad material de la realidad y sus circunstancias, tal cual, aquella y éstas son independientemente de cómo hayan sido alegadas y en su caso, probadas por las partes.

Por lo que, en cumplimiento de este principio y a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, importa en primer término, pronunciarse sí la imposibilidad material alegada por los recurrentes es de cumplimiento imposible del acto administrativo o ésta sólo afecta a una parte de él y si es que dentro de ésta se pueden adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad del cumplimiento del acto administrativo.

En este entendido, la imposibilidad alegada por los recurrentes en sus Recursos Jerárquicos, hace referencia al cumplimiento de los plazos y cronogramas establecidos en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, y no así sobre el fondo del cumplimiento de la obligación de remitir los Estados de Ahorro Previsional Históricos a los Asegurados conforme lo establece la mencionada Resolución Administrativa.

Es así que el presente análisis sólo se circunscribirá a determinar si efectivamente existe una imposibilidad material de cumplir los plazos establecidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

1.3. De la documentación remitida que respaldaría la imposibilidad del cumplimiento de los plazos.-

De la revisión de la documentación aportada en los Recursos Jerárquicos por ambas Administradoras, se tiene que efectivamente cursan notas enviadas a BBVA Previsión AFP S.A. y a Futuro de Bolivia S.A. AFP por sus proveedores, mismas que expresan lo siguiente:

- Notas de fecha 21 y 26 de septiembre de 2011 a fs. 123 y 119, remitidas a Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión S.A. AFP, por la Empresa EDOBOL, informando que la impresión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, tardaría tres meses y medio,

esto debido a que la cantidad de impresiones de los mencionados Estados se ha incrementado en 400%.

- Nota de fecha 23 de septiembre de 2011 a fs.127, del Courier Israel S.E.M. dirigida a BBVA Previsión AFP S.A., donde señalan que la distribución de los Estados de Cuenta Previsionales Históricos, en la ciudad de Cochabamba sería de 20 días hábiles administrativos y 30 días hábiles para el resto de las provincias de Cochabamba, una vez recibidos los Estados de Ahorro Previsional Históricos.

- Nota de 22 de septiembre de 2011 a fs. 125, del Cartero Courier Empresarial dirigido a BBVA Previsión AFP S.A., la cual refiere que la entrega de 6,986 Estados de Ahorro Previsional a Empresas y 8,026 Estados de Ahorro Previsional a Asegurados, requiere un tiempo de 50 días hábiles administrativos de recibidos los mismos, es decir hasta principios del mes de marzo de 2012.

- Nota de 27 de septiembre de 2011 a fs. 118, del Courier Sonnic's, dirigido a Futuro de Bolivia S.A. AFP, en la cual señala que para realizar 1.834 envíos de Estados de Ahorro Previsional, requieren de uno a dos meses, para la entrega a partir de la recepción.

Que de igual manera este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en busca de la verdad material, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, documentación complementaria, a través de la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 248/2011, misma que fue atendida mediante nota APS/DPC/UO/5493/2011 de 12 de diciembre de 2011, remitiendo lo siguiente:

- Nota de Futuro de Bolivia S.A. AFP, FUT.APS.SGC.2169/2011 de 09 de diciembre de 2011, que señala:

  "***3. Informe de los plazos de creación de programas***

  Es preciso señalar que Futuro de Bolivia S.A. AFP para realizar la emisión semestral de Estados de Ahorro Previsional, realiza actividades que se programan ***con una anticipación de dos meses al inicio del proceso de impresión con el proveedor de servicios****…*

  …A partir de que los parámetros son subsanados y corregidos con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302/2011 de 15 fecha 15 de septiembre de 2011, y contando con las definiciones de la emisión un poco más claras, recién nuestra Administradora puede trabajar en las tareas propias de la Creación de Programas y Aplicaciones Informáticas…

  …El plazo para realizar las actividades mencionadas anteriormente es de 7 semanas, no pudiendo iniciarse hasta no contar con las definiciones, los volúmenes de movimientos cantidades de EAPH y parámetros claramente definidos…

  Asimismo, señala que su misión es "administrar los Fondos de Pensiones con transparencia y eficiencia, construyendo un futuro digno y seguro para los Bolivianos, a través de un servicio de excelencia, desarrollo profesional y personal a sus empleados y rendimiento óptimo para sus afiliados", siendo su principal función

administrar los Fondos de Pensiones y no así la impresión y/o distribución de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, procesos que son desarrollados por empresas con experiencia, capacidad y conocimiento.

- BBVA Previsión AFP S.A mediante Nota PREV-OP-1853/12/11 de 9 de diciembre de 2011, informó las causas que impiden la emisión para los Estados de Ahorro Previsional en las Oficinas Regionales, esto en razón a que el diseño del proceso de emisión e impresión sólo permite realizarlo de manera masiva, que el aplicativo desarrollado para las Oficinas Regionales no se encuentra adecuado para una impresión masiva, ya que sólo se tiene programada la impresión individual, caso contrario entorpecería el normal desarrollo de actividades laborales de cada oficina, ocupando tiempo y recursos.

  De la misma manera detalla las acciones realizadas en la adecuación del programa para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional, señalando lo siguiente:

  "…

  - *19/08/2011 – Se pide a Edobol, la modificación del programa de impresión de Estados de Ahorro Previsional, para el proceso de emisión masiva enmarcada en los lineamientos de la R.A. 240.*
  - *23/08/2011 – Edobol, da respuesta a la solicitud y programa reunión con Xerox, que desarrollara* (sic) *el nuevo programa de impresión de Estados de Ahorro Previsional.*
  - *24/08/2011 – Se solicita a Edobol, establecer los tiempos mínimos necesarios para el proceso de impresión, ensobrado de los EAPH, para cumplir con la R.A. 240.*
  - *26/08/2011 – Edobol envía nota estableciendo tiempos mínimos para cumplir con la R.A. 240 respecto de la emisión masiva de los Estados de Ahorro Previsional Históricos.*
  - *01/092011* (sic) *- Se envía archivo de datos a Edobol, para establecer los campos para la impresión de los EAPH, el nuevo formato.*
  - *01/09/2011 – se establece que la impresión de los EAPH, se la realizará anverso y reverso en hoja tamaño oficio.*
  - *07/09/2011 – se establece nuevas cantidades de Asegurados para la emisión de los EAPH y se pide a Edobol, establecer nuevos tiempos mínimos para este proceso.*
  - *13 y 14/092011* (sic) *– Se establecen el posicionamiento de los mensajes dirigidos a los asegurados.*
  - *19/09/2011 – Se aprueba el formato del EAPH, enviado por Edobol.*
  - *04/10/2011 – Se realizan los primeros ajustes en la impresión de los EAPH, de acuerdo a las pruebas de impresión que envió Edobol.*
  - *18/10/2011 – Edobol, envía nuevas pruebas de impresión de los EAPH, para su aprobación.*
  - *25/10/2011 – Se remiten mas observaciones a las pruebas de impresión de los EAPH enviadas por Edobol.*
  - *22/11/2011 – Se envía nueva información a Edobol, para realizar pruebas de impresión de listados.*

- *23/11/2011 – Edobol, da informe satisfactorio sobre las pruebas de impresión de los listados de los EAPH…"*

- Copia del Contrato de Prestación de Servicios Nº LPZ/0777A/FUT/09 de fecha 15 de agosto de 2009 y copia de la Adenda al mencionado contrato, celebrado entre Futuro de Bolivia S.A. AFP y la empresa EDOBOL en fecha **30 de septiembre de 2011**, **estableciendo tres meses y medio para la entrega de los Estados de Ahorro Previsional Históricos**, a raíz de la cantidad de volumen de la impresión y el material a utilizarse.

- Nota FUT.SGC.30/2011 de 27 de octubre de 2011 mediante la cual Futuro de Bolivia S.A. AFP remite a la empresa EDOBOL los archivos con la información para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos.

- Impresiones de los correos electrónicos, entre BBVA Previsión AFP S.A. y personal de la empresa EDOBOL, a partir del 19 de agosto de 2011, siendo en fecha 01 de septiembre de 2011 que la Administradora de Fondos de Pensiones, comunica el inicio del proceso de impresión y ensobrado de los Estados de Ahorro Previsional Históricos…"

En ese entendido, en cuanto a los tiempos mínimos para la impresión, ensobrado y entrega de los Estados de Ahorro Previsional, la empresa EDOBOL comunicó a ambas Administradoras, que el tiempo que **requiere para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, es de tres meses y medio,** por la cantidad de Estados a imprimir, el incremento en la cantidad de hojas a utilizar, la impresión de sobres, ensobrado y empaquetado.

Asimismo, las empresas de Courier informaron que el plazo **mínimo** para la distribución de los Estados de Ahorro Previsionales Históricos **es de aproximadamente un mes,** considerando que debe realizarse el pegado de estampillas a cada sobre, la zonificación y las entregas deben realizarse no sólo en las ciudades, sino también en las provincias.

Que, a su vez Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.SGC. 2169/2011 de 09 de diciembre de 2011, informó que se requieren de siete semanas para establecer las definiciones, los volúmenes de movimientos, cantidades de Estados de Ahorro Previsional Históricos y definición de parámetros, y que desde la notificación con la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011 y posteriormente con la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, se realizaron gestiones de creación de nuevos aplicativos informáticos, preparación de la base de datos, adecuación de parámetros, actualización de direcciones de los empleadores, generación de información de acuerdo a los parámetros establecidos, análisis y coordinación de la mejor alternativa de impresión, coordinación de estructura de archivos, intercambios de archivos, pruebas de impresión emisión de archivos con la información requerida para su impresión, etc.

De la misma manera, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV-OP 1853/12/11 de 9 de diciembre de 2011, detalló las acciones realizadas en la adecuación del programa para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional, y que desde el 19 de agosto de 2011, ha

realizado gestiones con la empresa EDOBOL, para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos.

Ahora bien de la valoración de la documentación presentada a esta instancia Jerárquica se tiene el siguiente detalle:

ACTIVIDAD	PLAZO	FUTURO DE BOLIVIA	PREVISIÓN AFP
NOTIFICACION RA 302/2011		15/09/2011	15/09/2011
FIRMA DE ADENDA CON EDOBOL		30/09/2011	
APROBACIÓN DEL FORMATO	7 semanas	27/10/2011	23/11/2011
IMPRESIÓN-EDOBOL	3 1/2 meses	mediados de 02/2012	mediados de 03/2011
DISTRIBUCIÓN COURIERS			
*** ISRAEL**	20 dha a Cochabamba y 30 dha a provincias de Cochabamba		16/04/12 a Cochabamba y 30/04/12 a Provincias de Cochabamba
*** CARTERO**	50 dha		29/05/2012
*** SONICS**	1 a 2 meses	Entre mediados de 03/2012 a mediados de 04/2012	

Tal como se puede apreciar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011 fue notificada a ambas Administradoras de Fondos de Pensiones en fecha 15 de septiembre de 2011.

Futuro de Bolivia S.A. AFP suscribió la Adenda en fecha 30 de septiembre de 2011 con la empresa EDOBOL y realizó la adecuación de su sistema para establecer los nuevos parámetros y cantidades de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, siendo mediante nota FUT.SGC. 30/2011 de 27 de octubre de 2011 (con una demora aproximada de un mes) que la Administradora realizó el envío de información a la empresa EDOBOL para el inicio del proceso de impresión de los Estados de Ahorro Previsional y los formatos de las cartas; **por lo que considerando los plazos comunicados por la imprenta, el proceso de impresión concluiría a mediados del mes de febrero de 2012 (3 ½ meses)** y la distribución realizada por la empresa SONICS a las máximas autoridades de las Empresas y la entrega personal a los Asegurados, culminaría entre mediados de marzo de 2012 a mediados de abril de 2012 (1 a 2 meses) aproximadamente.

De la misma manera, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV-OP 1853/12/11 de 9 de diciembre de 2011, detalló las acciones realizadas en la adecuación del programa para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional, y que desde el 19 de agosto de 2011, ha realizado gestiones con la empresa EDOBOL, para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, siendo en fecha 22 de noviembre de 2011 que remitió la base de datos y en fecha 23 de noviembre de 2011 (con una demora de más de dos meses) se dio el informe satisfactorio sobre las pruebas de impresión de los listados de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, por lo tanto toda vez que la empresa EDOBOL informó que el proceso de impresión requiere de tres meses y medio, la impresión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos supuestamente culminaría a mediados del mes de marzo de 2012 y la distribución por parte de las empresas de Courier entre el 16 de abril de 2012 a mayo de 2012.

En ese entendido, se puede evidenciar que los plazos señalados en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011 para el inicio de la impresión de los Estados de Ahorro Previsional, **son de imposible cumplimiento.**

Asimismo, es evidente que el hecho que ha dado lugar a que se incumplan los plazos determinados, se debe a causas ajenas a las Administradoras de Fondos de Pensiones, en razón a que las mismas no pudieron prever las modificaciones de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011 que modificó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011, ni el tiempo que tardarían las empresas en imprimir y distribuir los Estados de Ahorro Previsionales Históricos.

Como se observa, se tiene que si bien la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302 -2011 de 15 de septiembre de 2011, amplió los plazos para el cumplimiento de **la obligación en 15 días más**, y redujo el universo de los Asegurados a los que se debe entregar los Estados de Ahorro Previsional Históricos, con relación a la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011; sin embargo de ello, los plazos establecidos fueron insuficientes -tal como aseveran los recurrentes-, ya que sólo la empresa EDOBOL para la impresión de los mismos y posterior ensobrado, necesitaría un plazo de tres meses y medio, sin contar con el tiempo para la distribución de los Estados de Ahorro Previsional Históricos que ascendería mínimo a un mes más, tal como se señaló precedentemente.

Finalmente Futuro de Bolivia, informa que desde el 03 de octubre de 2011 al 02 de diciembre de 2011, ha realizado la entrega de 34.885 Estados de Ahorro Previsional Históricos en todas sus Oficinas Regionales.

De lo señalado, se ha podido evidenciar que tanto Futuro de Bolivia S.A. AFP, como BBVA Previsión AFP S.A., desde que tuvieron conocimiento de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011, lineamientos que a su vez fueron modificados por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, realizaron todas las gestiones necesarias para su cumplimiento, tomando en cuenta además que ambas Administradoras contratan los servicios de una sola empresa para la impresión de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, hechos que se evidencian de la innumerable documentación enviada a esta instancia jerárquica (detallada precedentemente), sin embargo de ello, por razones de imposibilidad tanto para la impresión y distribución de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, han demostrado que la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, no se pueda cumplir, en los términos previstos en la misma.

Asimismo, cabe precisar, que si bien ya el artículo 2 del Anexo I de la mencionada Resolución Administrativa, señala que los Estados de Ahorro Previsional Históricos, pueden ser emitidos en cualquier papel que permita la impresión legible de la información del Asegurado, este proceso no podría desarrollarse en las oficinas regionales de la AFP, debido a que se necesitaría del desarrollo de un aplicativo para la emisión masiva de Estados de Ahorro Previsional Históricos específico -situación a su vez no contemplada en la Resolución Administrativa impugnada-, sin embargo de ello, si tal situación se produjera, ello entorpecería el normal desenvolvimiento de las Administradoras de Fondos de Pensiones,

ocasionando una mala atención a los Asegurados o Derechohabientes que deseen realizar otro tipo de trámites.

En ese entendido, es evidente que la Entidad Reguladora debe considerar que el proceso de emisión de Estados de Ahorro Previsional Históricos, no puede afectar el normal desenvolvimiento de las actividades que realizan las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por lo expuesto precedentemente, los plazos determinados por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, para la emisión y entrega de los Estados de Ahorro Previsional Históricos a los Asegurados, tienen como fechas topes **el 31 de octubre de 2011** a través del Empleador y hasta **el 15 de noviembre de 2011** en caso de ser dirigido directamente al domicilio del Asegurado, plazos que no pueden ser cumplidos al existir una imposibilidad material, debido a las razones expuestas en el análisis realizado ut supra, cual se evidencia de la valoración realizada por esta instancia jerárquica -en estricta sujeción al principio de verdad material-, tomando en cuenta toda la documentación presentada como prueba, **y especialmente aquella presentada en fecha posterior a la notificación de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011**.

En apoyo a las anteriores consideraciones, así como de la valoración de la prueba y bajo los principios de razonabilidad y sana crítica, se llega a la firme convicción que evidentemente existe una imposibilidad para el cumplimiento a los plazos establecidos en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011.

Por lo que en el presente caso, más allá de la principal determinación resolutiva de la presente Resolución Ministerial, corresponde al órgano regulador valorar la documentación a tiempo de emitirse un nuevo cronograma de fechas de entrega, **claro está tomando en cuenta el tiempo ya transcurrido y las gestiones ya realizadas para el cumplimiento de la obligación.**

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar parcialmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 240-2011 de 16 de agosto de 2011, dejando subsistentes los artículos 1, 2, 3, 5 (Parágrafo I), artículos 8, 9, 10 (inc. a al j)), 11 (Parágrafo II y III), 13, 14, 15, 16, 17 y artículo 18 del Anexo I y dejando sin efecto los artículos 4, 5 (Parágrafo III), 6, 7, 10 (incisos k) y l)), artículo 11 (Parágrafo I) y el artículo 12, referentes a

los plazos establecidos para la emisión y distribución de los Estados de Ahorro Previsional Históricos, del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros deberá emitir un nuevo cronograma para el cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 302-2011 de 15 de septiembre de 2011, y sea por cuerda separada, en sujeción a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DF/Nº 287-2011 DE 08 DE SEPTIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 008/2012 DE 08 DE FEBRERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 008/2012

La Paz, 08 de febrero de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de fecha 24 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 045/2011 de 12 de diciembre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 007/2012 de 18 de enero de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 29 de septiembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** representada legalmente por Julio Vargas León, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 563/2001 otorgado en fecha 3 de octubre de 2001, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó

Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de fecha 24 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/3796/2011 con fecha de recepción 4 de octubre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de fecha 24 de junio de 2011; recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 6 de octubre de 2011, notificado en fecha 11 de octubre de 2011.

Que, el día lunes 7 de noviembre de 2011 se lleva adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos, a solicitud expresa de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, conforme sale en su nota presentada en fecha 24 de octubre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2011 DE 22 DE MARZO DE 2011.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2011 de 22 de marzo de 2011, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa/ AP/DJ/Nº 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010* ***inclusive****, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica*…"

2. ANTECEDENTES.-

Que, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

> "…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo Nº 1, con $us. 2.000 (DOS MIL DÓLARES AMERICANOS 00/100) por incumplimiento del plazo fijado por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo entre 01 de enero de 2009 al 30 de noviembre de 2009.*
>
> ***SEGUNDO.- I.*** *La multa señalada precedentemente deberá ser depositada en la*

Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo, en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

Por memorial de fecha 28 de septiembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010, Recurso de Revocatoria que ha de merecer la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de 26 de octubre de 2010, por la que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resuelve:

"…*Confirmar totalmente la Resolución Administrativa / AP/DJ N° 181-2010 de 18 de agosto de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP…*"

A su turno, recurrida la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de 26 de octubre de 2010 y corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 011/2011 de 22 de marzo de 2011, cuyos fundamentos más importantes esgrimidos son:

"…***1. DE LAS OBLIGACIONES DE LA AFP.-***

Que, existe el Contrato por Excepción N° 015.08 autorizado por el Decreto Supremo N° 29424 de 17 de enero de 2008, para la Administración del Fondo Universal de Renta de Vejez, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales para la gestión 2008, suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y Futuro de Bolivia S.A. AFP, con fecha 28 de enero de 2008, Contrato que en su cláusula séptima, puntos 7.1 inciso h) y 7.2 inciso t), señala que para la Administración de la Base de Datos de los Beneficiarios de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, son obligaciones de la AFP, cumplir con los Decretos Supremos Nros. 29400 (Reglamentario a la Ley de la Renta Universal de Vejez) y 29424 (complementario al anterior), como con la normativa emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS (…)

Que, consiguientemente y a los fines de la presente Resolución, se deja establecida la responsabilidad de la recurrente en la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales, conforme le fuera requerido por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) mediante Circular N° AP/DF/4/2009 de fecha 24 de junio de 2009 (y sucesivamente ampliada en cuanto al plazo de presentación, mediante las Circulares AP/DF/16/2009 de fecha 18

de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de fecha 2 de octubre de 2009, AP/DF/25/2009 de fecha 21 de diciembre de 2009 y AP/DF/2/2010 de fecha 26 de enero de 2010), por lo que se halla cumplida la disposición del artículo 78º (Responsabilidad), parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341.

Que, a efectos del cumplimiento de tal responsabilidad, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha emitido la precitada Circular AP/DF/4-2009 de 24 de junio de 2009, por la que instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. el cierre de la administración, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, y los procedimientos a cumplir, con relación a la gestión 2008 y para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de julio de 2009, señalando que: "los Estados Financieros requeridos deben ser preparados con fecha de corte al 31 de julio de 2009 y al 31 de agosto deben contar con opinión de auditoría externa. La remisión de estos Estados Financieros deberá realizarse hasta el 10 de septiembre de 2009 impostergablemente."

Que, conforme al tenor mencionado, tal instrucción está dirigida única y exclusivamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones y por los fundamentos normativos arriba referidos, de manera tal que les corresponde a las mismas la responsabilidad que les fue encomendada.

Que, contra esta Circular no consta en obrados, impugnación alguna conforme lo permite el artículo 36º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera -aprobado por Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003- por lo que la misma gana en la validez y eficacia a la que se refieren los artículos 32º de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, y 24º, parágrafo I, del mencionado Reglamento, máxime cuando consta la aceptación que de tal Circular ha hecho la ahora recurrente y que consta en las Notas FUT Test. AP-1317/2009 de 5 de agosto de 2009, FUT CONT 2909/09 de 28 de septiembre de 2009, FUT.SUP-GG-2088 de 11 de diciembre de 2009, FUT.AP-125/01/2010 de 21 de enero de 2010 y FUT-AP-GG-265/02/10 de 18 de febrero de 2010, todas ellas referidas a solicitudes de ampliación de plazo y las que a su turno, han recibido las respuestas que salen en las Circulares AP/DF/16-2009 de 18 de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de 2 de octubre de 2009, AP/DF/25-2009 de 21 de diciembre de 2009 y AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010.

Que, con respecto a la última nombrada -AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010-, que comunica la ampliación del plazo para la presentación del informe de auditoría externa y sus anexos relacionados a la auditoría del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) hasta fecha 12 de febrero de 2010, extremo sobre el que se pronuncia el Informe Técnico – Legal DF/T/004-2010 de fecha 30 de abril de 2010 y cursante de fs. 1 a 10 del expediente con la siguiente conclusión:

> *"…de acuerdo al análisis técnico – legal se concluye que Futuro de Bolivia S.A. AFP, incumplió el plazo final establecido en la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, para la presentación del Dictamen de Auditoría Externa de los Estados Financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV). "*

Que, a este respecto, señala la recurrente que no ha existido de su parte responsabilidad en tal incumplimiento, por cuanto para lo mismo requería la conclusión de conciliaciones por parte de, principalmente, el Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR) y de la Corporación del Seguro Social Militar (COSSMIL) a las que denomina "terceras instituciones"; a este respecto, queda claro que las actuaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha liberado a esas terceras instituciones de sus propias responsabilidades, empero conforme se tiene señalado, las Circulares AP/DF/4/2009, AP/DF/16/2009, AP/DF/23/2009, AP/DF/25/2009 y AP/DF/2-2010 (la última de las cuales da origen al proceso sancionatorio y las restantes son sus antecedentes) están dirigidas a las Administradoras de Fondos de Pensiones, por tanto les corresponde a las mismas realizar las gestiones necesarias para su cumplimiento efectivo, dado que, como se tiene dicho, no existe impugnación contra las mismas, sino por el contrario, consecutivas solicitudes de ampliación de plazo que importan su conformidad y aceptación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Que, mediante la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 181-2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, por incumplimiento del plazo fijado por Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2009.

Que conforme ya se señaló, FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP refiere que el incumplimiento de la AFP "se ha originado exclusivamente por la demora en la presentación de las conciliaciones de parte del SENASIR y COSSMIL, en vista que no existía disposición alguna que les obligue a estas dos Instituciones a cumplir los dispuesto por la AP".

De la revisión del la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha valorado la prueba presentada por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP limitándose a señalar:

> *"…Que de la revisión y análisis del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado los fundamentos necesarios que permita (sic) desvirtuar lo expresado en la Resolución Administrativa / AP / DJ N° 181 - 2010 de 18 de agosto de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP…"*

De lo transcrito, se tiene que lo expuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no reviste de mayor análisis, referido concretamente a los descargos probatorios presentados por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, limitándose a poner énfasis en la obligación incumplida sin fundamentar los motivos al rechazo de tal prueba.

Con referencia a las notas enviadas a la Autoridad de Fiscalización Control Social de pensiones, por las que FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP pide sucesivamente prórrogas en el plazo de presentación, señala la Resolución Administrativa / AP / DJ N° 181/-2010 de 18 de agosto de 2010 (sancionatoria) que "la correspondencia, remitida en diferentes fechas, demuestra el incumplimiento reiterado de los plazos fijados por la Dirección de Fiscalización de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP en las Circulares AP/DF/4/2009 de 24 de junio de 2009, AP/DF/16/2009 de 18 de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de 02 de octubre de 2009, AP/DF/25/2009 de 21 de diciembre de 2009 y AP/DF/2/2010 de 26 de enero de 2010", denotando contradicción en la actuación de la Autoridad de Fiscalización de Control Social de Pensiones, toda vez que tales notas fundamentan el incumplimiento en causales ajenas a FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.

Que, en el mismo sentido y de la revisión del expediente administrativo, cursan las siguientes notas (en la presente Resolución relacionadas en el orden ascendente con que aparecen en el expediente administrativo):

- *A foja 14ª, Cite **SENASIR U SIS 1173/2009** de 26 de noviembre de 2009, sobre Solicitud de archivo de reversión, remitida por el SENASIR a Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

- *A foja 15ª, Cite **SENASIR U SIS 1135/2009** de 13 de noviembre de 2009, sobre Solicitud de información, remitida por el SENASIR a la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro (MEFP).*

- *A foja 16ª, Cite **SENASIR U SIS 0880/2009** de 14 de septiembre de 2009, sobre Conciliación Renta Dignidad, remitida por el SENASIR a Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

- *A fojas 18ª-17ª, Cite **MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N° 3756/2009** de 1° de diciembre de 2009, sobre Conciliación del Bono "Renta Dignidad", remitida por la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro a Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

- *A fojas 21ª-20ª-19ª, Cite **MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N° 3751/2009** de 1° de diciembre de 2009, sobre Reversión Renta Dignidad – Abril y Mayo 2009, remitida por la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro a SENASIR.*

- *A foja 22ª, Cite **MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N° 3817/2009** de 4 de diciembre de 2009, sobre Su nota CITE: Fut. Tes. 3709/2009, remitida por la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro a Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

- *A foja 23ª, Cite **D.G.S. – URN No 738/09** de 13 de noviembre de 2009, sobre Requerimiento de N° de cuenta y fecha de depósito Renta Dignidad, remitida por COSSMIL a SENASIR.*

- *A foja 24ª, Cite **D.G.S. – URN No. 791/09** de 12 de diciembre de 2009, sobre Respuesta a nota FUT.TES 3848/09, remitida por COSSMIL a Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

- *A foja 25ª, Cite **D.G.S. – URN 033/10** de 12 de enero de 2010, sobre Requerimiento N° de Cuenta y Fecha de Depósito Renta Dignidad, remitida por COSSMIL a la Dirección General de Programación de Operaciones del Tesoro - MEFP.*

- *A foja 26ª, Cite **D.G.S. – URN No.075/10** de 26 de enero de 2010, sobre Respuesta a nota FUT.GG.69/10, remitida por COSSMIL a Futuro de Bolivia S.A AFP.*

- *A foja 27ª, Cite **FUT.TES-3682/2009** de 30 de noviembre de 2009, sobre Acta de conciliación 4to Trimestre 2008 y 1er trimestre 2009, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.*

- *A foja 28ª, Cite **FUT.TES-3739/2009** de 2 de diciembre de 2009, sobre Envío de registros observados, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.*

- *A foja 29ª, Cite **FUT.TES-3863/2009** de 7 de diciembre de 2009, sobre Solicitud de archivos de reversión, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.*

- *A foja 30ª, Cite **FUT.GG-69/01/10** de 12 de enero de 2010, sobre Conciliación pagos Renta Dignidad, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.*

- *A foja 31ª, Cite **FUT.TES-1313/2010** de 16 de abril de 2010, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.*

- *A foja 32ª, Cite **Fut.Tes. 3633/2009** de 25 de noviembre de 2010, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al Viceministro del Tesoro y Crédito Público – MEFP.*

- *A fojas 33ª-34ª, Cite **Fut. Tes. 3709/2009** de 30 de noviembre de 2010, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al Viceministro del Tesoro y Crédito Público – MEFP.*

- *A foja 35ª, Cite **FUT.TES- 3195/2009** de 21 de octubre de 2009, sobre Solicitud de archivo de reversión, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.*

- *A foja 36ª, Cite **FUT.TES- 3505/2009** de 17 de noviembre de 2009, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.*

- *A foja 37ª, Cite **FUT.TES- 3506/2009** de 17 de noviembre de 2009, sobre 2da Solicitud de archivo de reversión, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.*

- *A foja 38ª, Cite **FUT.GG-68/01/10** de 12 de enero de 2010, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.*

- *A foja 39ª, Cite **FUT.TES- 0364/2010** de 26 de enero de 2010, sobre Acta de conciliación Renta Dignidad, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.*

Todas las cuales fueron presentadas por parte de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP a la

Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante nota FUT.TES.-1808/2010 de fecha 9 de junio de 2010, sin embargo no fueron objeto de ninguna valoración en la Resolución Administrativa /AP/DJ/181-2010 de 18 de agosto de 2010 (sancionatoria) ni en la Resolución Administrativa /AP/DJ/Nº 255-2010 que, en recurso de revocatoria, confirma la anterior.

Que, en este sentido se evidencia que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar las citadas resoluciones, no ha hecho un análisis legal jurídico del presente caso así como no ha valorado la prueba presentada por la recurrente, resultando que en el presente caso se ha vulnerado el derecho a la defensa y el derecho del debido proceso de la recurrente.

Que, consecuentemente, el artículo 29, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que: "las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana critica" (…)

Que, de lo expuesto se tiene que, en el presente caso la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa/AP/DJ/Nº 181-2010 de 18 de agosto de 2010, ha omitido una parte esencial del acto cual es la motivación, por cuanto, las Resoluciones antes referidas, no tienen el sustento legal adecuado, actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de la recurrente ya que los descargos presentados por esta no fueron considerados dentro de todo el proceso sancionatorio administrativo.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) ha omitido hacer la valoración de la prueba al no pronunciarse sobre la documentación aportada por el recurrente, vulnerando así el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente.

Que, conforme al artículo 36º (Anulabilidad del Acto), numeral II, de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, "…el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados", extremo este último que se acomoda perfectamente al caso analizado, por cuanto, en el pronunciamiento de los actos administrativos que constan en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, y en la Resolución Administrativa/AP/DJ/Nº 181-2010 de 18 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), las mismas han prescindido de la necesaria evaluación a la prueba de la ahora recurrente y al fundamento para lo mismo, determinando

entonces, la indefensión de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, frente al cargo imputado mediante nota AP/DJ/1361/2010 de fecha 14 de mayo de 2010, cuya constancia sale a foja 13ª y 12ª del expediente, y que ha dado origen al proceso sancionador presente.

Que, por ello, los actos administrativos que constan en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010 y en la Resolución Administrativa/AP/DJ/Nº 181-2010 de 18 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), no gozan de validez y han sido viciados de anulabilidad al verse afectado el procedimiento legal, y en especial los derechos consagrados para la recurrente.

Que, asimismo y no menos importante, es que éste Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, debido a que en el presente caso existe una violación al debido proceso, por lo que corresponde más bien que el presente proceso deba anularse…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 116-2011 DE 24 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de fecha 24 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2011 de 22 de marzo de 2011, presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis del presente caso:

Cargo N° 1.-

La Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, instruye lo siguiente:

"En atención a las notas FUT.AP-125/01/2010 (sic) y PREV-INV-75/2010, de Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. de 21 y 26 de enero de 2010, respectivamente, y a la nota CITE: MEFP/VPSF/DGP/USSOLP/Nº015/2010 de 21 de enero de 2010 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, y en consideración a que aún quedan registros pendientes de conciliación con las Entidades Proveedoras de Información (SENASIR y COSSMIL) se les comunica que el plazo establecido en la Circular AP/DF/25.2009 de 21 de diciembre de 2009, se amplía hasta el 12 de febrero de 2010 (el subrayado es nuestro), como fecha máxima para la presentación a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, el (sic) *informe de auditoría externa y sus anexos relacionados a la auditoría del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV)".*

Futuro de Bolivia S.A. AFP luego de solicitar en cuatro (4) oportunidades la ampliación del plazo para la presentación de sus Estados Financieros Auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) y Gastos Funerales de la gestión 2008 y para el periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de julio de 2009, incumplió el último

plazo fijado para el 12 de febrero de 2010, mediante la Circular referida anteriormente.

El detalle de las solicitudes y las ampliaciones de plazo correspondientes, es el siguiente:

N° Circular	***De fecha***	***Notas de ampliación de solicitud***	***Ampliación de plazo hasta***
AP/DF/4/2009	*24/jun/2009*		*10/sep/2009*
AP/DF/16/2009	*18/ago/2009*	*Fut.Tes. AP-1317/2009 de 05 de agosto de 2009*	*15/nov/2009*
AP/DF/23/2009	*02/oct/2009*	*PREV PR 8924-09 de 25 de septiembre de 2009 FUT CONT 2909/09 de 28 de septiembre de 2009*	*31/dic/2009*
AP/DF/25/2009	*21/dic/2009*	*FUT.SUP-GG-2088 de 11 de diciembre de 2009 PREV-INV 2902/2009 de 15 de diciembre de 2009*	*20/ene/2010*
AP/DF/2/2010	*26/ene/2010*	*FUT.SUP-125/01/2010 de 21 de enero de 2010 PREV-INV 75/2010 de 26 de enero de 2010*	*12/feb/2010*

En estricta sujeción a lo establecido en los artículos 66 y 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió a notificar la Nota de Cargos AP/DJ/1361/2010 de 14 de mayo de 2010, el 25 de mayo del mismo año, concediéndole el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de la referida notificación, para que Futuro de Bolivia S.A. AFP, presente todos los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, información y justificativos que creyere útiles ***con el objeto de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones, el ejercicio de su derecho a la defensa*** *establecida en el parágrafo II del artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y en el parágrafo I del artículo 67, de la misma norma.*

Por tanto, dentro del plazo establecido Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota CITE: FUT.TES.-1808/2010 de 09 de junio de 2010, presenta los descargos correspondientes conforme los siguientes argumentos, los cuales son analizados y evaluados aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, ***garantizando en todo momento el pleno ejercicio de la defensa****, conforme los siguientes argumentos:*
Nota FUT.TES. - 1808/2010 de 09 de junio de 2010.

"Mediante la presente, damos respuesta a la. nota AP/DJ/1361/2010 en la cual nos solicitan el descargo correspondiente al incumplimiento a la CIRCULAR AP/DF/2-2010 que establece plazo máximo para presentación de Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez.

SENASIR

(...)

Luego de haber realizado la gestión correspondiente ante el SENASIR y el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 26/01/2010 con cite Fut.Tes.0364/2010 se

envía y suscribe el acta con el SENASIR, en fecha 26 de enero de 2010 (el subrayado es nuestro).

COSSMIL

Una vez recepcionada la información en medio magnético de los cuatro trimestres del 2008 y enero del 2009, iniciamos el proceso de conciliación, el mismo que es concluido a fines del mes de noviembre de 2009. Con notas Fut.Tes.3682/2009 y Fut.Tes.3863/2009 de fechas 30/11/2010 y 07/12/2009 respectivamente, se solicita la información relacionada a los beneficiarios a los cuales no se les cancelo (sic) el beneficio de Renta Dignidad, COSSMIL en fecha 12 de Diciembre del 2009 con nota DGS-URN N° 791/09 nos informa que el SENASIR es la institución que recibe los depósitos de reversión y es por tal razón que se ve imposibilitada de cumplir con nuestro requerimiento. Al igual que con el SENASIR, para no perjudicar el cierre de la gestión de pagos de Renta Dignidad y Gastos Funerales administrado por Futuro de Bolivia, se ha procedido a la suscripción del Acta de Conciliación correspondiente, suscrito en fecha 20 de enero de 2010 (el subrayado es nuestro).

Por lo mencionado líneas arriba no se pudo cumplir con el plazo establecido en las circulares mencionadas en la nota AP/DJ/1361/2010, debido a que tropezamos con problemas en la conciliación (sic) descritas anteriormente".

De acuerdo a los argumentos expresados en la nota referida anteriormente, se puede evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP, pretende justificar su incumplimiento en los problemas que existieron durante la conciliación de pagos realizados mediante las EPI -SENASIR y COSSMIL.

Sin embargo, con el objeto de realizar un mayor análisis a los documentos adjuntos a la nota FUT.TES. - 1808/2010 de 09 de junio de 2010, presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se realiza el detalle siguiente:

Nº Circular	***Fecha***	***Ampliación en consideración a lo señalado en notas:***	***Ampliación de plazo hasta:***
AP/DF/4-2009	*24/jun/2009*	***SENASIR U SIS 0880/2009** de 14 de septiembre de 2009.* *SENASIR remite a la AFP en medio magnético, la relación de desembolsos recibidos y pagos efectuados de la Renta Dignidad*	*10/sep/2009*
AP/DF/16-2009	*18/ago/2009*		*15/nov/2009*
AP/DF/23/2009	*02/oct/2009*	***FUT.TES- 3195/2009** de 21 de octubre de 2009.* *Solicitud de archivo de reversión de beneficiarios a quienes el SENASIR no pagó la Renta Dignidad* ***SENASIR U SIS 1135/2009** de 13 de noviembre de 2009.* *Solicitud para efectuar la reversión de pagos de la Renta Dignidad no cobrados a los Entes Gestores e información de reposiciones.* ***FUT.TES- 3506/2009** de 17 de noviembre de 2009.* *Segunda solicitud de archivo de reversión de beneficiarios a quienes el SENASIR no pagó la Renta Dignidad*	*31/dic/2009*

AP/DF/23/2009	*02/oct/2009*	***SENASIR U SIS 1173/2009** de 26 de noviembre de 2009.* *El SENASIR comunica que una vez que DGPOT remita la información de la reversión de estos fondos, procederá con el reembolso a La Vitalicia.* ***Fut. Tes 3633/2009** de 25 de noviembre de 2009.* *Solicitud de colaboración para culminar la conciliación con el SENASIR.* ***MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N°3576/2009** de 1° de diciembre de 2009.* *Comunica a Futuro de Bolivia S.A. AFP que el SENASIR solicitó efectuar la reversión de fondos no cobrados de la Renta Dignidad.* ***MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N°3751/2009** de 1° de diciembre de 2009.* *Comunicación al SENASIR de que se realizó la reversión del monto correspondiente a la Renta Dignidad de las boletas no cobradas.* ***FUT.TES-3682/2009** de 30 de noviembre de 2009* *Remisión de Actas de Conciliación en cumplimiento a la R.A. SPVS/IP N° 62 y Circular AP/DF/4-2009.*	
AP/DF/25-2009	*21/dic/2009*	***Fut. Tes. 3709/2009** de 30 de noviembre de 2009.* *Remisión de copia de la nota SENASIR U SIS 1173/2009 al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público, referida anteriormente.* ***MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N°3817/2009** de 4 de diciembre de 2009.* *Remisión de copia de la nota MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N°3751/2009, referida anteriormente.* ***DGS - URN No 738/09** de 13 de noviembre de 2009.* *Solicitud al SENASIR de número de cuenta y fecha de depósito de la Renta Dignidad.* ***DGS - URN No 791/09** de 12 de diciembre de 2009.* *Comunicación sobre la imposibilidad de enviar información a auditores internos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, sobre desembolsos por el FRUV.*	*20/ene/2010*
AP/DF/2-2010	*26/ene/2010*	***D.G.S. – URN 033/10** de 12 de enero de 2009 (sic).* *Solicitud de número de cuenta, fecha de depósito, nombres y apellidos de rentas no pagadas de la Renta Dignidad.* ***FUT.GG-68/01/10** de 12 de enero de 2010.* *Remisión al SENASIR de copia de la nota AP/DF/46 de 08.01.2010 respecto al cumplimiento de la R.A SPVS/IP N° 062.* ***FUT.GG-69/01/10** de 12 de enero de 2010.* *Remisión al SENASIR de copia de la nota AP/DF/46 de 08.01.2010 respecto al cumplimiento de la R.A SPVS/IP N° 062.*	

AP/DF/2-2010	*26/ene/2010*	***D.G.S. – URN No.075/10** de 26 de enero de 2010.* *Comunicación sobre reunión con funcionarios del MEFP y SENASIR PARA definir la estructura de las rentas no pagadas.* ***FUT.TES-3739/2009** de 2 de diciembre de 2009. Comunicación a COSSMIL de treinta (30) registros observados que no fueron conciliados y su remisión.* ***FUT.TES-3863/2009** de 7 de diciembre de 2009. Comunicación de Bs11.475,00 pendientes de reversión, por pagos no realizados de la Renta Dignidad.* ***FUT.TES-0364/2010** de 26 de enero de 2010. Solicitud al SENASIR de que el saldo de Bs 128.700,00 a favor del SENASIR, deberá procesarse para cerrar la administración de la Renta Dignidad.*	*12/feb/2010*

*Con relación a la nota **FUT.TES-3505/2009** de 17 de noviembre de 2009, corresponde a la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP del archivo de pagos de Renta Dignidad del NUB 200193895, dirigida al SENASIR y representa un argumento irrelevante para el Cargo imputado.*

*Asimismo, tampoco se puede considerar como justificativo para el incumplimiento del plazo de entrega de los Estados Financieros Auditados del FRUV la nota: **FUT.TES-1313/2010** de 16 de abril de 2010, referida a la comunicación del número de cuenta bancaria al que COSSMIL debía depositar el importe correspondiente a pagos de Renta Dignidad no conciliados por el monto de Bs 11.475,00 (ONCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS), debido a que dicho procedimiento se encontraba normado en la Circular: SPVS/IP/DPNC/034-2009 de 05 de mayo de 2009, que fue comunicada oportunamente a la AFP y que ésta debía transmitir a las Entidades que debían revertir recursos al FRUV.*

AUTO DE 24 DE JUNIO DE 2010

*La ex Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones - AP, en cumplimiento al parágrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado, la cual garantiza el derecho al **debido proceso y al ejercicio del derecho a la defensa del regulado**, mediante Auto de 24 de junio de 2010, notificado el 05 de julio del mismo año; en aplicación del "Principio de Imparcialidad" establecido en el inciso f) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2003, de Procedimiento Administrativo y del artículo 29 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina apertura del término de prueba de veinte (20) días hábiles administrativos, a efectos de qué Futuro de Bolivia S.A. AFP, remita a la Entidad Reguladora copias de las Actas de Conciliación suscritas con el SENASIR el 26 de enero de 2010 y con COSSMIL el 20 de enero de 2010.*

Mediante nota FUT.AP.GG-1215/07/10 de 22 de julio del 2010, la Administradora presenta respuesta al Auto referido anteriormente adjuntando los documentos

solicitados por el Ente Regulador, pudiéndose evidenciar de la evaluación de dichos documentos consistentes en Actas de Conciliación, lo siguiente:

- *En el caso del SENASIR, se suscribe el Acta de Conciliación, el 26 de enero de 2010, haciendo notar que el saldo pendiente de conciliación por Bs 128.700,00 (CIENTO VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS 00/100 BOLIVIANOS) a favor del Fondo de Renta Universal de Vejez, deberá ser procesado de forma inmediata, con la finalidad de cerrar la administración, gestión y pago de la Renta Dignidad.*

- *En el caso de COSSMIL, se suscribe Acta de Conciliación, el 20 de enero de 2010 con un saldo pendiente a conciliar de Bs31.650,00 (TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA 00/ 100 BOLIVIANOS).*

Posteriormente, mediante nota ***FUT-AP-GG-265/02/10 de 18 de febrero de 2009*** *(sic), la Administradora comunica a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, el siguiente argumento: "...a la fecha nuestro auditor PriceWaterhouseCoopers (PWC) ha revisado el alcance de la auditoría externa instruido por la AP. Sin embargo,* ***tenemos pendiente la revisión del Flujo de Efectivo debido a diferencias encontradas por PWC, las cuales están en proceso de revisión y validación por nuestra área contable para subsanar dichas diferencias*** *(el subrayado y las negrillas son nuestros).*

Debido a lo anteriormente descrito, no nos ha sido posible enviar el Informe de Auditoría Externa en el plazo establecido, estimamos cumplir con el envío la próxima semana" (el subrayado es nuestro).

Conforme la nota descrita anteriormente, el plazo establecido para la presentación de los Estados Financieros Auditados del FRUV e información complementaria establecido para el 12 de febrero de 2010, fue incumplido por Futuro de Bolivia S.A. AFP, debido a diferencias en el Flujo de Efectivo, cuya revisión a la fecha de la nota citada anteriormente, aún se encontraba pendiente.

Asimismo, considerando que la auditoría del Flujo de Efectivo abarcaba los periodos comprendidos entre el 01 de enero de 2008 y el 30 de noviembre de 2009, se advierte que Futuro de Bolivia S.A. AFP contaba con el tiempo suficiente para aclarar y resolver las diferencias identificadas en el proceso de la auditoría, debido a que este Estado Financiero debía estar disponible para la revisión de la firma de auditoría externa, con anterioridad a las ampliaciones del plazo establecido en la Circular AP/DF/2/2010.

Por otro lado, con nota PWC/220/2010 de 20 de enero de 2010, la auditora Price Water House Coopers, expresó en su momento lo siguiente:

"En atención a su solicitud relacionada con la presentación hasta el 20 de Enero de 2010, de los informes de auditoría de los estados financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) por el periodo comprendido en el Iº de enero de 2008 y el 30 de noviembre de 2009, y tomando en cuenta las consideraciones expuestas en reuniones de coordinación realizadas en las oficinas de Futuro de Bolivia S.A. AFP en diciembre de 2009 y nuestra carta PWC/3953/2009 de fecha 24 de diciembre de 2009, ratificamos a Ud. que ***presentaremos nuestro informe de auditoría máximo a los diez***

***días hábiles de que nos presente toda la información pendiente**, debidamente validada por ustedes.*

*Asimismo, a fin de programar el cronograma de actividades y el personal que realizará la revisión en su etapa final, solicitamos nos **informen la fecha en la cual nos presentarán la información pendiente antes mencionada**" (las negrillas son nuestras).*

Por lo que mediante nota FUT.SUP-125/01/10 de 21 de enero de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa lo siguiente a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP:

"...nos permitimos participarles los motivos por los que no se han presentado los estados financieros de cierre del FRUV al 30 de noviembre de 2009 con la opinión de auditoría externa, de acuerdo a lo establecido en la Circular AP/DF/25/2009 de 21 de diciembre de 2009 y la Cite: AP/DF/46/2010 de 8 de enero de 2010.

ANTECEDENTES.

1. *Dificultades presentadas para la conciliación de los pagos de renta Dignidad realizados a través de las Entidades Proveedoras de Información (EPI): SENASIR y COSSMIL*

2. *Demora en la entrega de copias de solicitudes y comprobantes de pago de gastos funerales por parte de la Entidad, gestora La Vitalicia de las 85 muestras elegidas por PWC.*

(...)

CONCLUSIONES.-

*"...**oficialmente nos permitimos manifestar que la información pendiente será entregada a PWC el día martes 26 de enero de 2010 (copia de está (sic) nota será enviada a PWC, en calidad de respuesta a su nota PWC 220/2010), desde cuyo momento deberá ser computado un máximo de 10 días hábiles para la presentación del informe final con Dictamen a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones**" (las negrillas son nuestras).*

*Sin embargo, mediante nota **FUT-AP-GG-265/02/10 de 18 de febrero de 2009** (sic), Futuro de Bolivia S.A. AFP, informa a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, lo siguiente:*

*"...a la fecha nuestro auditor PriceWalerhouseCoopers (PWC) ha revisado el alcance de la auditoría externa instruido por la AP. Sin embargo, **tenemos pendiente la revisión del Flujo de Efectivo** debido a las diferencias encontradas por PWC, las cuales están en **proceso de revisión y validación por nuestra área contable** para subsanar dichas diferencias (las negrillas y el subrayado son nuestros).*

*Debido a lo anteriormente descrito, **no nos ha sido posible enviar el Informe de Auditoría Externa en el plazo establecido**, estimamos cumplir con el envío la próxima semana".*

*Conforme nota **FUT-AP-GG-355/03/10 de 05 de marzo de 2009** (sic), Futuro de Bolivia S.A. AFP, envía a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, el Dictamen de Auditoría Externa de los Estados Financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez FRUV, al 30 de noviembre de 2009.*

Por lo tanto, si bien es evidente que tanto el SENASIR como COSSMIL fueron responsables ante Futuro de Bolivia AFP S.A. por las demoras incurridas en el proceso de conciliación de pagos de la Renta Dignidad efectivizados a través de esas entidades; sin embargo, el incumplimiento del último plazo establecido por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, mediante nota FUT.SUP-125/01/10 de 21 de enero de 2010 para la presentación de Estados Financieros Auditados, es atribuible únicamente a Futuro de Bolivia S.A. AFP, debido a que el compromiso de entrega del informe de la Administradora, fue expresado en atención a los siguientes aspectos, los cuales expresa antes de mencionar la fecha de de la referida entrega del informe correspondiente:

"Por lo expuesto y las determinaciones que está asumiendo Futuro de Bolivia, y considerando que las conciliación (sic) preliminares firmadas, la reposición de los fondos a La Vitalicia y la conclusión de la recopilación de la información de los formularios de pago de Gastos Funerales,.... oficialmente nos permitimos manifestar que...".

De la evaluación de los argumentos expresados en las notas presentadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, las cuales tenían por objeto obtener a partir de la Circular AP/DF/4-2009 de 24 de junio de 2009, la ampliación del plazo establecido en dicha Circular para la presentación de la auditoría externa de los Estados Financieros del FRUV, se advierte en primera instancia que cada solicitud de ampliación, se justificaba en el hecho de encontrarse pendiente la conciliación de pagos de Renta Dignidad con el SENASIR y COSSMIL, por lo que la Autoridad consideró oportunamente que la Administradora tenía dificultades con ambas EPI, motivo por el cual se ampliaron los plazos determinados para el cierre del FRUV hasta la emisión de la Circular AP/DF/2 – 2010 de 26 de enero de 2010, la cual otorgaba como plazo final para la presentación de Estados Financieros Auditados del FRUV, el 12 de febrero de 2010.

En tal sentido, no existe contradicción alguna en la actuación de esta Autoridad, habiéndose evidenciado que los argumentos expresados en las Circulares: AP/DF/4-2009 de 24 de junio de 2009, AP/DF/16-2009 de 18 de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de 02 de octubre de 2009, AP/DF/25/2009 de 21 de diciembre de2009 y AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, no demuestran en su fundamento causales ajenas a Futuro de Bolivia S.A. AFP, sino más bien, las gestiones realizadas tanto por la Administradora como por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, en el cumplimiento del cierre de la administración, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales.

Con relación a los argumentos expuestos en los antecedentes de la nota FUT.SUP-125/01/10 de 21 de enero de 2010, es importante mencionar que:

Con relación al numeral 1. las Actas de Conciliación con COSSMIL y SENASIR fueron suscritas el 20 y 26 de enero de 2010, respectivamente, por lo que la AFP comunicó a la Autoridad que la firma de auditoría externa requería 10 días hábiles para la revisión de esta información, considerando que el plazo solicitado por la empresa de auditoría externa se habría iniciado el 26 de enero de 2010, el mismo habría fenecido el 09 de febrero de 2010, es decir, dentro del plazo establecido en la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero 2010, la cual determina como plazo hasta el 12 de febrero de 2010, para la presentación de los Estados Financieros auditados del FRUV; por lo tanto, se concluye que la AFP se encontraba materialmente posibilitada para el cumplimiento de la norma.

Respecto al segundo numeral, dentro de las gestiones realizadas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para el cumplimiento del cierre de la administración, gestión y pago de la Renta Dignidad, fue que a partir de haber tomado conocimiento mediante nota ***FUT.AP.RD 2058/2009 de 8 de diciembre de 2009****, sobre la necesidad existente en la entrega de Copias de Solicitudes y Comprobantes de Pago de Gastos Funerales por parte de la Entidad Gestora La Vitalicia, para la realización de la auditoría externa del FRUV, la entidad reguladora remitió oportunamente la nota* ***AP/DPNC/10794/2009 de 10 de diciembre de 2009*** *a La Vitalicia, solicitándole se fije fecha y hora para la apertura de cajas y la entrega de la documentación solicitada, tanto a la AP como a la AFP solicitante.*

El artículo 15 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece lo siguiente:

v. El Servicio Nacional del Sistema de Reparto, Corporación del Seguro Social Militar, las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras según corresponda, deberán efectuar las conciliaciones respectivas por los pagos efectuados de la Renta Dignidad. ***Las conciliaciones se realizarán trimestralmente*** *y comprenderán los montos solicitados, desembolsados y pagados por cada registro (las negrillas nos corresponden).*

vi. El Servicio Nacional del Sistema de Reparto, la Corporación del Seguro Social Militar, las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras según corresponda, serán las responsables del pago, para este efecto deberán establecer los controles de verificación, conforme lo realizaría la Entidad Gestora y deberán mantener y administrar el archivo de los comprobantes de pago y documentos adicionales según corresponda.

(...)

e) Trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido de acuerdo a cronograma a ser establecido por la Entidad encargada de la Regulación".

Asimismo, de acuerdo al artículo 24 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/ N° 062 de 21 de enero de 2008, la Entidad Reguladora establece que: "El SENASIR, COSSMIL,

*AFP y EA **trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar** los montos desembolsados y efectivamente pagados. **El proceso de conciliación deberá estar concluido en un plazo máximo de 20 días hábiles administrativos** (las negrillas nos corresponden).*

Para cada gestión calendario, deberán cumplir con el cronograma siguiente:

PERIODO PAGADO	***MES DE PAGO***	***FECHA LÍMITE PARA CONCILIACIÓN***
ENERO	*FEBRERO*	*30/Mayo*
FEBRERO	*MARZO*	
MARZO	*ABRIL*	
ABRIL	*MAYO*	*31/Agosto*
MAYO	*JUNIO*	
JUNIO	*JULIO*	
JULIO	*AGOSTO*	*30/Noviembre*
AGOSTO	*SEPTIEMBRE*	
SEPTIEMBRE	*OCTUBRE*	
OCTUBRE	*NOVIEMBRE*	*28/Febrero*
NOVIEMBRE	*DICIEMBRE*	
DICIEMBRE	*ENERO*	
ENERO	*FEBRERO*	*30/Mayo*
FEBRERO	*MARZO*	
MARZO	*ABRIL*	

El Contrato por Excepción para la Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad FRUV y Gastos Funerales para la gestión 2008, suscrito el 28 de enero de 2008 entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y Futuro de Bolivia S.A. AFP, establece en el inciso m) de la Cláusula 7.2:

"Cumplir con las conciliaciones con las EPI, con una periodicidad máxima de tres meses conforme a normativa de la SPVS".

*Conforme la normativa referida anteriormente, mediante Circular AP/DF/4/2009 de 24 de junio de 2009, se instruyó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, la presentación de los Estados Financieros Auditados del FRUV, el 10 de septiembre de 2010. Sin embargo, considerando las solicitudes de ampliación de plazo de la Administradora por cuatro (4) veces consecutivas, la Entidad Reguladora emitió la Circular AP/DF/2 - 2010 de 26 de enero de 2010, la cual ampliaba la presentación de dichos Estados Financieros hasta el **12 de febrero de 2010**, como último plazo.*

*De los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP, es evidente que el plazo establecido hasta el **12 de febrero de 2010** fue incumplido por la Administradora, pues mediante nota **FUT-AP-GG-265/02/10 de 18 de febrero de 2009** (sic), la Administradora comunica a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, el siguiente argumento: "...**tenemos pendiente la revisión del Flujo de Efectivo debido a diferencias encontradas por PWC, las cuales están en proceso de revisión y validación por nuestra área contable para subsanar dichas diferencias.***

*Debido a lo anteriormente descrito, **no nos ha sido posible enviar el Informe de "Auditoría Externa en el plazo establecido**, estimamos cumplir con el envío la próxima semana" (el subrayado y las negrillas nos corresponden). Aspecto que también fue incumplido, ya que finalmente la Administradora presentó el informe de los Estados Financieros Auditados del FRUV el **05 de marzo de 2010**.*

Por todo lo expuesto anteriormente, en cumplimiento al parágrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado, considerando que han sido cumplidos los aspectos integrantes del debido proceso en esta instancia administrativa referidos a: ser oído, ofrecer y producir prueba, lo cual se traduce esencialmente en la posibilidad que se concedió al regulado de formular descargo, toda la prueba relativa a sus derechos, verter argumentaciones y tener un acceso irrestricto a la totalidad de las actuaciones; asimismo habiéndose cumplido el derecho a una decisión fundada, en el sentido de que a partir de los descargos presentados por el regulado, se realizó un análisis pormenorizado de los argumentos y de las pruebas rendidas, habiéndole otorgado por lo tanto ampliamente el derecho a la defensa, de manera previa a la adopción de una determinación, por lo que corresponde establecer la misma conforme a norma.

Considerando que el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, se originó en el hecho de que al 12 de febrero de 2010, fecha establecida para la presentación del Informe de Auditoría Externa referente a los Estados Financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez - FRUV, la Administradora no presentó el referido Informe aun habiendo fijado oficialmente la fecha de su entrega a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, diez días hábiles computables a partir del 26 de enero de 2010 (09 de febrero de 2010). Sin embargo, presenta oficialmente el referido Informe a esta entidad reguladora, el 05 de marzo de 2010. De lo anterior también se establece que la conducta del regulado resulta ser preterintencional, al haberse verificado que como consecuencia de la infracción no se ha contado con la información provista por los Estados Financieros de manera oportuna, para que el ente regulador pueda asumir las políticas necesarias en cuanto al control y supervisión en lo que respecta al FRUV, así como no permitir comunicar los resultados de auditoría a las entidades competentes.

En mérito a que el incumplimiento de la Administradora de Fondos de Pensiones a la normativa señalada anteriormente, no ocasiona en su resultado beneficio propio o de personas relacionadas a la misma, es decir no causa daño patrimonial a Beneficiarios ni al Fondo de Renta Universal de Vejez - FRUV, sin embargo la falta de atención a lo dispuesto por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, motiva la imposición de una sanción pecuniaria debiendo aplicar la equivalente a "Gravedad Leve", la cual se encuentra establecida en el inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que en mérito a lo expuesto anteriormente, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, por lo que corresponde establecer sanción…"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

> "…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo N° 1, mediante Nota de Cargos AP/DJ/1361/2010 de 14 de mayo de 2010, con multa en Bolivianos equivalente a $us 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento a lo dispuesto en la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010.*
>
> ***SEGUNDO.- I.*** *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***II.*** *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 11 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 116-2011 de fecha 24 de junio de 2011, bajo los siguientes argumentos:

> "…***II.- DE LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN:***
>
> *Su Autoridad ha determinado sancionar a nuestra AFP por el Cargo N° 1, con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento a lo dispuesto por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010. Dicha sanción corresponde a una infracción calificada como de "Gravedad Leve" en observación a lo expresado por su Autoridad en parte de los considerandos que con relación a la norma infringida al señalar que "...no ocasiona en su resultado beneficio propio o de personas relacionadas a la misma, es decir no causa daño patrimonial a Beneficiarios ni al Fondo de la Renta Universal de Vejez - FRUV, sin embargo la falta de atención a lo dispuesto por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones -AP motiva la imposición de una sanción pecuniaria...".*
>
> *En otra parte de los considerandos, su Autoridad establece que "...la conducta del regulado resulta ser preterintencional, al haberse verificado que como consecuencia de la infracción no se ha contado con la información provista por los Estados Financieros de manera oportuna, para que el ente regulador pueda asumir las políticas necesarias en cuanto al control y supervisión en lo que respecta al FRUV, así como no permitir comunicar los resultados de auditoría a las entidades competentes". Enmarcando de esta manera la conducta de nuestra AFP a lo dispuesto por el artículo 286 inciso c) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, para justificar de esta manera la imposición de la sanción pecuniaria.*
>
> *Dicha sanción, sin embargo, no ha sido fundamentada, pues desconocemos cual ha sido la motivación que le ha llevado a la imposición de dicha cuantía en la sanción*

pecuniaria; y, aunque su Autoridad tiene la discrecionalidad para la asignación de las mismas; es pertinente remitirse a lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia N° 1464/2004-R que en la parte pertinente señala:

> *"Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."*

De la citada sentencia constitucional se desprende que la falta de fundamentación para la asignación de la cuantía o monto de las sanciones, resulta en que las mismas sean desproporcionadas.

III.- DE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y PROPORCIONALIDAD:

a) Del principio de proporcionalidad:

De lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia N° 1464/2004-R, se desprende que "...siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma ***y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó****, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad" (las negrillas son nuestras).*

En ese entendido, los hechos o causas que han ocasionado el incumplimiento del plazo para la entrega del Informe de Auditoría del Fondo de la Renta Universal de Vejez (FRUV), han sido de conocimiento de su Autoridad, y han motivado a que en su oportunidad la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) amplíe los plazos para la presentación del citado informe en varias oportunidades, por problemas relacionados principalmente a la falta de conciliación, situación que fue aplicable a ambas administradoras.

Si bien es cierto que el Acta de Conciliación con COSSMIL fue suscrita en fecha 20 de enero de 2011, y con el SENASIR en fecha 26 de enero, y que dicha información fue remitida a la empresa de auditoría PricewaterhouseCoopers S.R.L. el mismo 26 de

enero de 2010, debiendo esta última emitir su informe de auditoría dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de recibida toda la documentación pendiente, lo que hubiera permitido la presentación del Informe de Auditoría hasta el 12 de febrero de 2010; no es menos cierto que después de la presentación de esta documentación (Actas de Conciliación), la empresa PricewaterhouseCoopers S.R.L. recién pudo identificar diferencias en el flujo de efectivo, las mismas que fueron subsanadas por nuestra administradora a efectos de que se pueda presentar correctamente el Informe de Auditoría solicitado. Por lo anteriormente señalado, la aseveración efectuada en los considerandos de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 116-2011 no es correcta cuando señala que "...Futuro de Bolivia S.A. contaba con el tiempo suficiente para aclarar y resolver las diferencias identificadas en el proceso de Auditoria, debido que el Estado Financiero debía estar disponible para la revisión de la firma de auditoría externa, con anterioridad a las ampliaciones del plazo establecido en la Circular AP/DF/2/2010". Más aún cuando tenía conocimiento de la existencia de la nota de fecha 08 de febrero de 2010 sin Cite mediante la cual BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP comunican a COSSMIL que el 02 de febrero de 2010 -fecha posterior a la suscripción del Acta de Conciliación- en oficinas del SENASIR se llevo a cabo la reunión entre las AFPs Futuro de Bolivia y BBVA Previsión con el fin de conciliar los desembolsos de la renta Dignidad solicitados por el SENASIR, y que en dicha reunión se constató que tanto para el SENASIR como para COSSMIL existen diferencias entre los desembolsos aprobados contra los desembolsos solicitados. En dicha nota también se solicita al COSSMIL que pueda instruir mediante nota para que las AFPs procedan a la regularización de las diferencias en los desembolsos de COSSMIL. Como resultado de esta última gestión, se recibió como respuesta la nota DGS.URN. No.128/10 de fecha 11 de febrero de 2011 - documentación que en su oportunidad fue puesta en su conocimiento - mediante la cual COSSMIL solicita a BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP regularizar de manera coordinada el desembolso recibido en exceso por Bs. 16.875 (Dieciséis Mil Ochocientos Setenta y Cinco 00/100 Bolivianos).

Por todo lo expresado precedentemente, debo manifestar que no existió en nuestra conducta grado de intencionalidad que pueda catalogarse como preterintencional a efectos de seamos pasibles a una sanción pecuniaria, pues como bien comprenderá su Autoridad han existido situaciones -que han sido de su conocimiento-, que son ajenas a nuestro control y que han impedido la presentación del informe en la fecha fijada; por lo que el acto administrativo recurrido, no se ajusta a los hechos que originaron la infracción de la normativa imputada, ni considera la jurisprudencia sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que: "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión".

b) Del principio de imparcialidad:

Dicho principio esta (sic) *establecido por el inciso f) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo y señala que "Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados".*

Al respecto es pertinente señalar que su Autoridad ha pronunciado la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 108-2011 de fecha 20 de junio de 2011, mediante la cual su Autoridad desestima los cargos imputados contra BBVA Previsión AFP S.A., señalando que "...el incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. es atribuible a factores ajenos a su voluntad, en este caso la imposibilidad material traducida en el retraso de las entidades SENASIR y COSSMIL, en la conciliación de saldos pendientes...". Decisión que fue motivada entre otras cosas por la nota de fecha 08 de febrero de 2010 sin Cite a la que ya se hizo referencia, mediante la cual BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP comunican a COSSMIL que el 02 de febrero de 2010 en oficinas del SENASIR se llevo a cabo la reunión entre las AFPs Futuro de Bolivia y BBVA Previsión con el fin de conciliar los desembolsos de la renta Dignidad solicitados por el SENASIR, y que en dicha reunión se constató que tanto para el SENASIR como para COSSMIL existen diferencias entre los desembolsos aprobados versus los desembolsos solicitados. En dicha nota también se solicita al COSSMIL que pueda instruir mediante nota para que las AFPs procedan a la regularización de las diferencias en los desembolsos de COSSMIL

Como respuesta a la nota citada recién en fecha 11 de febrero de 2011, mediante nota DGS.URN. No.128/10, COSSMIL solicita a BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP regularizar de manera coordinada el desembolso recibido en exceso por Bs. 16.875 (Dieciséis Mil Ochocientos Setenta y Cinco 00/100 Bolivianos).

De lo anteriormente expresado se tiene que ambas administradoras atravesábamos por las mismas dificultades e imposibilidad material para poder presentar el Informe de Auditoría en la fecha señalada por la Circular AP/DF/2/2010 de 26 de enero de 2010. Y que el incumplimiento del plazos en ambos casos, se tradujo como señala su Autoridad en que el regulador no haya "...con todo con la información provista por los Estados Financieros de manera oportuna, para que el ente regulador pueda asumir las políticas necesarias en cuanto al control y supervisión en lo que respecta al FRUV, así como no permitir comunicar los resultados a auditoría a las entidades competentes.", lo cual se constituye en la base que utiliza su Autoridad para sancionarnos pecuniariamente.

En aplicación del principio de búsqueda de la verdad material, se puede concluir que ambas AFPs incumplieron el plazo estipulado por la Circular AP/DF/2/2010 de 26 de enero de 2010, con la única diferencia que Previsión BBVA tenía las actas elaboradas ya en noviembre de 2009, lo que le permitió identificar las diferencias y después de regularizarlas obtener el acta de conciliación final, para así presentar su Informe de Auditoría; en cambio, Nuestra AFP una vez que logró las actas de conciliación con COSSMIL y SENASIR en fechas 20 y 26 de enero de 2010 respectivamente, recién pudo identificar las diferencias para poder subsanarlas.

IV.- PETITORIO:

Tomando en cuenta los antecedentes del caso, y toda vez que han sido vulnerados los principios que rigen el Procedimiento Administrativo al no haberse configurado una conducta preterintencional, al haberse establecido una sanción pecuniaria que no es proporcional a la conducta de nuestra AFP, y al vulnerarse también el principio de imparcialidad que rige el procedimiento administrativo, se han conculcado nuestros derechos y legítimos intereses, por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de fecha 24 de Junio de 2011, adecuando así el caso de Autos al marco de la legalidad en conformidad a las reglas del debido proceso administrativo, respetando los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 287-2011 DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 de fecha 8 de septiembre de 2011 y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de fecha 24 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

1. Respecto al Cargo N° 1

La Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, establece lo siguiente:

"En atención a las notas FUT.AP-125/01/2010 y PREV-INV-75/2010, de Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. de 21 y 26 de enero de 2010, respectivamente, y a la nota CITE; MEFP/VPSF/DGP/USSOLP/Nº 015/2010 de 21 de enero de 2010 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, y en consideración a que aún quedan registros pendientes de conciliación con la Entidades Proveedoras de información (SENASIR Y COSSMIL) se les comunica que el plazo establecido en la Circular AP/DF/25.2009 de 21 de diciembre de 2009, se amplía hasta el 12 de febrero de 2010, como fecha máxima para la presentación a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, el informe de auditoría externa y sus anexos relacionados a la auditoría del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV)" (el subrayado es nuestro).

Futuro de Bolivia S.A. AFP, luego de solicitar en cuatro (4) oportunidades la ampliación de plazo para la presentación de sus Estados Financieros Auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) y Gastos Funerales de la gestión 2008 y para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de julio de 2009, incumplió el último plazo establecido para el 12 de febrero de 2010.

El Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, expresa los siguientes argumentos:

"(…) Dichos fundamentos establecen que a tiempo de pronunciar las Resoluciones Administrativas AP/DJ/N°181-2011 de 18 de agosto de 2010 y AP/DJ/N° 255-2010 de fecha 26 de octubre, se ha omitido una parte esencial del acto cual es la motivación, por lo que las resoluciones no tiene (sic) el debido sustento legal y además han infringido el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, ya que los descargos presentados no fueron considerados dentro de todo el procedimiento administrativo sancionatorio.

...a tiempo de pronunciar la ahora recurrida resolución Administrativa, su Autoridad ha abundado en la relación de los hechos por la prueba aportada, sin embargo nuevamente ha vulnerado el derecho que tenemos a que se realice una valoración razonada de la prueba, vulnerando además los principios de imparcialidad y de proporcionalidad en la imposición de las sanciones,...".

El inciso b) y e) del artículo 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece que: "Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;

e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,

El artículo 30, inciso a) de la misma Ley establece: "Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando:

a) Resuelvan recursos administrativos;

La normativa referida anteriormente, ha sido consignada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/011/2011 de 22 de marzo de 2011 (página 32), refiriéndose específicamente al hecho de que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, habría "omitido hacer la valoración de la prueba al no pronunciarse sobre la documentación aportada por el recurrente, vulnerando así el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente".

Asimismo, continúa la Resolución Ministerial Jerárquica (página 33), expresando que tanto la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de 26 de octubre de 2010 y la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 181-2010 de 18 de agosto de 2010 "...han prescindido de la necesaria evaluación a la prueba de la ahora recurrente y al fundamento para lo mismo, determinando entonces, la indefensión de Futuro de Bolivia S.A. AFP, frente al cargo imputado".

De acuerdo a lo expresado, el criterio de Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso de Revocatoria, referente a que esta Autoridad ha abundado en la relación de los hechos por la prueba aportada, habiendo vulnerado nuevamente el derecho de la Administradora a que se realice una valoración, razonada de la prueba, resulta

entonces contradictoria, pues la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/011/2011 de 22 de marzo de 2011, en apego a los argumentos planteados por la Administradora, anula el procedimiento administrativo con el objeto de que la Entidad Reguladora, dicte nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho.

Por tanto, lo expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 116-2011 no se puede concebir simplemente como "una relación abundante de hechos" sino más bien el que a partir de la misma se realizó la valoración y el análisis detallado de la prueba aportada con el objeto de llevar a cabo lo determinado por la instancia superior, referente a cumplir con los elementos esenciales del acto administrativo, tal como prevé el inciso a) del artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que señala:

> *"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando:*
>
> *a) Resuelvan recursos administrativos".*

En ese sentido, reiteramos que en cumplimiento al parágrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado, han sido cumplidos los aspectos integrantes del debido proceso referidos a: ser oído, ofrecer y producir prueba, lo cual se traduce esencialmente en la posibilidad que se concedió al regulado de formular descargo, toda la prueba relativa a sus derechos, verter argumentaciones y tener un acceso irrestricto a la totalidad de las actuaciones; asimismo, habiéndose cumplido el derecho a una decisión fundada, en el sentido de que a partir de los descargos presentados por el regulado, se realizó un análisis pormenorizado de los argumentos y de las pruebas rendidas, habiéndole otorgado por tanto ampliamente el derecho a la defensa, de manera previa a la adopción de una determinación.

Asimismo, el Recurso de Revocatoria continúa con el siguiente argumento:

"DE LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN.-

> *Su Autoridad ha determinado sancionar a nuestra AFP por el cargo N° 1, con una multa en bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento a lo dispuesto por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010.*
>
> *Dicha sanción corresponde a una infracción calificada como de "Gravedad Leve" en observación a lo expresado por su Autoridad...*
>
> *(...)*
>
> *Dicha sanción, sin embargo, no ha sido fundamentada, pues desconocemos cual ha sido la motivación que le llevado a la imposición de dicha cuantía en la sanción pecuniaria;...".*

El argumento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en cuanto a que la sanción impuesta por la Autoridad Reguladora "no ha sido fundamentada", no es evidente, pues el memorial del Recurso de Revocatoria de la Administradora, contiene la transcripción

de los argumentos que justifican la sanción en la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 116/2011 de 24 de junio de 2011.

Al respecto, ratificamos y complementamos los argumentos vertidos en la Resolución Administrativa referida anteriormente, afirmando que en el caso presente la conducta del regulado resulta ser preterintencional, al haberse verificado que como consecuencia de la infracción no se ha contado con la información contenida en los Estados Financieros de manera oportuna para la toma de decisiones, respecto a los recursos transferidos a la nueva Entidad Gestora del FRUV; asimismo para que el Ente Regulador pueda asumir las políticas necesarias en cuanto al control y supervisión del FRUV y asumir las medidas legales pertinentes, en casos en que las conclusiones contenidas en el informe de auditoría externa traten de conductas que generen infracción a la normativa vigente, considerando que el Fondo de Renta Universal de Vejez está constituido con Recursos provenientes del Estado Boliviano, debiendo controlar por tanto el destino de estos recursos públicos, la forma y resultado de su aplicación, todo en en (sic) *el marco de la Ley N° 1178 de 20 de julio de 1990, de Administración y Control Gubernamental (Ley SAFCO).*

Asimismo, se evidencia la preterintencionalidad de la Administradora, pues al no contar con información en los plazos que señala la norma, ha impedido que el regulador en sus funciones y atribuciones de control y supervisión, cuente oportunamente con la información y los resultados expresados en la auditoría realizada al FRUV, para ser comunicados a las entidades que ejercen tuición tales como el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.

Por tanto, el incumplimiento de la Administradora de Fondos de Pensiones a la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, si bien no ocasiona en su resultado beneficio propio o de personas relacionadas a la misma, es decir no causa daño patrimonial a Beneficiarios ni al Fondo de Renta Universal de Vejez -FRUV, sin embargo por los argumentos expuestos anteriormente, motiva el carácter preterintencional de la conducta y consecuentemente la imposición de una sanción pecuniaria.

Continúa el Recurso de Revocatoria de Futuro de Bolivia S.A. AFP, refiriéndose a la supuesta vulneración de los Principios de Proporcionalidad y del Principio de Imparcialidad:

a) Del Principio de Proporcionalidad.-

El inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece lo siguiente:

> *"p) Principio de Proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".*

De las afirmaciones expresadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se evidencia que se amplió el plazo para la presentación de los Estados Financieros en varias oportunidades; sin embargo, el último plazo establecido, 12 de febrero de 2011, para

la presentación de los Estados Financieros del FRUV determinado en la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, contemplaba los diez (10) días hábiles requeridos por la firma de auditoría externa para la emisión de su opinión a través del Dictamen correspondiente. Por tanto, esta Autoridad con el objeto de dar cumplimiento a las normas relacionadas al Fondo de Renta Universal de Vejez y considerando como medio adecuado a este efecto, amplió en cuatro (4) oportunidades el plazo referido anteriormente, otorgando de esta manera el tiempo requerido por ambas Administradoras ante las demoras presentadas con las EPI: SENASIR y COSSMIL en la realización de las conciliaciones de pagos y desembolsos con el objeto de que la Administradora dé cumplimiento a la presentación del informe de auditoría externa, considerando la importancia del mismo para el control y supervisión por esta Autoridad, del beneficio de la Renta Dignidad.

Con relación a la aseveración efectuada por la AFP respecto a lo siguiente:

> *"...después de la presentación de esta documentación (Actas de Conciliación), la empresa PricewaterhrouseCoopers S.R.L.* ***recién pudo identificar diferencias en el flujo de efectivo****, mismas que fueron subsanadas por nuestra administradora a efectos de que se pueda presentar correctamente el Informe de Auditoría (sic) solicitado..."*.

Es importante mencionar que los Estados Financieros del FRUV auditados correspondían al período comprendido entre el 1° de enero de 2008 y el 30 de noviembre de 2009. Considerando que las Actas de Conciliación correspondientes a COSSMIL y SENASIR, fueron suscritas el 20 y 26 de enero de 2010, respectivamente, la información contenida en el ***Flujo de Efectivo refleja únicamente los desembolsos realizados a dichas EPI, ya que los pagos conciliados únicamente son mencionados en los párrafos de énfasis del Dictamen de Auditoría Externa, documento que señala lo siguiente:***

> *"(…)*
>
> ***Párrafo de énfasis*** (sic)
>
> ***Destacamos los siguientes aspectos, determinados después del 30 de noviembre y hasta la fecha de emisión de este informe, que no afectan nuestra opinión:*** *(las negrillas y el subrayado son nuestros).*

a) *el Fondo concilio los saldos al 30 de noviembre de 2009 con SENASIR, habiéndose establecido una diferencia final por cobrar de Bs128.700 por desembolsos que surgen como resultado de efectivo solicitado en exceso por esa entidad en enero 2008 y que formaban parte del saldo de Bs683.500 registrados como cuentas por cobrar al 30 de noviembre de 2009. Al corresponder esta diferencia a pagos de beneficiarios de AFP Previsión BBVA (sic), esa administradora se hizo cargo de la diferencia indicada efectuando la transferencia a La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.;*

b) ***el Fondo concilio los saldos al 30 de noviembre de 2009 con COSSMIL, por Bs13.875****, cancelados posteriormente por esa entidad a La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.; (las negrillas son nuestras).*

c) *la Administradora del Fondo, estima que no surgirán ajustes significativos en relación con los temas antes mencionados que afecten los estados financieros adjuntos ni el cálculo de las comisiones;*

d) ***como resultado de las conciliaciones con SENASIR y COSSMIL*** *antes mencionadas, se regularizaron con posterioridad al 30 de noviembre de 2009, Bs683.550 y Bsll.475, respectivamente.* ***Estas regularizaciones posteriores no se encuentran reflejadas en los estados financieros adjuntos****, pero están reveladas en la Nota 7 a los mismos..." (las negrillas son nuestras).*

Por tanto, la afirmación realizada por la firma de auditoría externa en el Dictamen de los Estados Financieros del FRUV contradice el argumento de la AFP, referente a que la demora en la presentación del informe de auditoría externa del FRUV, fue ocasionada por diferencias que supuestamente habrían surgido a raíz de las conciliaciones suscritas con SENASIR y COSSMIL.

Asimismo, lo señalado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, respecto a la regularización de las diferencias en los desembolsos a COSSMIL por Bs16.875,00 (DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS), es incorrecto, debido a que de acuerdo a la firma de auditoría externa, el monto que debía conciliarse entre ambas AFP y fue reembolsado al FRUV corresponde a Bs 13.875,00 (TRECE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS), importe que fue identificado en el inciso b) del párrafo de énfasis del Dictamen de Auditoría Externa.

Dado que este hecho ocurrió con posterioridad a la fecha de cierre del Flujo de Efectivo no fue objeto de mayor análisis por parte de los auditores externos en la evaluación del mencionado Estado Financiero. ***Confirmándose por tanto****, la aseveración efectuada en los considerandos de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N⁰ 116-2011 que señala: "... Futuro de Bolivia S.A. AFP contaba con el tiempo suficiente para aclarar y resolver las diferencias identificadas en el proceso de Auditoría, debido a que el Estado Financiero debía estar disponible para la revisión de la firma de auditoría externa...".*

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente: ***a)*** *Es indiscutible que el incumplimiento de la Administradora a la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, se constituye en infracción,* ***b)*** *La infracción se encuentra plenamente probada, pues la Administradora no entregó en el plazo fijado por norma, el informe de auditoría externa del FRUV y* ***c)*** *Las apruebas* (sic) *aportadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, fueron debidamente ponderadas por la Entidad Reguladora al realizar un análisis de manera detallada entre el hecho imputado y las obligaciones exigidas a la AFP, lo cual se puede evidenciar en la Resolución Administrativa recurrida.*

Asimismo, respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se concluye en lo siguiente: ***a)*** *Existió negligencia y culpa en el actuar de la Administradora, pues actuó con negligencia al no remitir los Estados Financieros del FRUV auditados, ya que la demora en la conciliación de pagos con las EPI SENASIR y COSSMIL no ocasionó la demora en la presentación del informe de auditoría externa, tal como se demostró anteriormente,* ***b)*** *Existe evidencia de los perjuicios causados por el incumplimiento de la Administradora, tal como se podrá comprobar en los argumentos detallados más adelante.*

b) Del Principio de Imparcialidad.-

El inciso f) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece lo siguiente:

"f) Principio de Imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados".

Al respecto, es importante expresar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en ningún momento actuó sin imparcialidad, pues en la evaluación de los descargos presentados por ambas AFP queda claramente demostrado que la Entidad Reguladora aplicó el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba y en ningún momento ignoró o dejó de evaluar los descargos presentados.

Sin embargo, debemos referirnos a los motivos por los cuales existen diferencias en la resolución de los Recursos de ambas Administradoras. En el caso de BBVA Previsión AFP S.A., la Administradora presentó argumentos valederos así como la documentación respaldatoria pertinente, la cual una vez debidamente revisada y analizada, se concluyó en que las Actas de Conciliación correspondientes al SENASIR y COSSMIL fueron recepcionadas en la referida Administradora el 11 y 24 de febrero de 2010, respectivamente, por lo que la firma de auditoría externa no contaba con el tiempo suficiente para la elaboración del Dictamen, pues en el caso de COSSMIL el Acta se encontraba disponible con posterioridad a la fecha límite establecida para su remisión a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP.

En el caso correspondiente a Futuro de Bolivia S.A. AFP, una vez analizada y valorada la prueba aportada, se concluye en que esta Administradora tuvo acceso a la información contenida en las Actas de Conciliación suscritas con las EPI COSSMIL y SENASIR el 20 y 26 de enero, respectivamente, es decir, con anterioridad al 12 de febrero de 2010, fecha establecida mediante Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, para la entrega de los Estados Financieros Auditados.

Conforme lo señalado anteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP actuó con negligencia al no remitir los Estados Financieros Auditados del FRUV, debido a que es por demás evidente que la demora en la conciliación de pagos con las EPT SENASIR y COSSMIL, no ocasionó de ninguna manera la demora en la presentación del informe de auditoría externa, tal como se demostró de las afirmaciones de la firma auditora, las cuales se encuentran transcritas en la presente Resolución Administrativa.

En mérito a los argumentos y los antecedentes expuestos anteriormente, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 29 de septiembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 287-2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II.-DE LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN:***

Se ha determinado sancionar a nuestra AFP por el Cargo Nº 1 con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento a lo dispuesto por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010.

Dicha sanción corresponde a una infracción calificada como de "Gravedad Leve" en observación a lo expresado por su Autoridad en parte de los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 que con relación a la norma infringida ha señalado que "...no ocasiona en su resultado beneficio propio o de personas relacionadas a la misma, es decir no causa daño patrimonial a Beneficiarios ni al Fondo de la Renta Universal de Vejez - FRUV, sin embargo la falta de atención a lo dispuesto por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP motiva la imposición de una sanción pecuniaria...".

En otra parte de los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011, se ha establecido que "...la conducta del regulado resulta ser preterintencional, al haberse verificado que como consecuencia de la infracción no se ha contado con la información provista por los Estados Financieros de manera oportuna, para que el ente regulador pueda asumir las políticas necesarias en cuanto al control y supervisión en lo que respecta al FRUV, así como no permitir comunicar los resultados de auditoría a las entidades competentes". Enmarcando de esta manera la conducta de nuestra AFP a lo dispuesto por el artículo 286 inciso c) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, para justificar de esta manera la imposición de la sanción pecuniaria.

Los argumentos arriba transcritos y que fueron repetidos en la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 no son suficientes como para determinar fehacientemente una conducta antijurídica preterintencional por parte de nuestra AFP, considerando que la preterintencionalidad de acuerdo al concepto expresado por el Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas, en su Tomo IV es la "Superación del propósito por los Hechos. Circunstancia atenuante (v.) de la responsabilidad criminal cuando se causa un mal superior al querido o planeado... 1.Concepto técnico. Jiménez de Asúa expresa que la preterintención -sinónimo menos difundido- consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido...".

En el caso de Autos, para que el regulador pueda establecer que nuestra conducta ha sido más grave que la prevista, primero debe establecer cuál ha sido la conducta prevista por parte de nuestra AFP.

Por lo anteriormente expresado, al no haberse demostrado la conducta preterintencional, y al no haberse causado daño económico a los Afiliados ni a los Fondos que administramos, la infracción imputada y sancionada fue desarrollada en el marco de la ***No Intencionalidad*** *y como consecuencia de los retrasos en la conciliación con las EPI SENASIR y COSSMIL, hechos que eran de conocimiento del regulador , por lo que en aplicación al procedimiento sancionador establecido por el decreto Supremo N2 24469 de 17 de enero de 1997, no corresponde la calificación de la infracción como Leve, sino más bien como levísima.*

III.- FALTA DE CONGRUENCIA:

*Como se desprende de lo expresado precedentemente, se nos ha imputado una conducta preterintencional y por lo tanto se nos ha impuesto una sanción por una infracción calificada como leve, reconociendo que no ha existido beneficio propio ni de terceros y menos aun daño a los fondos bajo nuestra administración. Sin embargo al hacer el análisis respecto a la falta de proporcionalidad en la imposición de la sanción invocada por nuestra AFP, su Autoridad ha concluido respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción impuesta que: "**a) Existió negligencia y culpa en el actuar de la Administradora**, pues actuó con negligencia al no remitir los Estados Financieros del FRUV auditados, ya que la demora en la conciliación de pagos con las EPI SENASIR y COSSMIL no ocasiono la demora en la presentación del informe de auditoría externa, tal como se demostró anteriormente. **b) Existe evidencia de los perjuicios causados** por el incumplimiento de la Administradora, tal como se podrá comprobar en los argumentos detallados más adelante (las negrillas son nuestras)". Argumentos que se contradicen con los expresados a tiempo de justificar una conducta preterintencional; y no así de una conducta negligente o culposa y que hubiera causado perjuicio; ya que estos elementos constituye otro tipo de infracción administrativa que no corresponde al caso de autos.*

IV.- VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD:

Reiteramos que la APS a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 108-2011 de fecha 20 de junio de 2011, que desestima los cargos imputados contra BBVA Previsión AFP S.A., ha señalando que "...el incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. es atribuible a factores ajenos a su voluntad, en este caso la imposibilidad material traducida en el retraso de las entidades SENASIR y COSSMIL, en la conciliación de saldos pendientes...".

Decisión que fue motivada entre otros aspectos como se desprende de los considerandos de la misma, por la nota de fecha 08 de febrero de 2010 sin Cite mediante la cual BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP comunican a COSSMIL que el 02 de febrero de 2010 en oficinas del SENASIR se llevo a cabo la reunión entre las AFPs Futuro de Bolivia y BBVA Previsión con el fin de conciliar los desembolsos de la renta Dignidad solicitados por el SENASIR, y que en dicha reunión se constató que tanto para el SENASIR como para COSSMIL existen diferencias entre los desembolsos aprobados versus los desembolsos solicitados. En dicha nota también se solicita al COSSMIL que pueda instruir mediante nota para que las AFPs procedan a la regularización de las diferencias en los desembolsos de COSSMIL.

Como respuesta a la nota citada recién en fecha 11 de febrero de 2011, mediante nota DGS.URN. No.128/10, COSSMIL solicita a BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP regularizar de manera coordinada el desembolso recibido en exceso por Bs. 13.875 (Trece Mil Ochocientos Setenta y Cinco 00/100 Bolivianos).

De lo anteriormente expresado se tiene que ambas administradoras atravesábamos por las mismas dificultades e imposibilidad material para poder presentar el Informe de Auditoría en la fecha señalada aunque bajo diferentes circunstancias, debido a

que Previsión BBVA tenía las actas elaboradas ya en noviembre de 2009, lo que le permitió identificar las diferencias y después de regularizarlas obtener el acta de conciliación final, para así presentar su Informe de Auditoría; en cambio, Nuestra AFP una vez que logró las actas de conciliación con COSSMIL y SENASIR en fechas 20 y 26 de enero de 2010 respectivamente, pudo regularizar las diferencia en el flujo de caja, por lo que en aplicación del principio de búsqueda de la verdad material, se puede concluir que ambas AFPs incumplieron el plazo estipulado por la Circular AP/DF/2/2010 de 26 de enero de 2010, provocando los mismos efectos jurídicos expresados en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DF/Nº 116-2011 y APS/DJ/DF/Nº 287-2011 a saber, "...que el ente regulador pueda asumir las políticas necesarias en cuanto al control y supervisión en lo que respecta al FRUV, así como no permitir comunicar los resultados a auditoría a las entidades competentes...".

V.- PETITORIO:

Al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 de fecha 08 de septiembre de 2011; que confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de fecha 24 de junio de 2011, y adecuarla a normativa vigente, adecuando así el caso de Autos al marco de la legalidad en conformidad a las reglas del debido proceso administrativo, respetando los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

El día lunes 7 de noviembre de 2011 se lleva adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos conforme fuera señalada en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 264/2011 de 3 de noviembre de 2011 y a solicitud expresa de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 28 de enero de 2008, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros suscribió con **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, el

Contrato por Excepción N° 015.08 autorizado por el Decreto Supremo N° 29424 de 17 de enero de 2008, para la Administración del Fondo Universal de Renta de Vejez, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales para la gestión 2008, Contrato que en su cláusula séptima, puntos 7.1 inciso h) y 7.2 inciso t), señala que para la Administración de la Base de Datos de los Beneficiarios de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, son obligaciones de la Administradora de Fondos de Pensiones, cumplir con los Decretos Supremos N° 29400 (Reglamentario a la Ley de la Renta Universal de Vejez) y N° 29424 (complementario al anterior), como con la normativa emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, normas que para el caso concreto, establecen lo siguiente:

Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007:

Artículo 4° (*ADMINISTRACIÓN Y PAGO*).

"…*La Entidad encargada de la Regulación, se encuentra facultada a determinar los términos de referencia, requisitos mínimos y las condiciones para la contratación, el documento de contratación, las condiciones de contratación y contratar a la entidad gestora.*

La empresa a ser contratada se encontrará bajo la supervisión, fiscalización y regulación del ente competente, siendo sujeta a las sanciones establecidas en la normativa que se aplica para la Entidad encargada de la Regulación y la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, del Procedimiento Administrativo."

Artículo 15° (*PAGO A RENTISTAS Y JUBILADOS*).

"…*El pago de la Renta Dignidad, para los Rentistas del Sistema de Reparto y pensiones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 11 del presente Decreto Supremo, será gestionado y pagado directamente por las Instituciones responsables del pago de la renta o pensión, asumiendo las mismas obligaciones y responsabilidades de la Entidad Gestora respecto al pago.*

e): Trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido de acuerdo a cronograma a ser establecido por la Entidad encargada de la Regulación…"

Artículo 29° *(PAGO DE LA RENTA DIGNIDAD Y GASTOS FUNERALES).*

"…*La Entidad Gestora, podrá subcontratar a un tercero para realizar el pago de la Renta Dignidad y los Gastos Funerales.*

Para que el tercero tenga acceso a la Base de Datos de los Beneficiarios de la Renta Dignidad y Gastos Funerales deberá cumplir con las mismas medidas de

confidencialidad y seguridad, así como los términos y condiciones mínimas a ser establecidas por la Entidad encargada de la Regulación..."

Artículo 30° *(DE LA INFORMACIÓN)*.

"*…La Entidad Gestora deberá proporcionar a la Entidad encargada de la Regulación la información que ésta le solicite respecto de las inversiones que realice en los Valores autorizados en la presente norma con recursos del Fondo u otra información que se requiera por la aplicación del presente Decreto Supremo, en la oportunidad y los plazos que se fije para tal efecto.*

La naturaleza de la información, su periodicidad, los plazos y la forma de envío serán establecidas por la Entidad encargada de la Regulación mediante reglamento…"

Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008:

Artículo 24°: "*El SENASIR, COSSMIL, AFP y EA trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido en un plazo máximo de 20 días hábiles administrativos.*"

A tal efecto, adjunta un cronograma para cada gestión calendario con fechas límites de conciliación.

Artículo 25°: "*Las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras remitirán a la SPVS* (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) *la información que ésta entidad requiera para fines de control y supervisión, conforme a Circular emitida por la Intendencia de Pensiones*".

Consiguientemente, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** resulta responsable de la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales, conforme le fuera requerido por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) mediante Circular N° AP/DF/4/2009 de fecha 24 de junio de 2009, sucesivamente ampliada en cuanto al plazo de presentación, mediante las Circulares AP/DF/16/2009 de fecha 18 de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de fecha 2 de octubre de 2009, AP/DF/25/2009 de fecha 21 de diciembre de 2009 y AP/DF/2/2010 de fecha 26 de enero de 2010, por lo que se halla cumplida la disposición del artículo 78° (Responsabilidad), parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341.

Es así que, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha emitido la Circular AP/DF/4-2009 de 24 de junio de 2009, por la que instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., el cierre de la administración, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, y los procedimientos a cumplir, con relación a la gestión 2008 y para el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de julio de 2009, señalando que:

> "…*los Estados Financieros requeridos deben ser preparados con fecha de corte al 31 de julio de 2009 y al 31 de agosto deben contar con opinión de auditoría externa. La remisión de estos Estados Financieros deberá realizarse hasta el 10 de septiembre de 2009 impostergablemente*…"

Con respecto a la precitada Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, que comunica la ampliación del plazo para la presentación del *informe de auditoría externa y sus anexos relacionados a la auditoría del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV)* hasta fecha 12 de febrero de 2010, se pronuncia el Informe Técnico – Legal DF/T/004-2010 de fecha 30 de abril de 2010 y cursante de fs. 1 a 10 del expediente con la siguiente conclusión:

> "…*de acuerdo al análisis técnico – legal se concluye que Futuro de Bolivia S.A. AFP, incumplió el plazo final establecido en la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, para la presentación del Dictamen de Auditoría Externa de los Estados Financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV).* "

Consiguientemente y mediante la Resolución Administrativa/AP/DJ/DF/N° 116-2011 de 24 de junio de 2011 (segundo proceso emergente de la anulación), la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por incumplimiento del plazo fijado por Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2009.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Consideración de la preterintencionalidad en la calificación de la sanción.-

El memorial de Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*Los argumentos* (…) *que fueron repetidos en la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 287-2011 no son suficientes como para determinar fehacientemente una conducta antijurídica preterintencional por parte de nuestra AFP* (…)
>
> *En el caso de Autos, para que el regulador pueda establecer que nuestra conducta ha sido más grave que la prevista, primero debe establecer cual* (sic) *ha sido la conducta prevista por parte de nuestra AFP*…"

A este respecto y por oportuno, se rescata lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 004/2012, de fecha 26 de enero de 2012, la que a su vez recogió el precedente de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006, de la siguiente manera:

> "…*Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente.*

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

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

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

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

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), sino también por una actitud culposa u omisiva…"

Dentro del caso de autos, queda claro que el Ente Regulador determinó en cuanto al cargo imputado, la existencia de preterintencionalidad en la conducta sancionada de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por cuanto la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 de 8 de septiembre de 2011 ha señalado que:

"*…en el caso presente la conducta del regulado resulta ser preterintencional, al haberse verificado que como consecuencia de la infracción no se ha contado con la información contenida en los Estados Financieros de manera oportuna para la toma de decisiones, respecto a los recursos transferidos a la nueva Entidad Gestora del FRUV; asimismo para que el Ente Regulador pueda asumir las políticas necesarias en cuanto al control y supervisión del FRUV y asumir las medidas legales pertinentes, en casos en que las conclusiones contenidas en el informe de auditoría externa traten de conductas que generen infracción a la normativa vigente, considerando que el Fondo de Renta Universal de Vejez está constituido con Recursos provenientes del Estado Boliviano, debiendo controlar por tanto el destino de estos recursos públicos, la*

forma y resultado de su aplicación, todo en en (sic) *el marco de la Ley N° 1178 de 20 de julio de 1990, de Administración y Control Gubernamental (Ley SAFCO).*

Asimismo, se evidencia la preterintencionalidad de la Administradora, pues al no contar con información en los plazos que señala la norma, ha impedido que el regulador en sus funciones y atribuciones de control y supervisión, cuente oportunamente con la información y los resultados expresados en la auditoria (sic) *realizada al FRUV, para ser comunicados a las entidades que ejercen tuición tales como el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros…"*

Consiguientemente, verificada la existencia de preterintencionalidad y así considerada fundadamente en la Resolución Administrativa impugnada, no es atendible la pretensión de la recurrente a este respecto.

2.2. Congruencia de la Resolución impugnada en cuanto a la gravedad de la conducta y la calificación de la sanción.-

La recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala también en su Recurso, que:

"*…su Autoridad ha concluido respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción impuesta que: "**a) Existió negligencia y culpa en el actuar de la Administradora**, pues actuó con negligencia al no remitir los Estados Financieros del FRUV auditados,* (…) ***b) Existe evidencia de los perjuicios causados** por el incumplimiento de la Administradora, tal como se podrá comprobar en los argumentos detallados más adelante (las negrillas son nuestras)…*"

Tales extremos le sirven a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** para alegar una contradicción entre los mismos y "*los expresados a tiempo de justificar una conducta preterintencional*", por cuanto a su entender, la conducta preterintencional no puede importar negligencia, culpa o existencia de perjuicios, elementos que constituirían "*otro tipo de infracción administrativa que no corresponde al caso de autos*".

No obstante, sobre la contradicción sugerida la recurrente tampoco ahonda mayor fundamento, por lo que se debe inferir que, cuando a fojas 288 del Recurso Jerárquico se intitula "*FALTA DE CONGRUENCIA*" a su numeral III -en el que se expone tal fundamento-, entonces está acusando que la contradicción expuesta resulte en una sinonimia de incongruencia,

Por ello, es pertinente rescatar lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 que establece que:

"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.

La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión…"

El extremo tiene relación con el derecho al debido proceso, conforme ha sido mencionado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010:

"*…a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas;* ***derecho a la congruencia entre acusación y condena****; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba;* ***derecho a la motivación y congruencia de las decisiones*** *(SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);…* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

(…)

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

De lo anterior, la congruencia resulta aplicable inclusive al ámbito en el que se desenvuelve el proceso presente, importando dos presupuestos:

- El derecho a la congruencia entre acusación y condena, y
- El derecho a la congruencia de las decisiones.

Debiendo subsumirse el primero al caso concreto, deviniendo en que en observancia del artículo 73º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que establece que "*sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias*", es necesario remitirse a la norma que define a las diversas calificaciones de las sanciones según su gravedad, esta es el artículo 286º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, sobre Reglamento de la Ley de Pensiones, el que en lo pertinente establece:

"…***ARTÍCULO 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).*** *Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*

(…)

c) Gravedad leve, cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.

d) Gravedad levísima, cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado…"

Por consiguiente, cuando la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 de 8 de septiembre de 2011 refiere la existencia de preterintencionalidad en la conducta de la ahora recurrente, no está determinando la inexistencia de negligencia, de culpa o de perjuicios ocasionados, toda vez que conforme lo establecido en el numeral 2.1. supra, la preterintencionalidad importa un efecto del acto sancionado, y no la motivación u otros efectos accesorios del mismo.

En definitiva, la negligencia, la culpa o los perjuicios ocasionados referidos por el Ente Regulador en la conducta de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, no determinan de ninguna manera la inconcurrencia de un beneficio propio o de personas relacionadas al infractor, extremos que hace mal en confundir la recurrente puesto que sólo esa inconcurrencia hace al requisito exigido por el artículo 286º, inciso c), del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, para la calificación de la infracción como leve, no correspondiendo la calificación de levísima que el Recurso Jerárquico sugiere cuando menciona a "*otro tipo de infracción administrativa*".

2.3. Del alegato sobre el principio de imparcialidad.-

Por último, la recurrente señala también que:

> "*…la APS a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 108-2011 de fecha 20 de junio de 2011, que desestima los cargos imputados contra BBVA Previsión AFP S.A., ha señalando que "...el incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. es atribuible a factores ajenos a su voluntad, en este caso la imposibilidad material traducida en el retraso de las entidades SENASIR y COSSMIL, en la conciliación de saldos pendientes...".*
>
> (…)
>
> *…se puede concluir que ambas AFPs incumplieron el plazo estipulado por la Circular AP/DF/2/2010 de 26 de enero de 2010, provocando los mismos efectos jurídicos expresados en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DF/Nº 116-2011 y APS/DJ/DF/Nº 287-2011 a saber, "...que el ente regulador pueda asumir las políticas necesarias en cuanto al control y supervisión en lo que respecta al FRUV, así como no permitir comunicar los resultados a auditoría a las entidades competentes..."*

Tal presupuesto sugiere haberse incumplido, a tiempo de la sanción que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de 24 de junio de 2011 y confirmada en la

Resolución Administrativa ahora recurrida, con el principio de imparcialidad previsto por el artículo 4º, inciso f) de la Ley Nº 2341de 23 de abril de 2002, (de Procedimiento Administrativo), por cuanto la recurrente confronta la sanción impuesta en su contra, con la desestimación resuelta a favor de la otra Administradora de Fondos de Pensiones (BBVA Previsión AFP S.A.).

No obstante, de la lectura íntegra del numeral IV (*VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD*) del Recurso Jerárquico, se evidencia que salvo la mención a la existencia de la normativa que beneficia a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, y su diferenciación con la que sanciona a la ahora recurrente, **no existe mayor elemento que permita establecer cuál la solicitud concreta con referencia a la alegada vulneración**, en infracción al artículo 41º, inciso d), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), aplicable al caso por imperio del artículo 118º del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo), normas ambas que a continuación se transcriben:

> **Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo):**
>
> "…*Artículo 41.- (Iniciación a Solicitud de los Interesados). Si el procedimiento se inicia a solicitud de los interesados,* ***el escrito*** *que ellos presenten* ***hará constar lo siguiente****:* (…)
>
> *d) Los hechos, motivos y* ***solicitud*** ***en la que se concrete con toda claridad lo que se pretende****;*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> **Decreto Supremo Nº 27113 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo):**
>
> "…*Artículo 118.- (Forma de Presentación). Los administrados legitimados presentarán sus reclamaciones y recursos por escrito ante la misma autoridad que emitió el acto impugnado, dentro del plazo establecido al efecto, individualizando el acto objeto de impugnación e indicando el derecho subjetivo o interés legítimo que invocan,* ***con las formalidades señaladas en el Artículo 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Amén de ello, cuando el propio Recurso Jerárquico alude "*diferentes circunstancias, debido a que Previsión BBVA tenía las actas elaboradas ya en noviembre de 2009, lo que le permitió identificar las diferencias y después de regularizarlas obtener el acta de conciliación final, para así presentar su Informe de Auditoría*…", determina que, contrariamente a lo también señalado por la recurrente, el incumplimiento no les sea atribuibles de igual manera a ambas Administradoras de Fondos de Pensiones, por cuanto si, como establece el artículo 78º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, "*sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativas, las personas individuales o colectivas que resulten responsables*", la existencia de las aludidas actas elaboradas y sus señalados efectos en el caso de BBVA Previsión AFP S.A., importa la concurrencia de responsabilidades distintas.

Par ello, debe observarse que, conforme sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 108-2011 de 20 de junio de 2011 (la que desestima sanción contra la otra Administradora de

Fondos de Pensiones), BBVA Previsión AFP S.A. remitió en fecha 10 de febrero de 2010 notas dirigidas al SENASIR y COSSMIL, las Actas de Conciliación Global – Renta Dignidad, dando lugar a que en fechas 11 de febrero de 2010 y 17 de febrero de 2010, mediante notas SENASIR U SIS 0154/2010 y DGS.-URN No. 136/10, SENASIR y COSSMIL hubieran devuelto las Actas debidamente suscritas, las que en definitiva fueron presentadas ante el Ente Regulador en fecha 24 de febrero de 2010, conforme consta en la nota PREV-INV-236/2010, extremos correspondientes todos al caso de BBVA Previsión AFP S.A. y que no se verifican en el caso de la ahora recurrente.

En definitiva, resulta impertinente lo alegado por la recurrente con respecto al principio de imparcialidad.

CONSIDERANDO:

Que, dentro del caso de autos, se ha verificado la existencia de preterintencionalidad en la infracción cometida por la recurrente, así considerada fundadamente en la Resolución Administrativa impugnada, como el cumplimiento del requisito exigido para la calificación de la misma infracción como leve, con los efectos de calificación de la sanción que ello conlleva, resultando impertinente alegar para el caso el principio de imparcialidad.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 287-2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 116-2011 de fecha 24 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/Nº 295-2011 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 009/2012 DE 09 DE FEBRERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 009/2012

La Paz, 09 de febrero de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 295-2011 de 12 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 124-2011 de 30 de junio de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 046/2011 de 16 de diciembre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 008/2012 de 19 de enero de 2012, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 3 de octubre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 295-2011 de 12 de septiembre de 2011, que en Recurso de

Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 124-2011 de 30 de junio de 2011.

Que, en fecha 5 de octubre de 2011 mediante nota APS/DJ/3808/2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 295-2011 de 12 de septiembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 11 de octubre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 14 de octubre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/139/2011 de fecha 13 de abril de 2011, notifica a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con los siguientes cargos y de conformidad al siguiente texto:

"….IMPUTACIÓN DE CARGOS:
Caso 1. Revisión de Gastos Funerarios FCC, procesados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, GESTIÓN 2008.
Cargo 1.

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997 y artículo 14° del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que la AFP no llenó los Formularios de Aviso de Fallecimiento de las causantes Luisa Mamani de Quispe y Nieves Hinojosa Barrionuevo al momento en que tomó conocimiento del fallecimiento de las Beneficiarias; hecho verificable al evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP solicitó la actualización de los registros a través del Sistema de Trámites en fecha anterior a la suscripción del Aviso de Fallecimiento.

El detalle de los casos con la expresión de datos, es el siguiente:

Nº	SOLICITUD		CAUSANTE				FECHA AVISO DE FALLECIM.	FECHA SOLICITUD DE ACT. DE DATOS	DIAS TRANS DESDE LA FECHA DE ACT. DE DATOS AL AVISO DE
	Nº	FECHA	NUB	DOCUMENTO DE IDENTIDAD	FECHA NACIMIENTO	NOMBRES Y APELLIDOS			
1	84419	10/06/2008	200103754	3483391	25/08/1970	LUISA MAMANI DE QUISPE	10/01/2008	31/12/2007	10
2	85924	25/07/2008	300246239	3566478	05/08/1962	NIEVES BARRIIONUEVO HINOJOSA	25/07/2008	01/04/2008	115

Cargo 2.

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el inciso c) del artículo 25° del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos

del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006 y punto V. de la Circular SPVS/IP/DBFCC/N^{0} 95/2006 de 30 de octubre de 2006, al advertir que en los reportes mensuales de pagos correspondientes a los meses de enero, junio y agosto de 2008 remitidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no fueron informados tres (3) registros correspondientes a las Solicitudes No. 79460, 84157 y 86072.

El detalle de los casos con la expresión de datos, es el siguiente:

Nº	Nº DE SOL	NUB	DOCUMENTO DE IDENTIDAD	APELLIDO PATERNO	APELLIDO MATERNO	NOMBRES	FECHA DE ENVÍO A EEFF	FECHA PAGO
1	79460	700298292	2946751	GUACHALLA	CARRASCO	RUTH	18/12/2007	16/01/2008
3	84157	900155825	2589805	QUISPE	CANAVIRI	PEDRO	09/06/2008	29/06/2008
2	86072	220091360	141528	HUANCA	HUANCA	GREGORIO	05/08/2008	09/08/2008

Cargo 3.

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en los incisos a), b), e) y f) del artículo 13° del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que en nueve (9) registros los causantes fueron reportados por la AFP como fallecidos con Solicitudes anteriores, mismas que fueron anuladas por diferencia de datos con la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol y Gastos Funerarios, y por documentación pertinente que no habría requerido en el momento de su llenado.

El detalle de los casos con la expresión de datos, es el siguiente:

	2ª SOLICITUD		CAUSANTE						1ª SOLICITUD			DIAS
Caso	Nº	FECHA	NUB	DOCUMENTO DE IDENTIDAD	APELLIDO PATERNO	APELLIDO MATERNO	NOMBRES	FECHA DEFUNCIÓN	Nº	FECHA	FECHA DE HABILITACIÓN DEL PAGO	TRANSCURRID DESDE LA 1ª SOL A LA FECHA DE PAGO DE HAB.
1	80250	09/01/2008	220918559	393279	ALARCON		PRIMITIVA	14/08/2006	77388	11/10/2007	17/01/2008	95
2	80446	16/01/2008	800040497	2150270	NEGRETE	LOPEZ	SAMUEL	19/10/2007	79257	06/12/2007	08/02/2008	46
3	80764	30/01/2008	220482039	2156056	MAMANI		PAULINA	06/12/2007	79900	26/12/2007	08/02/2008	42
4	80828	06/02/2008	800061269	09003-100632X	VILLARROEL	FARFAN	RUBEN	25/11/2007	79800	20/12/2007		
5	81102	26/02/2008	200231218	2433671	TITO		ANDREA	01/10/2007	80778	30/01/2008	23/03/2008	36
6	82091	01/04/2008	220843142	4856415	ROJAS	MAMANI	HONORIA	13/10/2006	76211	06/09/2007	09/04/2008	211
7	82400	07/04/2008	300471324	524332	GOMEZ	SOLORZANO	ALEJANDRO	22/11/2007	80829	07/02/2008	30/04/2008	81
8	83698	13/05/2008	900191245	3315791	TICONA	CHOQUE	ANDREA CORSINA	17/11/2006	73476	14/06/2007	23/06/2008	355
9	88523	16/10/2008	300685573	382030	VISCARRA		ANDREA	16/06/2007	77711	19/10/2007	13/11/2008	378

CARGO 4.

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el artículo 19° del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que en los nueve (9) registros de los NUB: 220918559, 800040497, 220482039, 800061269, 200231218, 220843142, 300471324,

900191245, 300685573 detallados en el cuadro anterior, que corresponden a causantes reportados por la AFP como fallecidos con Solicitudes anteriores, el tiempo transcurrido entre la primera Solicitud de Gastos Funerarios y el envío a las entidades financieras para el pago a los solicitantes, oscila entre 36 y 378 días, incumpliendo de esta manera el plazo establecido en normativa.

Caso 2. Revisión de Gastos Funerales FRUV, procesados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, gestión 2008.

Cargo 5.

Existen indicios de incumplimiento al inciso c) del artículo 24° del Manual de Procedimientos para otorgar el pago del Beneficio de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008 y al punto IV. de la Circular SPVS/IP/35/2008 de 31 de marzo de 2008, al advertir que de la información de pagos procesados y remitidos mensualmente a la ex SPVS por Futuro de Bolivia AFP S.A., correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2008, existen nueve (9) pagos no reportados de acuerdo al siguiente cuadro:

N°	N° SOL	NUB	DOCUMENTO IDENTIDAD	APELLIDO PATERNO	APELLIDO MATERNO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA ENVIO A EEFF	FECHA PAGO
1	85105	300281650	3120493	MONTAÑO	MONTAÑO		ANGEL	07/07/2008	09/08/2008
2	85141	300014496	725634	ZAMBRANA	CUADROS		RAUL IMERIO	07/07/2008	09/08/2008
3	85241	300059960	21408	CUENTAS	TRUJILLO		MARIO	18/07/2008	09/08/2008
4	85283	300207365	809182	GUTIERREZ	RODRIGUEZ		BONIFACIO	18/07/2008	09/08/2008
5	85613	300055155	3005794	SEJAS	ZURITA		LEONOR	25/07/2008	09/08/2008
6	85750	220009214	264093	ELIAS	SAINZ		ABEL	01/08/2008	13/09/2008
7	86037	220945274	4871859	INCA	QUISPE		GREGORIA	01/09/2008	09/08/2008
8	86458	300524310	933571	SEVERICHE	QUISPE	FLORES	MATILDE	15/08/2008	13/09/2008
9	86910	200310053	5745195	MAMANI	MAMANI		ALBERTO	28/08/2008	13/09/2008

…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 17 de mayo de 2011 a través de la nota FUT APS GF 0783-2011 Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta los siguientes descargos:

"…Cargo 1

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido por el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997 y artículo 14° del Manual de procedimiento para Otorgar el beneficio de Gastos Funerarios con recursos del FCC aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No. 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que la AFP no llenó los Formularios de Aviso de Fallecimiento de las causantes Luisa Mamani de Quispe y Nieves Hinojosa Barrionuevo al momento que tomó conocimiento del fallecimiento de las Beneficiarias.

Cabe aclarar que en el procedimiento que utilizaba nuestra Administradora existían dos Formularios de Aviso de Fallecimiento, esto debido a que nuestro sistema generaba el Formulario de Aviso de Fallecimiento cuando se tomaba conocimiento del

fallecimiento del algún beneficiario del FCC y no se procesaba ninguna solicitud de Gastos Funerarios; por otra parte si se procesaba la solicitud nuestro sistema generaba el Formulario de Aviso de Fallecimiento y la Solicitud de Gastos Funerarios de manera simultánea, por ello se adjunto a la Solicitud de Gastos Funerarios el Formulario de Aviso de Fallecimiento generado en el día del registro del tramite o solicitud

Como prueba de ello, se evidencia que para la causante ***Nieves Hinojosa Barrionuevo*** *con NUB 300246239 se cuenta con registro y Formulario de* ***Aviso de Fallecimiento N° 18683*** *de fecha* ***01/04/2008,*** *coincidiendo la misma con la fecha de Solicitud de Actualización de Datos, momento en el cual nuestra Administradora tomo* (sic) *conocimiento del fallecimiento de la beneficiaria, como se puede evidenciar en la documentación adjunta.*

Por el procedimiento expuesto, y la documentación adjunta, se puede evidenciar que se dio cumplimiento a lo establecido por el artículo 14° del Manual de procedimiento para Otorgar el beneficio de Gastos Funerario con recursos de FCC mediante Resolución Administrativa SPVS-IP No. 985 de 13 de septiembre de 2006.

Cargo 2

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido en el inciso c) del artículo 25° del Manual de procedimiento para Otorgar el beneficio de Gastos Funerario (sic) con recursos de FCC aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No. 985 de 13 de septiembre de 2006 y punto V. de la Circular SPVS/IP/DBFCC/N° 95/2006 de 30 de octubre de 2006, al advertir que en los reportes mensuales de pagos correspondientes a los meses de enero, junio y agosto de 2008 no fueron informados tres (3) registros correspondientes a las solicitudes N° 79460, 84157 y 86072.

Al respecto debemos manifestar que en el acta de cierre de fiscalización y posterior solicitud aclaración y/o información solicitada por la Ex Superintendencia de Pensiones y Valores y Seguros no se hizo referencia a esta situación.

Cargo 3

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido en los incisos a), b), e) y f) del artículo 13° del Manual de procedimiento para Otorgar el beneficio de Gastos Funerarios con recursos de FCC aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No. 985 de 13 de septiembre de 2006 y punto V. de la Circular SPVS/IP/DBFCO/N° 95/2006 de 30 de octubre de 2006, al advertir que en nueve (9) registros los causantes fueron reportados por la AFP como fallecidos con solicitudes anteriores, mismas que fueron anuladas por diferencia de datos con la Base de Datos de beneficiarios del Bonosol y gastos Funerarios, y por documentación pertinente que no habría requerido en el momento de su llenado. Ante estos indicios de incumpliendo, nuestra Administradora ratifica lo explicado mediante nota FUT SUP GF 0623/2009 de fecha 02 de abril de 2009, por lo que solicitamos se considere la documentación adjunta a la misma, asimismo en la nota mencionamos que las Solicitudes de Gastos Funerarios FCC N° 80250, 80446, 80764, 80828, 82091, 82400, 83698, 88523 anteriormente fueron informadas con número de solicitud diferente, las mismas que fueron rechazadas en aplicación a la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 985 de fecha 13 de septiembre de 2006, punto 5 del Artículo 5° "Es responsabilidad de las Administradoras de Fondo de de Pensiones documentar e informar al Solicitante los motivos del no pago, en caso de no dar curso algún trámite de pago de Gastos Funerarios del FCC y párrafo

final del Articulo (sic) 18º "En caso de existir cualquier observación que amerite no dar curso a la solicitud de pago de Gastos Funerarios, la AFP tiene la obligación de documentar e informar al Solicitante en forma escrita los motivos por los cuales el pago no puede ser efectuado", asimismo para la Solicitud de Gastos Funerarios FCC Nº 81102 fue rechazada en el proceso de Aprobación debido a que el solicitante cobró dos beneficios anteriormente, por lo cual se inicio un nuevo trámite cambiando el solicitante por consecuencia lógica se asigno (sic) un nuevo número de solicitud.

Es importante señalar que vulnerando el debido proceso y el derecho irrestricto a la defensa, la nota de cargos APS/139/2011 de fecha 13 de abril de 2011 no ha considerado lo expresado en nuestra nota FUT SUP GF 0623-22009 de fecha 2 de abril de 2009; y además, no señala de manera expresa para cada caso que documentación no estaba adjunta, en que casos no se hubiera verificado que el fallecido sea beneficiario del FCC, en que casos el beneficiario fallecido estaba marcado como inhabilitado en la BDBB, etc.

Cargo Nº 4

El artículo 19º del Manual de procedimiento para Otorgar el beneficio de Gastos Funerarios con recursos de FCC aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No. 985 de 13 de septiembre de 2006 establece que "La AFP, deberá poner a disposición del Solicitante el pago del Solicitante el pago (sic) *por concepto de Gastos Funerarios, en un plazo máximo de 30 días calendario* ***a partir de la fecha del llenado del formulario*** *"Solicitud de Pago de Gastos Funerarios"'.*

Como su Autoridad podrá colegir del cuadro adjunto, los pagos fueron puestos a disposición para cobro por parte de los solicitantes dentro de los 30 días calendario establecidos por norma.

Nº	SOL	FECHA DE SOLICITUD	NUB	Nº ID	Fecha Disposición de Pago (Entidad Financiera)	Días Transcurridos disponibilidad de pago)	Fecha de Pago Efectivo
1	80250	09/01/2008	220918559	393279	14/01/2008	5.00	17/01/2008
2	80446	16/01/2008	800040497	2150270	21/01/2008	5.00	08/02/2008
3	80764	30/01/2008	220482039	2156056	07/02/2008	8.00	08/02/2008
4	80828	06/02/2008	800061269	09003-100632X	19/02/2008	13.00	Prescrito
5	81102	26/02/2008	200231218	2433671	06/03/2008	9.00	28/03/2008
6	82091	01/04/2008	220843142	4856415	04/04/2008	3.00	09/04/2008
7	82400	07/04/2008	300471324	524332	29/04/2008	22.00	30/04/2008
8	83698	13/05/2008	900191245	3315791	03/06/2008	21.00	23/06/2008
9	88523	16/10/2008	300685573	382030	31/10/2008	15.00	13/11/2008

En este entendido, el plazo debe ser contabilizado a partir de la fecha de registro de las Solicitudes hasta la fecha de disponibilidad de los pagos en las Entidades Financieras y no así desde la fecha en la cual se hizo efectivo el pago, sin tomar en cuenta además la fecha y el número de aquellas solicitudes que en el marco del artículo 5º punto 5. del Manual de procedimiento para Otorgar el beneficio de Gastos Funerario con recursos de FCC aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No. 985 de 13 de septiembre de

2006 y punto V. de la Circular SPVS/IP/DBFCC/N° 95/2006 de 30 de octubre de 2006 no fueron procesadas.

Por consiguiente todos los pagos fueron puestos a disponibilidad de los solicitantes dentro de los plazos establecidos por normativa vigente.

Cargo 5

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido en el inciso c) del artículo 24° del Manual de procedimiento para Otorgar el beneficio de Gastos Funerales con recursos de FRUV aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No. 091 de 30 de enero de 22008 y al punto IV. de la Circular SPVS/IP/352008 de 31 de marzo de 2008, al advertir que en los reportes mensuales de pagos correspondientes a los meses de agosto y septiembre de de 2008 existen nueve (9) pagos no reportados.

Al respecto adjuntamos copias de la nota TES-0861/2009 donde se evidencia que se reportó los pagos de Gastos Funerarios FRUV."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 124-2011 DE 30 DE JUNIO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 124-2011 de 30 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…PRIMERO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us l00,00 (CIEN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y artículo 14° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006, correspondiente al Cargo N° 1.*

SEGUNDO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us300,00 (TRESCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el inciso c) del artículo 25° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006 y punto V. de la Circular SPVS/IP/DBFCC/N° 95/2006 de 30 de octubre de 2006, correspondiente al Cargo N° 2.*

TERCERO.- I. *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us400,00 (CUATROCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en los incisos a), b), e) y f) del artículo 13° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006 para las solicitudes N° 80250, 80446, 80764, 80828, 82091, 82400, 83698 y 88523, correspondiente al Cargo N° 3.*

*'**II.** Desestimar el cargo para la solicitud N° 81102.*

CUARTO.- I. *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us400,00 (CUATROCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 19° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006 para las solicitudes N° 80250, 80446, 80764, 80828, 82091, 82400, 83698, 88523, correspondiente al Cargo N° 4.*

II. *Desestimar el cargo para la solicitud N° 81102.*

QUINTO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us450,00 (CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el inciso c) del artículo 24° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008 y al punto IV. de la Circular SPVS/IP/35/2008 de 31 de marzo de 2008, correspondiente al Cargo N° 5.*

SEXTO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 15 de agosto de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 124-2011 de 30 de junio de 2011, argumentando lo siguiente:

En cuanto al cargo uno refieren que en el caso Nieves Hinojosa Barrionuevo se cuenta con el formulario de Aviso de Fallecimiento N° 18683 de fecha 1/04/2008, coincidiendo, la misma con la fecha de solicitud de actualización de datos, momento en el cual la administradora tomó conocimiento del fallecimiento por lo que no corresponde su sanción.

En cuanto al cargo dos se tiene que la sanción pecuniaria sería discrecional, debido a que la misma no fundamenta los parámetros para la graduación de la sanción.

En cuanto al cargo tres la AFP refiere que el Ente Regulador los habría sancionado por incumplimiento a lo establecido en los inc. a), b), e y f) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 985 de 13 de septiembre de 2006 en los 8 casos, sin embargo la AFP sólo hubiera cometido infracción a lo establecido por el inc. a) del artículo 13 y para otros casos a lo establecido por el inc. f) del artículo 13; a tiempo de imponer la sanción no se hace una discriminación alguna de los cargos sancionados por el artículo a) y f), ni se justifica la supuesta infracción por los inc. b) y e).

En cuanto al cargo cuatro la AFP señala que no se podría contabilizar el plazo desde la primera solicitud, que este hecho estaría dando lugar a que se vulnere el principio de verdad material, ya que esto supondría desconocer la existencia de las nuevas solicitudes y sus efectos jurídicos.

Por último en cuanto al cargo cinco señalan que no existiría preterintencionalidad por lo que la sanción de gravedad leve no tendría proporcionalidad, debido a que en la misma no existió intencionalidad y no ha existido daño para los Fondos, para el mercado, ni para ningún Afiliado, por lo que la misma debió ser considerada como una infracción levísima.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/ N° 295-2011 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite Resolución

Administrativa APS/DJ/DPNC/ Nº 295-2011 de 12 de septiembre de 2011, mediante la cual confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/ Nº 124-2011 de 30 de junio de 2011, con los siguientes argumentos:

"…CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado el 15 de agosto de 2011 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Al Cargo N° 1

El presente cargo fue efectuado por indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997 y artículo 14° del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que la AFP no llenó los Formularios de Aviso de Fallecimiento de las causantes Luisa Mamani de Quispe y Nieves Hinojosa Barrionuevo al momento en que tomó conocimiento del fallecimiento de las Beneficiarias.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso de Revocatoria solicita desestimar el cargo correspondiente a la causante Nieves Hinojosa Barrionuevo con NUB 300246239, reiterando el procedimiento que seguía dicha Administradora el cual consistía en generar un primer Formulario de Aviso de Fallecimiento cuando se tomaba conocimiento del fallecimiento de algún Beneficiario del FCC y un segundo Formulario de Aviso de Fallecimiento al momento de procesar la Solicitud de Gastos Funerarios.

Al respecto, es necesario aclarar que en el presente caso no está en discusión el procedimiento adoptado por Futuro de Bolivia S.A. AFP para la generación del Formulario de Aviso de Fallecimiento. El objetivo principal del llenado del Formulario de Aviso de Fallecimiento consiste en efectuar el bloqueo preventivo del registro al momento en que la Administradora toma conocimiento del fallecimiento, a fin de evitar cobros posteriores a la fecha de fallecimiento; por lo que es importante tener elementos de prueba que certifiquen que el registro fue bloqueado oportunamente y confirmen que efectivamente Futuro de Bolivia S.A. AFP llenó el Formulario de Aviso de Fallecimiento N° 18683 en fecha 01 de abril de 2008.

Con el objeto de comprobar lo descrito, se emitió Auto de apertura de término de prueba, solicitando a Futuro de Bolivia S.A. AFP remita el reporte de bloqueos de la Beneficiaria Nieves Hinojosa Barrionuevo. Al respecto, la Administradora informó que no cuenta con dicho reporte. En este sentido se ha constatado que, no existen elementos que respalden que el registro fue bloqueado un día después del llenado del Formulario de Aviso de Fallecimiento y que el mismo fue suscrito en fecha oportuna, tal como establece la norma.

Con relación a la observación que efectuó la APS al Formulario de Aviso de Fallecimiento N° 18683 de fecha 01 de abril de 2008 por no contar con firma del solicitante, la misma fue planteada con el objeto de justificar la necesidad operativa del reporte de bloqueos

del registro de la Beneficiaria Nieves Hinojosa Barrionuevo para determinar la validez del primer Formulario de Aviso de fallecimiento, debido a que dicho documento no fue presentado al momento de efectuar la fiscalización; pues al contrario, la Administradora presentó el Formulario de Aviso de Fallecimiento N° 18683 de fecha 25 de julio de 2008, que evidencia el mismo número de formulario pero con fecha posterior, es decir fuera de plazo.

Por lo expuesto se confirma la sanción impuesta imputada para este cargo.

Al Cargo N° 2

Futuro de Bolivia S.A. AFP para el presente cargo no presenta elementos de orden técnico respecto a la infracción objeto de sanción, por lo que con esta conducta expresa su asentimiento.

Sin embargo, hace alusión a la Sentencia Constitucional N° 1464/2004 R refiriendo la ausencia de fundamentación para la sanción impuesta considerando que la misma resulta ser desproporcionada.

Al respecto, de la Resolución Administrativa impugnada resultó comprobado que en los reportes mensuales de pagos correspondientes a los meses de enero, junio y agosto de 2008 remitidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no fueron informados tres (3) registros correspondientes a las Solicitudes N° 79460, 84157 y 86072, lo cual ha generado como consecuencia de la infracción que la información no sea recibida oportunamente por el regulador para su utilización en las políticas de control y supervisión de las actividades relacionadas al beneficio de la Renta Dignidad, y asumir las medidas legales pertinentes.

Por tanto, el incumplimiento de la Administradora de Fondos de Pensiones a la norma imputada, si bien no ocasiona en su resultado beneficio propio o de personas relacionadas a la misma, es decir no causa daño patrimonial a Beneficiarios, ni al Fondo de Renta Universal de Vejez - FRUV, sin embargo por los argumentos expuestos anteriormente, motiva el carácter preterintencional de la conducta y consecuentemente la imposición de la sanción pecuniaria.

Con respecto al Principio de Proporcionalidad y al presente caso, cabe señalar lo siguiente:

Del Principio de Proporcionalidad.-

El inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece lo siguiente:

> *"p) Principio de Proporcionalidad: La Administración Pública actuar con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará medios adecuados para su cumplimiento."*

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente: a) Es indiscutible que el incumplimiento de la Administradora a lo establecido en el inciso c) del artículo 25 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006 y punto V. de la Circular SPVS/IP/DBFCC/Nº 95/2006 de 30 de octubre de 2006, se constituye en infracción, b) La infracción se encuentra plenamente probada, pues la Administradora en los reportes mensuales de pagos correspondientes a los meses de enero, junio y agosto de 2008 remitidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP, no fueron informados tres (3) registros correspondientes a las Solicitudes No. 79460, 84157 y 86072 y c) Las pruebas aportadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, fueron debidamente ponderadas por la Entidad Reguladora al realizar un análisis de manera detallada entre el hecho imputado y las obligaciones exigidas a la AFP, lo cual se puede evidenciar en la Resolución Administrativa recurrida.

Asimismo, respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se concluye en lo siguiente: a) Existió negligencia y culpa en el actuar de la Administradora, pues actuó con negligencia al no informar en los reportes mensuales tres (3) registros de Solicitudes, tal como se demostró anteriormente, b) Existe evidencia de los perjuicios causados por el incumplimiento de la Administradora, tal como se señaló anteriormente al ocasionar que la información no sea recibida oportunamente por el regulador para su utilización en las políticas de control y supervisión de las actividades relacionadas al beneficio de la Renta Dignidad, y asumir las medidas legales pertinentes.

Por lo expuesto corresponde ratificar la sanción para este cargo.

Cargo N° 3

El presente cargo se efectuó por indicios de incumplimiento a lo dispuesto en los incisos a), b), e) y f) del artículo 13° del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que en nueve (9) registros los causantes fueron reportados por la AFP como fallecidos con Solicitudes anteriores, mismas que fueron anuladas por diferencia de datos con la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol y Gastos Funerarios, y por documentación pertinente que no habría requerido en el momento de su llenado.

La Administradora, en el Recurso de Revocatoria reitera que las Solicitudes de Gastos Funerarios FCC N° 80250, 80446, 80764, 80828, 82091, 82400, 83698 y 88523, anteriormente fueron informadas con número de solicitud diferente y rechazadas en aplicación a la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 985 de fecha 13 de septiembre de 2006, punto 5 del artículo 5; sin embargo la normativa a la que hace referencia no se aplica a estos casos, debido a que la norma pretende informar al Solicitante los motivos del ***no pago,*** *dichos motivos se encuentran explícitamente detallados en el artículo 18 del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con (sic)Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006, el mencionado artículo no considera fallas de control por parte de la Administradora.*

Asimismo, el párrafo final de la normativa citada, a la cual también hace referencia , Futuro de Bolivia S.A. AFP, claramente establece: "En caso de existir cualquier ***observación que amerite no dar curso a la solicitud de pago*** *de Gastos Funerarios, la AFP tiene la obligación de documentar e* ***informar al Solicitante en forma escrita los motivos por los cuales el pago no puede ser efectuado"*** *(las negrillas son nuestras), de lo enunciado resulta evidente que se refiere a las causas por las cuales no procedería el pago de Gastos Funerarios y no así a fallas que hubiera cometido la Administradora al momento del llenado de la Solicitud de Pago de Gastos Funerarios, que no son causales para el no pago del Beneficio, prueba clara de ello es que se efectuó el pago del beneficio en todos los casos observados.*

Con relación al incumplimiento específico que Futuro de Bolivia S.A. AFP cometió en cada caso, se tiene el siguiente detalle:

	2ª SOLICITUD		CAUSANTE				1ª SOLICITUD			
Nº	Nº	FECHA	NUB	DOCUMENTO IDENTIDAD	NOBRES Y APELLIDOS	FECHA DEFUNCIÓN	Nº	FECHA	MOTIVO	INCUMPLIMIENTO
1	80250	09/01/2008	220918559	393279	PRIMITIVAALARCON	14/08/2006	77388	11/10/2007	POR NO COMPLETAR EL DOCUMENTO OBSERVADO	INCISO A) ARTÍCULO 13 DEL MANUAL
2	80446	16/01/2008	800040497	2150270	SAMUEL NEGRETE LOPEZ	19/10/2007	79257	06/12/2007	POR FALTA DE REGULARIZACIÓN DEL CD	INCISO A) ARTICULO 13 DE MANUAL
3	80764	30/01/2008	220482039	2156056	PAULINA MAMANI	06/12/2007	79900	26/12/2007	POR DIFERENCIA DE DATOS EN APELLIDO CON LA BDBB	INCISO F) ARTICULO 13 DEL MANUAL
4	80828	06/02/2008	800061269	09003-100632X	RUBEN VILLAROEL FARFÁN	25/11/2007	79800	20/12/2007	POR DIFERENCIA DE DATOS ENTRE EL CD Y EL DOC DE ID	INCISO A) ARTÍCULO 13 DEL MANUAL
5	82091	01/04/2008	220843142	4856415	HONORIA ROJAS MAMANI	13/07/2006	76211	06/09/2007	POR LA NO PRESENTACIÓN DE LA FOTOCOPIA DEL DOCUMENTO DE IDENTIDAD DEL CAUSANTE	INCISO A) ARTÍCULO 13 DEL MANUAL
6	82400	07/04/2008	300471324	524332	ALEJANDRO GÓMEZ SOLORZANO	22/11/2007	80829	07/02/2008	POR DIFERENCIA DE DATOS ENTRE LA BDBBB Y EL DOCUMENTO DE	INCISO F) ARTICULO 13 DEL MANUAL
7	83698	13/05/2008	900191245	33°15791	ANDREA CORSINA TICONA CHOQUE	17/11/2006	73476	14/06/2007	POR DIFERENCIA EN LLA FECHA DE NACIMIENTO EN EL CM	INCISO A) ARTÍCULO 13 DEL MANUAL
8	88523	16/10/2008	300685573	382030	ANDREA VISCARRA	16/06/2007	77711	19/10/2007	POR OBSERVACIÓN EN EL CD Y EN EL CN DEL SOLICITANTE	INCISO A) ARTÍCULO 13 DEL MANUAL

Por lo expuesto se ratifica la observación para las solicitudes N° 80250, 80446, 80764, 80828, 82091, 82400, 83698 y 88523 en los incumplimientos detallados en el cuadro anterior.

Cargo Nº 4

El presente cargo se efectuó por indicios de incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19° del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que en nueve (9) registros de los NUB: 220918559, 800040497, 220482039, 800061269, 200231218, 220843142, 300471324, 900191245 y 300685573, que corresponden a causantes reportados por la AFP como fallecidos con Solicitudes anteriores, el tiempo transcurrido entre la primera Solicitud de Gastos Funerarios y el envío a las entidades financieras para el pago a los solicitantes, oscila entre 36 y 378 días, incumpliendo de esta manera el plazo establecido en normativa.

La Administradora en su recurso de Revocatoria menciona que los plazos fueron contabilizados desde la primera solicitud cuando estas fueron anuladas y reprocesadas cumpliendo con todos los requisitos y verificaciones previas, estando disponible los pagos dentro de los 30 días.

Sin embargo, considerando que la falta de controles al momento del llenado del formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales fue de Futuro de Bolivia S.A, AFP, y que no existe razón alguna para que el solicitante asuma este error, el plazo para el pago se contabiliza desde el primer formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerarios. Asimismo la norma es clara al mencionar que, la AFP deberá poner a disposición del Solicitante el pago por concepto de Gastos Funerarios, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario a partir de la fecha del llenado del formulario "Solicitud de Pago de Gastos Funerarios".

En otra parte del análisis, el inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece lo siguiente:

"p) Principio de Proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".

De las afirmaciones expresadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP se tiene que, en ningún momento esta Autoridad ha vulnerado el señalado principio de verdad material ni el del "non bis in idem", en razón a que de la verificación de los cargos, prueba y argumentos correspondientes al Cargo N° 3 y el presente, tienen una naturaleza diferente, para lo cual contienen un análisis distinto, considerando que se tratan de conductas diferentes; y que erróneamente el regulado pretende ligar ambas infracciones como iguales.

Por lo expuesto, la sanción impuesta para el presente cargo se ratifica para las solicitudes N° 80250, 80446, 80764, 80828, 82091, 82400, 83698 y 88523.

Cargo N° 5

Para este cargo, es necesario hacer mención a lo que señalaba la nota FUT APS GF 0783 - 2011 de 17 de mayo de 2011, la cual indicaba lo siguiente: "Al respecto adjuntamos copia de la nota TBS-0861/2009 donde se evidencia que se reporto (sic) los pagos de gastos Funerales FRUV".

Al respecto, corresponde señalar que con la nota TES-0861/2009 de 19 de marzo de 2009 Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el archivo que contiene el reporte de pagos omitidos de agosto y septiembre; sin embargo, nuevamente se recalca que los mismos fueron reportados fuera del plazo de diez (10) días de finalizado cada mes, establecido por el artículo 24 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, por lo tanto se ve ratificada la infracción, considerando que el regulado nuevamente hace alusión a un argumento que ya fue evaluado por esta Autoridad.

Con respecto a la proporcionalidad de la sanción aplicada, corresponde señalar lo siguiente:

Del Principio de Proporcionalidad.-

El inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece lo siguiente:

"p) Principio de Proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento."

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma

que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

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

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

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

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

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente: a) Es indiscutible que el incumplimiento de la Administradora a lo establecido en el inciso c) del artículo 24° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008 y al punto IV. de la Circular SPVS/IP/35/2008 de 31 de marzo de 2008, b) La infracción se encuentra plenamente probada, pues la Administradora no reportó en plazo establecido en norma la información de pagos procesados y remitidos mensualmente a la ex SPVS correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2008 y c) Las pruebas aportadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, fueron debidamente ponderadas por la Entidad Reguladora al realizar un análisis de manera detallada entre el hecho imputado y las obligaciones exigidas a la AFP, lo cual se puede evidenciar en la Resolución Administrativa recurrida.

Asimismo, respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se concluye en lo siguiente: a) Existió negligencia y culpa en el actuar de la

Administradora, pues actuó con negligencia al no reportar en plazo establecido en norma la información de pagos procesados y remitidos mensualmente a la ex SPVS correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2008, tal como se demostró anteriormente, b) Existe evidencia de los perjuicios causados por el incumplimiento de la Administradora, tal como se señaló anteriormente al ocasionar que los reportes no sean recibidos oportunamente por el regulador para su utilización en las políticas de control y supervisión de las actividades relacionadas al beneficio de la Renta Dignidad, y asumir las medidas legales pertinentes.

Por lo expuesto corresponde ratificar la sanción para este cargo.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar totalmente la R.A. 124-2011, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 3 de octubre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 295-2011 de 12 de septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

*"**Cargo Nº 1***

Se nos sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $usl00,00 (CIEN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997 y artículo 14 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 985 de 13 de septiembre de 2006, sin considerar para ello que:

a) Como se explicó en nuestra nota de descargo, nuestro sistema generaba el Formulario de Aviso de Fallecimiento cuando se tomaba conocimiento del fallecimiento del algún beneficiario del FCC y no se procesaba ninguna solicitud de Gastos Funerarios; posteriormente y al procesarse una solicitud para la misma persona, el sistema al momento de imprimir la solicitud de Gastos Funerarios del FCC, imprimía también el formulario de Aviso de Fallecimiento, en este caso, al ya existir un registro previo con un numero asignado, el sistema lo único que hacía era reimprimirlo con la fecha de solicitud.

b) Para el caso de la causante Nieves Hinojosa Barrionuevo con NUB 300246239 se cuenta con registro y Formulario de Aviso de Fallecimiento N° 18683 de fecha 01/04/2008, coincidiendo la misma con la fecha de Solicitud de Actualización de Datos, momento en

el cual nuestra Administradora tomo conocimiento del fallecimiento de la beneficiaria. En cuanto a la observación que hace su Autoridad al señalar que dicho formulario no tiene firma del solicitante, es importante manifestar que no se trata de una solicitud y que el formulario fue suscrito o elaborado por el funcionario de nuestra AFP, respetando el formato del Anexo 1. Formato de Formulario de Aviso de Fallecimiento, el mismo que en concordancia a lo establecido por el art. 14 del Manual de Procedimientos para Otorgar el Pago de Gastos Funerarios con recursos del FCC , no consigna espacios para firma ni del funcionario de la AFP ni de la persona que intento solicitar el Gasto Funerario.

Por lo expuesto, solicito a su Autoridad desestimar el cargo correspondiente a la causante Nieves Hinojosa Barrionuevo con NUB 300246239.

Cargo Nª 2

En los considerando de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 295-2011, la APS ha expresado que: "Por tanto, el incumplimiento de la Administradora de Fondos de Pensiones a la norma imputada, si bien no ocasiona en su resultado beneficio propio o de persona relacionada a la misma, es decir, no causa daño patrimonial a Beneficiarios ni al Fondo de Renta Universal de Vejez - FRUV, sin embargo ... motiva el carácter preterintencional de la conducta y consecuentemente la imposición de la sanción pecuniaria". Y a efectos de justificar la imposición de la sanción pecuniaria, es importante señalar que los argumentos utilizados por la APS son contradictorios puesto que refiriéndose a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción impuesta ha señalado que: "a) Existió negligencia y culpa en el actuar de la Administradora, pues actuó con negligencia al no informar en los reportes mensuales tres registros de Solicitudes, tal como se demostró anteriormente, b) Existe evidencia de los perjuicios causados por el incumplimiento de la Administradora, tal como se señaló anteriormente al ocasionar que la información no sea recibida oportunamente ***por el regulador para su*** *utilización en las políticas de control y supervisión de las actividades relacionadas al beneficios de la Renta Dignidad, y asumir las medidas legales pertinentes (las negrillas son nuestras)". Argumentos que se contradicen con los expresados a tiempo de justificar una conducta preterintencional; y no así de una conducta negligente o culposa y que hubiera causado perjuicio; ya que estos elementos constituye otro tipo de infracción administrativa que no corresponde al caso de autos.*

De lo anterior se puede colegir que los argumentos esgrimidos por la APS, no son suficientes como para determinar fehacientemente una conducta antijurídica preterintencional por parte de nuestra AFP, cuyo concepto expresado por el Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas, en su Tomo IV dice que es la "Superación del propósito por los Hechos. Circunstancia atenuante (v.) de la responsabilidad criminal cuando se causa un mal superior al querido o planeado... 1.Concepto técnico. Jiménez de Asúa expresa que la preterintención - sinónimo menos difundido- consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido...".

En el caso de Autos, para que el regulador pueda establecer que nuestra conducta ha sido más grave que la prevista, primero debe establecer cuál ha sido la conducta prevista por parte de nuestra AFP. Por lo anteriormente expresado, al no haberse

demostrado la conducta preterintencional, y al no haberse causado daño económico a los Afiliados ni a los Fondos que administramos, la infracción imputada y sancionada fue desarrollada en el marco de la No Intencionalidad, por lo que en aplicación al procedimiento sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, no corresponde la calificación de la infracción como Leve, sino más bien como levísima.

Cargos N° 3 y Nª 4.-

Al momento de contabilizar el plazo de las solicitudes de Gastos Funerarios desde el primer momento en que fueron presentadas, no considerando de esta manera como válidos los motivos de anulación expresados por nuestra AFP en su oportunidad, se tiene de manera inexcusable que para los Cargos N° 3 y N° 4, se trataría de las mismas solicitudes que no pueden ser objeto de cargos y sanción por separado, ya que sus efectos jurídicos se encuentran vinculados de manera directa y tendrían como desenlace la demora de más de treinta (30) días calendarios para hacer el pago respectivo por el concepto de Gastos Funerarios.

Cargo N° 5

*Nuevamente los argumentos utilizados por la APS son contradictorios y carecen de congruencia puesto que refiriéndose a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción impuesta ha señalado que: **"a) Existió negligencia y culpa en el actuar de la Administradora,** pues actuó con negligencia al no reportar en plazo establecido en norma la información de pagos procesados y remitidos mensualmente a la ex SPVS correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2008, tal como se demostró anteriormente, **b) Existe evidencia de los perjuicios causados** por el incumplimiento de la Administradora, tal como se señaló anteriormente al ocasionar que los reportes no sea recibidos oportunamente por el regulador para su utilización en las políticas de control y supervisión de las actividades relacionadas al beneficio de la Renta dignidad, y asumir las medidas legales pertinentes (las negrillas son nuestras)". Argumentos que se contradicen con los expresados a tiempo de justificar una conducta preterintencional; y no así de una conducta negligente o culposa y que hubiera causado perjuicio; ya que estos elementos constituye otro tipo de infracción administrativa que no corresponde al caso de autos.*

III.- PETITORIO:

Al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 295-2011 de fecha 12 de septiembre de 2011; que confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 124-2011 de fecha 30 de junio de 2011, adecuando así el caso de Autos al marco de la legalidad en conformidad al marco normativo vigente; y, las reglas del debido proceso administrativo, respetando los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Cargo N° 1 (Formulario de Aviso de Fallecimiento).-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 124/2011 de 30 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo 14 del Manual de Procedimiento para otorgar el pago del beneficio de Gastos Funerarios con recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC), aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que la Administradora de Fondos de Pensiones, no llenó los Formularios de Aviso de Fallecimiento de las causantes Luisa Mamani de Quispe y Nieves Hinojosa Barrionuevo, al momento de tomar conocimiento del fallecimiento de las beneficiarias.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico señala lo siguiente:

"…nuestro sistema generaba el Formulario de Aviso de Fallecimiento cuando se tomaba conocimiento del fallecimiento del algún beneficiario del FCC y no se procesaba ninguna solicitud de Gastos Funerarios; posteriormente y al procesarse una solicitud para la misma persona, el sistema al momento de imprimir la solicitud de Gastos Funerarios del FCC, imprimía también el formulario de Aviso de Fallecimiento, en este caso, al ya existir un registro previo con un número asignado, el sistema lo único que hacía era reimprimirlo con la fecha de solicitud.

b) Para el caso de la causante Nieves Hinojosa Barrionuevo con NUB 300246239 se cuenta con registro y Formulario de Aviso de Fallecimiento N° 18683 de fecha 01/04/2008, coincidiendo la misma con la fecha de Solicitud de Actualización de Datos, momento en el cual nuestra Administradora tomó conocimiento del fallecimiento de la beneficiaria. En cuanto a la observación que hace su Autoridad al señalar que dicho formulario no tiene firma del solicitante, es importante manifestar que no se trata de una solicitud y que el formulario fue suscrito o elaborado por el funcionario de nuestra AFP, respetando el formato del Anexo 1. Formato de Formulario de Aviso de Fallecimiento, el mismo que en concordancia a lo establecido por el art. 14 del Manual de Procedimientos para Otorgar el Pago de Gastos Funerarios con recursos del FCC , no consigna espacios para firma ni del funcionario de la AFP ni de la persona que intento

solicitar el Gasto Funerario. Por lo expuesto, solicito a su Autoridad desestimar el cargo correspondiente a la causante Nieves Hinojosa Barrionuevo con NUB 300246239…"

Respecto a que el Anexo I del Manual de Procedimiento para otorgar el beneficio de Gastos Funerarios con recursos de Fondo de Capitalización Colectiva, no consigna espacios para la firma de la AFP, ni del solicitante, se tiene que este hecho es irrelevante y no es motivo de controversia en el presente caso, toda vez que el caso de Autos se refiere al llenado del Formulario de Aviso de Fallecimiento de las causantes Luisa Mamani de Quispe y Nieves Hinojosa Barrionuevo, **al momento en que la Administradora tomó conocimiento del fallecimiento de ambas beneficiarias**, y no así por el procedimiento adoptado por la AFP, como ya se tiene señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 295-2011 de 12 de septiembre de 2011.

Ahora bien, compulsado el expediente administrativo, se evidencia la existencia de un Formulario de Aviso de Fallecimiento (que fue puesto a consideración de la Autoridad Reguladora, recién en el momento de la interposición del Recurso de Revocatoria), donde se observa lo siguiente:

El Formulario de Aviso de Fallecimiento emitido por Futuro de Bolivia S.A. AFP consigna como fecha 01 de abril de 2008, documento que de acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora, no se encontraba en el expediente a la fecha de fiscalización.

El Formulario presentado reporta en el punto 3. Observaciones: **"GF SOL. 85924"**, cuando en dicha fecha sólo se emitió la Solicitud de Actualización de Datos y no así el Formulario de Solicitud de Gastos Funerarios, el cual fue emitido en fecha posterior (25 de julio de 2008), por tanto es evidente que dicho formulario no fue emitido en fecha 01 de abril de 2008.

Por lo que, y conforme se compulsaron los antecedentes que se tienen en el presente caso de autos, Futuro de Bolivia S.A. AFP no adjuntó prueba que confirme que llenó los Formularios de Aviso de Fallecimiento extrañados a tiempo del conocimiento del fallecimiento, más aún cuando se confirma que no se realizó el bloqueo respectivo para evitar pagos indebidos de Bonosol, situación fundamental que hubiera servido de prueba suficiente para el cumplimiento de su obligación.

La AFP recurrente, no debe olvidar, que el principal objetivo del llenado del Formulario de Aviso de Fallecimiento, es el de bloquear preventivamente el registro al momento en que la Administradora toma conocimiento del fallecimiento del beneficiario**, a fin de evitar cobros posteriores a la fecha de fallecimiento**.

Por lo señalado precedentemente, se puede evidenciar que existió incumplimiento a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997 y artículo 14º del Manual del Procedimiento para otorgar el beneficio de Gastos Funerarios con recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 985 de 13 de septiembre de 2006.

1.2. Cargo Nº 2 y Cargo Nº 5 (Falta de Reporte de Pago de Gastos Funerarios - FCC y Gastos Funerales – FRUV).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó y sancionó a la AFP por incumplimiento a la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de remitir

en el plazo de diez días de finalizado cada mes, el detalle de pagos procesados en el mes anterior, por concepto de Gastos Funerarios del FCC, en función a las Instrucciones Técnicas para el envío de información electrónica, situación que no habría sido cumplida por la AFP, al haber evidenciado la entidad fiscalizadora que en los reportes remitidos en los meses de enero, junio y agosto de 2008, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió el detalle correspondiente a los pagos de tres Solicitudes de Gastos Funerarios FCC N° 79460, 84157 y 86072 (Cargo No. 2).

Asimismo, por el Cargo N° 5, la Entidad Reguladora sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP al advertir que en los meses de agosto y septiembre de 2008, no realizó el reporte de nueve pagos procesados por concepto de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez.

De la revisión del expediente administrativo, se tiene que a lo largo del proceso, la AFP ha aceptado la comisión de la infracción de forma tácita al no presentar argumentos en contra o de forma expresa para el cargo No. 5, mediante nota CITE: TES-0861/2009 de 19 de marzo de 2009, dirigida a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, Futuro de Bolivia S.A. AFP al comunicar lo siguiente: "…*También reenviamos el Medio Magnético que contiene la regularización de* ***9 casos****, Agosto (6 casos) y Septiembre (3 casos) Gestión 2008,* ***omitidos en su oportunidad***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Siguiendo la misma línea de constatación, se tiene que los pagos de las tres Solicitudes de Gastos Funerarios FCC N° 79460, 84157 y 86072, correspondientes a enero, junio y agosto de 2008, respectivamente, debieron ser reportados en los meses de febrero, julio y septiembre de 2008, sin embargo, al momento de la fiscalización realizada por la Entidad Reguladora, dichos pagos no fueron reportados. Asimismo, las seis Solicitudes de Gastos Funerales del FRUV pagadas en agosto de 2008 y tres Solicitudes pagadas en septiembre de 2008, debieron ser reportadas en el mes de septiembre y octubre de 2008, respectivamente, reportes que fueron regularizados en fecha 19 de marzo de 2009, fuera del plazo establecido en normativa, tal como se evidencia en la nota TES-0861/2009 de 19 de marzo de 2009, demostrándose el incumplimiento por parte de la AFP.

Por tanto, es evidente que existió incumplimiento a lo establecido en el artículo 25 del Manual del Procedimiento para otorgar el beneficio de Gastos Funerarios con recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP N° 985 de 13 de septiembre de 2006 (en cuanto al Cargo N° 2) y al artículo 24° del Manual del Procedimientos para otorgar el pago del Beneficio de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP N° 091 de 30 de enero de 2008 y al punto IV. de la Circular SPVS/IP/35/2008 de 31 de marzo de 2008 (en cuanto al Cargo N° 5).

Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta como argumento en su recurso jerárquico, que tanto en el Cargo N° 2 y Cargo N° 5 no existió daño económico a los Afiliados, ni a los Fondos que administran, y que la infracción imputada y sancionada fue desarrollada en el marco de la no preterintencionalidad.

Que, antes de entrar al análisis del tema se deben hacer algunas disgregaciones de carácter general, es así que ya la Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 004/2012, de fecha de 26 de enero de 2012, criterio recogido de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006, respecto a la conducta calificada como preterintencional determinó que:

> *"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción)* ***preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto****, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente.*
>
> *Por otra parte, se ha precisado en la doctrina que se requiere que se dé una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado, y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo género de interés lesionado.*
>
> *La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.*
>
> *Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor".*
>
> *De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción),* ***sino también por una actitud culposa u omisiva….*** (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito queda claro que en el presente caso se configura la preterintencionalidad, toda vez que al omitir el reporte de pagos, la AFP hoy recurrente ocasionó que el resultado de su acción sea mayor al previsto, toda vez que la Entidad Reguladora, no ha podido de manera oportuna realizar el seguimiento y control de los pagos efectuados por Gastos Funerarios del FCC, dando lugar a que se configure la preterintencionalidad.

De lo expuesto se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al haber calificado como gravedad leve la infracción y consiguientemente sancionado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha actuado conforme a derecho, ya que como se dijo líneas atrás se ha configurado la preterintencionalidad en ambos cargos, por lo que no existe una incongruencia, ni contradicción cual fue alegada por el recurrente, y más aún cuando se tiene evidenciado la inexistencia de daño, ya que caso contrario, dicha situación hubiera generado que la calificación pase a gravedad media.

1.3. Cargo N° 3 (Recepción de Solicitudes de Gastos Funerarios FCC).-

Se tiene que la Entidad Reguladora, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con el Cargo N° 3 por incumplimiento a lo establecido en los incisos a), b), e) y f) del artículo 13° del Manual del Procedimiento para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerarios con Recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP No 985 de 13 de septiembre de 2006, al advertir que realizó una mala recepción en 8 Solicitudes de Gastos Funerarios FCC N°: 80250, 80446, 80764, 80828, 82091, 82400, 83698 y 88523.

Antes de entrar a la compulsa necesaria, es preciso señalar la normativa imputada:

> ***"ARTÍCULO 13° (RECEPCIÓN DE SOLICITUDES).*** *Previa suscripción del formulario "Solicitud de Pago de Gastos Funerarios", la AFP deberá:*
>
> *a) Verificar que la documentación recibida sea suficiente y necesaria para procesa el pago de Gastos Funerarios, en el marco de lo establecido en el presente Manual, que sea legible en cuanto a las fotocopias y que los documentos originales no presenten alteraciones, borrones o enmiendas.*
> *b) Verificar si el fallecido es Beneficiario del FCC…*
> *(…)*
> *e) Verificar que el Beneficiario fallecido esté registrado en la BDBB y se encuentre con estado de habilitación para el pago de beneficios.*
> *f) Verificar que los datos del Beneficiario fallecido consignados en el documento de identidad, coincidan plenamente con los datos que figuran en la BDBB. Caso contrario, se deberá seguir el procedimiento de actualización establecido en el Capítulo V del presente Manual…"*

De lo transcrito se puede observar que la APS imputa y sanciona a la AFP por incumplimiento al artículo **13 incisos a), b), e) y f)** del Manual del Procedimiento para otorgar el beneficio de Gastos Funerarios con recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) conforme se evidencia de la nota de cargos y consiguiente Resolución Administrativa sancionatoria. Sin embargo en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 295-2011 de 12 de septiembre de 2011 cursante a fs. 275 del expediente administrativo, la Autoridad de Fiscalización, limita la infracción al incumplimiento de los incisos a) (6 casos) y f) (2 casos) del citado artículo 13, sin mayor fundamentación de la no consideración de los demás incisos imputados y sancionados, o si en un mismo caso hubieran existido incumplimientos a uno o más incisos, y pese a ello determina en su parte resolutiva la confirmatoria de la Resolución sancionatoria.

Es así que la Autoridad Fiscalizadora, ha viciado el procedimiento al no precisar y

fundamentar cual es realmente el inciso que habría sido infringido y consiguientemente sancionado, hecho que ha dado lugar a que se vulnere el Principio de Tipicidad y Debido Proceso, debido a que la conducta infringida que mereció la confirmación de la sanción mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 295-2011, no se ajusta a la imputada y originalmente sancionada, es más pese a la solicitud de pronunciamiento de la AFP, la Autoridad no presenta fundamentación alguna vulnerando de esta manera el debido proceso.

Por lo que en el presente caso la Autoridad Fiscalizadora deberá realizar un nuevo análisis y consiguiente imputación, en el marco del cumplimiento al Principio de Tipicidad y Debido Proceso.

1.4 Cargo Nº 4 (Demora en el pago de Gastos Funerarios FCC).-

La Autoridad Fiscalizadora sanciona a la AFP por la demora en el pago en las 8 Solicitudes de Gastos Funerarios FCC detalladas anteriormente (80250, 80446, 80764, 80828, 82091, 82400, 83698 y 88523).

Al respecto, el artículo 19 del Manual del Procedimiento para otorgar el beneficio de Gastos Funerarios con recursos del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) aprobado con Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 985 de 13 de septiembre de 2006, establece lo siguiente:

> "***ARTÍCULO 19° (PLAZO PARA EL PAGO DE GASTOS FUNERARIOS)*** *La AFP, deberá poner a disposición del Solicitante el pago por concepto de Gastos Funerarios, en un plazo máximo de* ***treinta (30) días calendario*** *a partir de la fecha del llenado del formulario "Solicitud de Pago de Gastos Funerarios"…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el entender de la Autoridad Fiscalizadora, no existe razón para que el solicitante asuma el error de la AFP, por lo que considerando la falta de controles al momento del llenado del Formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerarios FCC, el pago se contabiliza desde el primer Formulario de Solicitud de Gastos Funerarios suscrito.

Si bien el error de la AFP en la mala recepción de la primera Solicitud de Gastos Funerarios FCC ocasionó una demora en la oportunidad que el solicitante reciba el pago, esta situación debió ser oportunamente considerada por la Autoridad a tiempo de la imposición de la sanción para el Cargo Nº 3, sin embargo no lo hizo y no puede ser modificado bajo el principio de Non reformatio in peius y menos aún ser considerada a tiempo de la fundamentación del presente cargo.

Asimismo, de acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 295-2011 de 12 de septiembre de 2011, se tiene que las primeras Solicitudes de Gastos Funerarios FCC suscritas, fueron anuladas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, por diferencia de datos con la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol y Gastos Funerarios, y por documentación pertinente que no habría requerido la AFP al momento de su llenado.

Por lo señalado en el párrafo anterior al haberse dispuesto la anulación de la primera solicitud, hace que ese trámite no exista, ya que la Autoridad de Fiscalización y Control de

Pensiones y Seguros, no debe olvidar que una de las consecuencias y efectos de la nulidad es que se retrotrae la tramitación del proceso hasta el vicio más antiguo, no existiendo por lo tanto la primera solicitud, al haber perdido todo efecto legal, **afirmación que se realiza sin perjuicio de la precisión realizada ut supra, respecto a la obligación de la Autoridad Fiscalizadora de seguir el proceso administrativo sancionatorio respecto a esta irregularidad.**

Por lo que en el presente caso no puede considerarse el cómputo del plazo de los treinta días calendario para el pago de Gastos Funerarios FCC, desde la primera solicitud suscrita por los solicitantes, ya que estas solicitudes fueron anuladas justamente para subsanar las observaciones que presentaban, y siendo que la segunda Solicitud de Gastos Funerarios FCC suscrita era la única que a la fecha de fiscalización se encontraba vigente, debe considerarse el pago del beneficio de Gastos Funerarios desde la presentación de la segunda solicitud.

Por tanto y en estricta sujeción legal, corresponde que la Entidad Reguladora realice un nuevo análisis y verifique el cumplimiento de los treinta días calendario para el pago de Gastos Funerarios FCC, a partir de la fecha del llenado de la segunda Solicitud de Gastos Funerarios suscrita.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto a los Cargos uno, dos, y quinto, correspondiendo su confirmación.

Que, a su vez se ha evidenciado que el Cargo Nº 3 y Cargo Nº 4, cuentan con vicios procesales que deben merecer la anulabilidad del procedimiento administrativo, debido a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha hecho un correcto análisis de la norma.

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

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) y artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar y anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE los Artículos Primero, Segundo y Quinto de la

Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 295-2011 de 12 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 124-2011 de 30 de junio de 2011.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo correspondiente a los Cargos Nº 3 Nº 4 de la Nota APS/139/2011 de 13 de abril de 2011, que fueran sancionados mediante los artículos Tercero y Cuarto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 124-2011 de 30 de junio de 2011 y confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 295-2011 de 12 de septiembre de 2011 respectivamente, **hasta la emisión de una nueva nota de cargos**, misma que deberá ser procesada por cuerda separada y en conformidad a lo establecido en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/Nº 298-2011 DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 010/2012 DE 13 DE FEBRERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 010/2012

La Paz, 13 de febrero de 2012

VISTOS:

El memorial de Recurso Jerárquico interpuesto por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de fecha 13 de septiembre de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 009/2012 de fecha 19 de enero de 2012 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 4 de octubre de 2011, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** representada por su apoderado legal, señor Milán Grover Rosales Vera, según el Testimonio de Poder Nº 239/2011 otorgado en fecha 31 de marzo de 2011 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº

97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de fecha 13 de septiembre de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota APS/DJ/3845/2011 con fecha de recepción 7 de octubre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de fecha 13 de septiembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 12 de octubre de 2011, notificado en la ciudad de Santa Cruz el 20 de octubre de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de fecha 13 de septiembre de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante Auto se dispone la notificación de las entidades: **Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda**; **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima**, y **Futuro de Bolivia Sociedad Anónima Administradora de Fondos de Pensiones**, a efectos de que quienes resulten los terceros legítimos interesados se apersonen y presenten sus alegatos.

Que, por memorial presentado en fecha 3 de noviembre de 2011, el **Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda**, representado por su Directora General de Asuntos Jurídicos, Dra. Cecilia Alexandra Tatiana Ríos Moller, apoderada legal según el Testimonio de Poder Nº 43/2011 otorgado en fecha 4 de febrero de 2011 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 029 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Danidza J. Zeballos Pando, se apersonó y formuló alegatos en calidad de tercero interesado.

Que, por memorial presentado en fecha 4 de noviembre de 2011, **Futuro de Bolivia Sociedad Anónima Administradora de Fondos de Pensiones** representada por su Gerente General, señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, se apersonó y solicitó se tenga presente que dentro del caso de autos no tiene "*intereses legítimos o derechos subjetivos afectados*".

Que, por memorial presentado en fecha 4 de noviembre de 2011, **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima**, representada por su Jefe Nacional de Cobranzas, Sra. Guerta Hipatia Samur Rivero tal como acredita el Testimonio Poder Nº 081/2011 de 18 de enero de 2011, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, se apersonó y formuló alegatos.

Que, en fecha 14 de noviembre de 2011 se llevó adelante la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por la recurrente.

CONSIDERANDO:

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

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

Que, a efectos de la resolución que corresponda al Recurso Jerárquico, es pertinente la relación de actuaciones siguiente:

1. Por Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resuelve lo siguiente:

> "…*SEGUNDO.- I. La obligación de Provivienda S.A. de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por aportes patronales y laborales adeudados al FCIV, queda bajo su entera y absoluta responsabilidad.*
>
> *II.* ***En el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, Provivienda S.A. deberá garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS, con la presentación a la AP de una Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora, a la fecha de emisión de la presente Resolución Administrativa, a nombre de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, con vigencia de un (1) año***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2. Mediante nota de fecha 24 de febrero de 2011, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA,** solicita a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la suspensión de la obligación impuesta por Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011.

3. Por auto de fecha 28 de febrero de 2011 (conforme la rectificación del mes *-febrero* en lugar de *marzo-* dispuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en el auto de fecha 13 de abril de 2011), la entonces Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve **RECHAZAR** la solicitud de suspensión de la obligación, conforme fuera elevada por **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 24 de febrero de 2011, por los fundamentos que se transcriben a continuación:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que el artículo 40 del Procedimiento Administrativo, indica textualmente lo siguiente:*

"Artículo 40. (Efecto Devolutivo) I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del in teres general o de los derechos de terceros."

Que la solicitud planteada por Provivienda S.A., de ninguna manera se encuadra en los presupuestos señalados precedentemente, por lo que corresponde precisar que conforme a normativa administrativa, las resoluciones administrativas sancionadoras deben ser cumplidas en todos sus alcances previstos y dentro del plazo establecido por la misma por lo que, en ese sentido y, conforme a lo expuesto no corresponde dar curso a la solicitud de suspensión, al haberse desestimado la existencia de la posibilidad del regulado de poder irrogar contra el algún daño o perjuicio directo o indirecto. Asimismo, no se ha aportado elementos probatorios que respalden idóneamente la solicitud.

Que bajo esa lógica la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP con el fin de desarrollar el procedimiento administrativo enmarcado en los principios constitucionales del debido proceso, el respeto integro al derecho a la defensa del regulado, así como para buscar evitar dilaciones no justificadas; el regulador ha visto por conveniente la toma de esta determinación de rechazar la solicitud de suspensión del pago de la multa y la presentación de la Boleta de Garantía impuesta mediante R.A.019-2011, medida estrictamente de índole procesal y no así de fondo…"

4. Por memorial presentado en fecha 20 de abril de 2011, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA,** a tiempo de interponer Recuso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011, en su otrosí 1 y bajo la suma "*Reitera Suspensión de Sanción y pide admisión*", expresa los extremos siguientes:

"…OTROSÍ 1.- En virtud a lo previsto en los artículos 40 y 62 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo 27175, y al amparo del artículo 116 parágrafo II de la Constitución Política del Estado y el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, solicitamos considerar nuevamente que el pago de la sanción y la presentación de una boleta bancaria de garantía a nombre de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones impuestas por la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019/2011 de 25 de enero de 2011, sean suspendidos hasta que la Resolución

Sancionatoria quede firme en todas sus instancias, en virtud a los argumentos expuestos en el presente recurso, así como ***ante la negativa de los bancos del sistema financiero boliviano a nuestro requerimiento****, conforme se acredita de las siguientes certificaciones:*

- *La nota cite G.C/0024/2011 de 10 de marzo de 2011, en virtud de la cual el Banco Nacional de Bolivia S.A. señala que la Ley N° 1488, Ley General de Bancos y Entidades Financieras, en su artículo 45 dispone que* ***"Una entidad financiera podrá conceder créditos a un prestatario o grupo prestatario hasta el 5%de su patrimonio neto, salvo que los créditos estén debidamente garantizados según reglamentación"****, por lo que la boleta solicitada con garantía quirografaria excede el límite establecido en el citado artículo, no podrá ser atendido su requerimiento.*

- *La nota cite GF 013/2011 de 11 de marzo de 2011, por la cual el Banco Ganadero S.A. señala que* ***no puede atender la solicitud de PROVIVIENDA S.A. contenida en su nota PREV - INV 229/2011 de 4 de marzo de 2011 respecto a la emisión de una Boleta Bancaria de Garantía por un monto de Noventa y nueve Millones Novecientos Cincuenta y Nueve Mil Seiscientos Treinta y Cinco 03/100 Bolivianos (Bs99.959.635.03.-), en virtud a los límites legales establecidos por el ente regulador (ASFI)****.*

- *La nota Cite: GNC- 118/ 11 de 14 de marzo de 2011, en virtud de la cual el Banco Económico S.A., señala que* ***están Imposibilitados de emitir la boleta de garantía solicitada con garantía quirografaria, debido a restricciones patrimoniales propias de la Ley de Bancos y Entidades Financieras****.*

- *La nota Cite BMSC BI-06/2011 de 22 de marzo de 2011, por la cual el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. informa a PROVIVIENDA S.A. que para atender a su solicitud de emisión de la boleta garantía requiere la* ***presentación de garantías reales que sean suficientes para cubrir el importe de dicha Boleta****.*

- *La nota Cite: BCP/GDC-N° 801 de 28 de marzo de 2011, del Banco de Crédito de Bolivia S.A., por la que se comunica a PROVIVIENDA S.A. que la solicitud de emisión de una boleta de garantía,* ***no puede ser tramitada en virtud a las restricciones normativa previstas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras****.*

Las certificaciones anteriores demuestran que, además de los fundamentos legales que revelan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no puede imponer una sanción cuyos argumentos no acreditan el cumplimiento de ***los criterios de calificación dispuestos en el artículo 286 del Reglamento de la Ley de Pensiones aprobado mediante Decreto Supremo N° 24469****, y además de que* ***los Bancos del sistema financiero nacional señalan que no pueden conceder esa boleta de garantía a PROVIVIENDA S.A., por lo previsto en el artículo 45 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 26581 de 03 de abril de 2002) , que señala que: "Una entidad financiera podrá conceder créditos a un prestatario o grupo prestatario hasta el cinco por ciento (5%)***

de su patrimonio neto, salvo que los créditos estén debidamente garantizados según reglamentación. Debiendo el reglamento (...) determinar aquellos casos en los que el monto total de los créditos podrá exceder el patrimonio de la entidad financiera hasta un máximo de dos veces. En ningún caso, el riesgo de la entidad financiera excederá el patrimonio neto del prestatario".

Por lo demás, es absolutamente evidente que ***las sanciones impuestas a PROVIVIENDA S.A. son efectivamente lesivas y pueden causarle un daño irremediable, considerando su patrimonio actual, su capital social y la posibilidad real de que tales sanciones le impidan continuar cumpliendo con su objeto social y, consecuentemente, conforme al artículo 378, inciso 4) del Código de Comercio, causen su disolución***.

El artículo 40 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 precisamente habilita la posibilidad de una suspensión de la ejecución de la resolución impugnada "tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible", como es el caso. Hacemos notar que un pedido anterior fue efectuado en este mismo sentido y antes de interponer este recurso, en virtud del principio de informalidad del procedimiento administrativo. No obstante, corresponde a su autoridad, conforme al artículo 40 citado, pronunciarse respecto de este pedido expresamente, sobre la base de los fundamentos que aquí constan, dado que se lo hace a solicitud nuestra, ahora como recurrente.

Pedimos, en todo caso, que conforme al mismo artículo 40 y al artículo 47 del Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 27175, en el inadmitido caso en que su autoridad no disponga la suspensión de las sanciones impuestas en la resolución recurrida, admita el recurso, dejando la suspensión sujeta a la decisión de la autoridad jerárquica como expresamente señala el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, que también puede disponer la suspensión de las sanciones, lo que, por tanto, implica que este recurso debe ser admitido porque está sujeto a la salvedad que expresamente prevé la parte final del primer parágrafo del artículo 47 del Reglamento de la Ley de Procedimiento - Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175,que prevé que el recurrente debe probar el cumplimiento de las sanciones pecuniarias, "salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento". Es evidente que la autoridad jerárquica solo puede disponer la suspensión una vez que conozca este recurso, razón por la cual su Autoridad se servirá admitirlo en toda forma de derecho..." (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En su otrosí 2 solicita: "*se consigne en una Resolución Administrativa expresa el Auto fechado erróneamente el 28 de febrero de 2011, por el cual se ha rechazado una anterior solicitud de suspensión de las sanciones dispuestas en la resolución que en este memorial se recurre*".

5. Por Resolución Administrativa APS/N° 003-2011 de 6 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros consigna el auto de 28 de febrero de 2011 en

los siguientes términos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que de acuerdo a los antecedentes se tiene que, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N⁰ 019-2011 de 25 de enero de 2011, sanciono a Provivienda S.A. con una multa en bolivianos equivalente a $usl00.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al punto 3 del artículo 9 y al artículo 13 del Decreto Supremo IM° 25958 de 21 de octubre de 2000 y al artículo 4 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.

Que asimismo, determinó la obligación de Provivienda S.A. de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por aportes patronales y laborales adeudados al FCIV y al PNSV actual PVS, con la presentación de una Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora.

Que notificada Provivienda S.A. con la Resolución Administrativa referida, presentó la nota de 21 de febrero de 2011, solicitando que el pago de la sanción y la presentación de la Boleta Bancaria de Garantía, sean suspendidos transitoriamente, porque su cumplimiento ocasionaría daños y perjuicios a la Sociedad, en razón a que el capital pagado en la constitución de la misma es de Bs1.070.000,00 (UN MILLON SETENTA MIL 00/100 BOLIVIANOS) y la sanción de $usl00.000,00, cuyo equivalente en moneda nacional asciende a Bs700.000,00 (SETECIENTOS MIL 00/100 BOLIVIANOS), significa para el regulado, el sesenta y cinco por ciento (65%) del capital pagado de la Sociedad y que sumado a la Boleta de Garantía, atentaría contra la propia existencia de la Sociedad y la seguridad jurídica.

Que en atención a lo anterior, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP evaluado lo expresado por el regulado considero que la solicitud planteada por Provivienda S.A., no se encuadra en los presupuestos señalados por norma para aplicar la suspensión; asimismo, se indica que se ha desestimado la existencia de la posibilidad del regulado de poder irrogar contra él algún daño o perjuicio directo o indirecto, al no haberse aportado elementos probatorios que respalden idóneamente la solicitud. Por las razones expuestas se emite el Auto de 28 de marzo de 2011, rectificado en el mes por el Auto de 13 de abril de 2011, que rechaza la solicitud de suspensión de la sanción y la presentación de la Boleta de Garantía determinadas mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N⁰ 019-2011 de 25 de enero de 2011, ratificando su entero cumplimiento por el regulado en aplicación del Parágrafo I del artículo 40 y 69 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que contra la determinación del Ente Regulador, en el OTROSI 2 del memorial de Recurso de Revocatoria presentado en fecha 20 de abril de 2011 y la reiteración por memorial de 21 de abril de 2011, Provivienda S.A. solicita a esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS que, el Auto de 28 de marzo de 2011 rectificado por Auto de 13 de abril de 2011 en cuanto al mes, sea consignado al

rango de Resolución Administrativa.

CONSIDERANDO:

Que evaluada la solicitud así como la documentación presentada por Provivienda S.A. se tiene el siguiente análisis:

1. Situación Financiera según EEFF.

El 07 de febrero de 2011 la Consultora de Auditoría Externa Ernest & Young, ha dictaminado sobre el Balance General de Provivienda S.A. y su correspondiente Estado de Ganancias y Pérdidas, Estado de Cambios en el Patrimonio Neto y Flujo de Efectivo, todos al 31 de diciembre de 2010, pronunciándose como razonablemente expuestos.

En ese entendido, un análisis de la situación financiera al 31 de diciembre de 2010 de Provivienda S.A., en base a los Estados Financieros (Balance General, el Estado de Resultados y el Flujo de Efectivo), que no considera los depósitos por recaudación de los aportes patronales del 2% por transferir al FONDESIF (los mismos que fueron registrados en disponibilidades y en cuentas por pagar), se resume en lo siguiente:

	INDICADORES	***2010***
1.2	❶ *LIQUIDEZ GENERAL* *(Activo Ctte/Pasivo Ctte)* *9.957.670/2.097.554*	*4.75*
90%	❷ *ENDEUDAMIENTO PATRIMONIAL* *(Total Pasivo/Patrimonio)* *2.097.554/7.920.964*	*26.5%*
60%	❸ *ENDEUDAMIENTO DEL ACTIVO* *(Total Pasivo/Total Activo)* *2.097.554/10.018.518*	*20.9%*
10%	❹ *ROE – RENTABILIDAD S/PATRIMONIO* *(Utilidad Neta / Total Patrimonio)* *1.300.543/7.920.964*	*16.4%*

NORMAS PROMEDIO PARA LA EVALUACIÓN FINANCIERA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIO

1) *Mide el resultado de Provivienda S.A. para cubrir oportunamente sus compromisos de corto plazo, es decir que por cada Bs1 de deuda se tiene Bs4,75 del disponible para devolver.*

2) *Evalúa la relación entre los recursos totales aportados por los acreedores y los aportados por los accionistas de la Entidad, además, este coeficiente se utiliza para estimar el nivel de apalancamiento financiero.*

3) *Mide el nivel del activo total de la Entidad, financiado con recursos aportados a corto y largo plazo por los acreedores.*

4) *Mide la capacidad de generar utilidades con la inversión de los accionistas,*

según valor en libros.

De acuerdo al análisis financiero, Provivienda S.A. tiene un rendimiento económico favorable, pues sus ingresos por la gestión 2010 alcanzaron a Bs3.664.274, habiendo llegado a tener en el disponible al 31 de diciembre de 2010 lo siguiente:

DISPONIBLE	***Bs***
Bancos moneda nacional	*7.961.278*
Bancos moneda extranjera	*4.688*
Total disponible	*7.965.966*

Si a este importe se adiciona otros activos corrientes, tendremos:

Total disponible	*7.965.966*
(Mas) Inversiones	*1.326.928*
Cuentas por cobrar	*258.662*
Pagos anticipados	*163.274*
Total activo corriente	*9.714.830*
(Mas) Otros activos	*242.840*
TOTAL	*9.957.670*

*Como se puede observar en las cuentas bancarias se cuenta con **Bs7.965.966** al 31 de diciembre de 2010. A marzo de 2011 (según el reporte mensual de Provivienda S.A. remitida a la APS) se tendría **Bs8.404.398** en las cuentas bancarias.*

2. Evaluación del efecto financiero del proceso sancionatorio.

(…)

2.2 *Asimismo, la Resolución Administrativa N° 019-2011 de 25 de enero de 2011 en el artículo Segundo, determina la obligación de la presentación de una Boleta de Garantía Bancaria por el monto al que ascienda la mora presunta de aportes a la vivienda.*

De la documentación presentada por Provivienda S.A. se tiene que, el Banco Mercantil Santa Cruz con nota -Cite: BMSC BI-06/2011 de 22 de marzo de 2011, ha informado a BBVA Previsión AFP (sic) que la comisión de la Boleta de Garantía es del 1% del valor a garantizar. En el entendido que, el importe de la mora se estima en aproximadamente $us. 12.000.000 (importe inferido de la mora al Seguro Social Obligatorio a largo plazo) el 1% seria $usl20.000, al tipo de cambio de Bs6,99 por dólar, el costo sería Bs838.800. Este importe representa el 10% del disponible en caja.

También, es bueno mencionar que el ingreso promedio anual de las gestiones 2009 y 2010 llega a Bs3.486.304. Estos ingresos corresponden a la comisión del 0,89% que cobra Provivienda S.A. por la recaudación del aporte patronal del 2% sobre el total ganado de los asegurados al Sistema Integral de Pensiones

(SIP) a través de los Formularios de Pago de Aportes al Seguro Social Obligatorio a largo plazo, a través del sistema bancario y la posterior transferencia a la cuenta del Fideicomiso constituido en el Fondo de Desarrollo del Sistema Financiero y Apoyo a la Productividad (FONDESIF) para el Programa de Vivienda Social y Solidaria (PVS).

Con relación a las garantías para obtener una Boleta de Garantía bancaria, el Articulo 45° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, indica que el solicitante debe presentar como garantía hasta el 5% de su patrimonio neto o una garantía real por el 100% del importe por garantizar, en ambos casos se debe alcanzar a la suma por garantizar (aproximadamente $usl2.000.000 o su equivalente en Bs83.880.000).

En el caso de Provivienda S.A. el patrimonio neto alcanza a Bs7.920.964, siendo el 5% Bs396.048, por tanto, no alcanza al mínimo requerido. Con relación a las garantías reales requeridas, Provivienda S.A. no cuenta con la capacidad suficiente para respaldar con activos propios, lo que no le impide legalmente recurrir a sus accionistas.

Al respecto, para información se detalle la composición accionaria de Provivienda S.A.:

ACCIONISTAS	***N° DE ACCIONES***	***CAPITAL SOCIAL***	***PORCENTAJE***
BBVA Previsión AFP S.A.	*9.630*	*963.000*	*90%*
BBVA Pensiones S.A.	*535*	*53.500*	*5%*
BBVA Inversiones Internacional	*535*	*53.500*	*5%*

En el entendido que el accionista mayoritario (con el 90% de las acciones) BBVA Previsión AFP S.A. llegase a asumir las garantías necesarias para garantizar a Provivienda S.A., esta deberá pagar el 1% de comisión anual a la entidad bancaria que le otorgue la Boleta de Garantía, lo que representa en este caso Bs838.800. Al respecto, con el disponible aun deducido del pago de la sanción, existen fondos suficientes para cubrir la comisión del 1% que corresponde al costo de la Boleta de Garantía.

Que en base al análisis financiero se concluye que, Provivienda S.A. está en condiciones de pagar la sanción impuesta de Bs699.000 y la comisión del 1% anual por Bs838.800 a la entidad bancaria que otorgue la Boleta de Garantía, sin afectar significativamente la situación económica y patrimonial de esta Entidad Recaudadora de Aportes, ya que ambos importes suman a Bsl.537.800, y en disponible se tiene Bs7.965.966 representando ambas obligaciones el 19 % de esta cuenta.

Que si bien Provivienda S.A. no cumpliría con los requisitos exigidos en el Art. 45° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, para la obtención de la Boleta de Garantía bancaria solicitada en la Resolución Administrativa AP/DJ/N0 019-2011 de 25 de enero de 2011, porque no cuenta con activos reales, ni patrimonio

suficiente para garantizar la mencionada Boleta; sin embargo, no está impedida de presentar las garantías reales necesarias de sus accionistas, ya que esta figura no es restrictiva en una garantía bancaria.

Que en merito a lo expuesto, corresponde consignar en Resolución Administrativa el Auto de 28 de febrero de 2011 rectificado en el mes, solicitado por Provivienda S.A.

(…)

RESUELVE:

ÚNICO.- *I. Pronunciarse con referencia a la solicitud de Provivienda S.A., para lo cual se consigna en Resolución Administrativa el Auto de 28 de marzo de 2011 rectificado en el mes mediante Auto de 13 de abril de 2011, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.*

II. Los Autos señalados en el parágrafo anterior, forman parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa…"

6. Mediante memorial presentado en fecha 3 de junio de 2011, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recuso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/N° 003-2011 de 6 de mayo de 2011

7. Por Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 210-2011 de 5 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "*Confirmar la Resolución Administrativa APS/N° 003-2011 de 06 de mayo de 2011*".

8. La precitada Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011 (referida en el numeral 1 supra) no se refiere únicamente a la imposición a **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA**, de la obligación "*de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por aportes patronales y laborales adeudados al FCIV, queda bajo su entera y absoluta responsabilidad*" y de "*garantizar la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PVS, con la presentación a la AP de una Boleta Bancaria de Garantía por el monto al que ascienda la mora*", conforme todo lo relacionado precedentemente, sino que principalmente hace al proceso sancionatorio contra la ahora recurrente, conforme a la notificación de cargos AP/DJ/2499/2010 que le ha dado origen, por:

> "*…no haber iniciado ningún Proceso Ejecutivo Social dentro del transcurso de los ciento veinte (120) días calendario (de acuerdo al Decreto Supremo N° 21631 de 30 de marzo de 2001) …a aquellas empresas con mora en aportes laborales al Fondo de Capitalización Individual de Vivienda (FCIV) y por mora en aportes patronales al Programa Nacional de Subsidio para la Vivienda (PNSV)…*"

Entonces, la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 019-2011 de 25 de enero de 2011 devino en el Recurso de Revocatoria en su contra, interpuesto por **PROVIVIENDA ENTIDAD**

RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA en fecha 20 de abril de 2011 y mencionado en el numeral 4 supra.

9. Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de 13 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "*Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Provivienda S.A. contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011*", señalando entre sus fundamentos:

> "…*Que a su vez, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "I. Los* ***recursos de revocatoria proceden*** *contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión del mismo,*** *además de su interposición dentro del plazo hábil,* ***demostrar el cumplimiento de la obligación*** *o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento". (las negrillas son nuestras)*
>
> (…)
>
> *Que los artículos 25, 32, 33 y 52 y siguientes del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 (DS 27175/2003), prevén la posibilidad de que el regulado pueda hacer uso del Recurso Jerárquico, el cual no fue presentado, habiendo al presente transcurrido el plazo superabundantemente. Lo anterior significa que Provivienda S.A. al no recurrir la R.A.210-2011, ha expresado su aquiescencia respecto al pronunciamiento definitivo emitido por esta Autoridad, por lo que dicha resolución ha causado estado en el proceso incidental iniciado con respecto al rechazo de la suspensión del pago de la multa y la presentación de la Boleta de Garantía Bancaria determinada por R.A.019-2011*…"

10. Mediante memorial presentado en fecha 4 de octubre de 2011, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recuso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de 13 de septiembre de 2011.

Que, **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** ha solicitado en el otrosí 1 de su memorial presentado en fecha 4 de octubre de 2011, la suspensión de la ejecución del acto administrativo (en lo referido a la presentación de la Boleta Bancaria de Garantía).

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo

de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Que, la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se centra única y exclusivamente en el control de legalidad de la Resolución impugnada que ha declarado la improcedencia, debiendo verificarse si la misma ha sido emitida conforme dicta la normativa.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme consta en obrados, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de 13 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "*Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Provivienda S.A. contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011*" por cuanto y al tenor del artículo 61° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, "*Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si* (…) ***no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En concordancia con lo anterior, el artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que:

> "*Artículo 47.- (Procedencia).*
>
> *I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión del mismo,*** *además de su interposición dentro del plazo hábil,* ***demostrar el cumplimiento de la obligación*** *o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento"* (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo.

En el caso de autos y de la revisión adjunta al expediente administrativo se tiene que mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011, el Ente Regulador ha dispuesto que **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** garantice "*la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PSV, con la presentación a la AP de una Boleta Bancaria de Garantía*".

Que en este punto y siguiendo los precedentes administrativos sentados por esta instancia jerárquica, es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

> **"*OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa (…)"*
>
> ***SANCIÓN ADMINISTRATIVA.-*** *La medida penal que impone el Poder ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden, por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Por lo general se reducen a multas cuantiosas en ocasiones como las represivas del contrabando y la especulación (…)"*

Ahora bien, a Fs. 101 y 102 se evidencia que **PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES SOCIEDAD ANÓNIMA** cumplió con el depósito de la sanción económica impuesta a tiempo de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011, sin embargo, los datos del expediente refieren que no se dio cumplimiento a la precitada obligación de garantizar "*la recuperación de los adeudos en mora al FCIV y al PNSV actual PSV, con la presentación a la AP de una Boleta Bancaria de Garantía*".

Por consiguiente y al no haberse dado cumplimiento a las disposiciones de los artículos 61º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) y 47º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que la Autoridad recurrida ha obrado correctamente en la decisión del fallo recurrido.

Por otro lado, la recurrente ha presentado fundamentos sobre la imposibilidad material (patrimonial) para obtener la Boleta de Garantía Bancaria a la que se refiere el artículo segundo, parágrafo II, de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011, por cuanto podría irrogarle los graves daños a los que se refiere el artículo 40º, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, "*criterios suficientes* -a su decir- *para fundamentar con toda justicia una suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución de un acto administrativo, como es la Resolución Sancionadora, que está en contravención de lo previsto en el artículo 28 parágrafo II del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003*".

A este efecto, debe quedar absolutamente claro que esta instancia jerárquica no está resolviendo la suspensión o la propia imposibilidad material (patrimonial) que alega la recurrente, ya que conforme consta en el expediente administrativo, el presente recurso se dirige contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de 13 de septiembre de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, misma que declara improcedente el Recurso de Revocatoria, por incumplimiento de la

obligación. Por lo que queda claro, que esta instancia carece de competencia para dilucidar dicha situación y más aún cuando existe un pronunciamiento expreso emitido por la Autoridad Fiscalizadora **y que a la fecha se encuentra firme en sede administrativa.**

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso a), del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR** la resolución impugnada, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 298-2011 de 13 de septiembre de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que declara la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 019-2011 de 25 de enero de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DF/Nº 303-2011 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 011/2012 DE 14 DE FEBRERO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2012

La Paz, 14 de febrero de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 303-2011 de 15 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 138-2011 de 4 de julio de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº010/2012 de 20 de enero de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 6 de octubre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 303-2011 de 15 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/ Nº 138-2011 de 4 de julio de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 11 de octubre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 14 de octubre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DF/619/2011, de 13 de mayo de 2011, notifica a Futuro de Bolivia S.A., con los siguientes cargos:

"(…)

CARGO N° 1

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el inciso c) del artículo 6 y el inciso c) del artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS/IP IN° 319 del 14 de agosto de 2001, al evidenciarse que la AFP, no habría regularizado el cierre correspondiente de cada Cuenta Individual de acuerdo a la normativa señalada precedentemente, habiéndose realizado movimientos posteriores a la fecha de traspaso que no fueron regularizados. Los veintidós (22) casos observados corresponden a los siguientes NUA: 27460174, 8281130, 17649869, 27902973, 16864736, 1783841, 30398836, 2544775, 100243231, 1088889, 30468000, 32378312, 30159714, 30331250, 33742066, 17967478, 100511314, 33300291, 1281598,30299664, 36062467 y 33647276.

CARGO N° 2

Existen indicios de incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el inciso d) del artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 319 del 14 de agosto de 2001, al evidenciarse qué Futuro de Bolivia S.A. AFP no habría regularizado el cierre correspondiente de cada Cuenta Individual, de acuerdo a la normativa señalada precedentemente, habiéndose realizado movimientos posteriores a la fecha de traspaso que no fueron regularizados. Los nueve (9) casos observados son: 27899883, 32635710, 34467087, 27608888, 32638437, 36591919, 32638206, 32638905, 32633403.

III.- NORMATIVA INFRINGIDA.

En función a los casos observados, la normativa infringida se detalla a continuación:

•Resolución Administrativa SPVS- IP N° 319 de 14 de agosto de 2001. "SEXTO.- (CIERRE DE LA CUENTA INDIVIDUAL).

***c)** Una cuenta cerrada no puede recibir Imputaciones de ninguna naturaleza...*

***d)** Antes de procederse al cierre de una Cuenta Individual se debe establecer que el*

saldo esté correctamente determinado de acuerdo a la normativa vigente, esto comprende rezagos existentes en otras AFP, rezagos en la propia AFP, cotizaciones adeudadas por el empleador por pagos en defecto o no pagadas. En caso de cierre por motivo de traspaso no será necesario el análisis anterior, sin embargo, si posteriormente se detectan rezagos, éstos deberán transferirse como "Rezagos" a la AFP que administra la cuenta, quién los acreditará en la Cuenta Individual, tal como lo establece la normativa.

"NOVENO.- (TRASPASO DÉ LA CUENTA INDIVIDUAL).

c) *Si una Cuenta Individual se traspasa y con posterioridad, la AFP en la que se encontraba afiliado detecte rezagos, recibe pagos atrasados o cualquier tipo de fondos correspondientes a la cuenta, debe transferirlos a la AFP que administre la cuenta, en el siguiente proceso de traspaso, de conformidad con la normativa vigente".*

En este sentido, se le concede el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su notificación con la presente Nota de Cargos para que presente sus descargos."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 16 de junio de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP, remite sus descargos a través de nota FUT.APS.AFI.991/2001, presentando los siguientes descargos:

"(…) Cargo 1

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido por el inciso c) del artículo 6 y el inciso c) del artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 319 de 14 de agosto de 2001 ya que nuestra AFP no hubiera regularizado el cierre correspondiente de cada Cuenta Individual habiendo realizado movimientos posteriores a la fecha de traspaso en veintidós (22) casos, por lo que conviene señalar que:

1. *Las Cuentas Individuales de los veintidós (22) NUA detallados en la nota de cargo APS/DJ/DF/619/2011 intervinieron en procesos de Traspasos Enmendatorios y Traspasos Normales; las mismas que al momento de la culminación de cada proceso se encontraban con saldo cero (0).*

2. *Los saldos observados por su Autoridad y motivo de controversia, fueron originados por procesos de rectificación de planillas (Formularios de Pago de Contribuciones) y acreditación de boletas de regularización de deuda de los empleadores.*

3. *La acreditación en las cuentas individuales obedece exclusivamente al procedimiento establecido por la Circular SPVS-IP-DCF 23/2005 de fecha 7 de abril de 2005 en especial al establecido para las Rectificaciones Presentadas por los Empleadores que en la parte pertinente señala las rectificaciones recibidas,* ***sólo deberán ser procesadas desacreditando el FPC original erróneo y reacreditando el***

***mismo con la Información consignada en el FPC rectificatorio**. Éste proceso, de desacreditación y reacreditación deberá ser simultáneo" (las negrillas son nuestras). Por lo que en la práctica este procedimiento genera de manera obligada saldos por rendimiento de la comisión en todas las cuentas individuales afectadas por la rectificación, inclusive en aquellas Cuentas Individuales en las que por motivo de traspaso, nuestra AFP las ha dejado de administrar.*

Cargo 2

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido por el inciso d) del artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 319 de 14 de agosto de 2001 ya que nuestra AFP no hubiera regularizado el cierre correspondiente de cada Cuenta Individual habiendo realizado movimientos posteriores a la fecha de traspaso en nueve (9) casos, por lo que es conveniente precisar lo siguiente:

1. *Las Cuentas Individuales de los nueve (9) NUA detallados en la nota de cargo APS/DJ/DF/619/2011 intervinieron en procesos de Traspasos Normales y/o Enmendatorios, las mismas que al momento de la instrucción de su baja se encontraban con saldo cero (0).*

2. *Los saldos observados por su Autoridad y motivo de controversia, fueron originados por acreditación de pagos posteriores.*

Por otra parte y en atención a su nota AP/DPC/CO/1643/2010 de fecha 11 de junio de 2010, y mediante nuestra nota FUT.AP.AFI.1091/2010 de fecha 02 de julio comunicamos a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones que los saldos en los NUA observados serían traspasados en los siguientes procesos, sin embargo solo tres casos fueron incluidos en el proceso enmendatorio 177, los casos restantes fueron rechazados por la AFP de destino Previsión BBVA AFP S.A.

Sin embargo, en procesos posteriores de traspaso, se traspasaron saldos de 11 de los 22 casos correspondientes al Cargo N° 1; y 8 de los 9 casos correspondientes al Cargo N° 2, los mismos que actualmente se encuentran con saldo cero (0); los restantes 12 casos serán incluidos en los siguientes traspasos enmendatorios según corresponda.

Por todos los argumentos esgrimidos, solicitamos a su Autoridad pueda hacer una valoración razonada de nuestros descargos y proceder a desestimar los mismos."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/N° 138-2011 DE 4 DE JULIO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 138-2011 de 4 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

***"…PRIMERO.-** Se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N°1,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los incisos c) y d) del artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 319 de 14 de agosto de 2001.*

SEGUNDO.- *Se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo Nº 2,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al inciso c) del artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 319 de 14 de agosto de 2001.*

TERCERO.- I. *La multa señalada, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación Nº 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

CUARTO.- I. *Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, deberá realizar la regularización de los aportes de los veintidós (22) casos correspondientes al Cargo Nº 1: 27460174, 27902973, 1783841, 30398836, 2544775,100243231, 30468000, 100511314, 36062467,33647276,17649869, 6864736, 281598, 8281130, 1088889 32378312, 30159714, 30331250,33742066, 7967478, 33300291 y 30299664. Asimismo, para los nueve (9) casos correspondientes al Cargo Nº 2: 32635710, 34467087, 27608888, 36591919, 32638206, 32638905, 32633403, 27899883 y 32638437.*

II. *En el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, de transcurrido el plazo anterior, la AFP deberá remitir a esta Autoridad, informe documentado sobre las regularizaciones efectuadas.*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 18 de agosto de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 138-2011 de 4 de julio de 2011, argumentando que debido a que los traspasos corresponden a las gestiones 2000 y 2001, hubiera operado la prescripción. Asimismo señala que se le pretende imputar una conducta preterintencional sin haberse demostrado su configuración, además señala que tanto en el primer cargo como en el segundo no se habrían cumplido con los criterios de proporcionalidad.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/ Nº 303-2011 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite Resolución Administrativa APS/DJ/DF/ Nº 303-2011 de 15 de septiembre de 2011**,** mediante la cual confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 138-2011 de 4 de julio de 2011, con los siguientes argumentos:

"…CONSIDERANDO

Que mediante memorial de 18 de agosto de 2011, la Administradora señaló: "...vulneran el derecho que tenemos como sujetos regulados de derecho, a la que

nuestra situación jurídica se encuentre definida y no quedemos en permanente estado de imputabilidad...", citando las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006 y, SG SIREFI RJ 79/2006 de 30 de noviembre de 2006, mismas que citan "En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración", asimismo, la AFP recurre a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo de 2006, para argumentar la determinación de la fecha para computar la prescripción de la acción sancionatoria, misma que señala: "La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción...".

Que para los casos observados por la AFP respecto a la prescripción, ***de los movimientos reflejados en los Estados de Cuenta,*** *se ha podido evidenciar que las cuentas han sufrido movimientos* ***posteriores*** *al cierre de la cuenta, mismos que han sido realizados por la Administradora permanentemente, por lo que los Estados de Cuenta observados no han estado y no están en estado* ***inactivo.***

Que en ese sentido, para fundamentar el presente acto administrativo es menester hacer mención a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFT RJ 09/2008 emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera el 23 de enero de 2008, la cual expresa que:

"Una vez enseñado lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las ***infracciones instantáneas y*** *las* ***infracciones permanentes.***

En *las* ***infracciones instantáneas,*** *la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*

En las ***infracciones permanentes,*** *la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agotó en un sólo momento, a causa de la continuidad del comportamiento de infractor el que prosigue en el tiempo.*

En consecuencia, cuando se trata de ***infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que*** *cesó* ***la continuación o permanencia del hecho o el mismo*** *fue* ***descubierto",*** *(el subrayado y las negrillas son nuestras)*

Que de lo anterior, relacionado al caso que nos ocupa se tiene que, la infracción estuvo permanente en el tiempo en el cual la AFP realizó movimientos en los Estados de Cuenta, posteriores al cierre de cuenta demostrando permanencia en el hecho

antijurídico, pero que además este hecho fue identificado con la fiscalización al Auxiliar de Cuenta Individual realizado por el Organismo de Fiscalización.

Que asimismo, si la prescripción se la computa desde el día siguiente de producida la infracción, también se debe tomar en cuenta que, de acuerdo con la Circular SPVS-IP-DCF 23/2005 de fecha 07 de abril de 2005, la Administradora tenía un plazo de diez (10) días para la regularización de estos casos; en este sentido, de haber cumplido con los plazos oportunamente, no habría incurrido en la misma infracción todos los meses posteriores, ya que efectuó el reporte mensual en el Auxiliar de Cuenta Individual, por lo que la propia AFP sería la que ha mantenido vigente el hecho, ya que ***Futuro de Solivia S.A. AFP reportó mensualmente los Estados de Cuenta traspasados con "saldo";*** *lo que conlleva a deducir por la inconsistencia del contenido del Auxiliar de Cuenta Individual, mismo que es resultado de las operaciones y registros de la AFP.*

Que de lo anterior, es pertinente hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 5 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, con respecto al ***Principio de Verdad Material,*** *bajo los lineamientos establecidos por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera* ***(SIREFI),*** *la cual expresa lo siguiente:*

> *"... Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.*
>
> *Que Entonces (sic), la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados.*
>
> *Que de igual manera, no se debe dejar de lado que en el caso de procedimientos donde intervenga más de una persona la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público".*

Que en virtud a lo expuesto precedentemente, nuestra normativa vigente aplicable en los procesos sancionatorios, establece principios específicos, como es el de la Verdad Material, para su tramitación, tendientes a garantizar la eficacia de la función administrativa con el fin de satisfacer el interés público y a la vez, constituyen la aplicación práctica de las garantías establecidas a favor de los administrados.

Que en ese entendido, por imperio del mencionado principio, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para resolver el presente caso, debe considerar ***los hechos y actos materiales*** *que se ven plasmados en el proceso administrativo, independientemente a aquellos que hayan sido o no alegados o probados por los administrados.*

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto, no debió alegar prescripción, considerando que la misma se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, pero por su carácter permanente se ha mantenido en el tiempo, toda vez que los actos de la Administradora han demostrado movimientos después de la Fiscalización practicada por esta Autoridad en fecha 22 de febrero de 2011, por lo que los Estados de Cuenta observados no han estado y no están en estado ***inactivo.***

Que por lo expuesto, se colige que el Principio de la Verdad Material previsto en normativa vigente, es entre otros, el instrumento normativo aplicado para fundamentar el presente acto administrativo, el cual se ve explicado a mayor profundidad en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006, emitida por la ex SIREFI.

Que para finalizar esta parte del análisis se tiene que, los argumentos presentados sobre la prescripción por la falta de cierre correspondiente de cada Cuenta Individual no corresponden, habiéndose constatado que la AFP ha realizado movimientos posteriores a la fecha de fiscalización, lo que demuestra que la infracción es permanente.

Que en cuanto a la conducta preterintencional, la AFP señala:

> *"(...) se pretende imputamos una conducta preterintencional sin haber demostrado fehacientemente que nuestra conducta e intención era la de no regularizar los casos imputados; y además que por ello se haya producido un efecto mayor al deseado causando entonces la distorsión en la información remitida a la APS. Lo anteriormente descrito vulnera el principio constitucional de presunción de inocencia al que por principio de jerarquía normativa debe adecuarse el procedimiento administrativo.*
>
> *Por lo anteriormente expresado, al no haberse demostrado la conducta preterintencional, y al no haberse causado daño económico a los Afiliados ni a los Fondos que administramos, siendo más bien nuestra conducta desarrollada en el marco de la No Intencionalidad...".*

Que esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, al respecto establece que la AFP de acuerdo con lo señalado en la Resolución Administrativa SPVS-IP-N° 319 de 14 de agosto de 2001, debió haber actualizado el saldo de los Estados de Cuenta Individual y enviado "oportunamente" la diferencia a la cuenta de Rezagos, procedimiento que es de conocimiento y aplicación por parte de la AFP desde agosto de 2001, lo que claramente permite advertir que la AFP conocía el procedimiento; sin embargo, no aplicó el mismo para los casos observados en el Cargo N°1.

Que esta situación ha vulnerado también el Principio de Contabilidad de Exposición, ya que las cuentas contables de Rezagos y Cuenta Individual, fueron reportadas con saldos inexactos, como consecuencia del incorrecto registro contable de las rectificaciones de aportes en cuentas cerradas, que anteriormente fueron traspasadas a la otra Administradora; al respecto, cabe señalar que este hecho fue repetido en varias oportunidades por la AFP, ya que en los reportes mensuales de los Auxiliares remitidos a esta Autoridad, la AFP no efectuó la respectiva regularización de los aportes.

Que por tanto, la falta de regularización oportuna por parte de la AFP de los aportes que surgieron como efecto de rectificaciones en Cuentas Individuales transferidas y cerradas, no sólo incumplió el procedimiento establecido, sino que también derivó en una mala exposición del saldo de dos (2) cuentas en los Estados Financieros.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, en ninguna de sus notas ha negado la observación realizada a los casos identificados, más aún, como resultado de la fiscalización, recién ha procedido a regularizar estos saldos; asimismo, cabe aclarar que los casos observados, únicamente son reflejo de una muestra revisada y no así del universo de registros que compone el Auxiliar de Cuenta Individual que se encuentran bajo la administración de la AFP.

Que por lo expuesto anteriormente y en relación a la preterintencionalidad, la cual se define como una acción que produce efectos de mayor gravedad que los que se pretendían causar, se concluye que la conducta del regulado es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente la omisión en la regularización del cierre correspondiente de cada Cuenta Individual, lo que género como consecuencia la distorsión en la información remitida a esta Autoridad, correspondiente a esta acción, no existe ningún argumento válido que haya podido presentar la AFP.

CONSIDERANDO

Cargo N° 1

*Al respecto, en el recurso planteado por la AFP, señala: "(...) acreditación en las cuentas individuales obedece exclusivamente al procedimiento establecido por la Circular SPVS-IP-DCF 23/2005 de fecha 7 de abril de 2005 en especial al establecido para las Rectificaciones Presentadas por los Empleadores que en la parte pertinente señala "Las rectificaciones recibidas, **sólo deberán ser procesadas desacreditando el***

FPC original erróneo y reacreditando el mismo con la información consignada en el FPC rectificatorio. *Éste proceso, de desacreditación y reacreditación deberá ser simultáneo" (las negrillas son nuestras). Por lo que en la práctica este procedimiento genera de manera obligada saldos por rendimiento de la comisión en todas las cuentas individuales afectadas por la rectificación, inclusive en aquellas Cuentas Individuales en las que por motivo de traspaso, nuestra AFP las ha dejado de administrar. En todo caso es importante mencionar que estos procesos de acreditación y reacreditación de planillas, no han generado saldos negativos, sino al contrario saldos positivos que luego fueron incluidos en los procesos de traspaso correspondientes".*

De igual manera, la misma Circular citada por la AFP, señala: "(...) Si el procesamiento de un FPC rectificatorio origina saldos negativos, la Administradora debe financiar éstas sin perjuicio de que se realicen posteriormente las gestiones necesarias para recuperar los montos financiados por la AFP.

Si el o los saldos negativos se originaron en un proceso de traspasos con la otra AFP, estos deberán ser regularizados mediante conciliación entre las Administradoras de Fondos de Pensiones.

El plazo para atender una solicitud de desacreditación por parte del empleador no debe ser mayor a los diez (10) días hábiles de recibida la nota de solicitud".

Asimismo, los incisos c) y d) del artículo sexto y el inciso c) del artículo noveno de la Resolución Administrativa SFVS-IP N° 319 de 14 de agosto de 2001, señalan:

"Artículo sexto.

c) *Una cuenta cerrada no puede recibir imputaciones de ninguna naturaleza. Si por no haber dado cumplimiento a las normas precedentes o por otra razón la AFP debe efectuar registros en una cuenta cerrada, requerirá autorización previa de la SPVS para reactivarla.*

d) *Antes de procederse al cierre de una Cuenta Individual se debe establecer que el saldo esté correctamente determinado de acuerdo a la normativa vigente; esto comprende rezagos existentes en otras AFP, rezagos en la propia AFP, cotizaciones adeudadas por el empleador por pagos en defecto o no pagadas. En caso de cierre por motivo de traspaso no será necesario el análisis anterior, sin embargo, si posteriormente se detectan rezagos, éstos deberán transferirse como "Rezagos" a la AFP que administre la cuenta, quien los acreditará en la Cuenta Individual, tal como lo establece la normativa vigente". (...)*

Artículo noveno.

c) Si una Cuenta Individual se traspasa y con posterioridad, la AFP en la que se encontraba afiliado detecta rezagos, recibe pagos atrasados o cualquier tipo de fondos correspondiente a la cuenta, debe transferirlos a la AFP que administre la cuenta, en el siguiente proceso de traspaso, de conformidad con la normativa vigente."

Que la normativa citada, estableció y puso en conocimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, los procedimientos y el plazo que debe seguir la AFP para regularizar estos saldos que surgen de rectificaciones que realizan los empleadores, por aportes que afectan Cuentas Individuales que fueron cerradas por traspasados (sic) de los aportes a la otra Administradora.

Asimismo, con nota FUT.APS.AFI.1411/2011 de 18 de agosto de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP efectuó una explicación y remitió documentación relativa la regularización de los aportes de los casos observados.

Que de la revisión de los documentos remitidos por la AFP, se puede advertir que las regularizaciones efectuadas por la AFP son a partir del 01 de julio de 2010, por tanto, con posterioridad a la fiscalización que fue realizada en febrero de 2010, de acuerdo con el siguiente detalle:

	FISCALIZACIÓN			**Feb-10**	
1	27460174	177	Rezagos	16/08/2010	Posterior a la Fiscalización
2	8281130	26	Rezagos	08/12/2010	Posterior a la Fiscalización
3	17649869	26	Rezagos	08/12/2010	Posterior a la Fiscalización
4	27902973	177	Rezagos	16/08/2010	Posterior a la Fiscalización
5	16864737	201	Rezagos	15/08/2011	Posterior a la Fiscalización
6	1783841	174	Rezagos	01/07/2010	Posterior a la Fiscalización
7	30398836	177	Rezagos	16/08/2020	Posterior a la Fiscalización
8	2544775	175	Rezagos	15/07/2010	Posterior a la Fiscalización
9	100243231	28	Rezagos	23/03/2011	Posterior a la Fiscalización
10	1088889	202	Rezagos	01/09/2011	Posterior a la Fiscalización
11	30468000	28	Rezagos	23/03/2011	Posterior a la Fiscalización
12	32378312	28	Rezagos	23/03/2011	Posterior a la Fiscalización
13	30159714	No señala	No señala	No señala	
14	30331250	No señala	No señala	No señala	
15	33742066	201	Rezagos	15/08/2011	Posterior a la Fiscalización
16	17967478	No señala	No señala	No señala	
17	100511314	28	Rezagos	23/03/2011	Posterior a la Fiscalización
18	33300291	201	Rezagos	15/08/2011	Posterior a la Fiscalización
19	1281598	179	Rezagos	15/09/2010	Posterior a la Fiscalización
20	30299664	28	Rezagos	23/03/2011	Posterior a la Fiscalización
21	36062467	28	Rezagos	23/03/2011	Posterior a la Fiscalización
21	33647276	28	Rezagos	23/03/2011	Posterior a la Fiscalización

Que en este sentido, si bien de acuerdo con el Recurso y la nota de Futuro de Bolivia S.A. AFP, estos casos habrían sido subsanados, la AFP efectuó la regularización de los mismos, con posterioridad a la fiscalización realizada por esta Autoridad, por tanto, se considera que la AFP no presentó elementos suficientes para desvirtuar la infracción correspondiente al Cargo N° 1 imputado.

Cargo N° 2

Que el Recurso planteado por la AFP, únicamente hace referencia a la sentencia N° 1464/2004-R, expresada por el Tribunal Constitucional, referida a la cuantía de la sanción, señalando que esta Autoridad no ha justificado la imposición del monto de la cuantía de la sanción pecuniaria.

Que en este sentido, cabe aclarar que, en el recurso de la AFP, no ha remitido ningún elemento técnico orientado a desvirtuar o justificar el Cargo N° 2 imputado.

Que asimismo, con nota FUT.APS.AFI.1411/2011 de 18 de agosto de 2011, Futuro de Bolivia S.A, AFP efectuó una explicación de los casos observados, señalando que los mismos se encuentran registrados en rezagos, para lo que remitió los Estados de Ahorro Previsional (EAP) de los NUA observados, mostrando que a la fecha estos EAP se encuentran con saldo cero (0).

Que de la revisión de los EAP remitidos por la AFP, se puede advertir que la regularización del saldo de estos Estados, fue efectuada por la AFP con posterioridad a la fiscalización, por lo que se mantiene la infracción.

Que de acuerdo con la nota de Futuro de Bolivia S.A. AFP, estos casos habrían sido subsanados; sin embargo, cabe reiterar que los mismos fueron regularizados con posterioridad a la fiscalización realizada por esta Autoridad; pero además, se entiende que los mismos hubieran permanecido en un estado infractor si no era por la acción del Ente Regulador quien observó la misma y las puso en conocimiento del regulado.

Que en cuanto al monto de la cuantía de la sanción equivalente a $us.2,000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) del Cargo N° 2, la Administradora argumenta que esta Autoridad no ha justificado el monto de la misma, y que se actuó con discrecionalidad, refiriéndose a lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia N° 1464/2004-R que en la parte pertinente señala:

> *"Principio de los limites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los (sic) intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente."*

Que por lo mismo Futuro de Bolivia S.A. AFP señalar "esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia., equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el

principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento... ".

Que esta Autoridad, en cuanto a lo fundamentado por Futuro de Bolivia con respecto al Cargo N° 2, hace referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2006 de 20 de marzo de 2006 estableció que:

"(...) Así, las sanciones administrativas deben circunscribirse a principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, significado este último, que la existencia de correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde, de acuerdo a su grado de participación y en forma proporcional a la gravedad de la infracción. La justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona constituye un principio reiteradamente declarado por la doctrina, cuya aplicación del derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección del exceso que supone ejercitar la discrecionalidad mas allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan el ámbito del poder discrecional de la graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de estos y la arbitrariedad".

Que por lo mismo, la gradación de la sanción impuesta en el Cargo N° 2, es importante señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS calificó en la R.A. 138-2011, con la facultad conferida en los incisos b) y g) el artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y bajo el principio de proporcionalidad estableciendo la correlación entre el hecho generador de la infracción permanente, la conducta del infractor, la prueba, la imputabilidad y el grado de participación del agente al hecho y efecto de la infracción a normas que rigen sus deberes y obligaciones para el buen desempeño de sus funciones, las cuales son de estricto cumplimiento.

Que asimismo, es importante señalar que el monto impuesto para el Cargo N° 2, consideró la importancia y efectos de la infracción que resulta más perniciosa para el Asegurado, toda vez que la falta de un debido cierre de cada una de las cuentas, generó que los Afiliados no puedan acceder a información oportuna y exacta de sus aportes, ya que al estar registrados en la otra AFP, es decir BBVA Previsión AFP S.A., no contaban con un Estado de Cuenta que exponga la exactitud de sus aportes, lo que pudo afectar a los Afiliados en otros trámites.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la R.A. 138-2011, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los

recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 6 de octubre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 303-2011 de 15 de septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

"…DE LA CONDUCTA PRETERINTENCIONAL:

Bajo nuestra apreciación manifestada mediante recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 303-2011, señalamos que el regulador no había demostrado que la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP haya sido preterintencional, por lo que al no haberse causado daño económico a los Afiliados ni a los Fondos que administramos, NO correspondía la calificación de las infracciones como Leves, sino más bien como ***Levísimas*** *en el marco de lo dispuesto por el inciso d) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997. Sobre lo precedentemente señalado, el regulador no se ha manifestado, señalando más bien que "...por lo expuesto anteriormente y en relación a* ***la preterintencionalidad, la cual se define como una acción que produce efectos de mayor gravedad que los que se pretendía causar,*** *se concluye que la conducta del regulado es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente la omisión en la regularización del cierre correspondiente a cada Cuenta Individual, lo que género como consecuencia la distorsión en la información remitida a esta Autoridad, correspondiente a esta acción, no existe ningún argumento válido que haya podido presentar la AFP (las negrillas son nuestras)".*

Sobre el particular cabe reiterar que la acreditación de saldos en las cuentas individuales ha obedecido a procesos de acreditación y reacreditación, y nunca han tenido como objetivo distorsionar la información remitida al regulador, ni otro con mayor consecuencia, por lo que reiteramos que no ha existido intencionalidad en la comisión de la infracción, la misma que no se discute, sin embargo, no admitimos la calificación de la infracción como leve, ni la imposición del monto de la sanción pecuniaria. Por otra parte en los considerandos relativos al Cargo Nº 2, la APS ha señalado que "...el monto impuesto para el Cargo N° 2, consideró la importancia y efectos de la infracción que resulta más perniciosa para el Asegurado, toda vez que la falta de un debido cierre de cada una de las cuentas, generó que los Afiliados no puedan acceder a la información oportuna y exacta de sus aportes, ya que al estar registrados en la otra AFP, es decir BBVA Previsión AFP S.A:, no contaban con un Estado de Cuenta que exponga la exactitud de sus aportes, ***lo que pudo afectar a los Afiliados en otros trámites*** *(las negrillas son nuestras)". Sobre ese particular debemos señalar que no se puede pretender justificar la gravedad de la sanción sobre un supuesto, hecho no comprobado y que no tiene asidero ni base legal; pues como es de conocimiento del regulador al constituirse en emisor de la norma reglamentaria para la otorgación de beneficios y prestaciones del SSO y ahora del SIP; para acceder a las mismas se requiere de una revisión del Estado de Cuenta Individual*

(ahora Estado de Ahorro Previsional) que incluye de manera obligada la consulta a la otra AFP para verificar la existencia de aportes mal pagados o en rezago, a efectos de que dicho aspecto sea subsanado; por lo que mal puede la APS colegir que se pudo afectar a los Afiliados en otros trámites.

Por todo lo hasta ahora expresado, concluimos que no ha existido intencionalidad en la conducta imprimida por nuestra AFP, que tampoco se ha obtenido beneficio propio o de terceros y menos aun se ha causado daño a los Afiliados o los fondos que Administramos, por lo que la infracción debe ser calificada en atención al principio de búsqueda de la verdad material como una infracción levísima.

PETITORIO:

Al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículos 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 303-2011 de fecha 15 de septiembre de 2011; que confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 138-2011 de 04 de julio de 2011, adecuando así el caso de Autos al marco de la legalidad en conformidad al marco normativo vigente; y, las reglas del debido proceso administrativo, respetando los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES DEL RECURSO INTERPUESTO.-

Conforme se evidencia de la transcripción realizada del recurso jerárquico en el Considerando anterior, Futuro de Bolivia S.A. AFP limita su impugnación única y exclusivamente a la aplicación de la gravedad de la sanción en cuanto a la conducta preterintencional y la inexistencia de daño, significando la imposición de sanciones pecuniarias.

Consiguientemente, se evidencia la inexistencia de impugnación respecto a las infracciones cometidas ya que han sido reconocidas por la recurrente, por lo que el presente análisis y en observancia al artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, se limitará cual corresponde a la consideración estricta de los argumentos presentados.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

El recurrente señala que en el presente caso -refiriéndose a ambos cargos- no ha existido preterintencionalidad por parte de la AFP, al no existir intención y no haberse causado daño económico a los Afiliados, ni a los Fondos, por lo cual no corresponde la calificación de infracciones como leve, sino más bien de gravedad levísima en el marco de lo dispuesto por el inciso d) del Artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

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

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

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

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

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

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

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

preterintencional:

> *"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción)* ***preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto****, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente.*
>
> *Por otra parte, se ha precisado en la doctrina que se requiere que se dé una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado, y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo género de interés lesionado.*
>
> *La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.*
>
> *Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor".*
>
> *De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción),* ***sino también por una actitud culposa u omisiva…."*** (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

Expuesto ambos precedentes administrativos, se tiene que la sanción será calificada como de gravedad leve, cuando la infracción o los actos u omisiones hayan sido provocados de

manera preterintencional y que el resultado obtenido sea más grave de lo previsto y claro no haya repercutido en el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor.

Ahora bien, importará revisar los argumentos esgrimidos por la instancia recurrida, respecto a la fundamentación de la calificación de gravedad, a lo largo del proceso, conforme se procede a continuación:

En la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 138-2011 de 4 de julio de 2011 cursante a fojas 28, 29 y 32, se encuentra el siguiente pronunciamiento:

> *"…De la transcripción del texto normativo y en lo referente al presente caso de autos, se concluye que hubo preterintencionalidad en la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el entendido de que se ha constatado que el regulado conociendo la obligación expresada en la imputación de cargos, no regularizó oportunamente y dentro de parámetros racionales de tiempo el cierre correspondiente de cada Cuenta Individual, de acuerdo al inciso c) del artículo 6 y el inciso c) del artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 319 de 14 de agosto de 2001, generando prerintencionalmente inconsistencias en cuanto a los datos e información actual de los Estados de Ahorro Previsional con lo que la AFP viene desempeñando sus actividades determinadas por norma…".*
>
> *"…Por lo anotado, la omisión en la regularización del cierre correspondiente de cada Cuenta Individual, habiéndose realizado movimientos posteriores a la fecha de traspaso que no fueron regularizados los nueve (9) casos imputados, genero como consecuencia distorsión en la información remitida a esta Autoridad…"*

Que de igual manera la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 303-2011 de 15 de septiembre de 2011 cursante a fojas 82 y 85, encontramos lo siguiente:

> *"… Que de lo anterior, relacionado al caso que nos ocupa se tiene que, la infracción estuvo permanente en el tiempo en el cual la AFP realizó movimientos en los Estados de Cuenta, posteriores al cierre de cuenta demostrando permanencia en el hecho antijurídico, pero que además este hecho fue identificado con la fiscalización al Auxiliar de Cuenta Individual realizado por el Organismo de Fiscalización…*
>
> *…Que por tanto, la falta de regularización oportuna por parte de la AFP de los aportes que surgieron como efecto de rectificaciones en Cuentas individuales transferidas y cerradas, no sólo incumplió el procedimiento establecido, sino que también derivó en una mala exposición del saldo de dos (2) cuentas en los Estados…*
>
> *…Que por lo expuesto anteriormente y en relación a la preterintencionalidad, la cual se define como una acción que produce efectos de mayor gravedad que los que se pretendían causar, se concluye que la conducta del regulado es preterintencional cuando el resultado, siendo previsible, excede la intención del agente la omisión en la regulación del cierre correspondiente de cada Cuenta Individual, lo que género como consecuencia la distorsión en la información remitida a esta Autoridad, correspondiente a esta acción, no exige ningún argumento válido que haya podido*

presentar la AFP….

… la AFP de acuerdo con lo señalado en la Resolución Administrativa SPVS-IP-N° 319 de 14 de agosto de 2001, ***debió haber actualizado el saldo de los Estados de Cuenta Individual y enviado "oportunamente" la diferencia a la cuenta de Rezagos, procedimiento que es de conocimiento y aplicación por parte de la AFP desde agosto de 2001****, lo que claramente permite advertir que la AFP conocía el procedimiento; sin embargo, no aplicó el mismo para los casos observados en el Cargo N°1.*

Que esta ***situación ha vulnerado también el Principio de Contabilidad de Exposición, ya que las cuentas contables de Rezagos y Cuenta Individual, fueron reportadas con saldos inexactos, como consecuencia del incorrecto registro contable de las rectificaciones de aportes en cuentas cerradas****, que anteriormente fueron traspasadas a la otra Administradora; al respecto, cabe señalar que este hecho fue repetido en varias oportunidades por la AFP, ya que en los reportes mensuales de los Auxiliares remitidos a esta Autoridad, la AFP no efectuó la respectiva regularización de los aportes…*

…que el monto impuesto para el Cargo N° 2, consideró la importancia y efectos de la infracción que resulta más perniciosa para el Asegurado, toda vez que la falta de un debido cierre de cada una de las cuentas, ***generó que los Afiliados no puedan acceder a información oportuna y exacta de sus aportes, ya que al estar registrados en la otra AFP, es decir BBVA Previsión AFP S.A., no contaban con un Estado de Cuenta que exponga la exactitud de sus aportes, lo que pudo afectar a los Afiliados en otros trámites."***

De lo transcrito se evidencia que el Ente Regulador, sí se ha pronunciado sobre cuál habrían sido las conductas infringidas (cargo 1 y 2) y el carácter preterintencional de la mismas, donde la AFP al haber cometido la infracción ha generado una consecuencia mayor a la que tenía prevista, toda vez que no debemos olvidar que la normativa prevé que una Cuenta Individual (hoy Cuenta Personal Previsional) que se encuentra cerrada por emergencia de un traspaso, no puede ser afectada con ningún movimiento.

El actuar de forma diferente conlleva connotaciones mayores, como es la existencia de dos Cuentas Individuales para un sólo Asegurado.

Asimismo, y no menos relevante es que los aportes nuevos que ingresaron, en vez de encontrarse en Cuenta Individual, debieron estar en rezagos y ser sujetos al siguiente proceso de traspaso, y no como sucedió en el caso de autos, donde la regularización se produjo por emergencia de la fiscalización de la Autoridad Supervisora.

Otra de las repercusiones que se generó por la infracción cometida por la AFP, (más allá de lo pudo prever la misma), es la mala exposición del saldo en dos cuentas de los Estados Financieros y por lo tanto la distorsión de la información remitida a la APS.

Por lo que queda absolutamente claro, que ha existido preterintencionalidad, ya que la intención de la AFP no fue que la infracción que cometió tenga las consecuencias

señaladas, caso contrario existiría premeditación, situación que generaría que la calificación de la gravedad sea distinta a la ahora impuesta, conforme prevé el transcrito *ut supra* Artículo 286 del Decreto Supremo No. 24469.

Finalmente, debe establecerse que en el presente proceso, no se discute la existencia de daño, ya que si se hubiere producido el mismo, entonces la gravedad correspondía a "media", por lo que el argumento esgrimido por la recurrente carece de fundamento.

Que, sin perjuicio de lo anterior, es menester aclarar a la instancia recurrida, que no se puede fundar (entre otros) una preterintencionalidad en un hecho hipotético, como da a entender en el acto administrativo recurrido, debido a que sí la APS señala que habría posible daños a los afiliados, entonces debió haber averiguado y confirmado tal situación, en el marco de su competencia, y no dejar al olvido tal delicada aseveración y consiguientemente calificar la gravedad conforme a derecho.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma en el presente proceso, correspondiendo su Confirmatoria.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 303-2011 de 15 de septiembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/ N° 138-2011 de 4 de julio de 2011, conforme a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 682/2011 DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPCF/Nº 012/2012 DE 02 DE MARZO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPCF/Nº 012/2012

La Paz, 02 de marzo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**; la Resolución Administrativa ASFI N°682/2011 de 22 de septiembre de 2011, complementada, aclarada y enmendada por la Resolución Administrativa ASFI Nº717/2011 de 10 de octubre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha autoridad; y todo lo demás que convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Administrativa N°015 A de 18 de enero de 2012, legalmente notificada, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas resolvió ampliar el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos para resolver el Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N°682/2011 de 22 de septiembre de 2011, complementada, aclarada y enmendada por la Resolución Administrativa ASFI N°717/2011 de 10 de octubre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirma y revoca la Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

CONSIDERANDO:

Que la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros emitió el Informe SPVS/INF/N°01/2008 de 30 de mayo de 2008, por el cual se establecieron posibles

incumplimientos por parte de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** a la Ley N°1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros, y disposiciones conexas, hecho que determinó el inicio de procedimiento administrativo sancionatorio contra la citada entidad Aseguradora y concluyó con la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N°832/10 de 23 de septiembre de 2010.

Que, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°17/2011 de 21 de abril de 2011, emitida por el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se anuló el citado procedimiento administrativo "*hasta el estado en que se resuelva el Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Luis Artemio Lucca Suarez de manera motivada y fundamentada en cada uno de los aspectos expresamente señalados por el recurrente*".

CONSIDERANDO:

Que previamente es necesario identificar cada uno de los cargos establecidos en la Nota de Cargos SPVS/IP/AL N°3183/2008, según el Informe SPVS INF/N°01/2008 de 30 de mayo de 2008:

-Cargos N°1 y N°2, referidos a la no emisión y entrega de certificados o notas de coberturas de la Póliza N°600055 de seguros de desgravamen hipotecario, a los señores Luis Artemio Lucca Suárez y Ana María Arteaga de Lucca, durante el periodo comprendido entre julio a diciembre de 2000 y enero a marzo del 2001, incumpliendo el inciso g) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, y el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N°257 de 19 de junio de 2000, que establece que "*Es obligación de la entidad aseguradora que suscriba seguros colectivos emitir para cada asegurado, un certificado de Cobertura…*", cuya aplicación de sanción fue desestimada por inexistencia de conducta o hecho punible en el Reglamento de Sanciones N°01/93.

-Cargo N°3, referido a que la Entidad Aseguradora no registró en la ex SPVS el Certificado de Cobertura de la póliza de seguros de desgravamen hipotecario, con el código asignado N°207-934801-1999 11 004, incumpliendo lo establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS – IS N°172 de 16 de abril de 2001.

-Cargo N°4, referido al incumplimiento al Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa N°032/98, por haber operado y suscrito un contrato de reaseguro con SCOR, siendo que la misma no se encontraba registrada en la ex SPVS, durante el periodo del 1 de octubre de 2000 al 21 de enero de 2001.

-Cargo N°5, referido a que la Entidad Aseguradora no ha remitido a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros los textos del Condicionado General, Particular, y formularios con los respectivos códigos asignados por la SPVS, mediante Resolución Administrativa SPVS – IS N°321/99 de 9 de noviembre de 1999.

- Cargo N°6, referido al incumplimiento del inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros N°1833 que establece : "*Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguro.*", concordante con el artículo 2 de la Resolución Administrativa N°070/99 de 23 de abril de 1999 que establece: " *Las pólizas, anexos, o cláusulas adicionales, objeto de*

comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización".

-Cargo N°7, referido a que no se registró anexos, condiciones especiales de asegurabilidad, procedimientos en caso de siniestros y cálculo de comisión de utilidades antes de la comercialización

-**Cargo N°8,** referido a que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., no presentó la documentación solicitada mediante SPVS-N° 528/2008, en los puntos 1) y 4), referentes a la documentación de las notas de débito Nros. 57624-01, 58245-01 y 58636-01, mismas que no tienen el mismo formato que la nota de débito N° 58345-011, incumpliendo el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros, que establece la obligación de presentar a la Superintendencia , a requerimiento fundamentado toda información solicitada sin restricción de ninguna naturaleza**.**

-Cargo N°9, referido a que si el rechazo de siniestro no fuera aceptado por el o los beneficiarios, se deberá pasar a la instancia de conciliación y arbitraje y el siniestro ser registrado como controvertido en el mismo periodo.

CONSIDERANDO:

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

1. **RESOLUCIÓN ASFI N°832/10 de 23 de septiembre de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero**

La ASFI mediante Resolución ASFI N°832/10 de 23 de septiembre de 2010, resuelve lo siguiente:

"PRIMERO.- *Desestimar la aplicación de sanción por incumplimiento al inciso g) del artículo 12 de la Ley de Seguros N°1883 y el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 257 de 19 de junio de 2000, por inexistencia de la conducta punible en Reglamento de Sanciones N°01/93.*

SEGUNDO.- *Sancionar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a 60.000 UFV´s, (Sesenta Mil Unidades de Fomento a la Vivienda) por incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883.*

TERCERO.- *Desestimar los cargos 3, 5 y 9 al vulnerar el principio de congruencia, tipicidad e irretroactividad de la Ley contenidos en la Notificación de Cargos SPVS/IP/AL N°3183/2008 de 29 de diciembre de 2008.*

CUARTO.- *Declarar la prescripción de los cargos 4, 6 y 7 de conformidad a lo establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 de 23 de abril de 2002."*

2. RESOLUCIÓN ASFI N°870/2010 de 11 de octubre de 2010, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

En virtud al memorial de 4 de octubre de 2010 presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, mediante Resolución ASFI N°870/2010 de 11 de octubre de 2010, se complementa la Resolución ASFI N°832/10 de 23 de septiembre de 2010 con los argumentos señalados en la parte considerativa de la misma, manteniéndose inalterable la parte resolutiva.

3. RECURSO DE REVOCATORIA

En fecha 20 de octubre de 2010, el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez presenta recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N°832/10 de 23 de septiembre de 2010, con los siguientes argumentos:

3.1.Respecto a la prescripción de las infracciones:

En mérito a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 y RJ 09/2008, refiere que la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador respectivo tratándose de infracciones administrativas simples (infracciones instantáneas) y cuando se descubre el hecho o cesa la conducta infractora cuando se trata de infracciones complejas (infracciones permanentes).

3.2.Respecto a la naturaleza jurídica de las infracciones instantáneas e infracciones permanentes y cómputo de la prescripción

Las infracciones instantáneas se consuman de manera inmediata, desde el día siguiente de cometida la infracción se computa la prescripción y queda interrumpida a partir del momento de la presentación de la denuncia.

Las infracciones permanentes se agotan cuando ha cesado su consumación o han sido descubiertas, cuyo inicio del cómputo debe ser: a) cuando ha cesado o se ha agotado la conducta infractora o; b) cuando los hechos han sido descubiertos, concluyendo que cuando la infracción permanente es de conocimiento del administrado, la prescripción comenzará a correr a partir del día siguiente en que cesaron los efectos; sin embargo, contrario sensu, si la infracción permanente no es conocida por el administrado, el plazo de cómputo de la prescripción comenzará a correr a partir del día hábil siguiente en que el hecho fue descubierto.

3.3.Respecto al análisis de los cargos

3.3.1.Con relación a los Cargos N°1 y N°2

El recurrente hace referencia a los dos componentes del principio de tipicidad: *praeceptum legis*, que es la descripción del precepto o conducta prohibida, y la *sanctio legis*, que es la sanción que se aplica ante la comisión del hecho punible.

El *praeceptum legis* del **cargo Nº 1** se encuentra en el art. 12, literal g) de la Ley de Seguros que menciona como obligación de las aseguradoras*: "Emitir pólizas de seguro, certificados o notas de cobertura, claras y fácilmente legibles*", y la *sanctio legis* en el art. 53 de la citada Ley, que hace referencia a las infracciones insubsanables como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad, que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, por lo que en función al principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 410 de la CPE, la Ley de Seguros se aplica con preferencia a la Resolución Reglamentaria Nº01/93.

Continúa señalando que la infracción cometida por Alianza Vida S.A. sería insubsanable ya que la misma corresponde al incumplimiento no enmendable o no subsanable (la entidad aseguradora no puede ni enmendar ni subsanar el hecho de no haber entregado los certificados de cobertura a los asegurados de la Póliza Nº600055 que dejó de tener efectos en diciembre de 2001 y por el fallecimiento de uno de los asegurados) como resultado de culpa o dolo imputable al representante legal de la entidad (Alejandro Ibarra, representante legal habría actuado con dolo o en su defecto con culpa, al no dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en la Ley de Seguros) que causen daño económico (durante el periodo del mes de noviembre a diciembre de 2000 no existió póliza de seguro de desgravamen hipotecario, sin embargo el Banco cobró las primas de seguro por ese periodo a requerimiento de Alianza Vida S.A.) o perjuicio a la misma o a los asegurados (se restringió ilícitamente el derecho de conocer el alcance de la Póliza, condiciones de pago de primas y las coberturas otorgadas).

En cuanto al incumplimiento al artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS Nº 257 de 19 de junio de 2000 (al que hace referencia el **cargo Nº2**) señala que los tipos en el derecho administrativo sancionador no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está considerada una orden o prohibición. Consiguientemente, la ASFI debería adecuar la conducta infractora de Alianza Vida S.A. dentro de las tipologías establecidas en la Resolución Reglamentaria 01/93.

3.3.2.Con relación al cargo Nº3

-En cuanto a que la nota de cargos habría vulnerado el principio de congruencia, señala que la entidad aseguradora utilizó dolosamente más de una versión de la Póliza 600055, una de dichas versiones contenía el código 207-934801-1999 11 004 conforme al Informe SPVS/INF. Nº01/2008 de 30 de mayo de 2008, lo cual demostraría que Alianza Vida S.A. manipulo además de las pólizas, sus códigos de registro (207-934901-1999 11 003 y 207-934801-1999 11 004).

-La Póliza Nº600055 no sólo tuvo vigencia desde el 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, sino también del 1 de noviembre de 1999 al 1 de noviembre de 2000.

-No existe vulneración al principio de irretroactividad por cuanto, el artículo 3 de la Resolución SPVS IS Nº172 de 16 de abril de 2001, en su contenido se remite a la Resolución SPVS IS Nº070 de 23 de abril de 1999, norma vigente a tiempo de cometerse la infracción, además de que el registro de póliza y demás documentos del contrato de seguro es una obligación prevista por la Ley de Seguros desde el año 1998.

3.3.3.Con relación al cargo Nº4

-La conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerarse una infracción instantánea debido a que ésta mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho (Informe SPVS/INF/Nº01/2008), por lo que la prescripción se computa a partir del día siguiente hábil en que el hecho fue descubierto.

-Debe adoptarse, a tiempo de elegir un criterio de interrupción de la prescripción administrativa, respetándose la autonomía del Derecho Administrativo y sus especiales características, aquella que resulte más favorable al interés público y a la realización de los fines del Estado. Cuando se presente un conflicto entre la aplicación de la interrupción de la prescripción debe optarse por aquella que permita al Estado cumplir con sus objetivos de supervisión, corrección y sanción, por tal motivo es aplicable en el presente caso el computar la prescripción desde el día siguiente en que el hecho fue descubierto.

3.3.4.Con relación al cargo Nº5

-El recurrente señala que la Resolución ASFI Nº832/2010 sólo hace referencia a que la entidad aseguradora no remitió a la ex SPVS los Condicionados Generales, sin embargo el cargo hace referencia además a los Condicionados Particulares y Formularios con los respectivos códigos asignados por la ex SPVS.

-Es contraproducente que la ASFI indique que los textos de los Condicionados Generales fueron presentados a la ex SPVS, cuando la nota de remisión de dichos documentos no tiene dicha documentación adjunta. La documentación no existe en archivos, por lo que no es lógico que la ASFI asevere que los condicionados fueron presentados.

-La Resolución ASFI Nº870/2010 que complementa la resolución impugnada, de manera oficiosa y sin que medie pedido expreso de parte, habría analizado la prescripción señalando que esta infracción habría prescrito, a pesar de que en complementación y aclaración solamente se debe aclarar y complementar conceptos oscuros o imprecisos de acuerdo a lo solicitado por el peticionante.

-La conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerarse una infracción instantánea debido a que la Entidad Aseguradora mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho, es decir, con la emisión del Informe SPVS/INF/Nº01/2008 de 30 de mayo de 2008. La prescripción se computa a partir del día siguiente hábil en que el hecho fue descubierto.

-No existiría justificación por la cual la ASFI señale que la fecha de la infracción fue el 11 de noviembre de 1999, más aún si se toma en cuenta que Alianza Vida S.A. hasta la fecha no ha terminado de agostarse ni ha cesado su conducta ilícita.

3.3.5. Con relación al cargo Nº 6

-La conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerarse una infracción instantánea debido a que la entidad aseguradora mantuvo su conducta infractora en el

tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho, es decir con la emisión del Informe SPVS/INF/Nº01/2008. La prescripción se computa a partir del día siguiente hábil en que el hecho fue descubierto.

-ASFI de forma contradictoria señala que el cómputo de la prescripción se toma desde la fecha en que se notificó a Alianza Vida S.A. con la denuncia, cuando el cómputo de la prescripción se efectúa desde que el hecho ha sido descubierto si se trata de infracciones permanentes (Resolución Jerárquica SG SIREFI 61/2006).

3.3.6 Con relación al cargo Nº 7

-La ASFI nuevamente establece la efectiva comisión de la infracción cometida por parte de Alianza Vida S.A., sin embargo erróneamente declara operada la prescripción, toda vez que la conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerar una infracción instantánea debido a que la entidad aseguradora mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho, que era desconocido hasta la emisión del Informe SPVS/INF/Nº01/2008. La prescripción se computa a partir del día siguiente en que el hecho fue descubierto.

-No existiría justificación por la cual la ASFI señale que la fecha de la infracción fue el 31 de diciembre de 2000, más aún si se toma en cuenta que la vigencia de la póliza es desde el 31 de diciembre de 2001.

3.3.7 Con relación al cargo Nº 9

-La nota de cargos señala expresa y categóricamente que la falta de registro del siniestro como controvertido va en contra de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº180 de 27 de febrero de 2008, haciendo mención a la norma infringida.

- La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 (que ha desarrollado el principio de tipicidad), cuyos fundamentos jurídicos han sido complementados a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006 y Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 15/2007 de 6 de febrero de 2007, que desarrolla otros parámetros complementarios sobre el citado principio y que no fueron objeto de análisis y consideración, al no emitir criterio alguno al respecto.

-El registro del siniestro de Alianza Vida S.A. en el mes de abril de 2009, de ninguna manera desvirtúa la existencia de la comisión de la infracción, por cuanto en el año 2003, la entidad aseguradora tuvo conocimiento de la demanda arbitral interpuesta en la CAINCO.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº682/2011 de 22 de septiembre de 2011

La ASFI mediante Resolución Administrativa ASFI Nº682/11 de 22 de septiembre de 2011, resuelve:

"***PRIMERO.- REVOCAR*** *los Artículos Primero y Cuarto de la Resolución ASFI Nº 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, debiendo procederse al nuevo análisis de la Resolución Sancionatoria, considerando los puntos alegados en el presente recurso.*

SEGUNDO.- CONFIRMAR *el Artículo Segundo de la Resolución ASFI Nº 832/2010 de 23 de septiembre de 2010.*

TERCERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE *el Artículo Tercero de la Resolución ASFI Nº 832/2010, que desestima el cargo Nº 9.*

CUARTO.- REVOCAR PARCIALMENTE *el Artículo Tercero de la Resolución ASFI Nº 832/2010, que desestima los cargos Nº 5 y 3, debiendo procederse al nuevo análisis de la Resolución Sancionatoria, considerando los puntos alegados en el presente recurso*".

5. RESOLUCIÓN ASFI/Nº717/2011 de 10 de octubre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

En virtud al memorial de 3 de octubre de 2011 presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, mediante Resolución ASFI Nº717/2011 de 10 de octubre de 2011, se resuelve:

"***PRIMERO.-*** *Se declara IMPROCEDENTE la solicitud de aclaración y complementación solicitada en el punto No. 1 del memorial de 3 de octubre de 2011.*

SEGUNDO.- *Se declara PROCEDENTE lo impetrado en el punto 2 del memorial de 3 de octubre de 2011, disponiéndose la complementación, aclaración y enmienda de la parte considerativa de la Resolución ASFI Nº 682/2011 de 22 de septiembre de 2011 que sirvió de fundamento para desestimar el cargo 9 de la Resolución ASFI No. 682/2011 de 22 de septiembre de 2011, de la siguiente forma:*

Que, en merito al informe SPVS / INF/ Nº 01/2008 de 30 de mayo de 2008, se emite la nota de cargos SPVS/IP/AL No. 3183/2008, que en el cargo 9 establece que si el rechazo del siniestro no fue aceptado por el o los beneficiarios, se debería pasar a la instancia de conciliación y arbitraje y que en caso de incumplimiento podría constituir una infracción.

Que, la obligación de registrar los siniestros como controvertidos cuando se produce el rechazo del siniestro, no es aceptado por el o los beneficiarios se encuentra contenida en la Resolución SPVS/IS No. 180 de 27 de febrero de 2008 que aprueba las modificaciones al Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad.

Que, conforme se advierte de los antecedentes, la controversia fue registrada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz el 15 de abril de 2004, la que declaró declinatoria de su competencia; y en una segunda instancia ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio el 29 de enero de 2009, y la Compañía Aseguradora en el mes de abril de 2009 registró el siniestro

en los Estados Financieros por Bs1.387.030,00, de los cuales Bs346.757,00 se exponen en reservas técnicas y el resto en cuentas de orden, conforme lo establecido en el Plan Único de Cuentas y el Manual de Contabilidad para el Sector de Seguros, el mismo que es reconocido por el propio recurrente en su Recurso de Revocatoria de fecha de 29 de octubre de 2009 (página 26).

Que, la infracción de una norma legal tiene como consecuencia lógica la sanción, aplicado este razonamiento al cargo en examen se establece que no se han configurado los elementos necesarios para considerarlo como un cargo, por lo que de acuerdo a lo expuesto el cargo debe ser desestimado."

6. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 27 de octubre de 2011 **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°682/2011 de 22 de septiembre de 2011, complementada, aclarada y enmendada por la Resolución Administrativa ASFI N°717/2011 de 10 de octubre de 2011, con los argumentos que se mencionan a continuación:

"***5. Fundamentación del Recurso Jerárquico***

5.1. Sobre los vicios de nulidad por la Falta de Notificación de Actuados procesales que generaron estado de Indefensión. (…)

Omisión de la Notificación de memoriales de Luis Artemio Lucca.

…la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) tenía la obligación de notificarme con los memoriales de Luis Artemio Lucca Suarez, del 7 de septiembre de 2011, 13 de septiembre de 2011 y 3 de octubre de 2011, toda vez que todos ellos tenían un contenido indicativo que estimula erráticamente al Órgano Rector del Sistema Financiero, a decidir en contra de los intereses de nuestra empresa (…)

*Todo lo anteriormente expuesto, denota que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero situó a nuestra empresa en un estado total de **INDEFENSIÓN** y que además incumplió con la previsión constitucional contenida en el artículo 232 de la Constitución Política del Estado Plurinacional* (…)

…la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) al no haber notificado en forma oportuna, dándonos la posibilidad de réplica sobre los mismos, ha incurrido, no sólo en incumplimiento del artículo 33 parágrafo I y II de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, sino que incurrió en una flagrante omisión de Principio de Imparcialidad establecido en el artículo 232 de la Constitución Política del Estado Plurinacional (…)

5.2. Confesión expresa de la ASFI sobre nulidad por procedimiento

…la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de emitir su pronunciamiento final contenido en la Resolución ASFI 717/2011 del 10 de octubre de 2011,

recién adjunta los memoriales que debieron ser notificados al momento de ser entregados por Luis Artemio Lucca Suarez, con lo cual intenta subsanar la falta de cumplimiento de dichas notificaciones (…)

5.3. Falta de tramitación del Recurso de Nulidad interpuesta a Audiencia Pública del 1ro. de Septiembre de 2011. (…)

…la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), omitiendo ese mandato -se refiere a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nro. 17/2011 de 21 de abril de 2011-*, tramitó una AUDIENCIA PÚBLICA, la cual no procedía desde ningún punto de vista jurídico ya que no se ajustaba y ni siquiera se halla tipificado en el contenido del Decreto Supremo Nro. 27175, aplicable a este caso por especialidad, debido a los siguientes motivos:*

1. …la empresa ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., ***no fue notificada con el Memorial del 26 de agosto de 2011 que habría sido presentado por Luis Artemio Lucca Suárez,****…*

2. …conforme lo establece el artículo 67 parágrafo III del Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 27175, la Audiencia Pública que las partes están habilitadas a solicitar se hallan ***dentro del periodo de prueba*** *y no así cuando este plazo ha vencido y en todo caso el proceso administrativo se halla bajo el mandato del artículo 68 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 27175,…*

3. …la Resolución del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mandato -se refiere a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nro. 17/2011 de 21 de abril de 2011-*, no habilitaba a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) a reabrir plazos probatorios o instalar audiencias públicas que son actuaciones procesales administrativas propias del periodo de pruebas y no así cuando se agotó toda esta etapa…*

4. La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) no tomó en cuenta que el órgano al que corresponda la resolución del procedimiento podrá potestativamente convocar a audiencia pública cuando la naturaleza del ***procedimiento lo requiera o afecte a sectores profesionales, económicos o sociales legalmente organizados*** (y sigue la mención íntegra del artículo 50 parágrafo I de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo*).*

Sin perjuicio de los argumentos técnicos establecidos anteriormente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) omitió considerar que el memorial del 31 de agosto de 2011, era un Recurso de Nulidad que debió ser tramitado conforme a Derecho (…)

…al ser un Recurso de Nulidad, tenía efecto suspensivo sobre la Audiencia Pública, pero en forma inexplicable la Autoridad, rechazó el Recurso de Nulidad en el mismo acto, desconociendo que los recursos administrativos, deben ser resueltos confirmando o revocando total parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, ***en forma escrita y fundamentada****, tal como lo establecen los artículos 27, 28 y 29 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo...*

5.4. Inaplicabilidad del artículo 52 de la Ley Nro. 1883 por inexistencia de dolo o culpa. (…)

…en ningún momento se ha demostrado o exhibido evidencia documental, testifical, pericial, instrumental o de cualquier otra índole que pueda llevar mínimamente a una situación de existencia de dolo o culpa por parte de ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., por lo cual la pretensión del recurrente al exigir el cierre de operaciones o la revocatoria de autorización de funcionamiento, resulta extremadamente temeraria y nociva y sólo busca escenarios extorsivos que puedan favorecer al ilegítimo recurrente.

…no existe posibilidad de adecuar los hechos suscitados en la verdad histórica y material de esta controversia, con el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, resultando la pretensión de Luis Artemio Lucca Suarez, absolutamente estéril jurídicamente.

Asimismo, resulta absolutamente errática el condicionante de la Resolución ASFI/Nro. 682/2011 del 22 de septiembre de 2011, en la cual condiciona a la verificación de las dos versiones de la póliza, toda vez que en la aplicación de artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, condiciona su aplicabilidad a la existencia probada y demostrada de DOLO, lo cual en ningún momento fue verificada o demostrada por el recurrente.

5.5. Inaplicabilidad del razonamiento de Prescripción (…)

…en la Audiencia de Fundamentación Oral realizada en fecha 27 de enero de 2011 y la del 1ro. de septiembre de 2011, el Abogado del recurrente, realiza una interpretación de la prescripción de estos actos administrativos, los cuales estarían asociados al delito de ***SECUESTRO.*** *Esta forma de fundamentar un acto administrativo, como si fuera equiparable a un delito de SECUESTRO, nos resulta absolutamente sorprendente, debido al descalce en el ejemplo propuesto por el Abogado del recurrente.*

…conforme usted podrá apreciar en la Resolución ASFI No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, en cada punto específico se demostró que los cómputos cronológicos de las prescripciones de los cargos 4, 6 y 7, no admiten ninguna dificultad ni oscuridad en su aplicación (…)

…reiteramos ante usted la previsión legal contenida en el artículo 79 de La Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, que es clara al definir que el cómputo de la prescripción está asociada a un plazo de dos años, desde cometida la infracción, en forma pura y simple (…)

…todo el análisis sobre infracciones permanentes, continuadas, etc. que efectúa el recurrente, no están legisladas ni tipificadas en las normas que regulan el procedimiento administrativo aplicable para este tipo de proceso, no existe ninguna norma, artículo, decreto o resolución administrativa que tipifique la existencia de infracciones permanentes, continuadas, etc., en el contenido de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo o en su caso en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 27175 aplicable al SIREFI.
(…)

5.6. <u>Reitera exposición sobre límite discrecionalidad - omisión de subsunción administrativa en respuesta a los cargos 1 y 2 de la notificación de cargos.</u>

…en ningún momento ninguna Autoridad Pública del Estado Plurinacional de Bolivia concibió, ni remotamente manifestó o catalogó las actuaciones de la empresa como supuestas infracciones insubsanables (…)

…siendo que este Reglamento -se refiere al Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003- *es parte de las normas de uso y aplicación obligatoria, corresponde nuevamente invocar ante su autoridad el contenido legal que delimitó jurídicamente la capacidad sancionadora de la ASFI y la consiguiente penalidad impuesta a la Empresa.*

1. El artículo 2 inciso c) del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, señala que las sanciones impuestas deberán enmarcarse en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, tomando en cuenta la PROPORCIONALIDAD de los hechos actos u omisiones con la sanción a aplicarse.

En ese sentido en plena congruencia con lo contextualizado en el punto anterior que existe un vínculo jurídico exclusivo entre regulador y regulado (strictu sensu), donde subyace la obligación de verificar cuales fueron los niveles de infracción que presuntamente habría cometido ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *limitando su capacidad sancionadora a los hechos descritos en la Notificación de Cargos de la CITE: SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, que básicamente revelan infracciones por la falta de remisión de información al Órgano Regulador, haciéndose evidente la inexistencia total de precedente fáctico alguno que denote un daño económico o lesión civil a alguna persona.*

2. El artículo 7, párrafo tercero del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros dispone que la gravedad de la comisión de un acto u omisión, de acuerdo a las categorías establecidas, podrá <u>ser estimada</u> por el Órgano Regulador.

Lo expuesto robustece el argumento de que la aplicación de una sanción obedece a la administración de la ***SANA CRITICA y*** *el* ***PRUDENTE ARBITRIO*** *de la autoridad facultada con el ius puniendi administrativo, donde será únicamente la interpretación exegética de la norma la cual permita dimensionar la gravedad de los actos que están bajo procedimiento sancionador, basados estrictamente en los mandatos expuestos en el reglamento sancionador y no así en conjeturas o suposiciones de terceros, no asociados al proceso, en cuanto a su legitimidad activa o pasiva.*

La sanción determinada por la ASFI, está en total concordancia con las previsiones legales de la ***<u>"Limitación de la Discrecionalidad"</u>****, que debe ser entendida como la situación en la cual el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la Ley la que permite a la Administración apreciar la oportunidad, o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas,* ***<u>según los intereses públicos y no privados.</u>***

En esta discrecionalidad debe existir siempre una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó conformándose así los Principios de Racionalidad, Justicia, Equidad, Igualdad, Proporcionalidad y Finalidad (…)

5.7. Ilegitimidad de LUCCA en el proceso sancionatorio.

(…) *bajo un principio general jurídico,* ***el Derecho de una persona puede ser ejercitado, en la medida en que cumpla de igual forma sus obligaciones,*** *por lo cual, luego de todo el procedimiento ejecutado, el recurrente intenta ocultar, que existen pronunciamientos expresos y definitivos por parte de la entonces SPVS, que dilucidaron su problemática respecto a la cobertura del Seguro, donde* ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *demostró que el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez,* ***no estaba coberturado*** *para ser beneficiado con la indemnización* (…)

…lo que se dilucida en el fondo, son únicamente cargos administrativos que involucran específicamente a la ***ASFI*** *como Regulador y a* ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *como Regulado, motivo por el cual, esta relación bilateral debe ser nítidamente establecida y reconocida como tal, para que el proceso no se distorsione o se confunda con respecto al objeto principal del Recurso Jerárquico. De igual forma es importante poner en su atención que el ahora recurrente fue acreditado como parte interesada, no obstante de no tener en lo absoluto la legitimación activa ya que no cumple ni la condición de regulado o regulador, donde resulta curioso que dicho reconocimiento irregular fue cometido por la Superintendencia General del SIREFI, donde ejercía funciones el actual Abogado patrocinante de Luis Artemio Lucca Suárez* (…)

…corresponde poner en su atención que los actos y omisiones imputadas, no necesariamente conllevan a sanciones administrativas, por lo que por su carácter leve o inexistente pueden generar únicamente "recomendaciones de control interno", a objeto evitar las mismas en un futuro, más aún cuando las normas que se aplican son normas de una entidad que en la actualidad es extinta.

Asimismo, el 8 de abril de 2003 la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, luego de todo un proceso de investigación, manifiesta a través de un pronunciamiento técnico y fundamentado contenido en la CITE: SPVS. IS. DJ. NRO. 1054, lo siguiente:

"1.- Las primas del Seguro de Desgravamen Hipotecario Nro. 600055 emitido por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. para los prestatarios del Banco de Santa Cruz, no fueron cancelados por los prestatarios Luis Artemio Lucca Suarez y Ana María Arteaga de Lucca en los términos convenidos" y

2.- Consecuentemente a la fecha del fallecimiento de la Sra. Ana María Arteaga (17/04/01) las coberturas de la Póliza de Desgravamen Hipotecario para los esposos Lucca,- Arteaga entraron en Caducidad por falta de pago de primas puesto que fueron canceladas sólo hasta el mes de febrero de 2001, por el Banco de Santa Cruz pese a que los créditos se encontraban en mora. Por tanto, al 17/04/2001 técnicamente dicha póliza se encontraba sin cobertura para los esposos Lucca - Arteaga, prestatarios del Banco de Santa Cruz."

5.8. <u>Aplicación de principios de tipicidad e irretroactividad -respuesta sobre los cargos Nros. 3, 5 y 9.</u>

(…) en total concordancia con el análisis… contenido en la Resolución ASFI No. 993/2010 de 26 de noviembre de 2010, se debe dejar claramente establecido que la Póliza Nro. 600055 tenía en el presente caso una vigencia comprendida desde el 1ro. de noviembre de 1999 al 1ro. de noviembre de 2000 y del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, cuando aún no estaba en vigencia la Resolución Administrativa IS No. 172 de 16 de abril de 2001 emitida por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS).

Sobre el particular el argumento del recurrente capitula simplemente con la invocación del Principio de Irretroactividad de la norma, establecida en el artículo 33 de la Constitución Política del Estado (Ley No. 2650) vigente al momento de la operación (…)

En consecuencia, ninguna autoridad administrativa o judicial puede sancionar a la empresa aseguradora por una omisión que al momento de la vigencia y emisión de la Póliza de Desgravamen Hipotecario, no estaba tipificada como una infracción de la norma sustantiva y en todo caso la mencionada resolución establece que el Registro se debía realizar según la Resolución No. 070/99 de 22 de noviembre de 1999.

Este mismo análisis, que invoca aplica los Principios Generales del Derecho Administrativo relacionados a Congruencia, Tipicidad e Irretroactividad, son aplicables para los casos relacionados a los cargos 3, 5 y 9 de la Notificación de Cargos realizada por el Órgano Regulador a través de la Nota SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008.

5.9. <u>Omisión de Pronunciamiento de la ASFI sobre la verdad material sobre las sanciones impuestas en contra de la empresa.</u>

*(…) **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,** fue inicialmente sancionada con una multa que de **Bs. 1.802.- (Mil Ochocientos Dos 00/100 Bolivianos),** tal como se evidencia en la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 143 de 16 de febrero de 2006, la cual en forma posterior fue reducida en el monto de Bs. 901.- conservando reglas del non reformatio in pejus.*

*(…) no obstante lo fundamentado en Audiencia Pública del 6 de septiembre de 2011 y debidamente documentado no se tomó en cuenta lo dispuesto por el Principio Procesal del **NON REFORMATIO IN PEJUS,** situación que se deberá tratar con absoluta prudencia y cuidado, por cuanto esta situación se halla en el marco de los Principios Generales del Derecho Administrativo, a cuyo efecto solicito expresamente el iniciar el análisis a partir de la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 143 de 16 de febrero de 2006 (…)*

Corresponde poner nuevamente en su atención lo previsto en el artículo 4 inciso d) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo (…)

*Lo expuesto anteriormente halla pertinencia en el contenido de la presente respuesta al Recurso Jerárquico toda vez que la **VERDAD MATERIAL** obliga a la administración, el trascender la rigurosidad de la prueba documental y verificar en los hechos y la forma cómo se suscitaron los mismos, para que de esta manera se pueda lograr una administración de justicia equitativa y no limitada a las pruebas documentales, que debido al*

"informalismo" del Derecho Administrativo, no son las que definen los derechos y situaciones en controversia. (…)

6. Petitorio

En mérito a lo expuesto anteriormente,… solicito:

1. Emitir Resolución que resuelva el Recurso Jerárquico, ***REVOCANDO Y ANULANDO*** *la Resolución ASFI/Nro. 682/2011 del 22 de septiembre de 2011 y la Resolución ASFI/717/2011 del 10 de octubre de 2011, por los vicios procedimentales en los que incurrió la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, así como la falta de confirmación total de la Resolución 832/2010 del 23 de septiembre de 2010, complementada por la Resolución ASFI 870/2010 del 11 de octubre de 2010.*

2. Se pronuncié expresamente sobre la existencia de las nulidades fundamentadas por la falta de notificación oportuna de los memoriales de 7 de septiembre de 2011, 13 de septiembre de 2011 y 3 de octubre de 2011, presentados por Luis Artemio Lucca Suarez, en … contravención a lo previsto en el artículo 35 inciso c) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, lo cual ha generado indefensión (…)

3. En mérito al deber de fundamentación de la resoluciones administrativas, corresponde que por tipicidad se exhiba la norma legal por la cual existe la Institución jurídica de la "prescripción continuada o permanente" y ante la imposibilidad de demostrar este aspecto se ratifique la correcta aplicación de la prescripción, respecto de los cargos 4, 6 y 7 que fueran correctamente computados en la Resolución ASFI Nro. 832/ 2010.

4. Se solicita el pronunciamiento expreso sobre la inexistencia de tramitación del Recurso de Nulidad que fuera presentado mediante memorial del 31 de agosto de 2011.

5.Solicito su pronunciamiento expreso en cada uno de los puntos establecidos en el contenido del presente documento, en cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 5 inciso a) del Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 23318-A y modificado por los Decretos Supremos Nrs. 26237, 26319, 28003 y 28010".

CONSIDERANDO:

Que en conformidad con lo dispuesto en el parágrafo II del artículo 41, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, se notifica al señor **Luis Artemio Lucca Suarez** con el Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución ASFI Resolución ASFI N°717/2011 de 10 de octubre de 2011, complementada, aclarada y enmendada por Resolución ASFI N°717/2011 de 10 de octubre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, haciéndole conocer que podría apersonarse y formular criterios o alegatos en el plazo máximo de 10 días hábiles administrativos computables a partir de su legal notificación.

Que **Luis Artemio Lucca Suarez**, mediante memorial presentado en fecha 14 de noviembre de 2011, se apersona y presenta los siguientes argumentos:

"***1. MARCO JURIDICO SOBRE EL CUAL LA ASFI TENIA QUE EMITIR SU PRONUNCIAMIENTO*** (…)

… la orden emitida para la ASFI fue ***UNICAMENTE*** *resolverse* ***mi Recurso de Revocatoria****; es decir, que el procedimiento administrativo* ***NUNCA FUE RETROTRAIDO HASTA LOS ACTOS DE LA INVESTIGACION,*** *por lo que la ASFI al resolver mi impugnación y determinar llevar a cabo una nueva evaluación de los actuados administrativos ha obrado correctamente y en cumplimiento a la orden jerárquica antes señalada.*

…bajo ningún argumento la aseguradora puede considerarse en "estado de indefensión" y menos aún reclamar que no se habrían resuelto temas por ellos supuestamente propuestos ya que Alianza Vida S.A. ***carecía de legitimación*** *al ser la orden del Ministerio de Economía que se resuelva* ***solamente*** *mi Recurso de Revocatoria. Bajo estos parámetros, todos los reclamos que la aseguradora realiza en su memorial de Recurso Jerárquico no tienen fundamento ni razón jurídica alguna* (…)

2. SOBRE LOS SUPUESTOS VICIOS DE NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACIÓN

*…****la ASFI no ha utilizado ningún fundamento adicional para pronunciar la señalada Resolución ASFI No. 682/2011 de 22 de septiembre****, por tal motivo no ha existido indefensión, ya que, además, toda la información contenida en los memoriales que alude la compañía se encuentran presentados hace mucho tiempo y cursan en el expediente administrativo.*

… Alianza Vida S.A. intentó "guardarse" esta situación para pretender utilizarla más adelante y pretender astutamente invalidar las actuaciones administrativas, situación que es ilegal y temeraria, además de ser inviable por cuanto debemos recordar que uno de los principios que rigen las nulidades y las anulabilidades es el Principio de Convalidación el mismo que establece que: toda violación de forma, que no es reclamada oportunamente por quien se sienta perjudicado, se considera convalidada con el consentimiento tácito…

…no sería correcto llegar a pensar que Alianza Vida S.A. se encontraba en estado de indefensión, POR CUANTO NO EFECTUARON UN SEGUIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO LLEVADO A CABO donde válidamente podía haber solicitado fotocopias del proceso o apersonarse ante la ASFI solicitando una vista de actuaciones (Art. 86 del Decreto Supremo 27113), situaciones que no se presentaron y que ahora de manera tardía pretende subsanar…

…cabe señalar que los memoriales presentados a los que hace referencia la aseguradora son literales que desde hace mucho tiempo cursan en el expediente administrativo las cuales simplemente fueron reproducidas por mi persona y no se constituyen en documentos nuevos, es decir, desde hace varios meses que la aseguradora podía haber solicitado copias del expediente para verificar las actuaciones procedimentales llevadas a cabo, empero gracias a su negligencia e impericia jurídica no se puede pretender ahora subsanar hechos no alegados oportunamente. En consecuencia, no se han presentado los vicios de nulidad o anulabilidad que señala el recurrente.

3. SOBRE LA SUPUESTA CONFESIÓN DE NULIDAD DE LA ASFI

…la aseguradora tenía la obligación jurídica de efectuar el seguimiento respectivo a la causa aspecto que no lo hizo; de otro lado ha quedado claro que el objeto de la nueva resolución que fue dictada por la ASFI únicamente tenía que versar respecto a mi Recurso de Revocatoria y nada más; debiendo tomarse en cuenta que los memoriales presentados por mi persona no fueron en definitiva considerados o utilizados por la ASFI en la Resolución No. 682/2011 precisamente porque la orden del Ministerio de Economía solo versó en que se resolviera mi Recurso de Revocatoria.

Además no podemos dejar de lado la CONFESIÓN de Alianza Vida S.A. por la que esta compañía señala que: el día 1° de septiembre de 2011 en la Audiencia Pública de Luis Artemio Lucca Suarez, el abogado Federico Fernández de la compañía solicitó la palabra y dirigiéndose a la Autoridad advirtió sobre la falta de notificación de los actos procesales. Entonces, reitero, si Alianza Vida S.A. SABÍA Y CONOCÍA DESDE EL 1º DE SEPTIEMBRE DE 2011 (como confiesa) que no se le habían notificado "actuaciones procesales", ¿por qué no solicitó copia de las mismas de manera expresa y dejó pasar el tiempo hasta la fecha de su notificación con la Resolución ASFI No. 682/2011 de 22 de septiembre que se realizó el 29 de septiembre de 2011? ¿Porqué no reiteró su reclamo de falta de notificación de manera expresa y por escrito ante la ASFI? En consecuencia, no existe indefensión alguna y menos actuaciones que ameriten la anulación del procedimiento.

4. SOBRE LA FALTA DE TRAMITACION DEL RECURSO DE NULIDAD PRESENTADO EN AUDIENCIA POR ALIANZA VIDA S.A.

Según la aseguradora, cuando solicitó una exposición oral de fundamentos se habría presentado un "Recurso de Nulidad Absoluta" (figura desde ya inexistente en nuestro sistema jurídico administrativo) la cual no fue tramitada por la ASFI.

Simplemente, debo establecer una vez más que el objeto sobre el cual la ASFI tenía que emitir un pronunciamiento era únicamente sobre mi Recurso de Revocatoria, por consiguiente otros aspectos adicionales no podían ser tomados en cuenta recordándose que dicha orden provino de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 17/2011. Inclusive, debe tomarse muy en cuenta OTRA CONFESIÓN que hace Alianza Vida S.A. cuando señala que "(...) de la lectura atenta y diligente de dicho mandato, se deduce sin lugar a dudas que lo único que tenía que hacer la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) era 'radicar' el proceso y emitir la resolución complementaria sin mayores actos procesales, toda vez que el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas claramente estableció: '…hasta el estado en que se resuelva el Recurso de Revocatoria"; entonces nótese que el propio recurrente admite cual era el objeto único sobre el cual la ASFI debía pronunciarse (mi Recurso de Revocatoria) y de forma contradictoria y sin sentido pretende ahora reclamar otras cuestiones alejadas de la orden expresa emanada del Ministerio de Economía, es decir, que la compañía demuestra una vez más la falta de sustento y coherencia de sus desesperadas afirmaciones.

De otro lado, resulta ser absurdo que Alianza Vida S.A. presente reclamos acerca de la Audiencia Pública que se me otorgó por cuanto CUALQUIER ASPECTO SOBRE LA MISMA FUE CONVALIDADO Y CONSENTIDO POR LA ASEGURADORA PUESTO QUE ELLA TAMBIÉN SOLICITÓ AUDIENCIA PUBLICA LA CUAL QUE LE FUE CONCEDIDA DONDE INCLUSO ASISTIERON SUS APODERADOS.

Otro aspecto inviable radica en que, según la aseguradora, el "Recurso de Nulidad" que presentaron tendría "efecto suspensivo" sobre la audiencia llevada a cabo, situación carente de fundamento legal al no existir en materia procedimental administrativa ningún "Recurso de Nulidad" y no estar previsto normativamente que dicha figura, completamente inventada por la compañía, tuviera efecto suspensivo alguno. Además, se debe recordar e ilustrar a la compañía que los Arts. 35, parágrafo II, y 36, parágrafo IV, de la Ley de Procedimiento Administrativo son claro al determinar que las nulidades y anulabilidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo y si tomamos en cuenta que Alianza Vida S.A. en este caso NO FUE PARTE RECURRENTE YA QUE LA ASFI SOLO TENIA QUE CONSIDERAR MI RECURSO DE REVOCATORIA EN CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA No. 17/2011, entonces no tenia potestad ni legitimidad para que se resolvieran sus peticiones de nulidad, más aún cuando las mismas son carentes de base legal, normativa y lógica.

Finalmente, tómese en consideración, una vez más, LA CONFESIÓN que realiza Alianza Vida S.A. que demuestra la falsedad de sus argumentos, por cuanto taxativamente señala la aseguradora que: el día 1° de septiembre de 2011 en la Audiencia Pública de Luís Artemio Lucca Suarez, el abogado de la compañía solicitó la palabra y dirigiéndose a la Autoridad advirtió sobre la falta de notificación de los actos procesales. Entonces, si supuestamente Alianza Vida S.A. SABIA Y CONOCIA DESDE EL 1° DE SEPTIEMBRE DE 2011 que no se le habían notificado "actuaciones procesales", ¿por qué no solicito copia de las mismas de manera expresa y dejo pasar el tiempo hasta la fecha de su notificación con la Resolución ASFI 682/2011? En consecuencia, corresponde rechazar los forzados y antijurídicos argumentos expuestos por Alianza Vida S.A. al ser los mismos falsos y temerarios y no estar de acuerdo a nuestro sistema jurídico administrativo.

5. ASPECTOS IMPOSIBLES DE SER CONSIDERADOS EN GRADO JERÁRQUICO POR SU IMPROCEDENCIA

En lo que se refiere a los demás aspectos acusados por Alianza Vida S.A. contenidos en los puntos 5.4, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8 y 5.9 del memorial de Recurso Jerárquico, los mismos no pueden ser considerados por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas por cuanto son temas sobre los cuales la ASFI nunca emitió un pronunciamiento, es decir, son cuestiones sobre las cuales el órgano regulador no emitió pronunciamiento alguno por lo que la aseguradora pretende hábilmente que el superior en grado resuelva cuestiones que nunca fueron tratadas en la instancia revocatoria y que, según la Resolución ASFI No. 682/2011 serán recién evaluadas y tomadas en cuenta a tiempo de dictarse el nuevo acto administrativo.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, simplemente me permito hacer algunas precisiones con referencia al tema de la prescripción en materia administrativa la cual, si bien le corresponde a la ASFI valorarla en toda su magnitud a tiempo de emitir su nueva resolución administrativa, es oportuno considerar los siguientes aspectos:

- *El Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a la letra expresa: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (…)" empero, dicho precepto no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida ya que solamente hace referencia a la interrupción de las sanciones ya impuestas, aspecto distinto de la acción.*

- *Por tal motivo, la ex Superintendencia General del SIREFI en diversos fallos, considerados jurisprudencia administrativa, al amparo del Principio de Inexcusabilidad, por el cual el órgano administrativo no puede dejar de pronunciarse alegando insuficiencia de la norma, efectuó una clara interpretación sistemática y teleológica de la Ley de Procedimiento Administrativo señalando en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre que: "(…) la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador respectivo, y no así con la notificación de cargos, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de la denuncia - si es a instancia de parte - siendo la mencionada notificación de cargos un acto dentro del procedimiento que se origina a consecuencia de la acusación formulada (Artículo 65 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003)".*

- *Ahora bien, precisado lo anterior, otra situación muy importante en materia de prescripción de infracciones administrativas ha sido aquella relativa a las infracciones permanentes y continuadas, sobre lo cual la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero determinó que: "(…) en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe demarcar las diferencias existentes entre las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes. En las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo. En consecuencia, cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto"*

- *Entonces, hasta aquí podemos apreciar que nuestra jurisprudencia administrativa en amplia consonancia con la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, ha determinado de manera fundamentada los alcances de la prescripción y sus formas de interrupción, extremo que por desconocimiento o ignorancia pretenden ser desmerecidos por Alianza Vida S.A. cuando nuestra doctrina administrativa se ha consolidado sobre estos aspectos a través de estos años con relación al tema en particular.*

- *Así, las conductas infractoras incurridas por la aseguradora en ningún momento han prescrito al tratarse de infracciones permanentes y continuadas y al haber sido las mismas descubiertas recién con el Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo, dicha situación, de todas formas, será motivo del nuevo pronunciamiento que la ASFI deba realizar por efecto de la Resolución ASFI No. 682/2011.*

6. PETITORIO

Por tanto, y en merito a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito se tenga por expresados mis alegatos solicitando al Órgano Jerárquico considerar los mismos y confirmar la

Resolución ASFI 682/2011 de 22 de septiembre así como la Resolución Complementaria 717/2011 de 10 de octubre.

CONSIDERANDO:

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

1. Principios que deben regir el proceso sancionatorio

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

a. Principio de sometimiento pleno a la Ley

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

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

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

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

b. Principio de verdad material y Principio de tipicidad

El principio de verdad material en oposición a la verdad formal, al que se refiere el inc. d) del artículo 4 de la Ley N°2341, determina que el órgano de regulación investigará la verdad material del hecho; aspecto que no se limita solamente a la investigación de la infracción de la ley sino a la imposición de la sanción de acuerdo a la tipicidad en la que se encuentra enmarcada la conducta.

La tipicidad en materia administrativa no es más que la descripción legal de una conducta específica en relación a la infracción cometida debiendo determinarse criterios objetivos

sobre los parámetros de la sanción siendo estos debidamente motivados adecuándose al comportamiento y la culpabilidad de la persona (natural o jurídica) a la cual se imputa, aspecto congruente con lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo que consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas.

c. Principio de jerarquía normativa

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

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

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

d. Principio de congruencia

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

2. Respecto a los tipos de infracciones y sanciones aplicables

La Ley N°1883, de 25 de junio de 1998, de Seguros, es el instrumento que regula y norma la actividad aseguradora y reaseguradora en Bolivia, teniendo como principal objetivo

garantizar la seguridad, solidez, solvencia y transparencia del mercado asegurador, buscando el correcto desenvolvimiento de las compañías, proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros, brindando al mismo tiempo a las compañías los lineamientos básicos y las condiciones a las cuales deberán someterse para el desarrollo de sus actividades.

El artículo 52 de la Ley de Seguros señala la clasificación de las sanciones, de acuerdo a su gravedad, calificándolas como infracciones leves, graves, insubsanables y penales.

"(….)
INFRACCIONES LEVES: Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

INFRACCIONES GRAVES: Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de la culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

INFRACCIONES INSUBSANABLES: Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los aseguradores, tomadores del seguro, beneficiarios y terceros."

Por lo anotado, en cuanto a las infracciones insubsanables, existen dos clases de conducta, las cuales deben ser verificadas por el regulador para la aplicación correcta de la sanción y la tipificación del grado de la infracción: el dolo y la culpa imputable a los representantes de la entidad.

El dolo, según Guillermo Cabanellas, consiste *"En su acepción genérica, engaño, fraude simulación"*. En este entendido, el dolo se configura a partir de la existencia de una conducta que es realizada con conocimiento y voluntad, destinada a perseguir u obtener un resultado o finalidad antijurídica. Por otra parte, la culpa continuando con Guillermo Cabanellas, será *"en sentido amplio, toda falta voluntaria o no, que causa mal o daño"*, entre los elementos de la culpa se tiene a: la negligencia, la imprudencia y la impericia, además, la falta de observación del deber de cuidado.

Asimismo, adicionalmente a la culpa o dolo, se debe verificar que el incumplimiento cause daño económico o perjuicio.

3. Sobre la prescripción

"En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto

infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspecto que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.

De igual manera se debe dejar en claro que en lo que respecta al régimen de la prescripción, existen connotaciones y particularidades diferentes a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En este entendido se deberá demarcar las diferencias existentes entre las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes. Entendimiento que ha sido expuesto y delimitado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008".

CONSIDERANDO:

Que, en base a los antecedentes, documentos y fundamentos presentados por la Autoridad der Supervisión del Sistema Financiero, como del análisis de los argumentos expresados por Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A. y por el señor Luis Artemio Lucca Suarez, se tienen las siguientes consideraciones:

1. Alegatos referidos a vicios formales durante la sustanciación del Recurso de Revocatoria.

1.2 Acerca de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) habría incurrido en incumplimiento de los artículos 33 de la Ley N° 2341 y 232 de la Constitución Política del Estado, extremo reconocido al haber realizado notificaciones extemporáneas.

La recurrente entiende haberse incumplido en su contra, el artículo 33, parágrafos I y II, de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) al no habérsele notificado con los memoriales "*del 7 de septiembre de 2011, 13 de septiembre de 2011 y 3 de octubre de 2011*" presentados por el señor Luis Artemio Lucca Suarez, sugiriendo de ello su indefensión, y la omisión del artículo 232 de la Constitución Política del Estado en cuanto se refiere al Principio de Imparcialidad.

No obstante, el artículo 33 mencionado, si bien referido al deber de notificación a los interesados que hace a la Administración Pública, está limitado a "*todas las* ***resoluciones y actos administrativos*** *que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos*"; la misma Ley -N° 2341- se encarga de establecer en su artículo 17, parágrafo I, que **las resoluciones** corresponden a una **actuación propia de la misma Administración Pública**, y en su artículo 27 define al **acto administrativo** como a "*toda declaración , disposición o decisión* ***de la Administración Pública***", extremo reforzado en el artículo 28, inciso a), siguiente, cuando señala que, para que un acto administrativo sea tal, debe "***ser dictado por autoridad competente***".

Por tanto, en Derecho Administrativo y cuando el procedimiento administrativo se inicia a solicitud de una persona interesada, no es el ejercicio del derecho de petición de los administrados u otros legítimamente interesados, el que va a configurar al acto

administrativo, sino la consiguiente **actividad decisoria de la Administración Pública**; el deber de notificación que hace a la Administración Pública, no recae sobre las actuaciones de los administrados o terceras personas con interés legítimo, sino sobre las declaraciones, disposiciones o decisiones de la propia Administración Pública, como lo señala el precitado artículo 27 de la Ley Nº 2341, y esto porque no es la actividad de los particulares -administrados u otros interesados- la que pueda afectar derechos subjetivos o intereses legítimos de otros particulares, sino necesaria y exclusivamente la actividad de la administración pública.

Entonces, al caso de autos y contrariamente a lo señalado por la recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tenía la obligación legal de notificar a la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** con los memoriales de fechas 7 de septiembre de 2011, 13 de septiembre de 2011, 3 de octubre de 2011, 26 de agosto de 2011 y cualquier otro que hubiera sido presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suarez o por la propia recurrente, aún tuvieran "*un contenido indicativo que estimula erráticamente al Órgano Rector del Sistema Financiero, a decidir en contra de los intereses de nuestra empresa*" como también lo sugiere el recurso; por el contrario, y al haberse notificado válidamente los actos a los que les corresponde tal formalidad, es decir, las actuaciones propias de la administración pública, no cabe lugar a pretender un estado de indefensión ni, consiguientemente, una omisión del Principio de Imparcialidad establecido en el artículo 232 de la Constitución Política del Estado.

También es inatendible la alusión en sentido de que al haberse adjuntado copias de los memoriales cuya notificación se extrañaba, a tiempo de la notificación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 717/2011 del 10 de octubre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiera reconocido "*expresamente*" (debió decir "tácitamente") la señalada falta de notificaciones, extremo que en definitiva resulta intrascendente, por el motivo arriba señalado.

1.2 Acerca de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) no respondió ni tramitó el *Recurso de Nulidad* interpuesto el 31 de agosto de 2011.

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

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

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

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

Entonces y en principio, no se encuentra contemplado en la legislación administrativa un "Recurso de Nulidad Absoluta" que establezca un procedimiento como el sugerido por la recurrente, sin que tampoco se esté refiriendo al Recurso Directo de Nulidad (previsto por los artículos 157 al 163 de la Ley Nº 027 de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional) por corresponder a un recurso de características y procedimientos totalmente distintos, fundamentalmente por interponerse en sede distinta de la administrativa; la mención del parágrafo II del artículo 35 de la Ley Nº 2341 determina que la recurrente esté confundiendo el criterio legal administrativo sobre la nulidad de los actos administrativos, cual si fuera un Recurso de Nulidad, inexistente en la legislación administrativa.

No obstante, en ejercicio del informalismo que caracteriza al proceso administrativo como lo establece el artículo 4, inciso l, de la Ley Nº 2341, planteada la oposición a la audiencia por ante el Ente Regulador, correspondía efectivamente que este resuelva el fondo de lo solicitado -es decir, tomando en cuenta el objeto de la solicitud cual es la oposición a la audiencia pública por considerársela nula-, conforme lo disponen los artículos 16, inciso h) y 17, parágrafo I, de la Ley Nº 2341, de manera que a tal solicitud le debió corresponder una resolución en los términos de los artículos 51 y 52 de la Ley Nº 2341 y con cumplimento de los requisitos establecidos por los artículos 28 de la misma Ley, y 17, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003, determinando que el acto administrativo necesariamente debe constar por escrito a los fines del artículo 52º de la Ley Nº 2341 (además que el artículo 17, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, expresamente utiliza la palabra *texto* al enunciar el contenido que debe tener de una Resolución Administrativa).

En lugar de ello y ante la insistencia de la ahora recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronunció verbalmente en la misma audiencia de fecha 1º de septiembre de 2011 -conforme sale de la respectiva acta-, determinando que:

"*Escuchadas las partes y en atención al memorial presentado por Alianza S.A. esta Autoridad amparándose en el DS 27175, rechaza el memorial de oposición, siendo el objeto expreso de la audiencia el de recabar elementos para emitir criterio objetivo, en base al*

principio de verdad material. Más aún cuando el auto de notificación señala el objeto expreso de la realización del presente acto,…".

Sobre el extremo no se puede alegar convalidación, por cuanto, tratándose de una **nulidad** establecida por el artículo 35, inciso 'c' (*son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*) de la Ley Nº 2341, la misma no está sujeta a la previsión del artículo 37 de la misma norma, precisamente aquel que permite la convalidación, cuando el mismo no está implementado para actos administrativos nulos, sino que está limitado exclusivamente a actos administrativos **anulables**.

Lo anterior no importa dar razón, ni a la recurrente ni al tercer interesado, en sus argumentos expuestos a este respecto en sus escritos correspondientes, fundamentalmente porque esta nulidad resulta de pleno derecho y por tanto, es insalvable, empero además porque los procedimientos sugeridos por ambos, como el impulsado por la autoridad recurrida, resultan errados al no acomodarse a las disposiciones de los artículos 35, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, y 20, parágrafo I, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175.

Ahora bien; esta nulidad se ha producido al interior del trámite correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, por tanto, la autoridad recurrida pudo resolver expresamente la oposición planteada, cual trámite accesorio, mientras tuvo competencia para resolver el trámite principal, sin que por ello se deba suspender la realización de la audiencia en la fecha y hora señaladas, toda vez que un sugerido *efecto suspensivo* no se encuentra previsto por la norma, más por el contrario, "*la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado*" (artículo 59º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341; en el mismo sentido, el artículo 49, parágrafo III del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003).

Entonces, resultando nulo el pronunciamiento que sale del acta de la audiencia de fecha 1º de septiembre de 2011-conforme se ha visto- y no habiendo la autoridad recurrida resuelto expresamente la oposición planteada, ha dado lugar al silencio administrativo negativo al que se refiere el artículo 17º, parágrafo III, de la Ley Nº 2341, no pudiendo ser de distinta manera, por cuanto "*el silencio administrativo positivo será aplicable, solo y exclusivamente, en aquellos trámites expresamente previstos en disposiciones reglamentarias especiales, conforme establece el parágrafo V del art. 17 de la citada Ley* (de Procedimiento Administrativo)" (Sentencia Constitucional 0286/2010-R de 7 de junio de 2010), por lo que en definitiva, se debe tener por desestimada la oposición a la audiencia pública que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. ha hecho presente en fecha 31 de agosto de 2011.

En ese estado procesal y de la revisión de obrados, determina que la omisión de resolución expresa identificada, posibilita el recurso administrativo correspondiente, conforme lo establece y permite el artículo 17, parágrafo III, de la Ley Nº 2341, resultando que -ahora sí en cumplimiento del artículo 35, parágrafo II, de la Ley Nº 2341- el extremo referido a la oposición a la audiencia pública, es necesariamente materia del Recurso Jerárquico que por el presente se resuelve (conforme lo dispone el artículo 63, parágrafo II, de la Ley Nº

2341), por cuanto se encuentra entre los alegatos presentados por la recurrente en su memorial de fecha 27 de octubre de 2011, lo que motiva su consideración a continuación.

1.3 Acerca de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) habría concedido una audiencia pública improcedente.

La recurrente alega que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señaló en el proveído de fecha 29 de agosto de 2011 y llevó adelante en fecha 1° de septiembre de 2011, una audiencia pública que era improcedente, por cuanto tal actuación es propia del periodo de prueba cuando en el caso, tal periodo estaba precluido, amén que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nro. 17/2011 de 21 de abril de 2011 no habilita a actividad probatoria alguna, sino -solamente- a resolver motivada y fundadamente el Recurso de Revocatoria, señalamiento de audiencia que además no tomó en cuenta los alcances del artículo 50, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo).

Los otros fundamentos de la recurrente, tales como que no fue notificada con el memorial de fecha 26 de agosto de 2011 -por el que el señor Luis Artemio Lucca Suarez solicita la audiencia-, o que al tratarse de un *Recurso de Nulidad*, debió ser tramitado conforme a Derecho y que tenía efecto suspensivo sobre la Audiencia Pública, han sido ya considerados y analizados en los numerales precedentes.

El señalamiento de fecha 29 de agosto de 2011 emitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece que:

"*En atención al memorial presentado el 26 de agosto de 2011 por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, solicitando audiencia pública a objeto de formular una exposición oral de fundamentos, previa a la emisión de la Resolución de Revocatoria y en cumplimiento al numeral IV del artículo 67 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 5 de septiembre de 2003, se señala Audiencia Pública*…"

De donde resulta que la audiencia señalada para fecha 1° de septiembre de 2011 tenía por único objetivo recibir una **exposición oral de los fundamentos** de su solicitante, señor Luis Artemio Lucca Suarez, no así para producir prueba alguna.

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

Dependiendo de las exigencias propias para cada clase de prueba (conforme se las exponen en los artículos 47 y 48 de la Ley N° 2341, 88 al 92 del Decreto Supremo N° 27113, y 29, 30 y 50 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175), entonces cuando su producción exige la realización de una audiencia, la misma se convoca bajo el presupuesto -oficioso o a petición de parte- de que existen elementos susceptibles de

comprobación necesaria que hacen al extremo controvertido; sin este presupuesto no hay lugar a audiencia de prueba alguna en la que se la deba producir.

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

Aún así, la figura de la *Exposición oral de fundamentos* es propia del procedimiento del Recurso Jerárquico, conforme se halla implementada en el artículo 58 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, no existiendo figura similar para el Recurso de Revocatoria; el ente regulador ha amparado el señalamiento en el artículo 67, parágrafo IV del mismo Reglamento. Amén de la inexistencia de tal parágrafo -atribuible al error en la edición publicada por la ex Superintendencia General del SIREFI del año 2004-, el artículo aludido corresponde a la etapa inicial del procedimiento administrativo sancionador, no al procedimiento del Recurso de Revocatoria, estado en el que en ese momento se encontraba el proceso dada la disposición de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº17/2011.

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

La Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos importa una actuación activa del administrado a quien se le escucha, no del administrador quien se limita a escuchar sin pronunciar de ello ningún acto administrativo, entonces no puede pretenderse que del simple ejercicio de tal derecho vaya a devenir un perjuicio futuro, máxime si, como en el caso y de la atenta lectura del texto íntegro de Resolución Administrativa impugnada (ASFI/Nº 682/2011, complementada, aclarada y enmendada por la ASFI/Nº 717/2011) se tiene que la audiencia de fecha 1º de septiembre de 2011 no ha hecho a los antecedentes considerativos de la decisión final.

En todo caso, está claro que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº17/2011, al anular el procedimiento administrativo "*hasta el estado en que se resuelva el Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Luis Artemio Lucca Suarez*", **le ha devuelto competencia al ente regulador para conocer del asunto en el momento procesal que**

importa tal resolución de nulidad con la generalidad de actuaciones que, a esa autoridad, tal competencia le permite, sin que pueda limitársele a que únicamente deba pronunciar la nueva Resolución Administrativa correspondiente (que ha resultado en la ahora recurrida ASFI/Nº 682/2011) sino que es amplia a lo que el ejercicio de tal competencia le permite, además de haberse sujetado el pronunciamiento de la nueva Resolución Administrativa, al plazo establecido por el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, el mismo que es inherente a la fase procesal propia del Recurso de Revocatoria y que, conforme la redacción del mismo artículo, corresponde no sólo a la dictación de la resolución, sino también para la sustanciación del recurso mismo.

2. Acerca de la inexistencia de respuesta esencial en el fallo recurrido.

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

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

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

La confusión generada por el fallo continúa cuando en la resolución impugnada, sus artículos primero y cuarto (aquellos que disponen las curiosas revocatorias), disponen nuevos

análisis "*considerando los puntos alegados* ***en el presente Recurso***" cuando tal acto administrativo -o sea de la administración- no puede una actuación propia del administrado tal cual es un recurso, sino que debió constituir la decisión (negativa o positiva, según lo sientan el recurrente y el tercer interesado) de la controversia existente.

El fallo del Ente Regulador determina la incertidumbre jurídica respecto del objeto de la decisión, por cuanto "*si al vencimiento del plazo para pronunciarse sobre el recurso de revocatoria, el Superintendente Sectorial no dicta* ***la resolución correspondiente****, este hecho producirá los efectos de resolución confirmatoria total*" (artículo 51, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175), ocasionando que la Resolución Administrativa ASFI Nº 682/2011, contrariamente a estar revocando totalmente los artículos primero y cuarto, y parcialmente el tercero (todos de la Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010) como sugiere, debiera más bien estarlos confirmando, pudiendo importar ello afectación, lesión o perjuicio en contra de los derechos subjetivos o intereses legítimos, no sólo de la recurrente actual, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., sino del tercero interesado, señor Luis Artemio Lucca Suarez, toda vez que en su notoria calidad de recurrente del Recurso de Revocatoria, obviamente pretende una respuesta satisfactoria a sus alegatos, sea negativa o positiva, y de ninguna manera un "*nuevo análisis de la Resolución Sancionatoria*".

Quien sí impugna la Resolución Administrativa ASFI /Nº 682/2011, es Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., pasando por alto que, al no existir la resolución que en Derecho se le exige al ente regulador, es decir, al no existir una respuesta positiva o negativa a su propia pretensión, entonces la autoridad del Recurso Jerárquico -él suscrito- no puede abrir una competencia referida a la misma, toda vez que "*los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución… que, a criterio del sujeto regulado o interesado,* ***afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***" (artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175), y una decisión incierta no puede afectar, lesionar o causar perjuicios a los derechos o a los intereses controvertidos que se sustancian dentro el proceso (nos referimos aquí exclusivamente a los cargos establecidos en la Nota de Cargos SPVS/IP/AL Nº3183/2008).

De ello se concluye que, el carácter confuso de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 682/2011 ha inducido a error en las actuaciones, tanto del señor **Luis Artemio Lucca Suarez** (quien resulta estar conforme con un fallo contrario a sus intereses manifiestos en su Recurso de Revocatoria), como de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** quien, improcedentemente, termina recurriendo de jerárquico. Consiguientemente en ambos casos, determina su plena indefensión.

Asimismo, al disponer la entidad recurrida "*un nuevo análisis de la Resolución Sancionatoria*" pasando por alto que "*La Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos*" (artículo 17, parágrafo I, de la Ley Nº 2341) y que "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*", importa a su vez el incumplimiento del artículo 117, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, referido a que "*Nadie será procesado… más de una vez por el mismo hecho*", y esto porque habiéndose desarrollado el proceso hasta el estado de resolverse el Recurso de Revocatoria, resolución que debió corresponder a los puntos controvertidos en la

correspondiente impugnación, disponer un nuevo análisis de la Resolución Sancionatoria, importa una revisión desde la etapa de iniciación misma del proceso sancionatorio, es decir, un nuevo proceso, sin que el ente regulador goce de permisión legal para retrotraer los trámites al estado y de la forma que señala la resolución ahora recurrida; más por el contrario y conforme lo señalado, **pesa sobre la resolución recurrida la nulidad a la que se refiere el artículo 35, parágrafo I, inciso d) de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo): "*Son nulos de pleno derecho los actos administrativos… que sean contrarios a la Constitución Política del Estado*"**, sin que se pueda alegar un carácter parcial de lo mismo -en razón de la singularidad y trascendencia de cada uno de los cargos-, por cuanto la anulación que corresponde disponerse recae sobre el "*procedimiento hasta el vicio más antiguo*", determinando no sea posible pasar a considera los restantes extremos expuestos en el Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 44 del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular el procedimiento administrativo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI/N° 682/2011 de 22 de septiembre de 2011, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resolver fundadamente y sobre el fondo de los extremos impugnados, conforme se lo exige el artículo 43 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Luis Artemio Lucca Suarez.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de su máxima ejecutiva, por cuanto, la inexistencia de la resolución extrañada al Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Luis Artemio Lucca Suarez, ocasiona la demora en la resolución definitiva del proceso, en infracción a los principios de eficacia y economía, dispuestos por los incisos 'j' y 'k' del artículo 4 de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo).

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/UC/Nº 444-2011 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 013/2012 DE 09 DE MARZO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2012

La Paz, 09 de marzo 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 444-2011 de fecha 25 de noviembre de 2011, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/285-2011 de 7 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 0020/2012 de fecha 17 de febrero de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 13 de diciembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 444-2011 de fecha 25 de noviembre de 2011, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/285-2011 de 7 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/5651/2011 con fecha de recepción 16 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 444-2011 de fecha 25 de noviembre de 2011, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/285-2011 de 7 de septiembre de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 21 de diciembre de 2011 y notificado a la recurrente en fecha 27 de diciembre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2011 DE 6 DE MAYO DE 2011.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2011 de 6 de mayo de 2011, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo*** *hasta la Nota de cargos AP/DJ/UC/UI/1602/2010 de 7 junio de 2010* ***inclusive****, debiendo en consecuencia emitir nueva nota de cargo conforme los fundamentados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica*…"

2. ANTECEDENTES.-

Que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió lo siguiente:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo 1,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo*** *2, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al inciso q) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 6,7,11 inciso c) y 12 inciso a) de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000.*
>
> ***TERCERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo 3****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLRES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553 de 02 de julio de 2008."*

Por memorial presentado el 9 de noviembre de 2010. **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso de Revocatoria contra la

Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010, Recurso de Revocatoria que ha de merecer la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, por la que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve:

> "…***UNICO.-*** *Confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010 emitida por esta Autoridad…*"

A su turno, recurrida la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 291-2010 de 07 de diciembre de 2010 y corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2011 de 6 de mayo de 2011, entre cuyos fundamentos están:

> "…*el propio inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000, no refiere a una publicación como tal, sino a una publicidad encubierta. Este argumento que difiere de la imputación a su vez se encuentra en los actos administrativos emitidos por la Autoridad Fiscalizadora, cual es la Resolución Administrativa sancionatoria y confirmatoria, situación que obliga a éste Ministerio a anular el proceso hasta antes de la notificación del cargo, al haberse vulnerado el principio de congruencia y generado la indefensión del recurrente, al no saber con exactitud, si el cargo imputado refiere a la publicación o en su caso a una publicidad encubierta, que no es pagada bajo la apariencia de noticia, todo ello en el marco del debido proceso que debe regir los actos de la Administración Pública.*
>
> (…)***CONSIDERANDO:***
>
> *Que, por todo lo precedentemente compulsado corresponde a la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros de reciente creación emitir nuevo pronunciamiento administrativo tomando en cuenta los aspectos de hecho y derecho arriba glosados…*"

3. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/UC/2055/2011 DE 22 DE JULIO DE 2011.-

Por nota APS/DJ/UC/2055/2011 de 22 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** con los Cargos en los términos transcritos a continuación:

> "…***II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.***
>
> ***CARGO N° 1***
>
> *Existen indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 22 de 17 de enero de 2000, al evidenciar que en la noticia titulada "Las AFP mantienen rentabilidad a pesar de la bolivianización" publicada en el Semanario "Santa Cruz Económico", Futuro de Bolivia S.A. AFP generó publicidad no pagada, de*

manera encubierta bajo apariencia de noticia, (…)

CARGO N° 2

Existen indicios de incumplimiento al inciso q) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 6, 7, 11 inciso c) y 12 inciso a) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 22 de 17 de enero de 2000, al evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" expresa juicios subjetivos e indirectos de valor respecto a la otra AFP en competencia desleal, contrariamente a los objetivos perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo (…)

Cargo N° 3.

Existen indicios de incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008, al evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP a través del tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" publicó información referente a la rentabilidad e inversiones del Fondo de Capitalización Individual, siendo esta información concerniente al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, sin contar con la no objeción de la entidad reguladora…"

4. NOTA DE DESCARGOS FUT.APS.AL.1453/2011 DE 24 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante nota FUT.APS.AL.1453/2011 recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 24 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta los siguientes descargos:

"…***Cargo N° 1***

(…) *lo enunciado por el Semanario Santa Cruz Económico en su artículo titulado "Las AFP mantienen rentabilidad a pesar de la bolivianización" es de su autoría; y por lo tanto, de su absoluta responsabilidad, y fue elaborado de acuerdo a cifras de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, información que fue obtenida de la pagina Web de dicha institución www.ap.gob.bo.*

Por lo precedentemente expresado, solicitamos a su Autoridad se sirva desestimar el cargo imputado.

Cargo N° 2

(…) *Todos los datos y cifras insertos en el material imputado en su momento fueron de conocimiento, aceptación y publicación de la autoridad competente (SPVS) a través de su página Web.*

Cargo N° 3

(…) *no se está diciendo nada nuevo, sino que simplemente se refleja información*

veraz, objetiva y explicada en detalle, en un lenguaje claro y sencillo…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/UC/N° 385-2011 DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 385-2011 de 7 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

AL CARGO N° 1

(…) *corresponde desestimar el cargo imputado.*

AL CARGO N° 2

(…) *De lo expuesto, se determina que los argumentos presentados por la AFP no son válidos para levantar el cargo imputado, por lo que corresponde su sanción por incumplimiento a las formalidades requeridas por la norma.*

AL CARGO N° 3

(…) *se determina que los argumentos presentados por la AFP no son válidos para levantar el cargo imputado, por lo que corresponde su sanción…*"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Desestima el* ***Cargo N° 1*** *imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

SEGUNDO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A, AFP por el* ***Cargo N° 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el inciso q) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 6, 7, 11 inciso c) y 12 inciso a) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000.*

TERCERO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo N° 3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por infracción a lo establecido en el inciso s) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008…*"

6. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 27 de octubre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 385-2011 de 7 de septiembre de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"… ***I. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO:***

a) Con relación al Cargo 2.

(...) la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 200 en su artículo 14 establece que "El régimen de autorización general de publicidad es automática y no requiere de aprobación previa por parte de la SPVS". Normativa que entra en contradicción con lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 553 de 2 de julio de 2008 que establece la necesidad de contar con la No Objeción por parte del ente regulador, sin considerar que el tríptico cuestionado no forma parte del Plan de Medios de Comunicación de la gestión 2009.

b) Con Relación al Cargo 3

(…) la AP nos sanciona con una exorbitante suma de $us.5.000 que no guarda relación ni proporcionalidad con la publicación toda vez que la misma no contiene información errónea o tiene criterios subjetivos.

II. HECHOS NO PROBADOS:

(…) el perjuicio o daño supuestamente infringido contra la otra AFP debe estar claramente cuantificado y documentado, no pudiendo establecerse supuestos que solo vulneran el debido procedimiento administrativo

III. PETITORIO:

(…) solicito a su Autoridad Revocar en su totalidad la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/N2 285-2011 de fecha 07 de septiembre de 2011, ajustándola a derecho dentro del marco de la legalidad, desestimando la sanción y disponiendo la devolución de la multa pagada…"

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/UC/Nº 444-2011 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 444-2011 de 25 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "***Declarar improcedente*** *el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 285 - 2011 de 07 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS*", en base a los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que de conformidad al artículo 61 de a la Ley de Procedimiento Administrativo "Los recursos administrativos previstos en el presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si este estuviera interpuesto ***fuera de término,*** *no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables, o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley". (Las negrillas son nuestras)*

Que de acuerdo al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Entidades Sectoriales del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

Que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme lo dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que a su vez, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión*** *del mismo, además de su interposición* ***dentro del plazo*** *hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento". (Las negrillas son nuestras)*

Que de las normas transcritas se infiere que son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

i. La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.
ii. Que el recurso de revocatoria sea (sic) *interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.*
iii. Que se acredite el cumplimiento de la sanción.
iv. Que se demuestre el cumplimiento de la obligación.

Que con relación al primer elemento para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, de la revisión del memorial de interposición del recurso de parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se evidencia que el recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera ha causado a sus derechos o intereses legítimos la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 – 2011 de 07 de septiembre de 2011.

Que para verificar el cumplimiento del segundo requisito de procedencia, se tomó en cuenta el siguiente análisis:

- *En fecha 07 de septiembre de 2011, se emite la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285-2011.*

- *En fecha 12 de septiembre de 2011, se entrega la 1ª. Citación APS/DJ/3192/2011 de 07 de septiembre de 2011, teniendo la AFP plazo para notificarse hasta el 19 de septiembre de 2011, con la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 - 2011.*

- *En vista a la falta de apersonamiento para notificarse, se emite la 2ª. Citación APS/DJ/3455/2011 de 20 de septiembre de 2011, entregada el 22 de septiembre de 2011, teniendo plazo la AFP hasta el 29 de septiembre de 2011, para notificarse con la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 - 2011.*

- *El 29 de septiembre de 2011, a las 18:30 pm y ante la no presentación del representante legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se sienta Acta de Notificación en aplicación del artículo 26 del decreto* (sic) *Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

- *En fecha 03 de octubre de 2011, el representante legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, dos días hábiles administrativos después el* (sic) *plazo de notificación, se apersona a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con motivo de la entrega de la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 - 2011.*

- *El plazo para interponer el recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 - 2011 vencía el 20 de octubre de 2011.*

- *Futuro de Bolivia S.A. AFP, presentó el recurso de Revocatoria el 27 de octubre de 2011.*

Que vistos los detalles del plazo se evidencia que no se ha cumplido el requisito de la presentación oportuna del Recurso de Revocatoria dentro de los quince días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa que se recurre.

Que en relación al tercer elemento, la sanción impuesta por los Cargos N° 2 y N° 3, se han cumplido con el depósito bancario que correspondía.

Que en relación al cuarto elemento, no se impuso obligación a Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 -2011 de 07 de septiembre de 2011, por lo tanto no hay exigencia al respecto para la interposición de su recurso.

Que finalmente, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 9/05, 28/05, 17/06, 46/05, 78/06 entre otras, ha determinado la improcedencia en razón de que no se contaba con uno de los cuatro elementos que deben cumplirse, para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria.

Que bajo ese orden normativo y lo expuesto, de la revisión del expediente administrativo se establece que, esta Autoridad no puede abrir la competencia para

conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada, al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003: en consecuencia corresponde declarar la improcedencia.

CONSIDERANDO:

Que sin perjuicio de los hechos demostrados que impiden la rectificación del alcance de la Resolución Administrativa/APS/DJ N° 285 - 2011 de 07 de septiembre de 2011, hay plazos fatales expuestos en la normativa vigente para la presentación de recursos contra los actos de la Autoridad Administrativa.

Que según dispone el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003: "El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativo (sic) *siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada.*

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo "Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso ***desestimando el recurso si este estuviere interpuesto fuera del término****, no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en las disposiciones aplicables, o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley". (Las negrillas son nuestras)*

Que de acuerdo al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Entidades Sectoriales del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

Que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme lo que dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 13 de diciembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 444-2011 de 25 de noviembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***I. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO:***

a) Con relación al Cargo 2

(…) *su Autoridad no a* (sic) *expresado ni configurado de qué manera se ha vulnerado*

lo establecido por los artículos 6, 7, 11 inciso c) y 12 inciso a) de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 22 de 17 de enero de 2000, por cuanto no ha determinado de que manera el tríptico persigue un objetivo distinto al del Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO).

Asimismo es pertinente señalar lo establecido por el artículo 7 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000 que señala: "Las AFP y ERA no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "el mejor servicio", "la mejor AFP o ERA", "la AFP o ERA con el mejor respaldo" y otros similares (las negrillas son nuestras)". Sobre la base de dicho marco normativo su Autoridad entra en contradicción cuando señala que "...los datos sobre rentabilidad expresados en el señalado tríptico pueden ser justificados objetivamente, sin embargo...".

Asimismo es importante señalar que conforme a lo expresado por su Autoridad al ser la información sobe la rentabilidad justificable objetivamente, es porque la misma fue extractada de la pagina web de la Ex AP, por lo tanto la misma está sustentada en datos veraces y no se hace ninguna interpretación contraria al sentido de la información, por lo que tampoco se ha vulnerado lo establecido por el artículo 11 inciso c) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000. Por otra parte es importante precisar que la publicación "Seguridad en la Inversión de su Dinero" no expresa criterios subjetivos e indirectos de valor de nuestra AFP respecto a la otra AFP en competencia desleal; al contrario, dando fiel cumplimiento al espíritu informativo sobre el cual se basa la normativa de publicidad del SSO, el único objetivo del material emitido fue el de informar a los afiliados del Seguro Social Obligatorio, las características sobre las cuales opera nuestra AFP en la gestión de inversiones, indicadores de rentabilidad y de riesgo en los portafolios administrados, utilizando para ello información veraz y terminología de fácil comprensión, que en ningún caso nos da una ventaja comparativa respecto a la otra AFP. Al contrario, dando fiel cumplimiento al espíritu informativo sobre el cual se basa la normativa de publicidad del SSO, el único objetivo del material emitido fue el de informar a los afiliados del Seguro Social Obligatorio, las características sobre las cuales operan las AFPs en la gestión de inversiones, indicadores de rentabilidad y de riesgo en los portafolios administrados, utilizando para ello información veraz y terminología completamente respaldada y de fácil comprobación, de acuerdo a lo siguiente:

"La más eficiente" se refiere a que tiene la mayor eficiencia. En la teoría financiera de administración de carteras de inversión, la eficiencia de un portafolio implica que el administrador busca la mayor rentabilidad posible dado un nivel de riesgo, o bien el menor riesgo posible dado un nivel de rentabilidad. Por lo tanto, si un administrador "A" consigue estructurar un portafolio de inversión que tenga una mayor rentabilidad asociada a un menor nivel de riesgo respecto a otro administrador "B", entonces se puede concluir que la gestión del administrador "A" es más eficiente que la del administrador B.

"La más alta" significa "la mayor", que según el diccionario de la Real Academia de la

Lengua Española quiere decir "Que excede a algo en cantidad". En este sentido, si el FCI administrado por AFP Futuro de Bolivia tiene una rentabilidad que excede a la rentabilidad de los otros fondos de pensiones que componen el Sistema de Pensiones Boliviano, entonces su rentabilidad es la más alta del Sistema.

"Transparente" significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad". En este sentido, el tríptico hace referencia a que el saldo de una Cuenta Individual en particular puede descomponerse clara y evidentemente entre los aportes realizados por el Afiliado y la rentabilidad obtenida producto de las inversiones, y el resultado de tal descomposición no deja lugar a dudas ni ambigüedad. Esto se puede aseverar dado a que la información es producto de operaciones de inversión públicas, que se encuentra debidamente respaldada por la normativa en vigencia y que permiten generar un Valor Cuota del FCI todos los días, mismo que es reportado a su Autoridad y publicado en su página Web, así como se refleja en los Balances diarios, mensuales y anuales del Fondo de Capitalización Individual que administra nuestra AFP. De acuerdo a la teoría financiera de administración de carteras de inversión, "Oportunidad" se refiere a la administración de portafolios de inversión basada en la convicción de que es posible superar el rendimiento de portafolio de referencia, por anticiparse a los movimientos del mercado, en base a una selección pormenorizada de títulos y de la elección del momento oportuno (oportunidad) para realizar las operaciones de compra o venta.

"Responsable" significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "que pone cuidado y atención en lo que hace o decide". Al respecto, el tríptico se refiere a que la AFP realiza una gestión responsable de las inversiones, en el sentido de que ponemos todo el cuidado y atención posibles al momento de evaluar las posibles inversiones y tomar las decisiones de inversión, ya que la normativa legal nos obliga a conducirnos y realizar nuestras actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

El tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" fue distribuido entre los afiliados de Futuro de Bolivia con el objetivo de informar sobre las políticas en el manejo de los aportes al SSO que sigue nuestra empresa.

Aspectos como la rentabilidad, seguridad de la inversión, la diversificación de riesgo y liquidez fueron explicados de forma sencilla y de fácil entendimiento. Todos los datos difundidos en el tríptico, son de elaboración propia basados en información pública que se remite a la APS periódicamente, como ser el Valor Cuota del FCI, la composición del portafolio de inversión del FCI, y las calificaciones de riesgo de los valores que componen los portafolios del FCI.

Por Todo lo precedentemente expresado, nuestra administradora tampoco admite el incumplimiento del artículo 12 inciso a) de la R.A. SPVS-P 022 de 17 de enero de 2000.

Asimismo es importante tomar en cuenta que la Resolución Administrativa SPVS-P N° 22 de 17 de enero de 200 en su artículo 14 establece que "El régimen de autorización

general de publicidad es automática y no requiere de aprobación previa por parte de la SPVS". Normativa que entra en contradicción con lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP N[5] 553 de 2 de julio de 2008 que establece la necesidad de contar con la No Objeción por parte del ente regulador, sin considerar que el tríptico cuestionado no forma parte del Plan de Medios de Comunicación de la gestión 2009.

b) Con Relación al Cargo 3

(…) El cargo 3 se refiere a la no objeción que no se obtuvo para la publicación del tríptico, vulnerándose supuestamente el Artículo 31 inciso s) de la Ley 1732 y Artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS IP No. 553 de 2 de julio de 2008. Al respecto debemos señalar que el regulador no toma en cuenta que de conformidad con la Resolución SPVS P No. 22 de 17 de enero de 2000, señala claramente la existencia de un régimen de autorización general en el cual se enmarcaba nuestro tríptico, ya que es un documento que solamente refleja la información publicada por el propio órgano regulador a través de su página web.

Por otra parte, los materiales que expresan hechos ciertos y verídicos, no requieren de un aprobación por parte del regulador, ya que simplemente se refleja información veraz, objetiva y explicada en detalle, en un lenguaje claro y sencillo. Sin embargo, la AP nos sanciona con una exorbitante suma de $us.5.000 que no guarda relación ni proporcionalidad con la publicación toda vez que la misma no contiene información errónea o tiene criterios subjetivos.

II. HECHOS NO PROBADOS:

Vulnerando el principio constitucional de presunción de inocencia consagrado en nuestra Constitución Política del Estado y por lo tanto los principios de sometimiento pleno a la ley y búsqueda de la verdad material expresados por la Ley de Procedimiento Administrativo; su Autoridad ha expresado que "... del contenido y difusión del tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", se constata que Futuro de Bolivia S.A. AFP tendría a través de este documento ventaja comparativa respecto a BBVA Previsión AFP S.A., debido a que el mismo tiene un efecto sobre la opinión pública, con frases y gráficos que transmiten un mensaje de mayor rentabilidad, en comparación con la supuesta menor rentabilidad de BBVA Previsión AFP S.A... (Las negrillas son nuestras)". Convirtiéndose lo aseverado en un juicio de valor subjetivo, toda vez que de las estadística de Afiliaciones publicadas en la página oficial de la APS se puede observar que BBVA Previsión AFP S.A. tiene un universo mayor de Afiliados y Asegurados.

Asimismo su Autoridad ha expresado que nuestra Administradora hubiera generado "...perjuicio a la otra AFP y desorientación en el mercado de potenciales Afiliados." Aseveraciones que deben ser debidamente probadas, por cuanto el perjuicio o daño supuestamente infringido contra la otra AFP debe estar claramente cuantificado y documentado, no pudiendo establecerse supuestos que solo vulneran el debido procedimiento administrativo. El perjuicio o daño que se hubiera ocasionado a la otra

Administradora (BBVA Previsión AFP S.A.) no puede ser simplemente enunciado, pues en cumplimiento y a la luz del principio de verdad material, debe ser demostrado y cuantificado, ya que en términos de lo establecido por el artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 las sanciones administrativas impuestas por el regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o los Afiliados al SSO.

III. PETITORIO:

Considerando que la resolución recurrida no tomo en cuenta nuestros descargos, sino que también incurre en contradicciones, falta de motivación, atentando contra los principios congruencia, búsqueda de la verdad material; y al no fundarse en normas claras respecto a las supuestas infracciones, vulnerado así nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, los artículos 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/UC/Nº 285-2011 de 07 de septiembre de 2011; y APS/DJ/UC/N5 444-2011 de 25 noviembre de 2011, ajustando el procedimiento administrativo al marco de la legalidad, desestimando la sanción y disponiendo la devolución de la multa pagada…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

Por efecto de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2011 de 6 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, emite la Nota de Cargos APS/DJ/UC/2055/2011 de 22 de julio de 2011, contra **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, imputando tres cargos, habiéndose desestimado el primer cargo y quedando subsistentes el cargo y consiguiente sanción No. 2 y 3, referentes al incumplimiento de la normativa de publicidad - expuesta por la Autoridad-, correspondiente al Tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", al haber expresado juicios subjetivos e indirectos de valor respecto a la otra AFP al

haber publicado información referente a la rentabilidad e inversiones del Fondo de Capitalización Individual, sin contar con la no objeción de la entidad reguladora.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) presentó sus Descargos mediante nota FUT.APS.AL. 1453/201 de fecha 24 de agosto de 2011, emitiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 - 2011 de 07 de septiembre de 2011, sobre Incumplimiento a las Normas Generales de Publicidad de parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, la misma que es notificada a su representante legal en fecha 3 de octubre de 2011.

El 27 de octubre de 2011 -**dieciocho (18) días hábiles administrativos posteriores a la notificación**- **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 - 2011 de 7 de septiembre de 2011.

1.2. De la Improcedencia del Recurso de Revocatoria por su interposición fuera del plazo legal.-

Conforme se evidencia de lo anterior **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presentó el Recurso de Revocatoria a los dieciocho días hábiles administrativos de notificada con la Resolución Administrativa sancionatoria, es decir fuera del plazo establecido en normativa.

Sobre el extremo, el Recurso Jerárquico no refiere ningún alegato o fundamento que justifique el retraso, limitándose impertinentemente a cuestiones sustanciales que salen de la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285-2011 de 7 de septiembre de 2011.

Ello determina que, en atención a lo señalado por el artículo 56° de la Ley N° 2314 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 444-2011 ahora recurrida, en la realidad no afecta, lesiona o perjudica los intereses subjetivos o intereses legítimos de la recurrente, por cuanto, estando tal resolución referida a la improcedencia del "*Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 285 - 2011 de 07 de septiembre de 2011*" por encontrarse interpuesta fuera de plazo, el recurso hace relación de fondo a los cargos N° 2 y N° 3.

Por lo expuesto, se llega a la conclusión que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** ha obrado conforme a derecho, ya que el mismo fue presentado a los 18 días hábiles administrativos de su notificación y no existe ninguna causal, ni normativa, ni impedimento sobreviniente, que justifique dicha presentación fuera del plazo que ha señalado el artículo 48° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, el que a la letra señala:

"…***Artículo 48.- (Interposición).*** *El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada…*"

Consecuentemente, el recurrente no dio cumplimiento al plazo establecido en el procedimiento administrativo para la admisión y posterior resolución de su Recurso de Revocatoria, dando lugar a la improcedencia de su Recurso, en estricta sujeción legal.

Que, de igual manera y no menos importante, es que éste Ministerio, no se pronuncia sobre las demás cuestiones alegadas por el recurrente debido a que no tiene competencia para conocer sobre cuestiones de fondo ya que el presente proceso versa en cuanto a la impugnación de la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 444-2011 de 25 de noviembre de 2011, misma que determinó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por haberse presentado fuera de plazo legal, y no así sobre temas de fondo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 444-2011 de fecha 25 de noviembre de 2011, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/285-2011 de 7 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 355-2011 DE 07 DE OCTUBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 014/2012 DE 09 DE MARZO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 014/2012

La Paz, 09 de marzo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 355-2011 de 7 de octubre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 186-2011 de 26 de julio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 047/2011 de fecha 20 de diciembre de 2011 y los Informes Legales MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 159/2011 de fecha 30 de diciembre de 2011 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 019/2012 de fecha 16 de febrero de 2012, todos ellos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de octubre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 355-2011 de 7 de octubre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 186-2011 de 26 de julio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/4505/2011 con fecha de recepción 03 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 355-2011 de 7 de octubre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 186-2011 de 26 de julio de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 7 de noviembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 10 de noviembre de 2011.

Que, el 16 de diciembre de 2011, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones.**

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/1068/2011 DE 6 DE JUNIO DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/1068/2011 de 6 de junio de 2011**,** notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

"… ***2. CARGOS.***

Cargo N° 1 *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 142 del decreto supremo* (sic) *N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, con referencia a la segunda ampliación de demanda en el Proceso Ejecutivo Social instaurado contra el Empleador "Gobierno Municipal de San Borja del departamento del Beni", debido a que la AFP habría iniciado las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente, con relación a los periodos agosto/2009 a febrero/2010, insertos en la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033 de 09 de agosto de 2010.*

Cargo N° 2

Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización de las actuaciones procesales ya que se advierte demora injustificada entre la solicitud de ampliación de demanda de 10 de agosto de 2010 hasta la solicitud de sentencia de 15 de mayo de 2011; por lo que este hecho ha producido interrupción

del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.AL. 1146/2011 recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el 12 de julio de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP comunica lo siguiente:

"…2. INFORMACION Y JUSTIFICACION.-

Toda vez que su autoridad observo (sic) *una supuesta falta en el inicio de acciones legales, especialmente en la segunda ampliación de deuda y sobre una supuesta paralización de las actuaciones procesales, tenemos a bien poner alegar y justificar bajo los siguientes argumentos de orden procedimental y legal.*

CARGO Nº 1

Sobre un supuesto incumplimiento a la normativa con referencia a la presentación de la segunda ampliación de la demanda fuera del plazo establecido.

Como es de su conocimiento nuestra empresa, en cumplimiento a lo establecido por el artículo 11 del Decreto Supremo 25722, celebró un convenio de pago a fin de que el empleador en mora pueda pagar su deuda total o parcial mediante un programa de pagos diferidos, los mismos que fueron solicitados por la entidad ejecutada, lo que derivo (sic) *en la suspensión del proceso o la ejecución judicial de la mora.*

Como su autoridad podrá apreciar se cumplió con lo establecido en la normativa al solicitar la suspensión de la causa; y, posteriormente se procedió al reinicio inmediato del proceso en vista que dicho convenio fue incumplido por el empleador, situación reflejada por memorial presentado en fecha 17/03/2009. Asimismo en fecha 30 de marzo de 2009, en virtud a un nuevo convenio de pago solicitado internamente por la entidad ejecutada se solicita al Juzgador una nueva suspensión de la prosecución del proceso en consecuencia el levantamiento de todas las medidas precautorias solicitadas y concedidas, petición aceptada por el Juez de la causa mediante decreto de 01 de abril de 2009, actuaciones notificadas por el Oficial de Diligencias de Juzgado a las partes de la causa en fecha 07 de abril de 2009.

Como se podrá apreciar una vez cumplidas estas actuaciones y toda vez que el ejecutado incumplió con lo pactado en el convenio de pago y al generarse nuevos periodos en mora, se reiniciaron de inmediato las acciones legales correspondientes, solicitando la ampliación de la deuda con la Nota de Débito Nº 1-08-20009-00035, situación aceptada por el Juzgador. Ahora bien, con el fin de proceder a la legal notificación, nuestra empresa solicita se libre orden instruida a la localidad de San Borja, mediante memorial de 30 de abril de 2010.

Es necesario poner en su conocimiento que el Juzgador dispone la notificación a la empresa ejecutada con la ampliación ordenando que se libre la correspondiente orden instruida encomendando su ejecución a cualquier autoridad no impedida de la localidad de San Borja, misma que dista 260 Km de la ciudad de Trinidad.

Ante esta orden se procedió a realizar las gestiones necesarias para que un supernumerario (sorteado para el efecto) proceda a recibir los recaudos de ley y se

elabore la correspondiente Orden Instruida expidiéndose y recogiéndose por una procuradora de nuestra empresa, luego de haber cumplido con encargar y presionar para la facción inmediata de la orden referida.

Luego de haber recogido la Orden Instruida, nuestra empresa procedió a organizar el correspondiente viaje a la localidad de San Borja en el cual se encuentra el empleador.

Para conocimiento de su institución es importante informarle la forma que se practican estas notificaciones:

Se debe abordar avioneta privada que nos lleve a la localidad de San Borja, mismo que demora aproximadamente una hora ya que por vía terrestre demora ocho horas siempre y cuando exista carretera ya que esta solo funciona unos meses al año por las inundaciones permanentes del lugar.

Una vez en esta localidad nos dirigimos al Juzgado de Instrucción de San Borja a fin de dejar el documento y que el Juez pueda providenciar y ordenar la correspondiente ejecución de la orden instruida.

El Juez provincial no siempre se encuentra en la provincia y/o dispuesto a providenciar en el mismo día, situación que nos obliga a retornar a los 3 o 4 días siguientes para recoger la orden instruida.

Todos estos pasos que los realizamos para notificar a la entidad ejecutada son necesarios y permanentes, sin embargo como comprenderán al no estar el empleador en la misma ciudad de Trinidad, dificulta su notificación y demora obviamente el correspondiente trámite.

Como referencia para que su autoridad pudiera evaluar y valorar con los documentos que se encuentran en su institución, nos permitimos señalarle que para la notificación con la demanda tuvimos que realizar todas las gestiones y viajes descritos precedente, (sic) y recién se pudo notificar con esta demanda a los 6 meses, diligencia que por el transcurso del tiempo no fue evaluada por su institución, ya que al corresponder el mismo procedimiento de notificación personal, por analogía debería haber sido aceptado por ustedes y no observado como lo realizado con la notificación con la ampliación.

Asimismo, es importante señalar que tampoco consideró su institución la vacación judicial anual colectiva ordenada por la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito Judicial.

Ante estas situaciones descritas anteriormente, como su autoridad podrá valorar dentro el periodo observado se procedía a la notificación con la ampliación de deuda con la Nota de Débito N° 1-08-2009-00035, gestiones que obligaron a nuestra institución a guardar dicha actuación antes de proseguir con la segunda ampliación, en virtud al principio de publicidad y tomando en cuenta la obligatoriedad de la norma. En ese sentido previo a ejecutar cualquier otra ampliación, legalmente se deberán cumplir con todas las notificaciones pendientes, en este caso la notificación con la primera ampliación (Nota de Débito N° 1-08-2009-00035), lo contrario nos significaría nulidades planteadas por el contrario, incidentes y observaciones ordenadas por el Juzgador en el sentido de cumplir previamente con el principio de buena fe y con todo acto procesal de transmisión, en el sentido de que toda actuación procesal debe ser puesta en conocimiento de la otra parte por intermedio del Juez, mediante providencias y/o

autos, realizándose a través de notificaciones, mismos que son los actos jurídicos procesales de transmisión, por el cual se pone en conocimiento de las partes una resolución judicial, en el caso de nuestro interés mediante una Orden Instruida en virtud a que esta diligencia judicial debe ejecutarse fuera de la jurisdicción. De no cumplir con todo este procedimiento, la ampliación de la demanda a través de la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033 podía no ser admitida por el Juzgador, situación que procesalmente perjudicaría el avance de la causa.

Es importante hacer notar que por todos los puntos anotados nos fue difícil ejecutar la Orden Instruida sin embargo en ningún momento perjudicó al proceso ni generó daño, ni dilación en su tramitación.

Finalmente, es importante resaltar que otro plazo que tampoco es atribuible a nuestra empresa son las vacaciones colectivas, estipuladas a la antigua Ley de Organización Judicial (vigente en esa época), mismas que son utilizadas por los funcionarios judiciales en fin de año.

CARGO N° 2

Sobre una supuesta paralización de las actuaciones procesales por demora entre la ampliación y la sentencia

Tal cual consta en obrados nuestra institución procedió a solicitar la ampliación de deuda en virtud a la generación de nuevos periodos en mora, mediante la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033, ejecutada mediante memorial presentado a Juzgado el 10 de agosto de 2010.

Toda vez que el juzgador admite nuestra solicitud mediante auto de fecha 04 de octubre de 2010 (documento adjunto al presente). Asimismo es necesario poner en su conocimiento el informe emitido por la secretaria del Juzgado, mismo que como su autoridad podrá apreciar establece e informa que el expediente fue entrepapelado, lo que produjo una demora no es atribuible a nuestra parte, sin embargo ante esta situación se tuvo que exigir y ejecutar varias gestiones a fin de que dicha funcionaria reponga obrados o en su caso se ponga a la vista.

Ante este indicio es necesario establecer que en el lapso observado por su autoridad se llevaron a cabo las elecciones municipales, que es de conocimiento público, en esta ciudad se celebro (sic) *el cuatro de abril situación que derivo* (sic) *al cambio de representante legal de la Alcaldía Municipal de San Borja, siendo elegido en esos comicios el Señor Jorge Añez Claros.*

En ese sentido mediante memorial presentado a juzgado el 01 de agosto de 2010, señalando al nuevo personero y pidiendo la citación con las piezas pertinentes al nuevo alcalde, asimismo se pide que ulteriores actuaciones se hagan conocer a este nuevo personero.

Como se demuestra, la demora no es atribuible a nuestra empresa ya que se debió a situaciones ajenas, en ese sentido nuestra empresa debió, en cumplimiento al principio de buena fe y lealtad procesal y a lo establecido por el Art. 57, actuar con fidelidad durante la substanciación del proceso, anunciar y señalar al nuevo representante legal de dicha alcaldía, lo contrario no estaría adecuado a la obligación que se tiene a comportarse con lealtad y corrección ante la otra parte, sea con el fin de evitar

nulidades, incidentes, excepciones de impersonería en el demandado, nulidad de obrados y otras situaciones que vendrían a perjudicar el normal desarrollo de la causa.

Por lo expuesto al señalar el nuevo personero legal de la entidad ejecutada nuestra empresa llevo (sic) *a cabo una actuación procesal importantísima, entendiendo que nuestra conducta debe ser leal a fin de no convertir el proceso en una red de vicios que nos derivaría a sanciones pecuniarias o la declaratoria de temeridad o malicia.*

En ese entendido y con el fin de proceder a la legal notificación del nuevo personero legal con esta ampliación, nuestra empresa solicita se libre orden instruida a la localidad de San Borja, mediante memorial de 01 de octubre de 2010 en su Otrosí 1.

Es necesario poner en su conocimiento que el Juzgador dispone la notificación a la empresa ejecutada con la ampliación mediante auto de 4 de octubre de 2010, ordenando se libre la correspondiente orden instruida encomendando su ejecución a cualquier autoridad no impedida de la localidad de San Borja, misma que dista como señalamos a 260 Km.

Ante esta orden se procedió a realizar las gestiones necesarias para que un supernumerario (sorteado para el efecto) proceda a recibir los recaudos de ley y se elabore la correspondiente Orden Instruida expidiéndose y recogiéndose por una procuradora de nuestra empresa, luego de haber cumplido con encargar y presionar para la facción inmediata de la orden referida.

Luego de haber recogido la Orden Instruida, nuestra empresa procedió a organizar el correspondiente viaje a la localidad de San Borja en el cual se encuentra el empleador. Procedimiento ya puesto en su conocimiento en nuestros fundamentos para el Cargo N° 1.

Ante estas situaciones descritas anteriormente, como su autoridad podrá valorar dentro el periodo observado se estaba procediendo a la notificación con la ampliación de deuda con la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033, gestiones que obligaron a nuestra institución aguardar dicha actuación antes de proseguir con el proceso y solicitar se dicte sentencia, en virtud al principio de publicidad y tomando en cuenta la obligatoriedad de la norma. En ese sentido previo a solicitar la sentencia, legalmente se deberán cumplir con todas las notificaciones pendientes, en este caso la notificación con la segunda ampliación (N.D. Nª 1-08-2010-00033), lo contrario nos significaría nulidades planteadas por el contrario, incidentes y observaciones ordenadas por el Juzgador en el sentido de cumplir previamente con el principio de buena fe y con todo acto procesal de transmisión, en el sentido de que toda actuación procesal debe ser puesta en conocimiento de la otra por intermedio del Juez, mediante providencias y/o autos, realizándose a través de notificaciones, mismos que son los actos jurídicos procesales de transmisión, por el cual se pone en conocimiento de las partes una resolución judicial, en el caso de nuestro interés mediante una Orden Instruida en virtud a que esta diligencia judicial debe ejecutarse fuera de la jurisdicción.

Por otro lado su Autoridad verificará que inmediatamente en fecha 23 de marzo de 2011 nuestra institución presenta otro memorial solicitando la extensión del oficio dirigido al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público a fin de proceder a la retención de fondos de la parte ejecutada, medida precautoria concedida por el Juzgador de la causa, misma que a la fecha se encuentra ya ejecutada.

Finalmente, tengo a bien informarle que el presente expediente se encuentra en despacho del Juez aguardando su turno para la dictación de la respectiva sentencia. Cabe aclarar que estos expedientes entran a despacho por turno, y en orden cronológico…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 186-2011 DE 26 DE JULIO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 186-2011 de fecha 26 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.700,00 (UN MIL SETECIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, por los períodos agosto/2009 hasta febrero/2010, insertos en la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033 de 09 de agosto de 2010.*

***SEGUNDO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, por el período de inactividad procesal correspondiente a los meses de octubre/2010 a marzo/2011.*

***TERCERO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

Con los siguientes fundamentos:

La APS se pronunció en sentido de que la ampliación de la demanda se encontraría fuera del plazo, ya que la AFP ha momento de solicitar a la autoridad jurisdiccional se extienda orden instruida a fin de notificar con la ampliación de la demanda, debió percatarse de que los plazos para el inicio de la acción judicial correspondiente a los periodos de agosto/2009 a noviembre/ 2009, ya se encontraban vencidos.

En cuanto a los convenios de pago suscritos por la AFP con el empleador Gobierno Municipal de San Borja el seguimiento y el cumplimiento de estos, es de responsabilidad de la AFP, debido a que en fecha 30 de abril de 2010, ya tenía conocimiento sobre el vencimiento de los periodos agosto/2009 hasta febrero/2010, por lo que al momento de solicitar se libre orden instruida, la AFP debió efectuar la solicitud de ampliación.

Con relación al cargo dos sobre la inactividad procesal, la APS determinó que la AFP habría actuado con negligencia y falta de diligencia, en cuanto a la notificación personal al representante legal del empleador; asimismo, respecto a la presentación del memorial de solicitud de sentencia, la APS señaló que no puede considerarse a la AFP como eximente de responsabilidad respecto a las nuevas elecciones de Alcalde, ya que debió comunicar a la anterior autoridad que aún estaba ejerciendo funciones.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 9 de septiembre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 186-2011 de 26 de julio de 2011, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 355-2011 DE 7 DE OCTUBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 355-2011 de 7 de octubre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 186-2011 de 26 de julio de 2011, bajo los siguientes fundamentos:

*"**CONSIDERANDO:***

Que mediante memorial presentado en fecha 09 de septiembre de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP, interpone Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°186-2011 de 26 de julio de 2011, donde expone los fundamentos de hecho y derecho que motivan el recurso de revocatoria de la Resolución Administrativa señalada.

Que conforme se tiene establecido en el artículo 30 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, corresponde emitir el pronunciamiento respectivo con referencia a los fundamentos de hecho y derecho y conforme el esquema planteado por el recurrente, en el Recurso de Revocatoria de 09 de septiembre de 2011.

I. Falta de competencia

"La APS, al ingresar a realizar una revisión de aspectos netamente procedimentales sobre los procesos ejecutivos sociales, sin contar con una norma que le faculte para ese efecto, que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica.

En ese sentido, la APS no tiene competencia para actuar de revisor legal y observar las actuaciones y estrategias procesales."

Que el artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones (Ley de Pensiones), establece las funciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), dentro de las que se encuentra las previstas por el inciso b), de acuerdo al cual, tiene competencia para fiscalizar, supervisar, regular, inspeccionar y sancionar, a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley y sus reglamentos.

Que es en base a esta disposición legal, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, ejerce el control necesario a través de la fiscalización y supervisión de los entes regulados.

Que por su parte, la revisión de los antecedentes en forma integral - observado por el recurrente - respecto al cumplimiento de aspectos procedimentales en los Procesos Ejecutivos Sociales, no sólo busca la verdad material dentro del proceso, sino que posibilita la verificación del cumplimiento de un deber de la AFP, mismo que se encuentra establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469, y no constituye una usurpación de funciones, por el que se persigue que la AFP se conduzca con la diligencia necesaria y realice sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Que dentro las actividades que realiza, no sólo se encuentra la obligatoriedad de iniciar la acción procesal, para el cobro de las Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo en mora, dentro de los 120 días calendario, conforme lo establecido por el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001; sino también de realizar todos los actuados procesales dentro de plazo y de manera diligente hasta la finalización del Proceso Ejecutivo Social, a efecto de cumplir con el objetivo, que es el cobro de las Contribuciones en mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo. De esta manera y sólo así, se puede verificar que la AFP realiza sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Que de esta manera, el recurrente puede comprobar que las aseveraciones realizadas en torno a una supuesta usurpación de funciones no sólo son falsas sino imprudentes, debido a que esta Autoridad, rige sus actos con sometimiento pleno a la ley, garantizado el cumplimiento al principio de legalidad.

Que en torno al principio del debido proceso, la doctrina, ha distinguido cuatro aspectos de este derecho: a ser oído, a ofrecer y producir prueba, a intervenir en su producción y a una decisión fundada.

Que el derecho a ser oído, se traduce en la posibilidad de formular descargos, verter argumentaciones y tener un acceso irrestricto a la totalidad de las actuaciones. El derecho del interesado en el ofrecimiento y producción de la prueba; y por último, el derecho a obtener una decisión fundada o motivada.

Que estos cuatro aspectos han sido cumplidos durante la tramitación del proceso sancionatorio en sus diferentes etapas, por tanto se ha garantizado el principio del debido proceso, así como la seguridad jurídica, como garantía del ejercicio efectivo de los derechos reconocido por la Constitución y las leyes.

II.Vulneración de principios administrativos que garantizan el debido proceso

a. Vulneración del principio de tipicidad

"No se ha demostrado...en ninguna etapa del proceso sancionador, como es que nuestra Administradora hubiera cometido una infracción a lo dispuesto por el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996. Nuestra AFP...ha iniciado el respectivo Proceso Ejecutivo Social persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por el Gobierno Municipal de San Borja del Departamento del Beni, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha

dado cumplimiento al artículo 31 inciso d) de la citada Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

El proceso ejecutivo social ha sido debidamente iniciado y las ampliaciones a la demanda, pese a no existir marco legal específico, han sido presentadas por nuestra AFP según el estado procesal de la causa.

b. Vulneración del principio de congruencia

Su autoridad no ha tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado a través de la línea jurisprudencial sentada acertadamente por la Resolución Jerárquica SG S1REFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final". El precedente no ha sido aplicado, especialmente en la imputación referida al incumplimiento de los artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, pues no se expresa ni con meridiana claridad cuál es la omisión o infracción sobre la normativa citada, tomando en cuenta que el proceso ejecutivo social iniciado contra el Gobierno Municipal de San Borja sigue sustanciándose".

Que el artículo 23 de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, ha sido citado a objeto de orientar al imputado, ahora recurrente, porque para perseguir el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados procede la ejecución social. Lo cual está íntimamente ligado a la obligación de la Administradora de Fondos de Pensiones, estatuida en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, por la cual la AFP debe "Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones".

Que consecuentemente, el cobro de Contribuciones en mora, se persigue a través del inicio del Proceso Ejecutivo Social, el cual debe estar ligado con el cuidado exigible a un buen padre de familia, demostrable con la tramitación debida, imprimiendo los esfuerzos y diligencias necesarias, a objeto de dar el impulso y la celeridad respectiva para alcanzar el objetivo primario, que es el cobro de Contribuciones en mora.

Que en el presente caso, la AFP no ha demostrado que se hubieren realizado las acciones necesarias a objeto de dar la celeridad necesaria en la tramitación del proceso, y recién cuando la AFP recibe la nota de la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, impulsa nuevamente el mismo. Entones las dificultades sufridas por la AFP en la notificación de actuados (ordenes instruidas, gestiones varias a objeto de cumplir con la orden instruida, como la contratación de una avioneta) han sido producto de la falta de diligencia de la misma AFP, por no haber solicitado que el demandado subsane el aspecto observado por el juzgador, en relación al señalamiento de un domicilio procesal en un municipio distinto al del lugar donde se tramita el proceso. Toda vez que de haber sido corregido en su momento o haberse comunicado al Ente Regulador de forma oportuna, conforme lo había observado el Juez de la causa, la AFP no hubiera atravesado con todas las vicisitudes descritas por el recurrente para notificar cada actuado procesal.

III. De la aplicación de la sanción.-

"Su Autoridad en el penúltimo considerando de la resolución recurrida, hace referencia a los criterios de calificación de gravedad de acuerdo a lo establecido por el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 que en su inciso c) señala: "Gravedad leve: cuando la infracción o los actos u omisiones, han sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor"

Sin embargo de ello la ex AP no ha determinado como se hubiera configurado en nuestra conducta la preterintencionalidad. Se nos imputa una conducta preterintencional sobre la base de un supuesto (hecho no demostrado, que sería la posibilidad de que el asegurado dependiente del Gobierno Municipal de San Borja pueda tener dificultades en el acceso a una Prestación y/o Beneficio dentro del SIP, sin demostrar que nuestra intención haya sido la de no recuperar los aportes y que como una consecuencia adicional de ello y más allá de lo previsto inicialmente -la conducta preterintencional- hayamos ocasionado una posible dificultad en el acceso a Beneficios o Prestaciones del SSO; olvidando su Autoridad que la omisión de pago de contribuciones y primas del Seguro Social Obligatorio de largo plazo son responsabilidad directa del empleador.

La conducta por la cual se quiere justificar la aplicación de una sanción con gravedad leve, no sólo carece de fundamento, sino que vulnera flagrantemente el principio de congruencia, pues el propio Regulador entiende con meridiana claridad que la dificultad para acceder a un Beneficio y/o Prestación dentro del Seguro Social Obligatorio de largo plazo se origina por el incumplimiento del empleador, siendo por demás claro que su responsabilidad no puede ser transferida a la AFP, que en última instancia y como lo viene haciendo hasta ahora, está persiguiendo la recuperación de las contribuciones en mora".

Que la calificación de la sanción, para los cargos imputados han sido dictados en función a que se verificó la comisión de las infracciones imputadas, que se resumen al inicio del Proceso Ejecutivo Social fuera del término establecido por la norma y la falta de seguimiento e impulso procesal debido, aspecto que demuestra por el siguiente gráfico:

PERIODO DE COTIZACIÓN	PLAZO DE INICIO DEL PES	INICIO DEMANDA DEL PES	OBSERVACIONES
Ago-09	Ene-10	25/08/2010	incumple
Sep-09	Feb-10	25/08/2010	incumple
Oct-09	Mar-10	25/08/2010	incumple
Nov-09	Abr-10	25/08/2010	incumple
Dic-09	May-10	25/08/2010	incumple
Ene-10	Jun-10	25/08/2010	incumple
Feb-10	Jul-10	25/08/2010	incumple

Que la levedad de la sanción, es producto de que se consideró que la AFP no ha ocasionado un daño económico, caso contrario, la sanción sería mayor. El perjuicio que ocasiona a un tercero, se refleja en el hecho de que por la falta de recuperación oportuna de sus aportes, por la AFP, genera que el Asegurado, no cuente con los recursos con los que pueda acceder a una prestación.

Que finalmente, la omisión de pago de Contribuciones y primas en mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo por el Empleador no han sido reclamadas a la AFP, lo que se reclama y fue objeto de imputación dentro el proceso sancionatorio, es la obligatoriedad de iniciar el Proceso Ejecutivo Social dentro del término establecido por

norma, a objeto de recuperar las Contribuciones en mora que debió cancelar el Empleador como agente de retención de los aportes y por el otro lado, la falta de diligencia e inactividad procesal de octubre/2010 a marzo/2011, lo que ha generado una dilación procesal innecesaria para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Que de acuerdo al esquema del Recurso de Revocatoria planteado por el recurrente y sujeto a análisis, a partir de este punto, se dividirá en función a cada cargo y a los antecedentes del Proceso Ejecutivo Social iniciado contra el Gobierno Municipal de San Borja, así como a los actuados procesales:

IV. De la imputación de los cargos

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Nota de Cargos APS/DJ/1068/2011 de 06 de junio de 2011, inicia proceso administrativo sancionador en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento a la normativa de Pensiones para el cobro de Contribuciones en mora del Empleador "Gobierno Municipal de San Borja del Departamento del Beni". Por los siguientes cargos:

CARGO N° 1

El Cargo N° 1 establece: "Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 142 del decreto supremo (sic) *N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001,* ***con referencia a la segunda ampliación de demanda en el Proceso Ejecutivo Social instaurado contra el Empleador "Gobierno Municipal de San Borja del departamento del Beni",*** *debido a que* ***la AFP habría iniciado las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente, con relación a los periodos agosto/2009 a febrero/2010, insertos en la Nota de Débito N° 108-2010-00033 de 09 de agosto de 2010."*** *(Las negrillas son nuestras)*

CARGO N° 2

El Cargo N° 2 señala: "Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización de las actuaciones procesales ya que ***se advierte demora injustificada entre la solicitud de ampliación de demanda de 10 de agosto de 2010 hasta la solicitud de sentencia de 15 de mayo de 2011;*** *por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social." (Las negrillas son nuestras)*

Que los cargos imputados corresponden a las acciones legales asumidas por la AFP, relacionadas a la ***Nota de Débito N° 1-08-2010-00033 de 09 de agosto de 2010,*** *que corresponde a una parte del Proceso Ejecutivo Social iniciado por la AFP en contra del Honorable Gobierno Municipal de San Borja.*

Que para una mejor comprensión el Proceso Ejecutivo Social, es necesario señalar que este fue iniciado, mucho antes al período observado, en fecha 20 de abril de 2006, comprende tres (3) Notas de Débito, la primera con la que se inicia el proceso y las dos siguientes con las que se solicita la ampliación del monto adeudado, que se explican a continuación para una mejor comprensión.

Que el proceso fue iniciado por deudas al Seguro Social Obligatorio mediante la ***Nota de Débito 1-08-2006-00006, por Bs965.858,14,*** *que no es motivo del presente proceso, fue* ***presentado el 20 de abril de 2006,*** *al que corresponden a los siguientes períodos:*

1. *Mayo/1997 ..... a Diciembre/1997*
2. *Febrero /1998 ...a Enero/2000*
3. *Agosto/2000*
4. *Noviembre/2000*
5. *Febrero/2001 ....a Noviembre/2001*
6. *Septiembre/2002...a Junio/2003*
7. *Agosto/2004 ..... a Febrero/2006*

Que en relación a esta primera Nota de Débito, el recurrente señala qué, el demandado al momento de apersonarse señalo extrañamente como domicilio procesal el Municipio de San Borja (Localidad de San Borja), aspecto que fue observado por el Juzgador, mismo que no fue subsanado por el ejecutado en su oportunidad, ni reclamado por la AFP.

Que al respecto la AFP debió haber solicitado al Juez de la causa que ordene al demandado el señalamiento de un domicilio en el lugar en el que se tramita el proceso a objeto de evitar las dilaciones futuras, que como se advierte después, fue una constante a lo largo de la tramitación del proceso, pese a que el mismo Juez mediante Auto de 05 de junio de 2006, observa este hecho y señala que hasta que se señale domicilio en forma legal, sea su domicilio en estrados. Actuado que cursa a Fs. 25 del Proceso Ejecutivo Social.

Que la primera ampliación a la demanda, es solicitada por la AFP mediante ***memorial de 16 de octubre de 2009,*** *en consideración a la* ***Nota de Débito N° 1-08-2009-00035*** *de 23 de septiembre de 2009,* ***por Bs. 168.675,18*** *y para el cobro de los siguientes períodos adeudados:*

1. *Enero/1998*
2. *Abril/2009 ..... a..... Julio/2009*

Que en relación a esta primera ampliación de la demanda, el demandado señala haber requerido la extensión de una orden instruida a objeto de notificar la ampliación del monto adeudado.

Que como se menciona líneas arriba, este requerimiento no hubiese sido necesario si la AFP mediante solicitudes, en su momento, obtenía el señalamiento de un domicilio procesal del demandado conforme lo señalado por el mismo juez.

*Que por **memorial de 10 de agosto de 2010**, la AFP solicita una nueva ampliación de la demanda, conforme a la **Nota de Débito N° 1-08-2010-00033** de 09 de agosto de 2010, por **Bs378.971, 88** y para el cobro de los siguientes períodos adeudados:*

1. *Agosto/2009...a marzo/2010*
2. *Mayo/2010.....a.....junio/2010*

Que de lo anterior se extrae lo siguiente:

- *Los cargos imputados a Futuro de Bolivia S.A. AFP, se encuentran relacionados a la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033. En el Cargo 1 debido a que la AFP habría iniciado las acciones legales fuera de plazo (120 días) concedidos por el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, respecto a los períodos agosto/2009 a febrero/2010, comprendidos por la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033.*
- *El cargo 2 por su parte, fue imputado por evidenciar la paralización de las actuaciones procesales, al advertirse demora injustificada entre la solicitud de ampliación de demanda de 10 de agosto de 2010 hasta la solicitud de sentencia de 15 de mayo de 2011, es decir de más de nueve(9) meses.*

  El artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, establece la obligatoriedad de iniciar acciones procesales ante la mora incurrida por el empleador en el pago de Contribuciones al Seguro Social Obligatorio, en un término fatal de 120 días de acuerdo a lo señalado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.
- *En el presente caso y de los períodos comprendidos en esta Nota de Débito, se tiene que los plazos para el inicio de las acciones legales, ya se encontraban vencidos, cuando la AFP presenta el memorial por el que solicita una ampliación del monto de la deuda. De esta manera se puede apreciar que el demandado no inició un nuevo proceso, sino que ante la posibilidad prevista por el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, opta por solicitar la ampliación de la deuda en el monto comprendido por esta nueva Nota de Débito. Ahora bien, es bueno recordar que si bien la normativa otorga esta opción procesal, se entiende que el requerimiento debe estar dentro de los 120 días previstos por la norma, ineludiblemente.*
- *En ese sentido el recurrente, debe tener presente que la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033 de 09 de agosto de 2010, por Bs378.971,88 continúa constituyendo un nuevo requerimiento de pago ante los períodos vencidos, por tanto no puede estar supeditada a otra demanda. De la misma manera, se tiene que la norma no prevé ampliaciones de plazo de ninguna naturaleza para el inicio de la demanda.*

Que dentro del recurso de revocatoria se realizan fundamentos de hecho, sobre los cuales también corresponde emitir el pronunciamiento respectivo, de acuerdo a lo que sigue:

a. CON RELACIÓN AL CARGO 1)
Sobre la solicitud de orden instruida a fin de notificar la primera ampliación

Que el recurrente señala que la solicitud de orden instruida a fin de notificar la primera ampliación, era imprescindible para viabilizar el avance de la causa y, que sin embargo

*la Resolución recurrida argumentó que al **30 de abril de 2010**, cuando la AFP solicita la extensión de la orden instruida por los períodos agosto/2009 a noviembre/2009 ya se encontraban fuera de plazo para el inicio de la acción judicial para la recuperación de aportes. Asimismo afirma, que sin esta solicitud y posterior ejecución no hubiera sido posible un avance procesal efectivo, en este caso la notificación con la primera ampliación, para dar paso a solicitar la segunda ampliación de deuda con una tercera Nota de Débito. Y que sí bien existiría conocimiento del vencimiento de nuevos períodos, éste no era causal para dejar de ejecutar el trámite respectivo.*

Que al respecto, la Autoridad considera que el cumplimiento de una gestión judicial como es la notificación, no era impedimento pedir la primera ampliación de la demanda. Igualmente se observa que el cumplimiento de los plazos establecidos por normativa es ineludible, por cuanto no es excusa válida, la gestión de una notificación.

Que en relación al justificativo relativo a los Convenios de Pagos suscritos e incumplidos por el Empleador, tampoco es suficiente para el incumplimiento del plazo establecido por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001. Para mejor ilustración visual, el siguiente cuadro refleja los períodos de cotización observados, el plazo límite para el inicio del Proceso Ejecutivo Social (PES) y la fecha real de presentación de la demanda con la que se evidencia que la AFP dio inicio al Proceso Ejecutivo Social fuera de término.

PERIODO DE CÓTIZACIÓN	PLAZO DE INICIO DEL PES	INICIO DEMANDA DEL PES	OBSERVACIONES
Ago-09	Ene-10	25/08/2010	incumple
Sep-09	Feb-10	25/08/2010	incumple
Oct-09	Mar-10	25/08/2010	incumple
Nov-09	Abr-10	25/08/2010	incumple
Dic-09	May-10	25/08/2010	incumple
Ene-10	Jun-10	25/08/2010	incumple
Feb-10	Jul-10	25/08/2010	incumple

*Que de los datos consignados en el cuadro, se puede comprobar que los períodos de cotización agosto/2009 a Febrero/2010 ya se encontraban vencidos al **30 de abril de 2010,** fecha en la que se solicita se libre orden instruida para notificar la primera ampliación a la demanda, que contemplaban períodos anteriores (agosto/2009 a noviembre/2009).*

Sobre las gestiones y tramitaciones efectuadas por la AFP a fin de notificar la ampliación

Que el recurrente, en este punto, reclama que la Autoridad no valora las gestiones que tuvo que realizar la AFP a efecto de la notificación de la primera ampliación.

Que adicionalmente a todo lo antes referido, se considera que todas las gestiones que tuvo que realizar la AFP, a fin de que prosiga el Proceso Ejecutivo Social, no fueron descalificadas o prescindibles al PES, pero si fueron insuficientes a objeto de constituir prueba suficiente para el levantamiento de los cargos en el proceso sancionatorio previo al recurso.

Que uno de los motivos esenciales en la confirmación de los cargos en la Resolución sancionatoria, es el incumplimiento del plazo otorgado por la norma para el inicio de la demanda, toda vez que la disposición normativa no tiene mayor contemplación, un

descargo válido para levantar cargos en el caso señalado, es que la AFP, demuestre que el inicio del Proceso Ejecutivo Social fue presentado e iniciado, con el sello de cargo del juzgado respectivo, dentro del término establecido por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001. Pero lamentablemente, las fechas son elocuentes por sí y demuestran el incumplimiento de plazo observado, para siete períodos vencidos.

Que otro motivo es el referido a la existencia de al menos unos diez (10) meses de demora para practicar la notificación de la primera ampliación de la demanda, hasta el 10 de agosto de 2010, fecha de presentación de la segunda solicitud de ampliación de la demanda. Aspecto que no demuestra la existencia de un seguimiento efectivo del Proceso Ejecutivo Social.

Que por consiguiente, los percances procesales sufridos en la tramitación del proceso, que hacen por ejemplo al libramiento de una orden instruida y su notificación, son responsabilidad de la AFP y evidentemente, de las acciones legales que plantee a objeto de dar el impulso procesal necesario, entre las cuales, pudo observar el señalamiento de domicilio del demando en un Municipio distinto al que se tramita la causa, que entre otras causales, ha derivado en la falta de cuidado y diligencia exigible a un buen padre de familia, así como el vencimiento de nuevos períodos, reconocido por el recurrente cuando señala que el vencimiento de nuevos períodos, no era causal para dejar de ejecutar el tramite respectivo.

Sobre una supuesta perención de instancia y el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil

Que esta Autoridad no afirmó que la perención se produjo o que se incurrió en un abandono del proceso, se señaló que: "...el hecho de que una notificación, se encuentre pendiente podría conllevar en el peor de los casos a una perención de instancia, pero bajo ninguna circunstancia la nulidad de la actuación. La nulidad operaría únicamente como bien lo señala el artículo 493 del Código de Procedimiento Civil Boliviano, en caso de no dejarse constancia de las diligencias efectuadas".

Que, igualmente, es bueno recordar al recurrente que esta apreciación, deviene de la justificación de la AFP cuando señalaba, en relación a la notificación con la primera ampliación, que: "De no cumplir con todo este procedimiento, la ampliación de la demanda a través de la Nota de débito N° 1-08-2010-00033 podía no ser admitida por el juzgador, situación que perjudicaría el avance de la causa."

Que en respuesta, se indicó que "...el hecho de que la primera ampliación de demanda, se haya encontrado en proceso de notificación..., no es impedimento u obstáculo para que Futuro de Bolivia S.A. AFP presente en plazo la ampliación de demanda con Nota de Débito N° 1-08-2010-00033 de 09 de agosto de 2010, por nuevos períodos vencidos, toda vez que se constituye en una nueva pretensión, por lo que no puede supeditar una acción iniciada a otra por iniciarse".

Que por ello se consideró y se considera que una nueva demanda o ampliación de la demanda, no depende de una diligencia de notificación. Esta afirmación encuentra soporte además, en el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil, mencionado por el recurrente, que otorga la posibilidad de la ampliación de la demanda (monto adeudado) antes de la sentencia, cuando señala: "Si durante el proceso ejecutivo y antes de la sentencia venciere algún nuevo plazo de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, se podrá ampliar la ejecución por ese importe, sin que el procedimiento retrotraiga y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hubieren precedido". En ningún momento hace alusión a una condición previa como la señalada por el recurrente. Y como se dijo anteriormente, el problema reiterado en las notificaciones ha derivado de la negligencia de la AFP, como parte en el proceso, por no exigir el señalamiento de domicilio procesal en el Municipio en el que se tramita la causa.

Sobre los respaldos de la vacación anual

Que el recurrente señala que la Autoridad, no consideró en la resolución sancionatoria la vacación anual colectiva, por cuanto, ante la observación realizada entonces, adjuntan copia de la Circular de Sala Plena Nº 02/2009.

Que en la tramitación del proceso sancionatorio el interesado señalo que las vacaciones judiciales son utilizadas por los funcionarios judiciales a fin de año, que serían el motivo por la dilación del proceso en el mes de febrero, hecho que no puede ser atribuible a la AFP. Adjuntando la Circular de Sala Plena Nº 02/2009 de 14 de enero de 2009, por vacaciones de 02 al 21 de febrero de 2009. Sin considerar que el período observado, es el comprendido entre agosto/2009 a febrero/2010. De esta manera se concluye que el periodo febrero/2009, no ha sido imputado o sancionado por esta Autoridad, por tanto la Circular de Sala Plena Nº 02/2009 no justifica la dilación procesal observada.

b. CON RELACIÓN AL CARGO 2)

Sobre la solicitud de notificación al nuevo personero legal de la Honorable Alcaldía Municipal de San Borja

Que el recurrente señala que obedeciendo al principio de lealtad procesal, buena fe y otras, se encontraba obligado a señalar y solicitar que las próximas actuaciones se las entienda con el nuevo y actual Alcalde de la Honorable Alcaldía Municipal de San Borja.

Que en este acápite corresponde recordar a la AFP, como se señaló previamente en la Resolución Administrativa sancionatoria, que el cambio de autoridades ediles o representante legal de la Honorable Alcaldía Municipal de San Bórja, no suspende plazos, por tanto no justifica la falta de impulso procesal que debió ejercer la AFP en la tramitación del Proceso Ejecutivo Social.

Que consecuentemente, la AFP dentro del proceso señalado y de manera general, debe realizar cuanto esfuerzo y actividad procesal sea necesaria a objeto de dar continuidad al proceso y de esta manera dar cumplimiento a sus obligaciones; y el control, que aplica esta Autoridad sobre la AFP, es en cumplimiento a las atribuciones y funciones que debe ejercer como Ente Regulador.

Que finalmente, la preterintencionalidad en el presente caso, se ve plasmada en el hecho de que el Asegurado, por la inactividad procesal, no tenga oportunamente sus aportes en su Cuenta Individual, recursos que precisa en caso de una contingencia o riesgo sea este profesional o común.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión del recurso de revocatoria interpuesto por la Administradora de Fondos de Pensiones, el ente regulador llega a la conclusión, que el recurrente no ha presentado argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 186-2011 de 26 de julio de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS. Consecuentemente, debe confirmarse el acto recurrido, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, de acuerdo a lo previsto por el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos...".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 28 de octubre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 355-2011 de 7 de octubre de 2011, con los siguientes argumentos:

"...1.-VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINÍSTRATIVOS QUE GARANTIZAN (SIC)EL DEBIDO PROCESO.-

1.1 Vulneración del Principio de Tipicidad.

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias" Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración -Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

En el caso de Autos, no se ha demostrado o configurado en ninguna etapa del proceso sancionador, como es que nuestra Administradora hubiera cometido una infracción a lo dispuesto por el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones toda vez que se puede observar que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros ahora Asegurados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado el respectivo Proceso Ejecutivo Social persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas,

comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por el Gobierno Municipal de San Borja del Departamento del Beni, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; aspecto que debió ser necesariamente observado por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones conforme a la obligación que tiene según el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, que se traduce en establecer de forma certera la realidad histórica de los hechos investigados, siendo necesaria su reconstrucción por medio de la prueba recopilada. En ese sentido la investigación de la verdad material consiste en determinar las verdaderas razones sobre las cuales se dieron los hechos, es decir, cuál fue el cuadro fáctico que propició la actuación desplegada por el sujeto regulado.

1.2 <u>Vulneración del principio de Congruencia.</u>

En los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 0186-2011 que pretenden motivar las sanciones que se nos ha impuesto, calificándolas como de gravedad leve, su Autoridad no ha tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado a través de la línea jurisprudencial sentada acertadamente por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición****, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras). El precedente jurídico mencionado no ha sido aplicado en este caso motivo de controversia, especialmente en la imputación referida al incumplimiento de los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, pues no se expresa ni con meridiana claridad cuál es la omisión o infracción sobre la normativa citada, tomando en cuenta además que el proceso ejecutivo social iniciado contra el Gobierno Municipal de San Borja sigue sustanciándose conforme a los siguientes antecedentes.*

<u>2.- ANTECEDENTES.-</u>

El proceso ejecutivo social contra la Honorable Alcaldía Municipal de San Borja, fue iniciado mediante ND. 1-08-2006-00006, consiguiendo que el juzgador emita el auto intimatorio ordenando a la entidad demandada la cancelación de lo adeudado por concepto de deudas al Seguro Social Obligatorio.

Mediante memorial presentado por la Honorable Alcaldía Municipal de San Borja, se solicitó un plan de pagos para cancelar lo adeudado de acuerdo a las posibilidades de esa institución, documento que debía ser homologado por el juzgador.

El domicilio señalado por la institución demandada fue fijada en el Municipio de San Borja, aspecto observado por el Juzgador, mismo que no fue subsanado por el ejecutado en su oportunidad.

Puesto en conocimiento de nuestra institución, la solicitud de plan de pagos, se procede a solicitar la suspensión temporal de la causa y el levantamiento de la retención de fondos, solicitud que fue aceptada por el Juzgador.

Asimismo, mediante Nota de Debito 1-08-2009-00035 se solicitó la ampliación de la deuda, concedida por el Juzgador mediante auto de 20 de octubre de 2009, para lo cual posteriormente se solicita la extensión de orden instruida dirigida a cualquier autoridad hábil y no impedida por ley de la Localidad de San Borja a fin de que notifique con la ampliación del monto adeudado.

Con la finalidad de evitar indefensión y cumplir con el principio de igualdad procesal, nuestra institución mediante memorial del 01 de octubre de 2010, señaló el nombre del nuevo representante legal del Gobierno Municipal de San Borja, solicitando se proceda a notificarlo con las piezas pertinentes para que responda a nuestra pretensión. Posteriormente en fecha 10 de agosto de 2010 se presentó la Nota de Debito 1-08-2010-00033 solicitando una nueva ampliación de deuda, misma que fue concedida por el Juzgador mediante auto de 04 de octubre de 2010.

3.- DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN.-

3.1 DEL DOMICILIO PROCESAL SEÑALADO.

Su institución en forma extraña observa el procedimiento procesal llevado a cabo dentro del proceso ejecutivo social seguido contra la Honorable Alcaldía Municipal de San Borja al señalar que nuestra empresa debería haber solicitado al Juez de la causa, que ordene al demandado el señalamiento de un domicilio en el lugar en el que se tramita el proceso (párrafo 7 de la página 8)

Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

- ***DEL DOMICILIO PROCESAL SEÑALADO POR LA PARTE EJECUTADA.-***

Tal como cursa en obrados a fs. 24 el Juzgado observó y reclamo en su momento que el ejecutado extrañamente habría señalado como domicilio procesal el Municipio de San Borja incumpliendo de esa forma el art. 101 del C.P.C., con el siguiente decreto: "las partes deberán señalar domicilio cumpliendo lo establecido por el art. 74 del Cód. Proc. del Trabajo y hasta tanto se señale domicilio en forma legal, sea su domicilio en estrados." Como verá no es admisible su afirmación en la cual su institución manifiesta que no se habría reclamado el señalamiento de domicilio, situación contraria ya que el Juzgador como Director del proceso ya lo habría observado y ordenado, por lo que no correspondía insistir en una determinación ya dispuesta.

Ahora bien es importante hacer notar que el decreto del Juez, en el cual señala como domicilio procesal la Secretaría del Juzgado, éste se aplica a todos los memoriales posteriores y de mero trámite, y no así para las notificaciones que de acuerdo a procedimiento deben ser realizada en forma única y estrictamente personal de acuerdo al Art. 137 del Código de Procedimiento Civil, como son la demanda, Auto de Término de

Prueba, ***Sentencia, Autos de Ampliación de deuda, y otros.*** *Como se verá la Sentencia contra el ejecutado y los autos de ampliación de deuda al ser éste última una nueva pretensión de cobro por nuevos períodos y nuevos montos, correspondía la notificación personal y no en estrados, ya que pudieran en su momento anularlos por indefensión, ya que los ejecutados tienen el derecho de conocer las nuevas pretensiones y/o reclamos que se realizan dentro de los procesos judiciales.*

Por lo expuesto, es importante dejar claramente establecido que, procedimentalmente dentro del presente proceso, se tuvo que solicitar una ampliación de deuda, misma que debe ser notificada en el domicilio real del ejecutado, ***YA QUE POR REGLA GENERAL LA DEMANDA NO EXISTE SINO DESDE QUE ES COMUNICADA AL DEMANDADO.***

Como su autoridad bien establece, esta primera ampliación de deuda (CONSIDERADA COMO UNA NUEVA PRETENSIÓN, UNA NUEVA DEMANDA) nuestra parte solicito, tal cual reconoce su autoridad:.... "Que en relación a esta primera ampliación de la demanda, el demandado señala haber requerido la extensión de una orden instruida a objeto de notificar la ampliación del monto adeudado".

En ese sentido nuestra petición tan acertadamente ejecutada en cumplimiento a lo establecido en la normativa legal y vigente, permitió:

- *EVITAR EL ESTADO DE INDEFENSIÓN DEL EJECUTADO*
- *CUMPLIR CON EL DEBIDO PROCESO*
- *CUMPLIMIENTO CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PARTES EN EL PROCESO.*
- *CUMPLIR CON EL PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL.*
- *MARCA EL SURGIR DE UNA RELACIÓN PROCESAL*
- *CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DERECHO UNIVERSAL DE QUE NADIE PUEDE SER CONDENADO SIN SER OÍDO.*

El memorial presentado en fecha 30 de abril de 2010 solicitando se libre orden instruida a fin de notificar con la primera ampliación de la demanda era necesario, imprescindible y obligatorio a fin de cumplir con esta actuación. Según la resolución establece:..." este requerimiento no hubiese sido necesario si la AFP mediante solicitudes, en su momento, obtenía el señalamiento de un domicilio procesal del demandado conforme lo señalado por el mismo Juez."

En ese entendido, si bien la orden del Juzgador es clara y de carácter obligatorio a fin de que el deudor establezca un domicilio procesal, no se debe olvidar que ante la circunstancia de pretender una notificación con la ampliación de deuda se la deberá ejecutar mediante ORDEN INSTRUIDA EN EL DOMICILIO REAL SEÑALADO POR EL EJECUTADO (LOCALIDAD DE SAN BORJA) tal cual lo determina claramente el art. 120, 121, 137 del C.P.C.

De ninguna manera es aceptable pretender lograr un señalamiento de domicilio procesal a fin de notificar la ampliación de deuda tal como su autoridad establece, sin tomar en cuenta los principios básicos que regulan el procedimiento, en ese sentido bien sabemos que la citación es el acto procesal o acto escrito que debe notificarse al demandado en

forma personal y que contiene la demanda judicial que inicia un procedimiento, abriendo la competencia del Juez ante quien se propone la demanda, por ello la demanda, o la ampliación en este caso, no existe sino desde que es comunicada al demandado, marcando el inicio efectivo de la relación procesal. Si esta citación no se la hace en forma legal todo lo que con posterioridad se haga en el juicio es nulo de pleno derecho (Art. 128 del C.P.C.) Sin duda, y como es de conocimiento de su autoridad, esta situación responde al principio universal de que nadie puede ser condenado sin ser oído, de ahí que cuando se entabla contra el deudor una reclamación judicial debe hacérsele saber en forma personal para que o bien se allane a la reclamación o bien oponga las excepciones de que se crea asistido para negarla a las cuales tiene derecho y se encuentran protegido por el ordenamiento jurídico. (PRINCIPIO DE BUENA FE, PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO).

3.2 DE LA SUPUESTA FALTA DE MOVIMIENTO PROCESAL.

En forma errónea su autoridad, no considera todas las fases procesales que comprende el proceso ejecutivo social, motivo de la sanción, al obviar todos los memoriales presentados por nuestra parte y por los del ejecutado, situación que nuevamente para mayor comprensión nos permitimos referir:

Cabe aclarar a su autoridad el estado del proceso y la forma como se tramito el mismo, (tomando en cuenta que cada proceso posee una tramitación diferente de acuerdo al principio del debido proceso), de acuerdo a la siguiente cronología de hechos:

- *DEMANDA EJECUTIVA SOCIAL DE FS. 19-20*
- *AUTO INTIMATORIO DE FS. 21.*
- *APERSONAMIENTO Y SOLICITUD DE PLAN DE PAGOS PRESENTADO POR EL EJECUTADO DE FS. 24*
- *DECRETO DE 05 DE JUNIO DE 2006 (FS.25), Ordena el señalamiento del domicilio procesal de acuerdo al art. 74 del C.P. T.*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA DEVOLVIENDO EL EXHORTO SUPLICATORIO DEBIDAMENTE DILIGENCIADA. (FS. 35)*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO LA PROSECUCIÓN DEL PROCESO EN VIRTUD AL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE PAGO. (FS 37)*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO LA SUSPENCION PROVISIONAL POR SUSCRIPCIÓN DE NUEVO CONVENIO DE PAGOS (FS. 47)*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL PROCESO ACOMPAÑANDO EL CONVENIO DE PAGO. (FS. 52)*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO EL REMIGIO DE ACCIONES LEGALES ANTE INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO Y SOLICITUD DE RETENCIÓN DE FONDOS. (FS. 54)*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL PROCESO, POR LA SUSCRIPCIÓN DE UN NUEVO CONVENIO DE PAGO. (FS.56)*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO AMPLIACIÓN DE LA DEUDA. (FS. 61)*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO FOTOCOPIAS SIMPLES DEL PROCESO (FS. 63)*

- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO ORDEN INSTRUIDA PARA NOTIFICACIÓN CON LA PRIMERA AMPLIACIÓN DE DEUDA.*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO NUEVA AMPLIACIÓN DE LA DEUDA (FS 78)*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO SENTENCIA*
- *MEMORIAL PRESENTADO POR NUESTRA EMPRESA SOLICITANDO OFICIO Y FOTOCOPIAS LEGALIZADAS*

De todo este sencillo análisis sobre la tramitación de la causa se llega a la siguiente conclusión:

- ✓ ***Dentro de la presente Causa se solicitaron por cuatro veces la suspensión temporal de la presente Litis en razón a convenios de pago.***

Esta conclusión permite establecer que la paralización de los actuados obedece a que la parte ejecutada se apersonó ante nuestra empresa a solicitar y celebrar convenios de planes de pagos a fin de cumplir con lo adeudado, mismo que fue aceptado y que constituye una alternativa de cumplimiento de pago que se otorga a todas las empresas que no tienen la posibilidad de cancelar lo adeudado en forma total.

En ese sentido mal podría su autoridad reclamar y observarlo como una alternativa dilatoria provocada por nuestra empresa, al señalar... (Textual) "...la AFP debió haber solicitado al Juez de la causa que ordene al demandado el señalamiento de un domicilio en el lugar en el que se tramita el proceso a objeto de evitar dilaciones futuras, que como se advierte después fue una constante a lo largo de la tramitación del proceso... " Si bien esta totalmente claro que el decreto de 05 de junio de 2006 el Juzgador emite una orden a fin de que el deudor establezca un domicilio procesal de acuerdo a lo establecido por ley, esta instrucción no fue cumplida por el ejecutado, sin embargo esta omisión no puede ser atribuible a nuestra empresa, no siendo aceptable pretender que como demandante no se logro menos intento solicitar al juez el señalamiento de domicilio. En reiterados memoriales se solicito suspensión de acciones legales por la suscripción de convenios de pago, situación que de una manera especial produjo la paralización de la tramitación procesal, lo que de ninguna manera debe ser interpretada como una dilación y menos abandono del proceso, ya que como empresa de buena fe, confiamos en una entidad pública que representa al Estado para que realice los pagos de los montos adeudados en forma diferida.

Con todo ello una vez incumplidos los plazos y los términos de los convenios, se solicito el reinicio inmediato del proceso cumpliendo con las estaciones procesales pertinentes.

3.3 DE LO ESTABLECIDO POR EL ART. 9 DEL D.S. No. 25722.

Causa extrañeza la falta de comprensión del Código de Procedimiento Civil, al pretender obligar a nuestra empresa a iniciar un nuevo proceso ejecutivo social existiendo uno ya establecida y en plena tramitación, violando el Art. 494 y 495 del cuerpo adjetivo civil,

que nos permite ampliar en cualquier etapa procesal la demanda por nuevos períodos adeudados en la fase que se encontrará y permite continuarla.

Esta norma fue claramente establecida a favor de los acreedores como en el presente caso nuestra empresa, que aprovechando la fase procesal en la cual se encontrará la causa, se acumula una nueva Nota de Débito y se agiliza el proceso de cobro. Lo contrario que su institución pretende en forma extraña y en desmedro de los intereses de los trabajadores es iniciar un nuevo proceso judicial por cada nueva deuda generada, situación que obligará a acumular muchos procesos cuando se puede iniciar uno solo con todas las deudas generadas e identificadas.

El Art. 23 de la Ley de Pensiones en su segundo párrafo expresa textualmente que los procesos ejecutivos sociales se sustanciaran de acuerdo al Código de Procedimiento Civil. Nuestra empresa aplico los Art. 494 y 495 del Código de Procedimiento Civil en forma correcta y legal, por lo tanto no aceptamos de ninguna manera observación a nuestra actuación.

Asimismo, es importante recordarle a su institución que en el mismo Art. 23 de la Ley de Pensiones en su quinto párrafo se estable en forma expresa y contundente que los procesos contra un mismo empleador podrán ser acumulados a solicitud de la AFP. Esta disposición concordante con el Art. 494 y 495 del Código de Procedimiento Civil, no merece de ninguna manera observación a nuestra actuación.

Para mayor abundamiento, es importante recordar que dentro del presente proceso se procedió a solicitar la ampliación de la deuda de acuerdo al estado del proceso, en este caso nuestra correcta solicitud procesal fue ejecutada al amparo de lo dispuesto en el art. 494 del C.P.C. bajo la estrategia procesal de acumular la deuda y obtener en sentencia ejecutoriada la (SIG) monto global adeudado por el ejecutado.

Si se actuara tal como su autoridad extraña se cometería las siguientes observaciones y perjuicios procesales:

- *INICIO DE UN NUEVO PROCESO = NUEVAS EXCEPCIONES*
- *NUEVAS EXCEPCIONES = NUEVA CITACIÓN Y NOTIFICACIÓN AL DOMICILIO REAL*
- *NUEVA CITACIÓN = NUEVO TERMINO DE PRUEBA.*
- *MAYOR DILACIÓN PROCESAL*
- *MAYORES GASTOS ECONÓMICOS.*

Con la presentación de la ampliación observada por su autoridad y que procesalmente no merece ninguna objeción, se logro lo siguiente:

- *MAYOR CELERIDAD EN LA NOTIFICACIÓN CON ESTAS ACTUACIONES.*
- *LOGRAR QUE EN SENTENCIA SE CONMINE AL PAGO TOTAL DE LO ADEUDADO, INCORPORANDO EL MONTO TANTO DE LA N.D. 1-08-2006-00006, 1-08-2009-00035 Y 1-08-2010-00033.*
- *CUMPLIR CON EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO*
- *SE EVITO NUEVAS EXCEPCIONES, EN CONSECUENCIA NUEVO TERMINO DE PRUEBA.*

- *SE CUMPLIÓ CON LO ESTABLECIDO EN LOS ARTS. 494 Y 495 DEL C.P.C*
- *RETENCIÓN DE FONDOS POR EL TOTAL ADEUDADO AL S.S.O.*
- *EJECUCIÓN DE MEDIDAS PRECAUTORIAS POR EL TOTAL ADEUDADO AL S.S.O.*
- *EVITAR CONFUSIONES EN EL JUZGADOR.*
- *COADYUVAR CON EL JUZGADOR CON UNA INTERPRETACIÓN CORRECTA AL CASO.*
- *EVITAR CONFUSIONES EN LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES A MOMENTO DE EJECUTAR LAS DILIGENCIAS DE NOTIFICACIÓN.*

Ahora bien, si nuestra parte hubiera cumplido con lo solicitado por su autoridad, a sabiendas del riesgo procesal que atravesaríamos, de seguro que la observación planteada se avocaría al reclamo del porque no se solicito la ampliación de (SIG)deuda dentro de la causa iniciada, menospreciando y minimizando toda estrategia procesal efectuada por nuestra parte, misma que como analizara nos llevo a un cumplimiento efectivo del procedimiento, actuando con entera responsabilidad a fin de lograr la recuperación de lo adeudado. Con referencia a la transgresión del Art. 9º del D.S. 25722 y Art. Iº DEL D.S. 26131, es importante que se tomen en cuenta que en ningún momento los incumplimos, ya que estas disposiciones aplican solo y únicamente para la obligación de las AFP's del inicio de las demandas, y no así para las ampliaciones de demandas como en el presente caso, estas fueron acumuladas al proceso principal, por lo que no corresponde su aplicación ni su observación y menos multa por lo anteriormente expresado.

4.- SOBRE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.

A) <u>SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS CON RELACIÓN AL CARGO 1).-</u>

<u>4.1 SOBRE LA SOLICITUD DE ORDEN INSTRUIDA A FIN DE NOTIFICAR LA PRIMERA AMPLIACTON.-</u>

Toda vez que su autoridad nuevamente argumenta que nuestra tramitación no debe ser aceptada por tanto no es excusa válida la gestión de una notificación previa para pedir la ampliación, al respecto recordamos que toda la gestión efectuada por nuestra parte no puede ser considerada invalida, menos asumirse que las mismas no corresponderían al caso de autos, pues de todas las gestiones ejecutadas por nuestra parte se traducen en una realización efectiva de la tramitación y el seguimiento procesal, es decir, nuestra empresa cumplió con cada una de las instancias procesales, cumplió con los requisitos establecidos a fin de lograr, en este caso una notificación, entre otras tramitaciones extrajudiciales que se deben efectuar para una segura tramitación de la causa.
Bien sabemos que el debido proceso como expresión del derecho subjetivo de todo ciudadano a un juicio justo, es entendido como una serie de normas que articulan el inicio, desarrollo y conclusión de los diferentes procedimientos, y se constituye en informador de todo ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, la observancia de su contenido es un mínimo irrenunciable en toda sociedad democrática, que tiene a la justicia como uno de sus valores supremos.

El precitado derecho se encuentra consagrado en el art. 115. Parágrafo II de la Constitución Política del Estado, norma que establece:

El Estado garantizara el derecho al debido proceso a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones. "Para mayor comprensión a continuación transcribimos algunas Sentencias Constitucionales que se constituyen en jurisprudencia aplicable al presente caso de autos, mismos que deberán ser considerados por su institución:

La Sentencia Constitucional 1748/2003-R de 1 de diciembre, respecto al debido proceso expresó que: "(...)como derecho humano en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este Tribunal Constitucional ha entendido, en su uniforme jurisprudencia, como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos". Por otro lado, "(...) el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales ***o administrativas*** *y constituye una* ***garantía de legalidad procesal*** *que ha previsto el Constituyente (...)". [SC 0119/2003-R de 28 de enero]. Este derecho fundamental en su contenido, según la SC 0119/2003-R de 28 de enero, identifica "(...) tres elementos constitutivos cuenta con el* ***derecho a la defensa;*** *el* ***derecho a un juez o tribunal natural,*** *competente, independiente e imparcial; el* ***derecho*** *a la* ***presentación amplia de aprueba*** *(...)".*

Sobre el derecho a la defensa, la SC 08/06-R de 1 de febrero, manifiesta que consiste en "(...) la potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime concernientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea(...); interpretación constitucional, de la que se extrae que el derecho ***a*** *la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: i)* ***derecho a ser escuchado en el proceso;*** *ii) el derecho a presentar prueba; iii)* ***el derecho a hacer uso de los recursos;*** *y iv)* ***el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal."***

APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.-

Teniendo en cuenta el marco jurisprudencial antes señalado, cabe mencionar que nuestra solicitud obligatoria a fin de ejecutar la notificación, debe considerarse de tal manera en el sentido de que sin esta solicitud y posterior ejecución no hubiera sido posible un avance procesal efectivo, en este caso la notificación con la primera ampliación, para dar paso a solicitar la ampliación de deuda de una tercera Nota de Débito. Si bien existiría conocimiento del vencimiento de nuevos periodos, este no es causal para dejar de ejecutar el tramite respectivo o simplemente el que corresponde de acuerdo a la etapa procesal en el que se encuentra la causa, por ello mal puede atribuirse o pretenderse equivocar la tramitación procesal al hacer menos esta gestión que a todas luces es considerada fundamental a fin de cumplir con el debido proceso. En ese sentido no es aceptable pretender solicitar la orden instruida y la ampliación a la vez por considerarse dos actuaciones totalmente distintas dos peticiones que merecen distintas gestiones y distintas providencias o resoluciones en su caso.

Con respecto a la celebración del convenio de pago, nuestra parte en ningún momento pretendió menos menciono como un justificativo tal cual confunde su autoridad. Como es de su conocimiento nuestra empresa, en cumplimiento a lo establecido en el art. 11 del Decreto Supremo 25722, celebro un convenio de pago a fin de que el empleador en mora pueda pagar su deuda total o parcial mediante un programa de pagos diferidos, mismos que fueron solicitados por la entidad ejecutada, lo que derivo a la suspensión del proceso o la ejecución judicial de la mora.

Como su autoridad podrá apreciar se cumplió con lo establecido en la normativa al solicitar la suspensión de la causa y posteriormente el reinicio inmediato del proceso en vista que dicho convenio fue incumplido por el empleador, situación reflejada por memorial presentado en fecha 17/03/2009.

Asimismo en fecha 30 de marzo de 2009, en virtud a un nuevo convenio de pago solicitado internamente por la entidad ejecutada se solicita al Juzgador una nueva suspensión de la prosecución del proceso en consecuencia el levantamiento de todas las medidas precautorias solicitadas y concedidas, petición aceptada por el Juez de la causa mediante decreto de 01 de abril de 2009, actuaciones notificadas por el Oficial de Diligencias de Juzgado a las partes de la causa en fecha 07 de abril de 2009.

4.2 SOBRE LAS GESTIONES Y TRAMITACIONES EFECTUADAS POR LA AFP A FIN DE NOTIFICAR LA AMPLIACIÓN.

Llama mucho la atención la forma de interpretar cada una de nuestras argumentaciones, si bien nuestra tramitación fue ejecutada velando y obedeciendo cada instancia procesal a fin de evitar nulidades, incidentes y otros que perjudiquen el desarrollo de la causa, su autoridad nuevamente minimiza y deja sin efecto toda actitud procesal. Como vera, simplemente la Resolución se enmarca a buscar un supuesto incumplimiento al art. 1 del D.S. 26131, sin mencionar ni pronunciarse sobre la sugerencia o insinuación hecha por su autoridad en la Resolución APS/DJ/DPC/No. 186/2011 pretendiendo optar por un procedimiento alejado del marco legal establecido. En ese sentido su autoridad reclamaba sobre el desconocimiento u omisión del art. 146 del C.P.C., al respecto cabe reiterar que este articulado regula el plazo de la distancia dentro del territorio de la República, solo teniendo en cuenta el alcance y progreso de los medios de comunicación, en este caso de acuerdo a la situación del país aun no contamos con los medios necesarios, óptimos y eficaces para cumplir con estas gestiones, peor aún si nos referimos a esta parte del país, que por su múltiple y diversa topografía hace que estas gestiones demoren en su ejecución.

Por otro lado es necesario diferenciar el espíritu de esa norma, pues esta dispone que para toda diligencia a practicarse fuera del asiento del juzgado se ampliaran los plazos fijados por este Código (C.P.C.).

Ahora bien, el plazo es entendido como el espacio de tiempo concedido por la ley, por las partes o por el órgano judicial en el que se señalan o disponen para el cumplimiento de ciertos hechos jurídicos, es decir todo el lapso para actuar o ejecutar una determinada actuación procesal. En ese sentido el plazo puede ser legal cuando es fijado por la misma ley (oponer excepciones, interponer apelaciones, etc.) puede ser

judicial cuando es el Juez quien dispone mediante providencia y convencional cuando el plazo lo acuerdan las partes. Para el caso que nos es de interés el artículo mencionado no aplica, puesto que si bien esta normativa establece extender el plazo en razón a la distancia, esta solo regula los plazos que tienen las partes para comparecer, responder, probar, alegar, apelar, etc., plazos considerados como improrrogables y perentorios. Esta normativa otorga a las partes la facultad de solicitar o ampararse en ella a fin de que el plazo no sea vencido (interposición de un recurso de apelación, casación, provisión de recaudos de ley, etc.) por razones de distancia, en el entendido de que no se contarían con los medios adecuados y eficaces para evitar que esa actuación no sea considerada fuera de plazo, en consecuencia como no presentada. Asimismo no se menciona la normativa que regule la ampliación de plazos por razón a distancia que implique la presentación de una ampliación de deuda, como se explico este artículo regula los plazos determinados en la norma.

Su autoridad responsabiliza nuestras acciones estableciendo un supuesto retraso en la notificación en este caso con la ampliación de deuda, mencionado que este descargo no tendría efecto directo o indirecto para el presente caso, al respecto su autoridad deja esta aseveración sin dar mayores razones del porque no es considerado como un descargo eficaz, limitándose solo a una simple mención y opinión subjetiva.

Como es de su conocimiento nuestra parte siempre tomo los recaudos correspondientes a fin de cumplir con cada actuación, es así que se procedió a realizar las gestiones necesarias para que esta Orden Instruida sea ejecutada, desde la cancelación para la confección de este documento, el insistir para que se cumpla con este cometido, la organización del respectivo viaje, la contratación de la aeronave o el autobús si corresponde, aguardar que el Juez provincial providencie, regresar en 3 o 4 días en caso de que aun el Juzgador no decrete el mismo, y otras situaciones que son de su entero conocimiento, pero lamentamos no ser valorados y tomados en cuenta. Es así que como bien se menciona todos estos pasos que los realizamos para notificar a la entidad ejecutada son necesarios y permanentes, tornándose hasta en obligatorios e imprescindibles sin los cuales no se podrían ejecutar, menos avanzar procesalmente, es decir asumiendo la total responsabilidad, nuestra carga procesal y el impulso que se da a este proceso debe tropezar con estas circunstancias, que como se dijo, son obligatorias e imposibles de evadirlas, lo contrario significaría un abandono total de la causa desde la notificación con la demanda, lo que a todas luces no se refleja en el presente proceso, por lo que asumir que todas estas importantes gestiones no tienen relevancia ni efecto no sería correcto y mucho menos aceptada.

Con relación al reclamo sobre la observación en el señalamiento de domicilio del demandado, nuevamente pretendiendo incurrir en error procesal a nuestra parte, anunciamos y reiteramos que de ninguna manera es aceptable pretender lograr un señalamiento de domicilio procesal a fin de notificar la ampliación de deuda tal como su autoridad establece, sin tomar en cuenta los principios básicos que regulan el procedimiento, en ese sentido bien sabemos que la citación es el acto procesal o acto escrito que debe notificarse al demandado y que contiene la demanda judicial que inicia un procedimiento, determinando al juez ante quien se propone la demanda, por ello la demanda, o la ampliación en este caso, no existe sino desde que es comunicada al demandado, marcando el inicio efectivo de la relación procesal. Si esta citación no se

la hace en forma legal todo lo que con posterioridad se haga en el juicio es nulo (art. 128 del C.P.C.) Sin duda, y como es de conocimiento de su autoridad, esta situación responde al principio universal de que nadie puede ser condenado sin ser oído, de ahí que cuando se entabla contra el deudor una reclamación judicial debe hacérsele saber para que o bien se allane a la reclamación o bien oponga las excepciones de que se crea asistido para negarla. (PRINCIPIO DE BUENA FE, PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO).

4.3 SOBRE UNA SUPUESTA PERENCION DE INSTANCIA Y EL ART. 494 DEL C.P.C.-

Nuevamente su autoridad en procura de confundir el tratamiento procesal pretende inducir a la aplicación de normas que no corresponden, es en ese sentido que su autoridad vuelve a mencionar lo siguiente:.... "Es importante aclarar que el hecho de que una notificación se encuentre pendiente podría conllevar en el peor de los casos a una perención de instancia, pero bajo ninguna circunstancia la nulidad de la actuación. "

Al respecto nos cabe reiterar a su autoridad que la ***"perención de instancia"*** *más propiamente conocida como el* ***abandono de*** *instancia es aquella figura en la que el actor puede abandonar la instancia renunciando deliberadamente a continuar el procedimiento por él iniciado, sin perjuicio de reservarse, si así le conviniere, su derecho a renovar la demanda en otro juicio, caso en el cual se entenderá que ha hecho abandono de la pretensión procesal inicial pero en ningún momento de su pretensión y menos de su derecho jurídico.*

Para el presente caso, de ninguna manera se podría considerar que a raíz de una notificación pendiente se conllevaría a una perención de instancia. Como se analizara por todas las gestiones ejecutadas, nuestra empresa en ningún momento pretendió efectuar un abandono del proceso haciendo renuncia del mismo, menos aun continuar el mismo en otro juicio. Nuestra gestión que a todas luces, trato de no perjudicar procedimentalmente la causa, no debe ser entendida ni asumida como una falta o incumplimiento a la normativa, tal como su autoridad establece. Es importante hacerle notar que nuestras gestiones en ningún momento perjudicaron a la causa en forma legal y menos procedimental, no pudiendo ser entendida ni asumida como tal, el tramite accesorio ejecutado, que estamos obligados a realizarse en cumplimiento al Código Adjetivo Civil, para realizar las correspondientes diligencias y pero aun considerarlos que a raíz de estas gestiones hubieran ocasionado una falta e incumplimiento a la normativa del S.S.O. de Largo Plazo, tal como su autoridad expresa. Por el contrario todas nuestras gestiones gozan del amparo del C.P.C. y principalmente de los arts. 115 parágrafos II y 117 parágrafos I de la Constitución Política del Estado. Finalmente señalamos que el art. 313 del Código de Procedimiento Civil expresa: (IMPROCEDENCIA DE LA PERENCION).- No procede la perención de instancia en los siguientes casos:

1) *Después de dictada la providencia de autos para sentencia.*
2) *En los procesos posesorios, voluntarios y* ***EJECUTIVOS.***

Esta norma se explica por sí sola, por lo tanto mencionarla con el simple hecho de buscar motivos para una aparente mala tramitación por nuestra parte, tal como su autoridad pretende inducir, se estaría confundiendo y quebrantando a todas luces los principios fundamentales del debido proceso.

Sobre una aparente negligencia de nuestra parte al no exigir el señalamiento de domicilio procesal en el Municipio en el que se tramita la causa (textual, párrafo 1 de la Pág. 13), nos remitimos a la ya mencionada y correcta argumentación e interpretación efectuada por nuestra parte en el sentido de que se cumplió con cada estación procesal, se cumplió con el principio de buena fe, y el principio del debido proceso, por lo que reiteramos, no es aceptable pretender solicitar el señalamiento de domicilio procesal a sabiendas de que la ampliación es considerada como una nueva demanda (tal como su autoridad reconoce) por ende merece una tramitación leal, haciendo conocer nuestras pretensiones en el domicilio real de la parte ejecutada.

5.- SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS CON RELACIÓN AL CARGO 2).-

5.1 SOBRE LA SOLICITUD DE NOTIFICACIÓN AL NUEVO PERSONERO LEGAL DE LA HONORABLE ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN BORJA.-

Al respecto cabe reiterar nuevamente a su autoridad que las causas deben desenvolverse asegurando una igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, es así que obedeciendo al principio de lealtad procesal, buena fe y otras normas de conducta para con la otra parte, obligo a señalar y solicitar que las próximas actuaciones se las entienda con el nuevo y actual alcalde de la Honorable Alcaldía Municipal de San Borja, tramitación menospreciada y no comprendida en la Resolución motivo del presente recurso, atinando simplemente a realizar una injusta interpretación, que a todas luces pretendería vulnerar el principio del debido proceso, el principio de igualdad procesal, el principio de lealtad procesal y buena fe, sin tomar en cuenta que dentro de un juicio el señalamiento, en este caso de los personeros legales de una institución pública, son imprescindibles y obligatorios bajo pena de nulidad, en ese sentido la citación a estos, debe hacerse en persona a fin de que comparezca en juicio para estar a derecho, o bien dicho para hacer saber a alguno un mandato judicial y que asuman defensa, por tanto como regla general la demanda no existe sino desde que es comunicada al demandado, marcando de esa forma el surgir de la relación procesal.

En ese sentido y toda vez que las disposiciones legales son de carácter público y de cumplimiento obligatorio se presenta el memorial de 01 de octubre de 2010 señalando al nuevo personero, pidiendo la citación con las piezas pertinentes al nuevo alcalde, asimismo se pide que ulteriores actuaciones se hagan conocer a este nuevo personero. Nuestro respaldo no pretende considerar a las elecciones municipales como la causa de una supuesta dilación procesal, tal como su autoridad minimiza esta actuación tan imprescindible y obligatoria, más al contrario, estas actuaciones fueron ejecutadas a fin de que el deudor no se encuentre en estado de indefensión y evitar presentación de impersonerías.

Está claro que esta situación no influye ni suspende el desarrollo del proceso, más bien las actuaciones ejecutadas por nuestra parte (al señalar nuevo representante y solicitar su notificación) dieron lugar a un avance efectivo y acorde a las disposiciones jurídicas. La notificación a este nuevo personero permitió establecer y entablar la relación procesal a fin de que este cumpla con lo adeudado. Asimismo tal como es de su conocimiento se procedió a cumplir con todas las formalidades y procedimientos a fin de notificar al representante de la alcaldía en la localidad de San Borja, previniendo y tomando los

recaudos necesarios, lo contrario significaría una dilación procesal, misma que no se presenta en la causa.

Finalmente, todas estas gestiones obligaron a nuestra institución, en virtud al principio de publicidad y tomando en cuenta la obligatoriedad de la norma y previo a solicitar la sentencia, a cumplir a cabalidad con todas las notificaciones pendientes, en este caso la notificación con la ampliación segunda al nuevo personero legal de la alcaldía, lo contrario nos significaría nulidades planteadas por el contrario, incidentes y observaciones ordenadas por el Juzgador en el sentido de cumplir previamente con el principio de buena fe y con todo acto procesal de transmisión, en el sentido de que toda actuación procesal debe ser puesta en conocimiento de la otra por intermedio del Juez, mediante providencias y/o autos, realizándose a través de notificaciones, mismos que son los actos jurídicos procesales de transmisión, por el cual se pone en conocimiento de las partes una resolución judicial, en el presente proceso que es motivo de sus observación, se ejecuto la notificación mediante una Orden Instruida en virtud a que esta diligencia judicial debe ejecutarse fuera de la jurisdicción del Distrito judicial donde radica el proceso.

6.- PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 355-2011 de fecha 7 de octubre del 2011; que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N0 186-2011 de fecha 26 de julio del 2011, ajustándola a derecho conforme a las reglas del debido procedimiento administrativo."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Normativa infringida.-

La normativa imputada y sancionada, que será analizada a lo largo de la presente Resolución Ministerial jerárquica es la siguiente:

El artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece:

"ARTÍCULO 23° DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.- *Procederá la ejecución social*

cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de pensiones (AFP).

La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito (sic) *del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*

No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación…"

El inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala:

*"…**d)** Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"*

El artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997:

***"ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).** A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"*

Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.

***"ARTICULO 1.- (AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO).** Se amplía, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."*

Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000.

***"ARTICULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL).-** La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469..."*

1.2. Del análisis de los fundamentos presentados para cada cargo sancionado.-

1.2.1. Cargo N° 1.-

La Autoridad fiscalizadora, ha imputado y sancionado a la AFP por incumplimiento a lo establecido en los artículos 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, con referencia a la segunda ampliación de demanda en el Proceso Ejecutivo Social instaurado contra el Empleador "Gobierno Municipal de San Borja del Departamento del Beni", debido a que la AFP habría iniciado las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente, con relación a los periodos agosto/2009 a febrero/2010, insertos en la Nota de Débito N° 1-08-2010-00033 de 9 de agosto de 2010.

La recurrente presenta como argumento sobre la infracción imputada y sancionada, que de acuerdo a la etapa procesal en que se encontraba la causa, debía realizarse inicialmente la notificación de la primera ampliación, para recién dar paso a solicitar la ampliación de deuda, esto justamente para evitar posteriores nulidades.

Es así que, es obligación de esta instancia jerárquica, compulsar los antecedentes del proceso, y verificar el argumento presentado, conforme se realiza a continuación:

- El proceso se inicia mediante Nota de Débito N° 1-08-2006-00006 de 20 de abril de 2006 contra el Gobierno Municipal de San Borja del Departamento del Beni.
- La primera ampliación a la demanda contra el Gobierno Municipal de San Borja, es solicitada por la AFP mediante memorial de 16 de octubre de 2009, conforme a Nota de Débito N° 1-08-2009-00035 de 23 de septiembre de 2009.
- En fecha 30 de abril de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP solicitó al juez, orden instruida, a fin de notificar con la primera ampliación de la demanda correspondiente a los periodos de agosto a noviembre de 2009. Esta es notificada al empleador el 10 de agosto de 2010, fecha en la que a su vez se presenta la segunda solicitud de ampliación de la demanda con Nota de Débito N° 1-08-2010-00033 de 09 de agosto de 2010.

De dichos antecedentes, se puede evidenciar que la primera ampliación de la demanda fue presentada fuera del plazo previsto.

Asimismo, se constata que la segunda ampliación de demanda en el Proceso Ejecutivo Social instaurado contra el empleador, fue iniciada también fuera del plazo de los 120 días, con relación a los períodos agosto/2009 a febrero/2010, toda vez que si revisamos el primer y último período considerado en la ampliación tenemos:

- Para el período de agosto/2009, la AFP debió iniciar el Proceso Ejecutivo Social a finales del mes de enero/2010, considerando que dicho período, debió ser cancelado por el empleador máximo hasta el mes de septiembre/2009.

- En el caso del último período actualizado, febrero/2010, éste debió ser pagado por el empleador hasta el mes de marzo/2010, y debido a la falta de pago, debió iniciarse el Proceso Ejecutivo Social a fines del mes de julio/2010.

Sin embargo, y tal como se señaló precedentemente, Futuro de Bolivia S.A. AFP inició el Proceso Ejecutivo Social de los periodos de agosto/2009 a febrero/2010 en **fecha 10 de agosto de 2010** es decir fuera del plazo establecido para la ampliación de la demanda.

Por lo que, queda claro y evidenciado, que la última ampliación presentada, se encuentra fuera del plazo establecido en normativa.

Ahora bien, en cuanto al argumento planteado por la recurrente, sobre que la ampliación de la demanda, debía notificarse previa y personalmente al representante legal del empleador, se tiene, que efectivamente cual asevera la recurrente, este es un acto que se debe notificar personalmente, sin embargo de ello, la AFP para notificar al representante legal con la ampliación de la demanda, **ha tardado diez meses,** no existiendo en actuados del proceso ningún justificativo por el cual se pueda considerar dicha tardanza para la notificación de un sólo acto procesal, aunque el mismo deba ser notificado de manera personal, por lo que dicho argumento no puede ser considerado por esta instancia jerárquica.

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala en su Recurso Jerárquico que el Ente Regulador no habría considerado todos los memoriales presentados, demostrando que no ha existido una dilación y menos abandono del proceso, ya que dentro de este proceso habrían existido cuatro convenios de pago, ocasionando la suspensión temporal de Proceso Ejecutivo Social.

Este hecho no puede servirle como eximente de responsabilidad a la Administradora de Fondos de Pensiones, en razón a que si bien los convenios de pago constituyen una alternativa de cumplimiento de pago otorgado a las empresas que no tienen posibilidad de cancelar lo adeudado en forma total, Futuro de Bolivia S.A. AFP es responsable de la dilación del proceso, al aceptar la suscripción de cuatro convenios de pago con el empleador, sin que los mismos hayan cumplido su finalidad, es evidente que dichos pagos dependen del empleador, sin embargo, al evidenciar el incumplimiento del empleador al primer convenio de pago suscrito, debió mostrar la diligencia necesaria y continuar con el Proceso Ejecutivo Social y no así seguir firmando convenios de pago, ya que la recurrente no debe olvidar que su objetivo como representante de los Afiliados, es el de recuperar y cobrar las cotizaciones y primas devengadas en el menor tiempo posible y evitando cualquier dilación.

Por otro lado, se tiene que la AFP refiere que el juez de la causa ordenó al empleador el señalamiento de un domicilio procesal, y al haber incumplido el demandado dicha instrucción, el juez en el marco de su competencia ordenó como domicilio procesal la secretaría de su despacho.

Compulsado el expediente administrativo, se evidencia que la AFP al no haber reclamado al juez en su oportunidad, la fijación de un domicilio procesal, ha hecho justamente que las notificaciones de mero trámite no puedan realizarse de manera diligente y oportuna, al haberse procesado con una demora de diez meses para realizar la notificación al representante legal con la ampliación de la demanda, cuya repercusión es que las

notificaciones no se realicen de manera oportuna, demostrando así una actitud negligente respecto al seguimiento efectivo del Proceso Ejecutivo Social.

1.2.2. Cargo N° 2.-

La Autoridad Fiscalizadora sanciona a Futuro de Bolivia S.A., por el incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en razón a que existió demora injustificada entre la segunda solicitud de ampliación de la demanda de 10 de agosto de 2010, hasta la solicitud de sentencia de 15 de mayo de 2011, por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 186-2011 de 26 de julio de 2011, en cuanto al segundo cargo redujo el plazo observado por inactividad dentro de la segunda parte del Proceso Ejecutivo Social, siendo el mismo de octubre de 2010 a marzo de 2011, al referir a Fs. 123 lo siguiente:

> *"…Es de vital importancia resaltar que la ex AP, en fecha 02 de marzo de 2011,* ***mediante nota AP/DPC/CO/677/2011 instruyó a Futuro de Bolivia S.A. AFP el envío de información pormenorizada y documentada respecto al Empleador "Gobierno Municipal de San Borja del Departamento del Beni****" y fue en fecha 15 de marzo de 2011, que la AFP mediante nota FUT.AP.VP.COB.0468/2011 remitió dicha información solicitada, evidenciándose desde entonces la reactivación del proceso, lo que se advierte con la presentación del memorial solicitando la extensión del oficio dirigido al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público de 23 de marzo de 2011 (****fecha posterior al inicio del presente proceso), aspecto que también se considera a momento de la aplicación de la sanción…"*

Por lo que nuestro análisis sólo se circunscribirá a ese periodo observado.

Es así que el recurrente señala en su Recurso Jerárquico que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no habría valorado correctamente el caso, al haber existido eximentes de responsabilidad.

Al respecto se tiene que ya la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 186-2011 de 26 de julio de 2011, refirió a fs.123 lo siguiente:

> *"… es importante indicar y recalcar que el hecho de que ante la existencia de elecciones municipales, en las cuales se elige a un nuevo Alcalde, no es óbice para que se comunique a la autoridad edil que continúa ejerciendo sus funciones, las actuaciones procesales, mientras no exista posesión formal del mismo. Asimismo ello* ***no influye ni suspende el desarrollo de los procesos Ejecutivos Sociales*** *al encontrarse este supeditado al juez en peor de los casos, no se evidencia que haya un pronunciamiento jurisdiccional al respecto..."*

De lo transcrito queda claro que el hecho de que hayan habido elecciones no era óbice para notificar con la segunda ampliación de la demanda al anterior representante legal, si es que el mismo se encontraba aún ejerciendo sus funciones. De igual modo desde la aplicación de la segunda ampliación, hasta el memorial de 23 de marzo de 2011, existe una demora injustificada de seis meses, misma que no puede ser atribuida a que se estaba notificando al nuevo representante legal, conforme lo expuesto con anterioridad.

Este hecho claramente demuestra el incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y al artículo 31 inc. d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 en razón a que fue la demora injustificada de la AFP y la falta de diligencia, las causas para que el proceso se paralizara y no se puedan cobrar las contribuciones en mora, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones por el empleador de manera oportuna.

Por último y como ya se dijo líneas atrás existe incumplimiento al artículo 23 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 Pensiones, en razón a que si bien dentro del Proceso Ejecutivo Social se amplió la demanda por nuevos periodos no cotizados y estos fueron acumulados, la acumulación fue extemporánea es decir la misma se dio fuera del plazo de los ciento veinte días, hecho que ha dado lugar a que se infrinja el artículo 23 al no haberse acumulado los procesos en el plazo establecido.

1.3. En cuanto a la violación de los Principios sancionadores invocados.-

La AFP recurrente presenta como argumento en su memorial de recurso jerárquico, que la Autoridad Fiscalizadora, no habría dado cumplimiento al Principio de Tipicidad y al Principio de Proporcionalidad, situación que obliga a esta instancia su revisión:

1.3.1. Principio de Tipicidad.-

El Principio de Tipicidad se relaciona con el principio de "*nullum crimen sine lege*", o su traducción "no existe crimen sin Ley previa que lo consagre", es así que de esta forma la tipicidad se consagra como un principio de garantía jurídica para el actor de un delito imputado, juzgado o procesado, pues no se podría reprochar una acción que no se encuentre consagrada en el ordenamiento sancionador.

Que al respecto, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de fecha de 20 de enero de 2011 se pronunció de la siguiente manera:

> *"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:*
>
> *La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: 1. Como* ***mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***
>
> *Congruentemente con lo anterior, tenemos que el* ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*
>
> *El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente*

inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

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

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

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

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

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

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

"… la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****.*

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

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por dos cargos, conforme se tiene anotado precedentemente, a saber:

Cargo Nº 1.- Incumplimiento a lo establecido en los artículos 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 y artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, con referencia a la segunda ampliación de demanda en el Proceso Ejecutivo Social instaurado contra el Empleador "Gobierno Municipal de San Borja del Departamento del Beni", debido a que la AFP habría iniciado las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente, con relación a los periodos agosto/2009 a febrero/2010, insertos en la Nota de Débito Nº 1-08-2010-00033 de 9 de agosto de 2010.

Cargo Nº 2.- Incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización de las actuaciones procesales ya que se advierte demora injustificada entre la solicitud de ampliación de demanda de 10 de agosto de 2010 hasta la solicitud de sentencia de 15 de mayo de 2011; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

De las normas transcritas en el numeral 1.1. supra y de la revisión del expediente administrativo, a efectos de verificar el cumplimiento o no del Principio De Tipicidad alegado por el recurrente por parte de la Autoridad, se tiene lo siguiente:

- En cuanto al incumplimiento del artículo 23 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 Pensiones, se evidencia que la imputación dada es correcta, debido a que si bien la AFP inicio el Proceso Ejecutivo Social, y acumuló los procesos contra un mismo empleador, **la ampliación fue extemporánea,** es decir fuera del plazo establecido, hecho que ha dado lugar a que se infrinja el artículo 23 de la Ley de Pensiones. Aspecto que está íntimamente ligado a la obligación establecida en el artículo 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, ya que no debe olvidar la recurrente, su obligación de cobrar las contribuciones, más los intereses que no hubieran sido pagados a la AFP por el empleador oportunamente.

- Referente al incumplimiento del Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, se tiene que la misma cumple con el principio de tipicidad en razón a que se evidencia, la existencia de demora en la presentación de memoriales, demora en la notificación de actuados, incumplimientos de plazos dentro del Proceso Ejecutivo Social, hecho que ha dado lugar a que exista una actitud negligente en la conducta y actuaciones de la AFP en el marco de sus obligaciones como representante de los Afiliados.

- Sobre el incumplimiento del artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, se tiene que el mismo a su vez se encuentra debidamente tipificado, en razón a que se ha evidenciado que este no cumplió con el plazo de los ciento veinte (120) días, para la interposición de la demanda.

- Por último en cuanto al incumplimiento al artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, la imputación es correcta y no viola o transgrede el principio de tipicidad, en razón a que dicho artículo está íntimamente relacionado al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, mencionado y analizado precedentemente.

Por lo que, en base a la compulsa efectuada precedentemente y el control de legalidad del proceso administrativo seguido, ésta instancia jerárquica se pronuncia determinando que la Autoridad Fiscalizadora ha cumplido con el Principio de Tipicidad, en cuanto a la imputación dada por infracción a los artículos 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, artículo 23 de la Ley N° 1732 de 20 de noviembre de 2006 y el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000.

1.3.2. Principio de Proporcionalidad.-

Compulsado el expediente, tenemos que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 355 - 2011 de 7 de octubre de 2011 a Fs. 174, presenta el siguiente pronunciamiento:

> *"… Que la calificación de la sanción, para los cargos imputados han sido dictados en función a que se ha verificado la comisión de las infracciones imputadas que se resumen en el inicio del Proceso Ejecutivo Social fuera del término establecido por la norma y la falta de seguimiento e impulso procesal.*
>
> *Que la levedad de la sanción, es producto de que se consideró que la AFP no ha ocasionado un daño económico, caso contrario, la sanción sería mayor. El perjuicio que ocasiona a un tercero, se refleja en el hecho de que por la falta de recuperación oportuna de sus aportes, por la AFP, genera que el Asegurado, no cuente con los recursos con los que pueda acceder a una prestación.*
>
> *Que finalmente, la omisión de pago de Contribuciones y primas en mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo por el Empleador no han sido reclamadas a la AFP, lo que se reclama y fue objeto de imputación dentro el proceso sancionatorio, es la obligatoriedad de iniciar el Proceso Ejecutivo Social dentro del término establecido por norma, a objeto de recuperar las Contribuciones en mora que debió cancelar el*

Empleador como agente de retención de los aportes y por el otro lado, la falta de diligencia e inactividad procesal de octubre/2010 a marzo/2011, lo que ha generado una dilación procesal innecesaria para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo. ***…"***

Que previamente, corresponde traer a colación lo ya determinado por la Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, criterios que a su vez ya han sido confirmados por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas entre otras en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011de 4 de mayo de 2011, mismas que han establecido:

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

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

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

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

De lo transcrito, y en base al análisis de los numerales precedentes, se evidencia que el Ente Regulador, ha considerado el principio de proporcionalidad, habiendo determinado lo siguiente:

1. Que el hecho imputado se encontraba previamente calificado como infracción,
2. Que el hecho sancionado se encuentra plenamente probado, en cuanto a la gravedad, determinándose:

a) Que si hubo conducta negligente a tiempo hacer el seguimiento al Proceso Ejecutivo Social.
b) Que en los dos cargos ha existido preterintencionalidad.
c) Que en los dos cargos no habido daño económico.

De lo expuesto se tiene que en contrario sensu a lo aseverado por el recurrente, el Ente Regulador se ha pronunciado sobre los hechos constitutivos que hacen a la imposición de una sanción, habiendo realizado un análisis pormenorizado a tiempo de determinar la misma, tomando en cuenta su graduación calificándola como de gravedad leve, correspondiendo una multa económica equivalente por el Cargo N° 1 en Bolivianos equivalente a $us1.700,00 (Un Mil Setecientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), y por el Cargo N° 2, con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (Dos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) y ello dentro de los rangos establecidos para dicha gravedad.

Por último corresponde señalar que dentro del análisis del Cargo N° 1 y el Cargo N° 2, no corresponde a ésta instancia jerárquica pronunciarse sobre el monto de la sanción económica dada, en razón a que en el caso de autos la sanción fue impuesta atendiendo las circunstancias del caso –conforme se analizó ut supra- y se evidenció que la infracción se encuentran correctamente calificada como gravedad leve, correspondiendo al Ente Regulador la fijación del monto de sanción, en función a sus facultades de discrecionalidad por las que se encuentra investida, claro siempre y cuando se encuentren dentro del parámetro determinado para la gravedad, conforme ocurre en el presente proceso.

Por lo que se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al sancionar a la AFP con una sanción de gravedad leve, tanto en el Cargo N° 1 como en el Cargo N° 2, ha cumplido con el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por último se tiene que en fecha 13 de enero de 2012, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones remite a esta instancia Jerárquica documentación concerniente en Demanda Ejecutiva, Nota de Débitos apersonamientos, proveídos, solicitudes de suspensión, compromiso de pago ampliación de la demanda etc., sin embargo de la misma se tiene que esta ya fue objeto de valoración por parte del órgano regulador en primera instancia, así como por esta Autoridad dentro del análisis anterior, no correspondiendo por ende hacer un mayor análisis de la misma, debido a que ésta no demuestra hechos nuevos que puedan servir de eximentes de responsabilidad a la AFP en cuanto a la presentación fuera del plazo establecido de la aplicación de la demanda, así como de la dilación indebida con en los Procesos Ejecutivos Sociales.

Asimismo y en cuanto a que a la fecha la institución demandada ya hubiera cancelado lo adeudado a los afiliados, se tiene que si bien ya no existen montos adeudados por el empleador -como asevera la AFP-, sin embargo este hecho no desvirtúa ni modifica la sanción para la misma, en razón a que la infracción ya había sido cometida.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas

Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 355-2011 de 7 de octubre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 186-2011 de 26 de julio de 2011.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 359-2011 DE 07 DE OCTUBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 015/2012 DE 09 DE MARZO DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 015/2012

La Paz, 09 de marzo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359-2011 de 7 de octubre de 2011 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por el órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 001 de 03 enero de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 018/2012 de 15 de febrero de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de octubre de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359-2011 de 7 de octubre de 2011 que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/4507/2011 con fecha de recepción 3 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359-2011 de 7 de octubre de 2011 que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 7 de noviembre de 2011, notificado en fecha 10 de noviembre de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359-2011 de 7 de octubre de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante Auto de fecha 8 de noviembre de 2011, notificado en fecha 10 de noviembre de 2011, se dispone la notificación con el Recurso Jerárquico, al **Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM**, a los fines que, como tercer interesado, se apersone y presente sus alegatos.

Que, por memorial presentado en fecha 24 de noviembre de 2011, el **Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM** respondió al Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359-2011 de 7 de octubre de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

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

1. CONTRATO DE SEGURO DE GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE SUMINISTROS PARA ENTIDADES PÚBLICAS.-

1.1. Póliza M0001145 con código Nº: 101-922413-2007 11 252.- Mediante Póliza M0001145 de Seguro de Garantía con código asignado Nº: 101-922413-2007 11 252 (Condiciones Generales cursantes de fojas 31 a 34), emitida por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** a favor de **D'andrea Agrimport Importacäo e Comercio Ltda.**, se establecen los extremos siguientes:

> "… (***Cláusula 1ª*** - ***Ley de las partes contratantes***)
>
> *La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas:*
>
> *a) Ley de Seguros 1883*
> *b) Código de Comercio*
> *c) Código de Procedimiento Civil*
> *d) Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios*
> *Cualquier anexo que se emitiere formando parte de esta Póliza, modificando o complementando sus Condiciones Particulares o Generales, prevalecerá sobre éstas. Las condiciones que hubieran sido mecanografiadas prevalecerán sobre las impresas.*

(***Cláusula 2ª*** - ***De las partes***)

Son partes de la presente Póliza:

1. *Fiador: La entidad de seguros quien se obliga a indemnizar al Beneficiario, en caso de incumplimiento de las obligaciones del Afianzado, señaladas en el Contrato Principal, en sujeción a los términos y condiciones de esta Póliza*

2. *Beneficiario: Entidad pública que adjudicó el Suministro al Afianzado mediante el mecanismo legal que se hubiera utilizado y que a su vez, se obliga a cumplir las obligaciones que le impone el Contrato de Suministros o Contrato Principal.*

3. *Afianzado: Encargado de ejecutar el Contrato de Suministro.*

(***Cláusula 3ª*** – ***Objeto de esta Póliza***)

El Fiador garantiza el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza, como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Suministros por causas imputables al Afianzado. Dicho Contrato de Suministros forma parte indivisible de la presente póliza.

(***Cláusula 4ª*** – ***Modificación del Contrato Principal***)

Las modificaciones al Contrato Principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas por escrito al Fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas.

La novación del Contrato Principal, sin consentimiento del Fiador, extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo esta póliza, sin derecho a devolución de la prima pagada.

(***Cláusula 5ª*** – ***Condición para la validez de esta Póliza***)

Es condición para la validez de esta Póliza que entre el Afianzado y el Beneficiario no existan vinculaciones económicas ni jurídicas de sociedad, asociación o dependencia recíprocas que pudieran dar lugar a lucro bajo ésta Póliza.

(***Cláusula 6ª*** – ***Riesgos no cubiertos***)

La garantía de esta Póliza no se extiende a los casos de incumplimiento debido a fuerza mayor o caso fortuito, tales como:

a) Incautación, requisa, expropiación, nacionalización, persecución política o prisión ilegal, que afecten directamente a las personas que deben ejecutar o cumplir el Contrato Principal.

b) Incautación, requisa, expropiación, nacionalización, persecución política o prisión ilegal, que afecten a los bienes de la Empresa que suministra los bienes y la imposibiliten de cumplir el Contrato Principal.

c) Estado de guerra, guerra civil, acción sindical o política de personas o grupos de personas que bajo amenazas o empleando la fuerza, impidan o dificulten al Afianzado o a sus subcontratistas, llevar a cabo, labores o igualmente en el caso de motines, huelgas, tumultos, subversión, revueltas, asonadas o conmoción civil.

d) Huracanes, terremotos, ciclones o cualquier fenómeno de la naturaleza de carácter catastrófico.

e) Responsabilidades ante terceros, aun cuando éstas resultaren de la ejecución del Contrato Principal.

f) Montos o sumas debidas por multas, penalidades, sanciones o intereses.

(***Cláusula 7ª – Otras cauciones***)

Si existieran otras garantías para el mismo objeto de esta Póliza, aquellas constituirán una caución primaria con respecto a la presente Póliza y, por tanto, el pago que pudiera corresponder al Fiador sólo lo será en la parte complementaria y hasta el límite de la presente Póliza.

(***Cláusula 8ª – Prohibición de ceder***)

Queda expresamente prohibido ceder o transferir los derechos de esta Póliza y es nula toda cláusula o acuerdo que así lo disponga, salvo autorización expresa y formal del Fiador.

(***Cláusula 9ª – Ejecución de la garantía***)

Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el Contrato Principal y a lo establecido en las Cláusulas y/o Anexos de la presente póliza adjuntos a la misma que alternativamente y en forma excluyente podrán ser:

- *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional*

- *Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento*

Cualquiera de dichas Cláusulas adheridas a la presente póliza, formarán parte integrante e indivisible de la misma y prevalecerán sobre lo dispuesto en el texto de dicha póliza.

Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (los) Funcionario(s) Públicos (sic) *ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente o incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas.*

(***Cláusula 10ª – Vigencia, Renovación y Prórroga***)

Otorgada la presente póliza, ésta adquiere el carácter de irrevocable hasta que se cumpla la vigencia de la misma, no pudiendo el Fiador demandar su rescisión por causas imputables al Afianzado, ni quedar liberado de su obligación mientras esta póliza se encuentre vigente.

En caso de prórroga concedida por el Beneficiario al Afianzado para el cumplimiento de la obligación principal, no es obligación del Fiador mantener la vigencia de la Póliza de Garantía. El vencimiento de la presente póliza, por sí solo, no es causal de ejecución de la misma.

Toda renovación o prórroga del contrato principal debe ser previamente comunicada por escrito por el Beneficiario y/o Afianzado al Fiador, a fin de que éste último tome conocimiento de dicho extremo, siendo privativo del Fiador consentir o no dicha prórroga, caso contrario, la presente póliza se extingue dentro de los ocho días siguientes, salvo pacto en contrario establecido por las partes.

(***Cláusula 11ª - Subrogación***)

Todo pago que efectúe el Fiador bajo los términos de la presente póliza, le da derecho para repetir contra el Afianzado, subrogándose por este simple hecho en las acciones y derechos del Beneficiario y así lograr la devolución de la totalidad de los montos pagados al Beneficiario además de los costos legales incurridos.

Asimismo, el Afianzado se constituirá en deudor del Fiador en las sumas pagadas por su cuenta, sin la formalización de ningún otro requisito, siendo suficiente documento probatorio el finiquito de indemnización suscrito.

(***Cláusula 12ª - Prescripción***)

Las acciones emergentes de un Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos años a contar de la fecha del siniestro.

(***Cláusula 13ª - Jurisdicción***)

Las acciones judiciales emergentes de esta póliza son de competencia y jurisdicción del juez del domicilio del Beneficiario.

(***Cláusula 14ª - Arbitraje***)

Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje).

El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva…"

1.2. Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas.-

Mediante "*Cláusula de ejecución inmediata condicional Para* (sic) *entidades públicas*" cursante a foja 30, y que forma parte integrante de la Póliza: M0001145, Certificado: M0001145, con código asignado Nº: 101-922413-2007 11 252, emitida por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** a favor de **D'andrea Agrimport Importacäo e Comercio Ltda.**, se establecen las siguientes condiciones:

"*…No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado ente partes.*

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo.

Todos los demás términos y/o condiciones se mantienen en pleno vigor…"

1.3. Certificado Nro. M0001145.- sobre Condiciones Particulares, de 13 de febrero de 2008.-

Mediante Certificado Nro. M0001145 (cursante a fojas 42 y 43), correspondiente a la Póliza de Garantía de cumplimiento de contrato de suministros para entidades públicas, con código asignado Nº: 101-922413-2007 11 252, emitida por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, se establecen las condiciones particulares de la referida póliza, cuyo tenor es el siguiente:

"*…En consideración a la prima pactada y previamente pagada, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., en adelante "La Compañía", en calidad de Fiador, se obliga a pagar la suma garantizada en estas Condiciones Particulares, por el incumplimiento del Contrato de Servicios aquí señalado, el cual forma parte integrante de ésta Póliza, juntamente con el formulario de solicitud, anexos y demás documentos pertinentes, en sujeción a las Condiciones Generales y Particulares del presente contrato.*

BENEFICIARIO : PAPELES DE BOLIVIA (PAPEL BOL)
AFIANZADO :D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACÄO E COMERCIO LTDA
DIRECCIÓN : CALLE ROSENDO GUTIERREZ NO. 694
CIUDAD O POBLACIÓN : LA PAZ
TELEFONO : 2413781
NIT o CI : CS 013706
MONEDA : US DOLLAR
OBJETO DEL CONTRATO: PROPUESTA PARA PROVISIÓN DE MAQUINARIAS, EQUIPOS Y TECNOLOGIA E INSTALACION DE UNA PLANTA INDUSTRIAL PARA LA FABRICACION DE DIFERENTES VARIEDADES Y CALIDADES DE PAPEL (PULPA Y PAPEL).
UBICACIÓN DE LA OBRA: (si corresponde): VILLA TUNARI – COCHABAMBA
VALOR DEL CONTRATO DE SUMINISTROS : US$. 13.571.010,00
SUMA GARANTIZADA POR LA PRESENTE PÓLIZA
(VALOR CAUCIONADO) : ***US$. 949.970,70***
Equivalente al 7 % (SIETE por ciento) del Contrato Principal
DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUIA DEL NIVEL EJECUTIVO A SER PRESENTADO PARA LA EJECUCIÓN EN CASO DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL:
CLAUSULAS Y ANEXOS: Forman parte del presente contrato de seguro, las siguientes cláusulas y anexos:
- *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas*

OBSERVACIONES:
Casilla de Correo:
Casilla de correo electrónico:
TIPO DE POLIZA :CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE SUMINISTROS PARA ENTIDADES PÚBLICAS
COMPAÑÍA ASEGURADORA : LA BOLIVIANA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. CALLE COLON NO. 288 CASILLA NO. (sic) *628*
LA PAZ – BOLIVIA
AFIANZADO :D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACÄO E COMERCIO LTDA
BENEFICIARIO : PAPELES DE BOLIVIA (PAPEL BOL)
OBJETO DEL CONTRATO :PROPUESTA PARA PROVISIÓN DE MAQUINARIAS, EQUIPOS Y TECNOLOGIA E INSTALACION DE UNA PLANTA INDUSTRIAL PARA LA FABRICACION DE DIFERENTES VARIEDADES Y CALIDADES DE PAPEL (PULPA Y PAPEL).
VIGENCIA :Desde las 12:01 de Enero 07 de 2008
Hasta las 12:01 de Marzo 02 de 2009
PRIMA TOTAL
(Incluyendo impuestos y recargos)
FORMA DE PAGO: AL CONTADO US$. 10.931,20
LUGAR Y FECHA: La Paz, 13 de Febrero de 2008…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SEDEM/GG/Nº 033/2010 DE 14 DE OCTUBRE DE 2010.-

Por Resolución Administrativa SEDEM/GG/Nº 033/2010 de 14 de octubre de 2010, el **Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas (SEDEM)**, determina:

> "…***ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR*** *el incumplimiento del contrato suscrito entre la Empresa Papeles de Bolivia – PAPELBOL y la Empresa D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA por el cual este* (sic) *último, se comprometió y obligó a la "Provisión e Instalación de la Maquinaria necesaria para una Planta de Fabricación de Papel de Escritura e Impresión, Papel Prensa (Periódico) y Papel Kraft (Embalaje) a partir del uso de Materias Primas como el Papel Usado y/o Celulosa", dicho incumpliendo* (sic) *comprende la falta de entrega del diseño final de ingeniería y de las partes que lo integran, aspecto que repercutió directamente en el desarrollo de las obras civiles y en consecuencia del montaje; la alteración del plan de entregas, en fecha, composición y valorización de acuerdo a los cronogramas acordados contractualmente, teniendo en cuenta que a la fecha el PROVEEDOR aún no ha cumplido con la entrega de los BIENES comprometidos, registrando faltantes detallados en el informe técnico y por ser evidentes los incumplimientos injustificados de los plazos de entrega de los documentos del diseño final y de los cronogramas de entrega de las provisiones.*
>
> ***ARTÍCULO SEGUNDO.- EJECUTAR*** *la Garantía de Cumplimiento de Contrato, Póliza de Caución, signada con el No. M0001145, Certificado: A0428888, con vigencia ininterrumpida desde 7/enero/2008 hasta 2/marzo/2009; desde 2/marzo/2009 hasta 2/Abril/2009, desde 2/Abril/2009 al 02/Abril/2010 y desde 02/abril/2010 al 15/octubre/2010, presentada por D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA, cuyo beneficiario es Papeles de Bolivia PAPELBOL, por el monto de $us.949.971.00.- (Novecientos cuarenta y nueve mil novecientos setenta y uno 00/100 Dólares Americanos).*
>
> ***ARTÍCULO TERCERO.-*** *La Gerencia del Área Administrativa Financiera, se encargará de la ejecución y cumplimiento de la presente Resolución…*"

Tal determinación se justifica en los fundamentos que se señalan a continuación:

> "…***VISTOS Y CONSIDERANDO*** (…)
>
> *Que el informe Técnico INF/SEDEM/GID/2010-004 de fecha 14 de octubre de 2010, emitido por el Gerente de Investigación y Desarrollo SEDEM y el Gerente de Procesos – SEDEM, luego de una evaluación exhaustiva de los incumplimientos, establece en sus conclusiones que: "En el marco del contrato 0.01/2008 se evidencia la existencia de incumplimientos severos al contrato, se particulariza el incumplimiento en la no entrega del diseño final de ingeniería y de las partes que lo integran, aspecto que repercutió directamente en el desarrollo de las obras civiles y en consecuencia del montaje; la alteración del plan de entregas, en fecha, composición y valorización de acuerdo a los cronogramas acordados contractualmente".*

Que el mismo informe señala que "aún teniendo en cuenta las sucesivas modificaciones del contrato, a la fecha el PROVEEDOR no ha cumplido con la entrega de los BIENES comprometidos, registrándose faltantes detallados en el informe técnico; concluyendo que existen evidentes incumplimientos injustificados a los plazos de entrega de los documentos del diseño final y de los cronogramas de entrega de las provisiones".

Que el Informe Legal INF/SEDEM/GG/AL/2010-0020, de fecha 12 de octubre de 2010, emitido por la Asesora Legal del SEDEM, en referencia al incumplimiento Contractual por parte de la proveedora ***D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA*** *que modificó su razón social por* ***D'ANDREA AGRIMPORT INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA,*** *sugiere la ejecución de la Garantía de Cumplimiento de Contrato, Póliza de Caución, signada con el No. M0001145, Certificado: A0428888, con vigencia ininterrumpida (Código Nº 101-922212-2007-11 252), desde 7/enero/2008 hasta 2/marzo/2009; desde 2/marzo/2009 hasta 2/Abril/2009, desde 2/Abril/2009 al 02/Abril/2010 y desde 02/abril/2010 al 15/octubre/2010, por el valor de $us.949.971.00.- , que garantiza a PAPELBOL, el contrato de "Provisión e instalación de la maquinaria necesaria para una planta de fabricación de papel de escritura e impresión, papel prensa (periódico) y papel kraft (embalaje) a partir del uso de materias primas como el papel usado y/o celulosa", cuyo valor caucionado corresponde al 7% del valor total del contrato.*

Que la Póliza de Caución de Cumplimiento de Contrato, es irrevocable, de ejecución inmediata condicional y puede ser renovable conforme a lo pactado entre las partes. En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las condiciones particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro los 15 días, de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno: "La ejecución de la Póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las condiciones particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la Entidad Púbica que corresponda y según lo establece el procedimiento administrativo".

Que el Art. 905, del Código de Comercio, establece (Vigencia del Contrato) "Otorgada la fianza, el fiador no puede demandar su rescisión por causas imputables al deudor, ni puede sr liberado de su obligación mientras no exista la obligación afianzada" y el Art. 909 (Extinción de la Obligación) señala que: "La responsabilidad del fiador se extingue al mismo tiempo que la obligación del afianzado y por las mismas causas que las obligaciones en general. La novación de la obligación principal sin consentimiento del fiador extingue la fianza…"

3. NOTA APS/DS/508/2011 DE 5 DE MAYO DE 2011.-

Mediante nota APS/DS/508/2011 de fecha 5 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicita a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y**

REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA, información conforme la transcripción siguiente:

"…*Mediante la presente y de acuerdo a lo establecido por el Artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, agradeceré remitir a este órgano regulador en el plazo de 24 horas a partir de la recepción de la presente, lo siguiente:*

1. *Informe sobre la constitución de la reserva y presente documentación de respaldo por el siniestro correspondiente a la póliza M0001145 de cumplimiento de contrato cuyo beneficiario es la Empresa Papeles de Bolivia – PAPELBOL.*

2. *Informe y presente documentación que sustente las razones por las cuales no dio cumplimiento al procedimiento y plazo establecido en la póliza, conforme el registro de Texto único, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N°731/07 de 11 de septiembre de 2007*…"

4. NOTA PRES.345.05.2011 DE 6 DE MAYO DE 2011.-

Mediante nota PRES.345.05.2011 de fecha 6 de mayo de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** da respuesta a la nota APS/DS/508/2011 que le fuera remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en los términos siguientes:

"… *1. Con relación al caso de autos:*

- ***De las reservas.-***

Estas se enmarcan en todos los casos a las disposiciones legales contendías en el Decreto Supremo 25201 de fecha 16.10.1998, Art. 14, reglamentario de la Ley de Seguros 1883 de fecha 25.06.1998.

- ***Del Cumplimiento del Asegurado y del Beneficiario.-***

Cabe mencionar categóricamente que tanto el asegurado como el beneficiario no han dado estricto cumplimiento a los términos y condiciones de nuestra póliza de garantía) y sus documentos vinculantes como son contrato (sic) *entre las partes u objeto de la caución, sus adendas, etc.) que por su naturaleza subsidiaria debe observar tal cumplimiento; todo ello a fin de no poner en riesgo nuestro derecho de recupero de los reaseguradores que han comprometido su respaldo en la transacción que nos ocupa.*

- ***De la cobertura y cumplimiento de pago por indemnización.-***

De lo anterior podrá esa autoridad inferir que al momento no estamos en condiciones de emitir criterio en cuanto a una eventual aceptación de responsabilidad y menos pago del reclamo mencionado.

- ***De nuestro cumplimiento al procedimiento y plazo establecido en la póliza.-***

Pareciera que ese despacho parte de la premisa falsa en cuanto a que el reclamo ha sido objeto de aceptación definitiva y compromiso de pago por parte

nuestra. Esta condición no se ha materializado a la fecha, por las razones expuestas al presente y la amplia correspondencia intercambiada con el beneficiario y asegurado al respecto, de ahí que sorprende su afirmación respecto a un supuesto incumplimiento al procedimiento establecido en la póliza M0001145, motivo por el cual rechazamos tal afirmación dado (sic) *que nuestra compañía se apega estrictamente a lo señalado en la Póliza, en las disposiciones del contrato caucionado y en el marco legal comercial y constitucional que rigen las relaciones contractuales.*

2.- Con nuestra mayor motivación de viabilizar la mejor relación posible con el despacho a su cargo y con las disculpas del caso, nos permitimos hacerle presente que el plazo requerido en su nota objeto de la presente indica "…agradeceré remitir a este órgano regulador en el plazo de 24 horas a partir de la recepción de la presente,…", sin observar lo establecido por los Art. 19 (Días y horas Hábiles) y 20 (Cómputo) de la Ley 2341 de 23.04.2002, por lo que el plazo de 24 horas ocasiona confusión y no se ajusta a los mencionados preceptos legales…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA /APS/DJ/DS/JTS/N° 245-2011 DE FECHA 19 DE AGOSTO DE 2011.-

Por Resolución Administrativa /APS/DJ/DS/JTS/N° 245-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO**.- Instruir a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** que dentro el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos posteriores a la notificación con la presente Resolución Administrativa, remita a esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, constancia documentaria que acredite la constitución, en sus estados financieros, de la reserva técnica del siniestro neto de reaseguro correspondiente a la póliza N° M0001145 emitida en su calidad de fiador de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA a favor del beneficiario PAPELBOL.*

La constancia documentaria requerida deberá incluir como mínimo:

1. *Registros contables de constitución de la mencionada Reserva Técnica.*
2. *Composición en detalle de la cuenta 205.02.0.9225 "Reclamos por Liquidar-Cumplimiento de Suministros" a la fecha de constitución de la reserva.*
3. *Información relacionada al reaseguro de la póliza citada (Nombre del Reasegurador, Tipo de Reaseguro, porcentaje de cesión al reaseguro, copia del contrato de reaseguro, y cualquier otra documentación relacionada a la cesión a la entidad reaseguradora)*

***SEGUNDO.-** Instruir a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos posteriores a la notificación con la presente Resolución Administrativa, proceda a constituir en sus estados financieros una Reserva Técnica de Seguros – Especiales (cuenta 204.04) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza N° M0001145. Debiendo para el efecto remitir en el mismo día la siguiente documentación:*

1. *Registros contables de la constitución de la Reserva Técnica.*
2. *Composición en detalle de la cuenta 204.04 "Reserva Técnica de Seguros – Especiales" a la fecha de constitución de la mencionada reserva.*

***TERCERO.-** Independientemente de la instrucción contenida en los artículos PRIMERO Y SEGUNDO, se instruye a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** remitir junto a la información técnico financiera correspondiente al mes de agosto/2011, la composición en detalle de las cuentas 205.02.0.9225 "Reclamos por Liquidar-Cumplimiento de Suministros" y cuenta 204.04 "Reserva Técnica de Seguros – Especiales" al 31 de agosto de 2011.*

***CUARTO.-** Instruir a la Dirección de Seguros verificar el cumplimiento de la presente Resolución Administrativa…*"

Tal decisión se fundamenta en los siguientes extremos que también constan en la Resolución Administrativa /APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011:

"…***CONSIDERANDO:***

Que de la compulsa de los antecedentes de denuncias realizada por el Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM con respecto al incumplimiento de pago de la Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. por Ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro Nº M001145 (sic)*, presentada por la Empresa D'ANDREA AGROIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA., se ha podido evidenciar que el monto caucionado y solicitado en ejecución asciende a $us949.971.00.*

Que cumpliendo el mandato prescrito por el artículo 14 del Decreto Supremo Nº 25201 de 16 de octubre de 1998, la aseguradora debe presentar evidencia cierta que respalde la constitución de la reserva técnica correspondiente al cumplimiento de las obligaciones netas de reaseguro.

Que asimismo atendiendo la función que cumple el seguro de caución en el ámbito económico y la posición adoptada por la Aseguradora, con respecto al cumplimiento de la prestación debida; este Órgano de Fiscalización desempeñando las funciones, objetivos y atribuciones prescritos por los incisos a) y c) del artículo 41 y t) del artículo 43 de la Ley de Seguros está facultado y debe instruir a la Entidad Aseguradora que constituya una reserva especial como medida regulatoria a efecto de precautelar y garantizar el derecho de crédito que asiste al beneficiario, Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM, más aún considerando que es una Entidad Estatal en cuyo fin está comprometido el interés general…"

6. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 9 de septiembre de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"… ***III. <u>FUNDAMENTOS DEL RECURSO</u>***

En función a los claros antecedentes referidos en el punto anterior, pasamos a exponer nuestros fundamentos que enervan la decisión adoptada por el regulador en la RA 245.

1. *En principio se debe señalar que la RA 245, impugnada mediane* (sic) *el presente Recurso administrativo, impone dos obligaciones a nuestra Compañía. Por un lado que se remita constancia documentaria que acredite la constitución, en los estados financieros, de la reserva técnica del siniestro neto de reaseguro correspondiente a la Póliza No. M0001145 emitida en su calidad de fiador de D'Andrea Agrimport Importacao e Comercio Ltda., a favor de PAPELBOL; y por el otro lado instruye que nuestra compañía, en el plazo de 5 días hábiles proceda a constituir en sus estados financieros una "Reserva Técnica de Seguros – Especiales" (cuenta 204.04) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza No. M0001145, debiendo enviarse los registros contables y la composición en detalle de la Cuenta 204.04.*

2. *De acuerdo al concepto de reservas técnicas que se tiene en nuestro ordenamiento jurídico, las reservas técnicas son un valor correspondiente a pasivos emergentes de las operaciones del seguro y del reaseguro que las entidades se encuentran obligadas a constituir y mantener permanentemente mediante procedimientos de cálculos preestablecidos.*

3. *El Artículo 30 de la Ley de Seguros establece:*

   Artículo 30.- (Reservas Técnicas).- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente, al menos, las siguientes reservas:

   a) *Reserva Matemática exclusivamente para los Seguros de Vida a Largo Plazo....*
   b) *Reserva para riesgos en curso.*
   c) *Reserva para siniestros pendientes.*
   d) *Reserva para primas por cobrar.*

   Las reservas mencionadas se determinarán reglamentariamente y los parámetros de cálculo serán establecidos por la Superintendencia.

   Las reservas de cualquier Póliza de Seguro de Vida no pueden ser negativas, sino cuando menos equivalentes al valor de rescate de la cobertura de la póliza.

   La Superintendencia podrá establecer, mediante reglamento, la constitución de reservas para riesgos catastróficos o extraordinarios cuando la experiencia siniestral en determinado tipo de riesgos así lo aconseje.

Nótese que en esta Ley, en principio, no se hace referencia a "Reservas Especiales" que se pueda obligar a constituir a una compañía aseguradora.

4. *Mediante Decreto Supremo No. 25201 de 16 de octubre de 1998, se dispone en su Capítulo IV la reglamentación de las Reservas Técnicas, haciéndose referencia a las Reservas Matemáticas (Art.12), Reservas para Riesgo en Curso (Art.13), Reservas para Siniestros Pendientes (Art.14) Reserva para Seguro de Vida con Cuenta de Capitalización (Art.15), Reservas Especiales y Para Riesgos Catastróficos (Art. 16).*

   De esta redacción se puede observar claramente que este Decreto Reglamentario a la Ley de Seguros incorpora las Reservas Especiales, señalando:

   > *"Artículo 16.- (Reservas especiales y para riesgos en catastróficos). Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir reservas especiales y para riesgos catastróficos, cuando sea pertinente. Estas reservas se determinarán mediante norma aprobada por el CONFIP y serán exigibles por la Superintendencia cuando corresponda."*

5. *Del Artículo transcrito se puede evidenciar claramente que para la constitución de reservas especiales, en principio debió existir una norma reglamentaria de carácter general APROBADA POR EL CONFIP con el objeto exclusivo de regular la constitución de RESERVAS ESPECIALES, norma que nunca existió, ni existe, ya que eliminado dicho CONFIP, ni la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ni la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (cuando estaba a cargo de supervisar el sector de seguros), ni la actual Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) emitieron norma reglamentaria de carácter general como correspondía, para que en función a esa norma el regulador pueda exigir su cumplimiento, tal como reza la última parte del Artículo 16 mencionado.*

6. *La APS, al imponernos una constitución de reserva "especial" sin contar con una noma* (sic) *general que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida* (sic) *con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica.*

   No se debe perder de vista que toda resolución administrativa debe cumplir con las disposiciones de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y la Autoridad que firme dichas resoluciones debe necesariamente tener competencia para emitir dicho acto administrativo, conforme lo requiere el Art. 28 de la Ley 2341, citado a continuación:

   > *ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:*
   >
   > *a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;*

b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Luego, el Art. 5 de la Ley 2341, establece que la competencia únicamente deviene de la CPE, las Leyes los (sic) *decretos supremos.*

"ARTICULO 5°.- (Competencia).-

I. Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste ***emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.***

II. La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y sólo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente Ley."

7. *La constitución de reservas tiene un objetivo claro, la de evitar que una compañía de seguros ponga en riesgo su solvencia y se tenga la posibilidad* (sic) *de verse imposibilitada de cumplir sus obligaciones, por ello es que esta constitución de reservas debe ser determinada mediante parámetros y cálculos preestablecidos a fin de crear la suficiente seguridad jurídica para las compañías aseguradoras, sin que se pueda disponer la constitución de reservas en forma particular o caso por caso, ya que se estaría incurriendo en una práctica discriminatoria y antiregulatoria.*

8. *Además, debemos hacer constar que nuestra compañía tiene suscrito con el Reasegurador Zurich Gri* (sic) *un contrato por exceso de pérdida, razón por la que este Reasegurador registra como Reserva Técnica de Siniestros, el importe que nuestra compañía ha reportado como exceso de pérdida y que la APS nos instruyó contabilizar como Reservas Técnica de Seguros Especiales. Es decir que estaríamos duplicando esta reserva ya que ambas instituciones estaríamos contabilizando.*

9. *El Principio 22 para una adecuada supervisión y regulación del sector de seguros, denominado "Derivados y Obligaciones Similares" de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAISS), establece que la autoridad supervisora*

requiere que los aseguradores cumplan con estándares para el uso de derivados y obligaciones similares. Dichos estándares abordan restricciones en su uso y requerimientos de divulgación, así como controles internos y monitoreo de las posiciones relacionadas. La actuación del regulador, en el presente caso, se aparta completamente de esa recomendación prudencial y de buena práctica de supervisión.

10. *Por otro lado, volviendo al caso particular que fue la causa para que el regulador emita la RA 245, de acuerdo a lo mencionado en los considerandos de dicha Resolución, se puede evidenciar que la APS nuevamente incurre en una usurpación de funciones al emitir criterios que incursionan en una dirimición respecto al cumplimiento de contratos (como es el contrato de suministros suscrito entre PAPELBOL y D'ANDREA) y tampoco tiene competencia para emitir opiniones respecto a la cobertura o falta de cobertura de un siniestro. En el presente caso el regulador asume una posición, perdiendo totalmente el equilibrio y ecuanimidad, al señalar que "...debe instruir a la Entidad Aseguradora que constituya una reserva especial como medida regulatoria a efecto de precautelar y garantizar el derecho de crédito que asiste al beneficiario, Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas - SEDEM, más aún considerando que es una Entidad Estatal en cuyo fin está comprometido el interés general".*

    Se debe recordar que los seguros de caución o seguros de cumplimiento o de garantía, como se los denomina en otras legislaciones, tienen por objeto asegurar el pago de una indemnización emergente del incumplimiento por parte del tomador del seguro, de un contrato suscrito con un tercero al cual beneficia la póliza. Es así que el Asegurador que emite un seguro de caución se constituye en garante del tomador del seguro y en virtud a este contrato de seguro, está obligado al pago de la indemnización acordada, sujeto a ciertos términos y condiciones, como es la verificación de la declaración o determinación previa del incumplimiento del asegurado. En este contexto, el requisito esencial para activar la cobertura de una póliza de cumplimiento de contrato es la existencia de una determinación de incumplimiento, determinación que puede estar a cargo de una de las partes en caso de existir cláusula resolutoria en el contrato caucionado o dejarse a cargo de una autoridad u órgano competente ó, como en el caso que nos ocupa, a la determinación de una instancia arbitral.

    *Los estándares internacionales básicos para este tipo de fianzas se encuentran plasmados en el Artículo 20 de las Reglas Uniformes de Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional, que establece que todo requerimiento de pago según los términos de la garantía, será hecho por escrito y documentado con una declaración escrita que especifique que el ordenante **ha faltado a sus obligaciones contratadas**, aspecto que en el presente caso no se ha determinado por la autoridad arbitral, de acuerdo a lo convenido entre partes y al contrario, existen comunicaciones del afianzado enviadas al SEDEM, por las cuales señala que no existieron incumplimientos. Esta Póliza claramente se emitió bajo la modalidad de Ejecución Inmediata **Condicional** de conformidad a la Resolución Administrativa IS/No. 731, estableciendo como requisito para*

efectivizar la garantía, de la determinación del incumplimiento. Así lo define la Cláusula 3 de la Póliza de Garantía No. M0001145 que señala:

> *"El Fiador garantiza el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza,* ***como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Suministros, por causas imputables al Afianzado.*** *Dicho contrato de suministros forma parte indivisible de la presente póliza."*

Por ello se estableció claramente que a efectos de activar la cobertura, se presente el documento "original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento", declaración que debe ser emitida como consecuencia de un proceso de arbitraje, máxime si el afianzado niega sostenidamente su incumplimiento. Asimismo esta declaración debe encontrarse "plasmada en el documento de mayor jerarquía citado en las Condiciones Particulares", lógicamente dentro del marco contractual objeto de la póliza de caución, es decir el contrato 0.01/2008, Adenda 0.01/2008 y contrato modificatorio 0.03/2010, todos acordados, aceptados y suscritos entre las partes (PAPELBOL y D'ANDREA) base de la emisión de la caución por nuestra institución, en el que claramente las partes sujetaron la determinación de incumplimiento del contrato a una definición arbitral de acuerdo a la cláusula DÉCIMO OCTAVA y cláusula DÉCIMO NOVENA del Contrato caucionado.

Esta declaración de incumplimiento del contrato caucionado, que es el instrumento legal vinculante y obligatorio que define los derechos y obligaciones de las partes, nunca fue posible librarla a decisión unilateral de alguna de las partes, sino que la misma se la subordina a la determinación de un órgano arbitral. Por ello la Cláusula 9 (Ejecución de la Garantía) de las Condiciones Generales de la Póliza establece: "Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el contrato principal y a lo establecido en las cláusulas y/o anexos de la presente póliza adjuntos a la misma que alternativamente y en forma excluyente pueden ser:

- *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional*
- *Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento."*
-

La Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas establece:

> *"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.*

*En este entendido, **en caso de incumplimiento,** el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*

*La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y **según lo establece el Procedimiento Administrativo**."*

La expresión "en caso de incumplimiento" en el segundo párrafo de esta cláusula hace referencia clara en sentido que una vez que el incumplimiento ha sido atribuido/imputado al Afianzado, el Fiador deberá indemnizar al Beneficiario. Como se explicó, esta imputación de responsabilidad debe ser realizada por un tercero imparcial, cual es el tribunal arbitral al que hacemos referencia en virtud a lo señalado en el contrato.

Pese a la claridad de estos antecedentes, el SEDEM insiste en ejecutar la póliza con su solo pronunciamiento unilateral (como si ello se hubiera acordado en el contrato de suministro que es el contrato principal), sin percatarse de la responsabilidad en la que están incurriendo sus ejecutivos al no realizar una adecuada revisión de los antecedentes y por no inicias (sic) *las acciones legales contra los administradores de la empresa PAPELBOL y contra los administradores de DANDREA* (sic)*, ya que no se debe olvidar que la ejecución de la póliza solo implicaría un 7% del monto del contrato, que de haber sido incumplido por parte de DANDREA* (sic) *como menciona el SEDEM, implicaría un daño económico al Estado por el monto efectivamente pagado por el Contrato de Suministro (supuestamente incumplido) ya que el contrato habría sido pagado en prácticamente 99% de su totalidad por PAPELBOL, lo que es inexplicable, ya que si se alega incumplimiento del proveedor, POR QUE PAPELBOL PAGO PRÁCTICAMENTE EL TOTAL DEL MONTO A FAVOR DE D'ANDREA?*

11. *Es necesario resaltar que una garantía (la póliza de caución es precisamente eso, una garantía) es siempre un contrato subsidiario al contrato principal que garantiza, por lo que jurídicamente no corresponde que se pretenda ejecutar la garantía, sin primero determinar el incumplimiento del contrato, de acuerdo a lo acordado precisamente entre las partes principales de la relación contractual (el fiador no es parte principal, sino accesoria). Por tanto, constituye un abuso del derecho, el pretender ejecutar una póliza de caución CONDICIONAL, como si fuera a primer requerimiento.*

12. *Por otra parte, entre sus consideraciones la APS menciona que habría recibido una denuncia realizada por el Servicio de Desarrollo de las Empresas Publicas Productivas (SEDEM) con respecto a un supuesto incumplimiento de pago de*

parte de nuestra compañía, no obstante en ningún momento nos notifican con dicha "denuncia" a efectos de conocerla y poder expresar nuestros criterios y argumentos al respecto. Esto demuestra claramente que el regulador actúa, lamentablemente, en forma parcializada a favor de una entidad del Estado, vulnerando totalmente nuestros derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, incumpliendo su primera obligación como regulador, establecida en la literal a) del Artículo 41.

Lo anterior también demuestra que el regulador no sometió a nuestro conocimiento importantes actuaciones dentro del presente procedimiento administrativo, como la "denuncia", sus documentos respaldatorios y los informes que se hubieran emitido, a fin de que podamos demostrar al regulador nuestra posición técnica y legal, participando activamente en dicho procedimiento, conociendo el estado del mismo. La APS olvida que las actividades y actuaciones de la Administración son públicas.

13. *La APS al imponernos la constitución de una reserva "especial" sin mencionar bajo que marco legal o parámetros técnicos (el simplemente mencionar que se está garantizando el derecho de crédito de una entidad estatal no constituye bajo ninguna circunstancia un respaldo, más al contrario es una afirmación totalmente contraria a la actividad regulatoria que debe ser independiente de toda injerencia administrativa, política y de otra índole) además de efectuar un prejuzgamiento, está vulnerando la aplicación de las pólizas de garantía, al no reparar a que en una Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata Condicional requiere para el eventual caso de pago de la indemnización, el cumplimiento de la condición (en este caso la resolución de incumplimiento emitida por autoridad competente.*

14. *Por otra parte, de acuerdo al precepto constitucional referido a que "en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban", bajo ninguna circunstancia es admisible que se pretenda violar derechos constitucionales de nuestra compañía, pretendiendo forzarse un incumplimiento de un contrato, cuando precisamente en el contrato se ha establecido el mecanismo y autoridad que debe declarar dicho incumplimiento, afectando claramente nuestro derecho de subrogación.*

15. *De acuerdo al Código de Comercio Art. 979, el asegurador debe indemnizar un daño al producirse la eventualidad prevista.*

    *"Art. 979.- (CONCEPTO). Por el contrato de seguro el asegurador se obliga a **indemnizar un daño** o a cumplir la prestación convenida **al producirse la eventualidad prevista** y el asegurado o tomador, a pagar la primera. En el contrato de seguro el asegurador será, necesariamente, una empresa autorizada al efecto. [...]"*

En el caso que nos ocupa, la eventualidad prevista o riesgo asegurado, es el incumplimiento del Contrato de Suministros y este incumplimiento debe ser demostrado bajo los mecanismos acordados por las Partes en el Contrato de Suministros y los documentos que forman parte del mismo. En el presente caso el único órgano para declarar el incumplimiento del contrato suscrito entre PAPELBOL y D'ANDREA es un tribunal arbitral, por expreso acuerdo y consentimiento de las partes, que tiene fuerza de Ley, al amparo de la Ley No. 1770 de Arbitraje y Conciliación.

16. *En ese sentido y en cumplimiento al mandato constitucional plasmado en el parágrafo VI del Artículo 14 de nuestra Constitución Política del Estado, es de conocimiento de todos, que las leyes bolivianas se deben aplicar a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano, no siendo posible actuar fuera del marco legal y contractual, por lo que es nuestro deber y, por cierto, del propio SEDEM, ajustarnos claramente al ordenamiento jurídico y a los instrumentos contractuales que constituyen ley entre las partes de acuerdo al Artículo 519 del Código Civil.*

17. *Finalmente, lo que está haciendo la APS con la emisión de criterios sesgados y parcializados, es directamente colocar en una posición de desventaja a nuestra compañía aseguradora frente a la empresa brasilera D'ANDREA, puesto que no debe olvidarse que es obligación del acreedor (en este caso el SEDEM) mantener sus derechos contra el deudor, con el objeto de poder subrogarlos al fiador (nuestra compañía) para que podamos repetir contra el deudor, de conformidad al Artículo 912 del Código de Comercio y de acuerdo a la cláusula 11 de la Póliza, y precisamente al no cumplir con la condición acordada en el contrato de suministros de someter la determinación de incumplimiento ante un tribunal arbitral, nos está limitando o hasta eliminando nuestro derecho de subrogación, puesto que en el caso de inicio de alguna acción de nuestra parte para la recuperación del monto que eventualmente se pagaría al SEDEM sin la respectiva determinación arbitral, el afianzado simplemente se escudará en el Artículo 916 del Código de Comercio que indica que "El deudor no está obligado a abonar al fiador las sumas que hubiere pagado por aquél, si conociendo la existencia de alguna excepción que oponer a la acción del acreedor, no la hubiere opuesto.". En los hechos D'ANDREA ha mencionado permanentemente que no incumplió el contrato y que el incumplimiento fue incurrido por PAPELBOL, es decir existe una excepción de "cumplimiento previo de la otra parte", que no podemos desconocer y que la APS no tomó en cuenta en ningún momento y que mediante el presente Recurso solicitamos a esa respetable autoridad de regulación tomar en cuenta, velando por un mercado de seguros sano, solvente y estable.*

IV. PETITORIO

Tomando en cuenta los antecedentes y argumentos esgrimidos por nuestra compañía, lo establecido por las normas citadas y los antecedentes del presente caso, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del

Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicitamos a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/No. 245-2011 de 19 de agosto de 2011 por ser la misma contraria al ordenamiento jurídico y violatoria a nuestros derechos e intereses legítimos…"

7. MEMORIAL DE FECHA 4 DE OCTUBRE DE 2011, SOBRE ALEGATOS DEL TERCER INTERESADO.-

Mediante memorial presentado en fecha 4 de octubre de 2011, el **Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM**, hace presente los alegatos siguientes:

"…Notificada legalmente en fecha 20 de septiembre con el Auto de 14 de septiembre, tengo a bien responder al recurso planteado por los personeros de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mismo que afecta, los intereses de la entidad pública que represento, conforme el siguiente fundamento:

RESPONDE AL PARÁGRAFO II - ANTECEDENTES RELEVANTES DEL RECURSO.- *El recurrente señala textualmente: "...en fecha 15 de octubre de 2010 presentan su solicitud oficial de ejecución. En respuesta y cumplimiento a las condiciones acordadas en la Póliza, nuestra compañía requiere al SEDEM como beneficiario, información necesaria para la ejecución. Luego de comunicaciones posteriores y en vista de las discrepancias en cuanto al incumplimiento real del contrato y a la falta de determinación de la parte incumplidora, se solicitó la declaración de incumplimiento del contrato que, de acuerdo a la Cláusula 19 del Contrato de Suministro, debe ser emitida por un Tribunal Arbitral".*

La entidad aseguradora NO CUMPLIÓ con las condiciones acordadas en la Póliza de Garantía N° M0001145, toda vez que la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, que forma parte de la póliza y prevalece sobre lo dispuesto en el texto de la misma señala ***"La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo"***

En observancia de la citada cláusula, nuestra administración remitió a la aseguradora la Resolución Administrativa SEDEM/GG/N° 033/2010 que declara el incumplimiento de contrato suscrito entre la Empresa Papeles de Bolivia - PAPELBOL y la Empresa D'ANDREA AGROIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA, misma que conforme la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo se encuentra investida del principio de legalidad y presunción de legitimidad. Asimismo se envió mediante carta MDP/SEDEM/GG/2010-0025 de 28 de octubre de 2010 toda la información necesaria para la ejecución de la garantía.

Esta información corresponde a los informes técnico y jurídico y otros que establecen claramente el incumplimiento contractual. Asimismo, se remite el acta de 14 de octubre de 2010 donde la empresa adjudicada; a través de su representante legal,

reconoce documentos, equipos y elementos faltantes. Finalmente se remite el informe técnico de la empresa consultora Pricewaterhousecoopers S.R.L. donde de manera clara se verifica el estado actual y las condiciones en que la fábrica ha sido dejada por la empresa D'Andrea, quien de acuerdo al contrato, debió entregar todos los elementos faltantes de la fase de provisión. Asimismo dicho informe señala el estado de la instalación y montaje y obviamente la falta de puesta en marcha y la capacitación que debió realizar dicha empresa.

La excesiva petición por parte de la Compañía aseguradora de remitir una resolución arbitral que determine la resolución del contrato y la consiguiente ejecución de la garantía, no es admitida por la propia póliza que señala ***"En este entendido, en caso de incumplimiento, el fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a mas tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO"****.*

Por su parte el Art. 1032 del Código de Comercio prescribe "NO SURTE EFECTO ALGUNO LA CONVENCIÓN QUE LIMITE LOS MEDIOS DE PRUEBA, ***NI AQUELLA QUE CONDICIONE LA INDEMNIZACIÓN O PRESTACIÓN A CARGO DEL ASEGURADOR, A UNA TRANSACCIÓN O SENTENCIA PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA****…"*

Por lo que, la actitud que asume La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. debe entenderse como un RECHAZO, toda vez que REHUYE el debido pago.

Sobre las comunicaciones enviadas por el afianzado D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA. a la aseguradora autoeximiéndose de incumplimientos, señalamos que los mismos fueron declarados, motivados y fundamentados por Resolución Administrativa y justificados por informes técnicos y jurídicos que cursan en los antecedentes del presente caso.

En cuanto a la supuesta indefensión que acusa el recurrente, indicar que desde su inicial negativa a pagar la indemnización (noviembre de 2010), conoce perfectamente la posición y fundamento de esta entidad pública respecto a la ejecución de la póliza, a través de la abundante correspondencia enviada con copia a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros - APS y otras instituciones de Derecho Público. En todo caso la indefensión no es tal, toda vez que actualmente la entidad aseguradora ha activado el recurso de revocatoria que franquea la Ley.

RESPONDE AL PARÁGRAFO III - FUNDAMENTO DEL RECURSO.- *Respecto a la "Reserva Técnica de Seguros – Especiales" señalar que el fundamento de su aplicación está prevista en la Ley de Seguros N° 1883:*

ARTICULO 41.- FUNCIONES Y OBJETIVOS.- La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla a las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:

a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro.
c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.- La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:

t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que recogiendo el propio fundamento del recurrente, el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998 prevé las Reservas Especiales:

ARTICULO 16.- RESERVAS ESPECIALES Y PARA RIESGOS CATASTRÓFICOS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir reservas especiales y para riesgos catastróficos, cuando sea pertinente. Estas reservas se determinarán mediante norma aprobada por el CONFIP ***y serán exigibles por la Superintendencia cuando corresponda****.*

Considerando la inexistencia de norma aprobada por el CONFIP (actualmente no tiene existencia jurídica) y el principio de jerarquía normativa establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo Art. 4 -h), esta reserva especial es exigible por la APS cuando sea pertinente y corresponda, como en el presente caso.

Sobre lo señalado textualmente por el recurrente "La APS, al imponernos una constitución de reserva especial sin contar con una norma general que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica".

Consideramos que los recurrentes descalifican tendenciosamente la competencia de la APS, al grado de ofender la investidura de la autoridad titular acusándole de "usurpar funciones", sin considerar elementos básicos que refieren a la competencia. El tratadista Roberto Dromi en su libro Derecho Administrativo señala: "La Competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho Objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente". Sobre la competencia por materia indica "Se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano. Según el carácter de la actividad, la materia puede ser deliberativa, ejecutiva, consultiva y de control. Impera también el principio de la especialidad, de particular aplicación a los entes administrativos, según el cual estos solo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación. Como consecuencia de este principio, todo órgano cuenta, además de las atribuidas de manera expresa por la ley, ***con las facultades necesarias para cumplir satisfactoriamente su cometido"****.*

En el presente caso, en cumplimiento de sus funciones y objetivos a la APS le compete

velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, a fin de proteger los intereses de los beneficiarios de seguros. Facultad pública que se extiende a exigir la constitución de una "Reserva Especial", sin que se pueda alegar falta, oscuridad o insuficiencia de la Ley. Esto sí es proceder conforme los principios de sometimiento pleno a la Ley, de legalidad y a la seguridad jurídica.

Que a lo largo del recurso, los presentantes señalan que la ejecución de la póliza estaría sujeta "a ciertos términos y condiciones" y que estos serían la "verificación de la declaración o determinación previa del incumplimiento del asegurado" y siguiendo un fundamento desatinado indican que sería necesaria 'la determinación de una instancia arbitral'. Tesis que no es aplicable al presente caso, por cuanto el beneficiario es el Estado (la empresa Pública Papeles de Bolivia - PAPELBOL) a quien le es aplicable la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas que no pide "ciertos requisitos y condiciones" sino simplemente la presentación del original o copia legalizada de la Resolución Administrativa de declaración de incumplimiento del contrato suscrito. Al respecto, el Boletín de la Asociación Boliviana de Aseguradores - ABA N° 52 de septiembre - noviembre de 2007, de la cual es parte y afiliada La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., señala textualmente "La principal característica de estas pólizas estriba en la simplicidad de su ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, mediante procedimientos previamente convenidos, y ***sin necesidad de requerimiento Judicial o extrajudicial alguno****. Para ello podrán utilizarse, a conveniencia, ya sea* ***la Clausula de Ejecución Inmediata Condicional, que requiere solamente una DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO plasmada en el documento de mayor Jerarquía del nivel ejecutivo de la institución, emitido y firmado por la MAE****..."*

Que resulta inaudita la atribución que se arroga La Boliviana Ciacruz S.A. de "verificar la declaración o determinación previa del incumplimiento del asegurado" misma que no le compete, pudiendo solamente, de acuerdo al Código de Comercio (Arts. 1031 y 1032), solicitar informes, evidencias o pruebas, mismas que fueron presentadas oportunamente por el SEDEM.

Sobre la continua petición de proceso arbitral manifestamos lo siguiente:

1. *Los contratos administrativos suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia, a través de sus entidades o empresas públicas, son reglados por las normas administrativas que le son inherentes, así la Ley 1178 de 20 de julio de 1990, dispone:*

Artículo 47°

Créase la jurisdicción coactiva fiscal para el conocimiento de todas las demandas que se interpongan en ocasión de los actos de los servidores públicos, de los distintos entes de derecho público o de las personas naturales o jurídicas privadas que hayan suscrito contratos administrativos con el Estado, por los cuales se determinen responsabilidades civiles definidas en el artículo 31 de la presente Ley. Son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de

materiales, bienes servicios y otros de similar naturaleza.

Artículo 48°

No corresponden a la jurisdicción coactiva fiscal las cuestiones de índole civil no contempladas en el artículo 47° ni las de carácter penal, comercial o tributario atribuidas a la jurisdicción ordinaria y tributaria y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la administración pública, se atribuyen por ley a otras jurisdicciones.

A esto, corresponde acotar que la aseguradora conocía perfectamente, al momento de expedir la póliza de garantía, la naturaleza administrativa del contrato afianzado.

***2.** Al ser un **Contrato de Naturaleza Administrativa** que propicia e incentiva la producción nacional en beneficio de todas las bolivianas y bolivianos, el mismo no está sujeto a libre disponibilidad de derechos conforme reza la Ley N° 1770 de Arbitraje y Conciliación de 10 de marzo de 1997, que en el inciso 4° del artículo 6to., señala textualmente: (materias excluidas del arbitraje) "Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público", por tanto, no pueden decidirse por la vía arbitral derechos no disponibles, toda vez que la naturaleza jurídica de la Empresa Papelbol se constituye como una persona jurídica de derecho público (D.S. 29255 de 05.09.2007).*

El artículo 4to., de la misma Ley 1770 a la que la compañía aseguradora hace referencia, establece en su parágrafo I, la salvedad de que solo podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. Pero no emergentes de un contrato Administrativo, sujeto a la Ley 1178 que en su artículo 47 (última parte reiteramos), define que "...Son contratos Administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza", como lo es el Contrato N° 0.01/2008 de fecha 7 de enero de 2008 para la provisión e instalación de maquinaria necesaria para la fabricación de papel de escritura e impresión, papel prensa y papel kraft.

Al respecto, el tratadista Dr. Pablo Dermizaki Peredo al referirse a la doble personalidad del Estado, señala que "La acción del Estado se manifiesta en dos planos: Público y privado. De aquí deriva la teoría de la doble personalidad del Estado: una de derecho público y otra de derecho privado. Es posible distinguir esta doble personalidad en los siguientes ejemplos: cuando el Estado (nación, departamento o municipio) contrata sobre un servicio público, actúa a través de la administración pública, y por lo tanto, como persona de derecho público, abriéndose la vía contenciosa administrativa, en caso de controversia sobre esta materia. Cuando el propio Estado dispone de sus bienes privados realiza actos de administración sobre los mismos, actúa como persona de derecho privado y la vía competente es la contenciosa o jurisdiccional".

Bajo este precepto, la reciente Constitución Política del Estado, manteniendo la misma posición que la derogada Constitución, señala en el artículo 320; capítulo de Políticas Económicas que, toda intervención estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.
***3.** Reiteramos que NO puede pretenderse que una entidad del Estado, que administra los recursos públicos, recurra a la vía arbitral u otra instancia para definir la procedencia de una causal de resolución de contrato atribuible al incumplimiento unilateral de una empresa privada extranjera. Esto fue previsto por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29190 (vigente a la fecha de emisión de la póliza), misma que señalaba que la aplicación de las Normas Básicas, sus reglamentos e instrumentos elaborados por el Órgano Rector son de uso y aplicación obligatoria para todas las entidades del sector público. El contrato modelo en la cláusula referente a la garantía, de cumplimiento de contrato disponía **"El importe de dicha garantía en caso de cualquier incumplimiento contractual incurrido por el CONTRATISTA, será ejecutado a favor del CONTRATANTE sin necesidad de ningún trámite o acción Judicial, a su solo requerimiento"**.*

***4.** La libertad contractual no puede erigirse por encima de la Ley; así el Art. 454-11 del Código Civil señala "La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica".*

Sobre el axioma constitucional invocado por los presentantes "en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban". Este derecho fundamental NO debe ser entendido como un libre arbitrio de hacer lo que nos conviene, sino de que acatemos las normas jurídicas contenidas en el derecho positivo absteniéndonos de cumplir aquellas que no están expresamente impuestas; situación que no ocurre en el presente caso donde simplemente corresponde que la entidad aseguradora cumpla con lo que ellos mismos establecen en sus propios contratos de seguro y sobre todo con el parágrafo V del artículo 14 de la Constitución Política del Estado: "Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano".

Corresponde además señalar que en el presente caso se han consolidado las características que hicieron que el riesgo se materialice en un siniestro, emergiendo de esta forma, la obligación del Asegurador de indemnizar al SEDEM por el daño suscitado, lo contrario al pago de suma caucionada a favor del Asegurado significa para La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. un "lucro injustificado", extremo prohibido de forma expresa por la Ley N° 1883.

Por otro lado, han sido remitidas todas las pruebas requeridas por la Compañía Aseguradora habiendo sido probado el siniestro no solo con los informes y evidencias, sino con la declaración de incumplimiento plasmada en la Resolución Administrativa SEDEM/GG/N° 033/2010 como documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo de esta institución y cualquier requerimiento adicional no solo constituye una práctica "abusiva" del Asegurador sino que se aparta de las actividades que le son

permitidas conforme a ley, constituyendo sus requerimientos ilícitos, no razonables e ilegales.

Finalmente, conforme señala la entidad aseguradora, la constitución de reservas técnicas y especiales constituye una obligación permanente del asegurador respecto al siniestro suscitado por el incumplimiento de D'ANDREA AGROIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA; sin embargo, no satisface el derecho del Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas SEDEM, motivo por el que en representación de la administración pública y la sociedad y ante un siniestro pendiente de pago, solicito a su autoridad en resguardo de Los derechos del asegurado requiera el cumplimiento de la Ley y en consecuencia, el pago del siniestro a favor del SEDEM.

***PETITORIO.-** En mérito a lo expuesto solicitamos que se CONFIRME en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245 - 2011 de 19 de agosto de 2011, en aplicación del Art. 43 - a) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003…"*

8. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 359-2011 DE FECHA 7 DE OCTUBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359-2011 de fecha 7 de octubre de 2011, se **confirma totalmente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Expuestos los hechos y el derecho que sirvieron de fundamento al Recurso de Revocatoria interpuesto por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., esta Autoridad de Fiscalización y Control pasa al análisis de cada uno de los agravios expresados:

1. La entidad recurrente alega que: "La APS, al imponernos la constitución de una reserva especial sin contar con una norma que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y de seguridad jurídica"

Que previamente debe hacerse hincapié en que son funciones y objetivos primordiales que alientan la creación del órgano de fiscalización y control:

1. *Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras; y*
2. *Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros*

Que en el primer caso, una característica común en relación a las entidades aseguradoras es que su nacimiento a la vida jurídica depende de la licencia de funcionamiento expedida por el Órgano Regulador, la misma que una vez otorgada

compromete de manera intrínseca la fe pública del Estado frente a los asegurados, tomadores y beneficiarios de que la entidad es solvente y tiene liquidez para cancelar los pasivos contraídos a su vencimiento y demostrar que podrá seguir una trayectoria normal que le permita cumplir con sus compromisos en el futuro.

Que para asegurar el cumplimiento de este objetivo, la ley de Seguros N° 1883 dota a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros de una serie de atribuciones contenidas en los incisos a) al s) del artículo 43, y de manera complementaria le otorga la facultad contenida en el inciso t) para hacer uso de todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que una de las atribuciones necesarias para que la APS dé cumplimiento a sus funciones está contenida en el inciso a) del artículo 41 de la Ley 1883 (velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras), en cuya virtud se halla facultada a emitir medidas prudenciales, como lo es la emisión de la Resolución Administrativa/APS/DJ/DS/JTS/N° 245-2011 de 19 de agosto de 2011 que instruye la constitución de una Reserva Técnica de Seguros - Especial.

Que en este entendido y dado que la función de mantener un mercado sólido equivale a ejercer un mayor control para evitar que el margen de solvencia se reduzca por debajo de un mínimo de seguridad, o que la situación financiera de la Aseguradora sea tal que le resulte difícil cumplir con sus compromisos, es que la APS adoptó la medida prudencial, ahora impugnada, buscando la protección del beneficiario (entidad estatal) a través de un colchón financiero que pueda hacer frente a la contingencia.

Que lo analizado resulta tan evidente que la propia recurrente lo reconoce expresamente cuando señala que: "La constitución de reservas tiene un objetivo claro, la de ***evitar que una compañía de seguros ponga en riesgo su solvencia y se tenga la posibilidad de verse imposibilitada de cumplir sus obligaciones (...)***

Que todo lo expuesto demuestra fehacientemente que el Órgano Fiscalizador actuó dentro de la competencia que le otorga la Ley de Seguros N° 1883 para el cumplimiento de una de sus funciones, como es velar por la seguridad de las entidades aseguradoras en protección de los asegurados, beneficiarios y tomadores por lo que no puede alegarse vulneración de los principios de sometimiento pleno a la ley, legalidad y seguridad jurídica.

La entidad recurrente arguye que: debemos hacer constar que nuestra compañía tiene suscrito con el Reasegurador Zurich Gri un contrato por exceso de pérdida, razón por la que este Reasegurador registra como Reserva Técnica de Siniestros, el importe que nuestra compañía ha reportado como exceso de pérdida y que la APS no instruyó contabilizar como Reservas Técnica de Seguros Especiales. Es decir que estaríamos duplicando la reserva ya que ambas instituciones estaríamos contabilizando".

Que de la revisión del contrato de reaseguro, remitido por la Recurrente; se establece

lo siguiente:

Tipo de Contrato:	*Automático No Proporcional.*
Modalidad de Contrato:	*Exceso de Pérdida XL.*
Nombre del Contrato:	*Contrato de Reaseguro Multi-Línea Exceso de Pérdida 2010.*
Número de Contrato:	*MP56043M*
Reasegurado:	*La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.*
Reasegurador:	*Zurich Insurance Company*
Prioridad:	*$us 500.000 Pérdida Neta Final, toda y cada pérdida con respecto a un cualquier riesgo.*
Cesión:	*$us 4.500.000 Pérdida Neta Final, toda y cada pérdida con respecto a un cualquier riesgo.*
Cúmulo Anual:	*$us 18.000.000*
Territorio:	*Pérdidas que ocurran en Bolivia e intereses Bolivianos en el extranjero.*
Materia del Reaseguro:	*En Exceso de la Prioridad, la responsabilidad que pueda acumularse para el Reasegurado, bajo sus compromisos, pólizas, certificados o contratos de seguro o reaseguro, coaseguro o co-indemnización u otras evidencias de responsabilidad (sean escritas u orales) ahora o de aquí en adelante vigentes, emitidas o asumidas por, contratadas para, o directa o indirectamente reunidas, y vigentes, nuevas y renovadas, negocio emitido o asumido (de aquí en adelante llamado Póliza o Pólizas Original (es)) suscrito por y en el País de domicilio del Reasegurado con respecto a Negocio de Seguros Generales contabilizado y clasificado como Líneas Personales No de Vida y Comerciales.*
Riesgos Cubiertos:	• *Riesgos de Incendio y Aliados* • *Todo Riesgo de Daños a la Propiedad* • *Responsabilidad de Tercero* • *Carga Marina, Casco y Responsabilidad* • *3D Comprensiva (Deshonestidad, Destrucción, Desaparición).* • ***Cauciones*** • *Aviación* • *Líneas de Ingeniería (…)*
	• *Líneas Financieras (…)*

Que de manera independiente a que este argumento no es atinente al fundamento de la resolución impugnada, es necesario aclarar que conforme determina el artículo 9 de la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, "Los contratos de reaseguro que respalden las pólizas de cauciones registradas mediante la presente resolución, ***deberán incluir y/o amparar los textos únicos y uniformes***

***registrados** (...)".*

Que en este sentido se observa que el contrato analizado si bien contiene de manera genérica cobertura para cauciones, no cumple con lo dispuesto en el artículo 9 de la Resolución citada precedentemente, toda vez que no existen elementos que permitan concluir que el mismo incluye la cobertura para los Textos Únicos, Uniformes y de Pago al Contado de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato para Entidades Públicas, por lo que no existe certeza de que la reserva técnica impugnada, este siendo contabilizada por el Reasegurador.

El recurrente también alega que: "El Principio 22 para una adecuada supervisión y regulación del sector de seguros, denominado 'Derivados y Obligaciones Similares' de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAISS), establece que la autoridad supervisora requiere que los aseguradores cumplan con estándares para el uso de derivados y obligaciones similares. Dichos estándares abordan restricciones en su uso y requerimientos de divulgación, así como controles internos y monitoreo de las posiciones relacionadas. La actuación del regulador, en el presente caso, se aparta completamente de esa recomendación prudencial y de buena práctica de supervisión".

Que este argumento no se analiza, toda vez que la Entidad de Fiscalización cuenta con normativa vigente específica que señala el ámbito, objeto y facultades para ejercitar la regulación en Bolivia.

Respecto al argumento de que: "(...) la APS nuevamente incurre en una usurpación de funciones al emitir criterios que incursionan en una dirimición respecto al cumplimiento de contratos (como es el contrato de suministros suscrito entre PAPELBOL Y D'ANDREA) y tampoco tiene competencia para emitir opiniones respecto a la cobertura o falta de cobertura de un siniestro. En el presente caso el regulador asume una posición, perdiendo totalmente el equilibro y ecuanimidad, al señalar que "...debe instruir a la Entidad Aseguradora que constituya una reserva especial como medida regulatoria a efecto de precautelar y garantizar el derecho de crédito que asiste al beneficiario, Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas-SEDEM, más aún considerando que es una Entidad Estatal en cuyo fin está comprometido el interés general".

Que el recurrente no puede alegar que la APS pierde equilibrio y ecuanimidad al instruir que se constituya una reserva especial, por cuanto, como ya se señaló, la Ley de Seguros establece como objetivos primordiales de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros velar tanto por la solidez de las entidades aseguradoras como brindar protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios y para ello tiene el deber de "Cumplir y hacer cumplir la Ley (de Seguros) y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos" finalidad que no puede confundirse con dirimición de derechos.

Que al estar estas obligaciones contenidas en la Ley de Seguros es deber del Órgano de Fiscalización hacerlas cumplir, máxime si se considera que mediante Resolución

Administrativa IS/N° 731 que aprueba los textos únicos, uniformes y de pago al contado de las Pólizas de caución para Entidades Públicas, se ha establecido un procedimiento expedito para su ejecución en caso de incumplimiento imputable al afianzado, precisamente con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere ***ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL*** *(Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva)* ***NO*** *ESTANDO SUJETA* ***A NINGUNA OTRA CONDICIÓN,*** *como textualmente lo menciona el texto de la Cláusula en cuestión: "en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado o reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares,* ***EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS*** *de acuerdo a procedimiento citado en el siguiente párrafo,* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.*** *La ejecución de la póliza,* ***NO ESTARÁ SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA A NIVEL EJECUTIVO CITADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MÁXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA QUE CORRESPONDA (...)".***

Que por lo mencionado se considera un exceso que la Compañía Aseguradora pretenda someter la ejecución de la póliza al resultado de un proceso arbitral, cuando de manera coincidente con el SEDEM este órgano discurre que cuando la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 establece que las personas de derecho público, como en este caso lo es el SEDEM, pueden someterse al arbitraje, condiciona a que la controversia verse sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica de naturaleza contractual.

Que si bien la supuesta controversia entre el SEDEM y La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. deriva de una relación contractual entre D'ANDREA y PAPELBOL emergente del Contrato de Suministro N° 0.01/2008, las adendas al mismo y el contrato modificatorio N° 0.03/2010, no ocurre lo mismo en cuanto a los derechos que el SEDEM se subrogó de PAPELBOL, que en el caso presente son indisponibles por cuanto el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia creó mediante Decreto Supremo N° 29255 de 5 de septiembre de 2007 la empresa pública nacional estratégica, denominada Papeles de Bolivia (PAPELBOL), para que como persona jurídica de derecho público y duración indefinida se encargue de incentivar la producción nacional con valor agregado en el rubro de la producción y comercialización de papel y productos relacionados, por lo que la construcción y compra de insumos y maquinarias para la puesta en marcha de la empresa, constituye el objeto mismo de su existencia.

Que la puesta en marcha de la empresa tiene un fuerte componente social y económico, traducido en objetivos específicos, señalados en el Decreto Supremo N° 29255, como son: i) aportar de forma sostenible al desarrollo económico y social local, regional y nacional, a través del efecto multiplicador que implica la instalación de una planta de producción de papeles de escritura , e imprenta, periódico y papel

kraft; ii) Generar fuentes de empleo y mano de obra no calificada y calificada (local, regional y nacional), a lo largo de toda la cadena de producción: acopio, selección, transporte, transformación y comercialización; iii) Sustituir gradualmente las importaciones de papel, de tal manera de satisfacer la demanda interna, con precios accesibles a los sectores más vulnerables de la sociedad; y iv) contribuir al cuidado del medio ambiente, a partir de la instalación de una completa Planta Industrial de fabricación de diferentes variedades y calidades de papeles, que utilizará como principales materias primas, papeles reciclados.

Que lo anterior significa que al existir un claro predominio del interés social en sustitución del interés individual, las normas de orden público que gobiernan la existencia de la entidad, son imperativas e indisponibles y no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, de ahí que el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1770 de 10 de marzo de 1997, que considera las materias excluidas del arbitraje, prescribe: "No podrán ser objeto de arbitraje: 4) Las cuestiones concernientes a las ***funciones del Estado como persona de derecho público",*** *precisamente porque el artículo 47 de la Ley de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO) N° 1178 de 20 de julio de 1990, crea la jurisdicción coactiva fiscal para el conocimiento de las demandas que interpongan con ocasión de los actos de las personas naturales o jurídicas privadas que hayan suscrito contratos con el Estado.*

Que cosa diferente es la cláusula de arbitraje contenida en la Póliza de Seguro de caución, que habilita a las partes contratantes, según lo establece el artículo 39 de la Ley de Seguros N° 1883 a que: "Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro sean resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje)" y ni aún el arbitraje afecta ni demora en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, es decir de manera inmediata o a más tardar dentro de los 15 días posteriores a la presentación de la Resolución Administrativa que declara el incumplimiento.

Sobre el argumento de que "La APS menciona que habría recibido una denuncia realizada por el Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas (SEDEM) con respecto a un supuesto incumplimiento de pago de parte de nuestra compañía, no obstante en ningún momento nos notifican con dicha denuncia (...) Esto demuestra que el regulador actúa, lamentablemente, en forma parcializada a favor de una entidad del estado, vulnerando nuestros derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso (...)"

Que al respecto debe mencionarse que el artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, determina que "Los procedimientos administrativos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada" a su vez el artículo 40 establece: "I. Los procedimientos se iniciarán de oficio cuando así lo decida el órgano competente. Esta decisión podrá adoptarse por propia iniciativa del órgano, como consecuencia de una orden superior, a petición razonada de otros órganos o motivada por denuncia de terceros. II. Antes de adoptar la decisión de iniciar el

procedimiento, el órgano administrativo competente podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer y determinar las circunstancia del caso".

Que la norma transcrita claramente establece que, el inicio de un procedimiento no siempre surge de una denuncia, pudiendo el órgano fiscalizador actuar también de oficio cuando de los hechos que han sido puestos a su conocimiento existan suficientes indicios que le hagan presumir que el regulado ha incumplido sus obligaciones, incurriendo en contravenciones al ordenamiento jurídico administrativo, situación que precisamente se ajusta al presente caso.

Que, por otra parte de la lectura de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 y del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el proceso sancionatorio se divide en fases o etapas, a saber:

- ***Diligencias preliminares.-*** *previo al inicio de los procedimientos, en la cual la Administración Pública organiza y reúne todas las actuaciones necesarias, identifica las personas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación de procedimiento, las normas o previsiones expresamente vulneradas y otras circunstancias relevantes para el caso. Esta etapa incumbe únicamente al órgano de regulación y no existe obligatoriedad de poner los informes y evidencias que acumule en conocimiento del regulado.*

- ***Etapa de Iniciación.-*** *Se formaliza con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados, otorgándoles un plazo para la presentación de descargos no menor a tres (3) ni mayor a quince (15) días hábiles administrativos, para garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso*

- ***Etapa de tramitación.-*** *Los presuntos infractores presentan toda la prueba de descargo legalmente admisible, la que una vez analizada abre paso a la última etapa.*

- ***Etapa de terminación.-*** *Vencido el término de prueba la autoridad administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos emite la Resolución Administrativa imponiendo o desestimando la sanción administrativa.*

Que aún emitido el acto administrativo, los regulados en uso de su legítimo derecho a la defensa y al debido proceso pueden impugnar por vía de recurso de revocatoria o jerárquico el acto administrativo emitido si consideran que es lesivo a su derecho o intereses legítimos.

Que el recurrente no puede alegar que por no habérsele hecho conocer las actuaciones o diligencias preliminares, que dieron lugar a la emisión de la Resolución hoy impugnada, la APS haya vulnerado derechos y garantías constitucionales como lo son el derecho a la defensa y al debido proceso.

Alega finalmente la entidad regulada: "Nuestra Compañía debe resguardar sus derechos y en el eventual caso de pago de la indemnización, una vez que se haya cumplido con todos los requisitos previos, ejercitará las acciones de repetición en contra del afianzado, situación en la cual deberemos demostrar claramente el incumplimiento del contrato caucionado, situación que en el presente caso no existe toda vez que no se ha declarado el incumplimiento del contrato tal como se acordó entre las partes, aspecto que incluso podría determinar la pérdida de nuestro derecho de repetición (...)"

Que debe mencionarse que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., independientemente de la acción de repetición que pueda ejercer, puede ejecutar las contragarantias prestadas por el afianzado, porque no debe olvidarse que las garantías constituyen un principio básico para la suscripción de un contrato de seguro, conforme la definición de caución descrita en la Ley de Seguros Nº 1883 que señala: "(...) todo pago hecho por el asegurado debe serle reembolsado por el tomador del seguro y como ya efectuó dicho pago deberá obtener las garantías suficientes"

Que en este sentido la aseguradora está en plena libertad de ejecutar las garantías prestadas por D'ANDREA, las mismas que se supone y por mandato de la Ley deben ser suficientes…"

9. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 28 de octubre de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359-2011 de fecha 7 de octubre de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…***II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO***

En función a los antecedentes referidos en el punto anterior, pasamos a exponer nuestros fundamentos que enervan la decisión adoptada por el regulador en la RA 245, confirmada por la RA 359, primero demostrando la errada apreciación del regulador en su Resolución Confirmatoria con argumentos enervan sus consideraciones, para posteriormente reiterar los argumentos presentados contra el Acto Administrativo recurrido, la RA 245.

I. Argumentos que desvirtúan las consideraciones de la RA 359 Confirmatoria

1. *En recurso de revocatoria hemos presentado el argumento relativo a que la APS, al imponer una constitución de reserva especial a una sola compañía, sin contar con una norma que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, excede y vulnera flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y de seguridad jurídica. Al respecto la APS responde en su confirmatoria señalando que una de las*

atribuciones del regulador es velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las aseguradoras, en cuya virtud se halla "...facultada a emitir medidas prudenciales, como lo es la Resolución Administrativa /APS/DJ/DS/JTS/No. 245-2011 de 19 de agosto de 2011 que instruye la constitución de una Reserva Técnica de Seguros - Especial." El regulador continua argumentando que "...para evitar que el margen de solvencia se reduzca por debajo de un mínimo de seguridad, o que la situación financiera de la Aseguradora sea tal que le resute (sic) *difícil cumplir con sus compromisos, es que la APS adoptó la medida prudencial, ahora impugnada, buscando la protección del beneficiario (entidad estatal) a través de un colchón financiero que pueda hacer frente a la contingencia."*

Al respecto se debe señalar que el regulador comete los siguientes errores que enervan por si solos esta respuesta del regulador:

- *La RA 245 en ninguna de sus partes efectúa un análisis respecto a la supuesta agravación de la liquidez de nuestra compañía con datos e información numérica que reespalde* (sic) *tremenda afirmación, lo que demuestra que el acto administrativo impugnado (la RA 245) no tiene la suficiente motivación ni argumentación, es decir no cumple con uno de los elementos esenciales del acto administrativo señalados en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, como es el fundamento o motivación en base a hechos ciertos y concretos.*

- *Es de total conocimiento de la APS que las reservas técnicas de siniestros de nuestra compañía ascienden a Bs. 40.479.351, tal como se verifica en los Estados Financieros que se envían a la APS. Asimismo se evidencia que nuestro patrimonio, de acuerdo a los estados financieros al 31 de diciembre de 2010, también enviados al órgano regulador, asciende a Bs. 93.313.897. El mencionar una supuesta falta de liquidez demuestra que la APS incumple sus funciones de órgano regulador, al no tomar en consideración la información y datos que recibe de las compañías aseguradoras y que el mismo órgano regulador incorpora en su Boletin* (sic) *periódico que se publica en su página web en internet www.aps.gob.bo y que refleja que nuestra compañía a Agosto de 2011 es una de las compañías que cuenta con el MAYOR MARGEN DE SOLVENCIA y PATRIMONIO TECNICO (adjuntamos una impresión de dicho Boletin* (sic)*).*

  Esto nos hace preguntar ¿Para que se remite la información como las reservas técnicas, patrimonio, estados financiero (sic) *y otros que se envía periódicamente a la APS, si esta no toma en cuenta dicha información y peor aún, si señala todo lo contrario? La APS no monitorea el mercado asegurador? Como puede estar seguro el usuario de los productos de seguros, si el regulador actúa en forma totalmente contradictoria al señalar situaciones que no corresponden a los propios datos que pública?*

- *Durante la gestión 2010 nuestra compañía pagó en siniestros un monto de Bs.57.505.496 y durante lo que va del presente año se han pagado siniestros por un monto de Bs.64.086.022 hasta el 30 de septiembre de 2011. En*

consecuencia, un siniestro por un monto de cerca a 7 millones de Bolivianos (que no representa ni el 15% del monto pagado en lo que va del año) no puede constituir un elemento para poner en duda y, más aun, para alegar que se pone en riesgo la solvencia de nuestra compañía. En todo caso, si este es el crtierio (sic) *de la APS: Por qué la APS no emitió hasta la fecha un Reglamento de Reservas, de carácter general como corresponde, tal como lo prescribe el Artículo 13 del Decreto Supremo 25201, reglamentario a la Ley de Pensiones?*

- *Otro aspecto que se evidencia es que la APS incluye un argumento que de inicio jamas* (sic) *se mencionó en el Acto Administrativo recurrido, lo que implica no solamente un vicio inmerso en este Acto Administrativo, sino que constituye una afectación a nuestro derecho de defensa, toda vez que nunca se nos requirió información o datos para demostrar nuestra solidez, antes de emitir la injusta RA 245.*

- *La APS señala que nuestra Compañía reconoce expresamente el análisis de la APS, al señalar que "La constitución de reservas tiene el objetivo de evitar que una compañía de esguros* (sic) *ponga en riesgo su solvencia y se tenga la posibilidad de verse imposibilitada de cumplir sus obligaciones (...)", pero lo que lamentablemente no continua mencionando la APS (entendemos por una situación de descuido) es que nuestra compañía después de esa mención continua explicando al regulador que esta "...constitución de reservas debe ser determinada mediante parámetros y cálculos preestableciso* (sic) *a fin de crear la suficiente seguridad jurídica para las compañías aseguradoras, sin que se pueda disponer la constitución de reservas en forma particular o caso por caso, a que se estaría incurriendo en una práctica discriminatoria y antiregulatoria.".*

- *Adicionalmente es menester señalar que el disponer que UNA COMPAÑÍA en el caso de UN SOLO SINIESTRO constituya reservas "especiales" significa un verdadero acto de discriminación e inequidad contra la compañía que sufre esta determinación con relación a otras compañías.*

- *Es lamentable que la APS actué en forma por demás arbitraria al no especificar ni basar la constitución de reservas en argumentos técnicos y simplemente se base en consideraciones alejadas de la realidad (como una supuesta afectación a la liquidez) como lo hemos demostrado y a aspectos que no tienen nada que ver con el ámbito regulatorio, como el hecho que el asegurado sea una entidad pública. Es decir que la APS actuaría en forma sesgada cuando se trata de entidades públicas con relación a todos los demás asegurados, lo que constituye un* (sic) *total falta de equilibrio y ecuanimidad que todo regulador debe mantener, de lo contrario estaríamos frente a un órgano totalmente parcializado.*

2. *Otro argumento que señala el regulador es que nuestra mención a que contamos con un reasegurador (Zurich Gri) que registra como Reserva Técnica de Siniestros el importe que se ha reportado como exceso de pérdida y que con la reserva*

especial se estaría cotabilizando (sic) *en forma duplicada dicho monto. Al respecto el regulador señala que los contratos de reaseguro deben incluir y/o amparar los textos únicos y uniformes registrados y que* (sic) *observa que el contrato analizado "...si bien contiene de manera genérica cobertura para cauciones, no cumple con lo dispuesto en el Artículo 9 de la Resolución citada precedentemente, toda vez que no existen elementos que permitan concluir que el mismo incluye la cobertura para los Textos Únicos, Uniformes y de Pago al Contado de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato para Entidades Públicas, por lo que no existe certeza de que la reserva técnica impugnada, este siendo contabilizada por el reasegurador."*

Esta consideración es grave desde todo punto de vista, toda vez que demuestra un total desconocimiento de los alcances del contrato de reaseguro, lo que no solamente es inadmisible por parte de un órgano encargado de la regulación y supervisión del sector de seguros, ya que claramente se puede verificar que entre los riesgos cubiertos se encuentran las CAUCIONES, y se estaría implicando que todos los contratos de reaseguro que mencionan como coberturas a las "cauciones" no se aplicarían ni ampararían a los textos únicos y uniformes registrados (generalmente utilizados por el Estado) lo que además significaría que la propia APS habría incumplido la normativa, ocasionando un grave daño al Estado, al aceptar los contratos de reaseguro sin observarlos ni hacer mención a esta "interpretaciíon (sic)*" (¡), permitiendo que empresas aseguradoras comercialicen pólizas con textos uniformes, sin el respaldo de reaseguro, lo que constituiría un absurdo, pero que lamentablente* (sic) *se observa por la consideración vertida por la APS. El contrato de reaseguro ampara la póliza a la que hace referencia el órgano fiscalizador.*

3. *Con relación a nuestra mención a que el regulador se apartó del Principio 22 para una adecuada supervisión y regulación del sector de seguros, establecido por la Asociación Internacional de Supervisores de Segros* (sic) *(IAISS), la APS señala que cuenta con normativa vigente y especifica que señala el ámbito, objeto y facultades para ejercitar la regulación en Bolivia.*

   Al respecto nos permitimos hacer notar que la APS haga referencia a norma específica pero no la menciona como corresponde. En todo caso los principios de la IAISS son recomendaciones de prudencia y buenas prácticas regulatorias y no imposiciones coercitivas, pero cuya aplicación y asimilación en normas regulatorias internas de los países que forman parte de esa organización internacional, sirven de parámetro para medir el grado de efectividad y calidad de la regulación en un Estado. Nuestra compañía hizo mención a dicho principio para mostrar un elemento jurídico que también es recogido por nuestra legislación al hacer mención a las normas de carácter general como las normas reglamentarias deben ser de carácter general para todos los componentes o participantes de un sector.

4. *En su siguiente argumento, el regulador indica que no pierde equilibrio y ecuanimidad al instruir la constitución de una reserva especial porque se encuentra velando por la solidez de las entidades aseguradoras, basándose en*

brindar protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios, con el deber de cumplir y hacer cumplir la ley y sus reglamentos, actividad que "..no puede confundirse con dirimición de derechos". Esta afirmación la realiza con relación a nuestro fundamento relativo a que la APS incurre en una usurpación de funciones al emitir criterios que incursionan en una dirimición respecto al cumplimiento de contratos y a nuestra observación que la APS tampoco tiene competencia para emitir opiniones respecto a la cobertura o falta de cobertura de un siniestro.

Al respecto se debe recordar al regulador que precisamente su obligación de CUMPLIR Y HACER CUMPLIR LA LEY DE SEGUROS Y SUS REGLAMENTOS, ASEGURANDO LA CORRECTA APLICACIÓN DE SUS PRINCIPIOS, POLÍTICAS Y OBJETIVOS, impide que el regulador asuma posiciones parcializadas y mucho menos ingrese a interpretaciones de normas que el órgano regulador no ha emitido, o que efectúe juicios de valor como un Juez ordinario, como lo hace en la siguiente declaración, a la que nos permitimos agregar nuestros comentarios en mayúsculas y entre paréntesis para diferenciarlos del texto original: "...se considera un exceso que la Compañía Aseguradora pretenda someter la ejecución de la póliza al resultado de un proceso arbitral, cuando de manera coincidente con el SEDEM este órgano regulador discurre que cuando la Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770 establece que las personas de derecho público, como en este caso lo es el SEDEM, pueden someterse al arbitraje, condiciona a que la controversia verse sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica de naturaleza contractual. (CONSIDERAMOS UN TOTAL DESPROPÓSITO QUE UN ÓRGANO REGULADOR EMITA DECLARACIONES RESPECTO A CRITERIOS COINCIDENTES CON UNA ENTIDAD EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA EMISIÓN DE UNA NORMA QUE IMPONE OBLIGACIONES CONRA UNA COMPAÑÍA ASEGURADORA Y NO HAYA REQUERIDO LOS CRITERIOS Y OPINIONES EN FORMA PREVIA, PRECISAMENTE DE LA COMPAÑÍA A LA QUE SE AFECTA CON LA DECISIÓN) Que si bien la supuesta controversia entre el SEDEM y La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. deriva de una relación contractual entre D'ANDREA y PAPELBOL emergente del Contrato de Suministro No.0.01/2008, las adendas al mismo y el contrato modificatorio No. 0.03/2010, no ocurre lo mismo en cuanto a los derechos que el SEDEM se subrogó de PAPELBOL, que en el caso presente son indisponibles por cuanto el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia (LA APS INCURRE EN UNA CLARÍSIMA USURPACIÓN DE FUNCIONES AL DECLARAR, COMO SI FUERA UN JUEZ ORDINARIO O UN TRIBUNAL ARBITRAL, AL SEÑALAR QUE LOS DERECHOS DEL SEDEM SON INDISPONIBLES. NADIE PUEDE ARROGARSE LA COMPETENCIA PARA DECLARAR INSIPONIBLES (sic) *LOS DERECHOS DE UNA ENTIDAD PUBLICA, SINO EL JUEZ O TRIBUNAL QUE CONOZCA EL CASO EN LA VIA DE EXCEPCIÓN) creó mediante Decreto Supremo No. 29255 de 5 de septiembre de 2007 la empresa pública nacional estratégica, denominada Papeles de Bolivia (PAPELBOL), para que como persona jurídica de derecho público y duración indefinida se encargue de incentivar la producción nacional con valor agregado en el rubro de la producción y comercialización de papel y productos relacionados.... (SE EVIDENCIA QUE LA APS NO REPARA QUE EL DECREO* (sic) *SUPREMO NO. 29255 EN NINGUNA DE SUS DISPOSICIONES SEÑALA QUE LOS DERECHOS DE PAPELBOL SON INDISPONIBLES Y SI ASI FUERA, POR QUE PAPELBOL*

SUSCRIBIÓ UN CONTRATO CON CLAUSUAL (sic) *ARBITRAL Y PORQUE EL SEDEM NO EJERCITA LAS ACCIONES LEGALES PARA QUE SE DECLARE NULA DICHA CLAUSULA?).*

Siguiendo esta línea el regulador pasa a mencionar que: "... al existir un claro predominio del interés social en sustitución del interés individual, las normas de orden público que gobiernan la existencia de la entidad, son imperativas e indisponibles y no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, de ahí que el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1770 de 10 de marzo de 1997, que consideran las materias excluidas del arbitraje, prescribe: "No podrán ser objeto de arbitraje: 4) Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público", precisamente porque el artículo 47 de la Ley de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO) No. 1178 de 20 de julio de 1990, crea la jurisdicción coactiva fiscal para el conocimiento de las demandas que interpongan con ocasión de los actos de las personas naturales o jurídicas." (SE PUEDE APRECIAR QUE LA APS NO SOLAMENTE ACTÚA COMO UN JUEZ, SINO QUE TAMBIÉN ACTÚA COMO INTERPRETE DEL ALCANCE DE NORMAS QUE NO CORRESPONDEN AL SECTOR DE SEGUROS, SIN TENER LA MAS MÍNIMA COMPETENCIA YA QUE INGRESA A MENCIONAR UNA INTERPRETACIÓN RESPECTO AL ALCANCE DEL ARBITRAJE CON RELACIÓN AL ESTADO. EN TODO CASO LA APS OLVIDA EN ESTOS COMENTARIOS QUE EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO QUE SUSCRIBIÓ PAPELBOL CON D'ANDREA, SE ACORDÓ UNA CLAUSULA ARBITRAL, CONTRATO QUE ES OBJETO DE NUESTRA CAUCIÓN)

Por estos antecedentes queda claramente demostrado que la APS no solo ha perdido ecuanimidad y una posición equilibrada, sino que usurpa funciones que no le competen porque la norma en ningún caso le ha otorgado.

5. *Ante nuestro argumento respecto a que la APS no nos corrió en traslado, como corresponde, la denuncia que habría interpuesto el SEDEM, la APS trata de justificar esa evidente falta, pretendiendo mostrar que se habría actuado de oficio, señalando que: "...el inicio de un procedimiento no siempre surge de una denuncia, pudiendo el órgano fiscalizador actuar también de oficio cuando de los hechos que han sido puestos a su conocimiento existan suficientes indicios que le hagan presumir que el regulado ha incumplido sus obligaciones, incurriendo en contravenciones al ordenamiento jurídico administrativo, situación que precisamente se ajusta al presente caso."*

   En el presente caso se verifica que la determinación de la APS se basó y tuvo como causa precisamente y únicamente la denuncia presentada por el SEDEM, puesto que la RA 245 que es el Acto Administrativo recurrido, claramente hace mención en el tercer CONSIDERANDO que es la parte en la cual la APS enfoca específicamente su análisis para la emisión de esta Resolución 245. Por lo que no es posible que ahora la APS señale que se trató de un caso iniciado de "oficio".

   Por otra parte, el fiscalizador menciona que existieron contravenciones al ordenamiento jurídico, pero extrañamente no menciona cuales las normas supuestamente contravenidas.

Posteriormente en este mismo punto, el fiscalizador menciona un criterio con el que discrepamos completamente, ya que menciona: "Que aún emitido el acto administrativo, los regulados en usos (sic) *de su legítimo derecho a la defensa y al debido proceso pueden impugnar por vía de recurso de revocatoria o jerárquico el acto administrativo emitido si consideran lesivo a su derecho o intereses legítimo". Lo correcto dentro de una adecuada fiscalización y regulación es cumplir con los procedimientos, garantizando los derechos de los administrados desde un inicio y no simplemente emitir Resoluciones sin el suficiente basamento técnico legal, vulnerando derechos y esperando a que se modifiquen o revoquen en instancias superiores.*

Finalmente respecto a este punto la APS concluye señalando que no podemos alegar vulneración a nuestros derechos, por no habernos hecho conocer las actuaciones o diligencias preliminares, argumento sin ningún tipo de respaldo, ya que PRECISAMENTE ESA ES LA OMISIÓN IMPUTABLE A LA APS, QUE NOS DEMUESTRA UNA VULNERACIÓN A NUESTROS DERECHOS. Toda denuncia, comunicación, actuación o solicitud que tenga efectos con relación a una persona natural o jurídica distinta al solicitante, denunciante o impetrante, debe ser puesta en conocimiento de la otra parte, de lo contrario se vulnera claramente el derecho de defensa al emitirse un Acto Administrativo que pone fin al procedimiento administrativo coartando totalmente el derecho de alegación y defensa del supuestamente denunciado.

Argumentos contra la RA 245

Luego de la presentación de nuestros argumentos que enervan y desvirtúan los criterios del regulador en su Resolución confirmatoria, a continuación nos permitimos ratificar los argumentos contra el Acto Administrativo recurrido que fueron presentados en recurso de revocatoria, a fin de que la Dirección de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas no requiera acudir a otras actuaciones y tome completo conocimiento de todos los extremos:

1. *En principio se debe señalar que la RA 245, impugnada mediane* (sic) *el presente Recurso administrativo, impone dos obligaciones a nuestra Compañía. Por un lado que se remita constancia documentaría que acredite la constitución, en los estados financieros, de la reserva técnica del siniestro neto de reaseguro correspondiente a la Póliza No. M0001145 emitida en su calidad de fiador de D'Andrea Agrimport Importacao e Comercio Ltda., a favor de PAPELBOL; y por el otro lado instruye que nuestra compañía, en el plazo de 5 días hábiles proceda a constituir en sus estados financieros una "Reserva Técnica de Seguros – Especiales" (cuenta 204.04) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza No. M0001145, debiendo enviarse los registros contables y la composición en detalle de la Cuenta 204.04.*

2. *De acuerdo al concepto de reservas técnicas que se tiene en nuestro ordenamiento jurídico, las reservas técnicas son un valor correspondiente a pasivos emergentes de las operaciones del seguro y del reaseguro que las entidades se*

encuentran obligadas a constituir y mantener permanentemente mediante procedimientos de cálculos preestablecidos.

3. *El Artículo 30 de la Ley de Seguros establece:*

   Artículo 30.- (Reservas Técnicas).- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente, al menos, las siguientes reservas:

   a) *Reserva Matemática exclusivamente para los Seguros de Vida a Largo Plazo....*
   b) *Reserva para riesgos en curso.*
   c) *Reserva para siniestros pendientes.*
   d) *Reserva para primas por cobrar.*

   Las reservas mencionadas se determinarán reglamentariamente y los parámetros de cálculo serán establecidos por la Superintendencia.

   Las reservas de cualquier Póliza de Seguro de Vida no pueden ser negativas, sino cuando menos equivalentes al valor de rescate de la cobertura de la póliza.

   La Superintendencia podrá establecer, mediante reglamento, la constitución de reservas para riesgos catastróficos o extraordinarios cuando la experiencia siniestral en determinado tipo de riesgos así lo aconseje.

   Nótese que en esta Ley, en principio, no se hace referencia a "Reservas Especiales" que se pueda obligar a constituir a una compañía aseguradora.

4. *Mediante Decreto Supremo No. 25201 de 16 de octubre de 1998, se dispone en su Capítulo IV la reglamentación de las Reservas Técnicas, haciéndose referencia a las Reservas Matemáticas (Art.12), Reservas para Riesgo en Curso (Art.13), Reservas para Siniestros Pendientes (Art.14) Reserva para Seguro de Vida con Cuenta de Capitalización (Art.15), Reservas Especiales y Para Riesgos Catastróficos (Art. 16).*

   De esta redacción se puede observar claramente que este Decreto Reglamentario a la Ley de Seguros incorpora las Reservas Especiales, señalando:

   "Artículo 16.- (Reservas especiales y para riesgos en catastróficos). Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir reservas especiales y para riesgos catastróficos, cuando sea pertinente. Estas reservas se determinarán mediante norma aprobada por el CONFIP y serán exigibles por la Superintendencia cuando corresponda."

5. *Del Artículo transcrito se puede evidenciar claramente que para la constitución de reservas especiales, en principio debió existir una norma reglamentaria de carácter general APROBADA POR EL CONFIP con el objeto exclusivo de regular la*

constitución de RESERVAS ESPECIALES, norma que nunca existió, ni existe, ya que eliminado dicho CONFIP, ni la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ni la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (cuando estaba a cargo de supervisar el sector de seguros), ni la actual Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) emitieron norma reglamentaria de carácter general como correspondía, para que en función a esa norma el regulador pueda exigir su cumplimiento, tal como reza la última parte del Artículo 16 mencionado.

6. *La APS, al imponernos una constitución de reserva "especial" sin contar con una noma* (sic) *general que tenga carácter reglamentario y que haya sido emtida* (sic) *con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica.*

   No se debe perder de vista que toda resolución administrativa debe cumplir con las disposiciones de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y la Autoridad que firme dichas resoluciones debe necesariamente tener competencia para emitir dicho acto administrativo, conforme lo requiere el Art. 28 de la Ley 2341, citado a continuación:

   ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

   a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
   b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
   c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;
   d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
   e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
   f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

   Luego, el Art. 5 de la Ley 2341, establece que la competencia únicamente deviene de la CPE, las Leyes los (sic) *decretos supremos.*

   "ARTICULO 5º.- (Competencia).-

   III. Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste ***emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias*****.**

IV. La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y sólo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente Ley."

7. *La constitución de reservas tiene un objetivo claro, la de evitar que una compañía de seguros ponga en riesgo su solvencia y se tenga la posibilidad* (sic) *de verse imposibilitada de cumplir sus obligaciones, por ello es que esta constitución de reservas debe ser determinada mediante parámetros y cálculos preestablecidos a fin de crear la suficiente seguridad jurídica para las compañías aseguradoras, sin que se pueda disponer la constitución de reservas en forma particular o caso por caso, ya que se estaría incurriendo en una práctica discriminatoria y antiregulatoria.*

8. *Además, debemos hacer constar que nuestra compañía tiene suscrito con el Reasegurador Zurich Gri un contrato por exceso de pérdida, razón por la que este Reasegurador registra como Reserva Técnica de Siniestros, el importe que nuestra compañía ha reportado como exceso de pérdida y que la APS nos instruyó contabilizar como Reservas Técnica de Seguros Especiales. Es decir que estaríamos duplicando esta reserva ya que ambas instituciones estaríamos contabilizando.*

9. *El Principio 22 para una adecuada supervisión y regulación del sector de seguros, denominado "Derivados y Obligaciones Similares" de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAISS), establece que la autoridad supervisora requiere que los aseguradores cumplan con estándares para el uso de derivados y obligaciones similares. Dichos estándares abordan restricciones en su uso y requerimientos de divulgación, así como controles internos y monitoreo de las posiciones relacionadas. La actuación del regulador, en el presente caso, se aparta completamente de esa recomendación prudencial y de buena práctica de supervisión.*

10. *Por otro lado, volviendo al caso particular que fue la causa para que el regulador emita la RA 245, de acuerdo a lo mencionado en los considerandos de dicha Resolución, se puede evidenciar que la APS nuevamente incurre en una usurpación de funciones al emitir criterios que incursionan en una dirimición respecto al cumplimiento de contratos (como es el contrato de suministros suscrito entre PAPELBOL y D'ANDREA) y tampoco tiene competencia para emitir opiniones respecto a la cobertura o falta de cobertura de un siniestro. En el presente caso el regulador asume una posición, perdiendo totalmente el equilibrio y ecuanimidad, al señalar que "...debe instruir a la Entidad Aseguradora que constituya una reserva especial como medida regulatoria a efecto de precautelar y garantizar el derecho de crédito que asiste al beneficiario, Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas - SEDEM, más aún considerando que es una Entidad Estatal en cuyo fin está comprometido el interés general".*

Se debe recordar que los seguros de caución o seguros de cumplimiento o de garantía, como se los denomina en otras legislaciones, tienen por objeto asegurar el pago de una indemnización emergente del incumplimiento por parte del

tomador del seguro, de un contrato suscrito con un tercero al cual beneficia la póliza. Es así que el Asegurador que emite un seguro de caución se constituye en garante del tomador del seguro y en virtud a este contrato de seguro, está obligado al pago de la indemnización acordada, sujeto a ciertos términos y condiciones, como es la verificación de la declaración o determinación previa del incumplimiento del asegurado. En este contexto, el requisito esencial para activar la cobertura de una póliza de cumplimiento de contrato es la existencia de una determinación de incumplimiento, determinación que puede estar a cargo de una de las partes en caso de existir cláusula resolutoria en el contrato caucionado o dejarse a cargo de una autoridad u órgano competente ó, como en el caso que nos ocupa, a la determinación de una instancia arbitral.

*Los estándares internacionales básicos para este tipo de fianzas se encuentran plasmados en el Artículo 20 de las Reglas Uniformes de Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional, que establece que todo requerimiento de pago según los términos de la garantía, será hecho por escrito y documentado con una declaración escrita que especifique que el ordenante **ha faltado a sus obligaciones contratadas**, aspecto que en el presente caso no se ha determinado por la autoridad arbitral, de acuerdo a lo convenido entre partes y al contrario, existen comunicaciones del afianzado enviadas al SEDEM, por las cuales señala que no existieron incumplimientos. Esta Póliza claramente se emitió bajo la modalidad de Ejecución Inmediata **Condicional** de conformidad a la Resolución Administrativa IS/No. 731, estableciendo como requisito para efectivizar la garantía, de la determinación del incumplimiento. Así lo define la Cláusula 3 de la Póliza de Garantía No. M0001145 que señala:*

> *"El Fiador garantiza el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza, **como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Suministros, por causas imputables al Afianzado.** Dicho contrato de suministros forma parte indivisible de la presente póliza."*

Por ello se estableció claramente que a efectos de activar la cobertura, se presente el documento "original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento", declaración que debe ser emitida como consecuencia de un proceso de arbitraje, máxime si el afianzado niega sostenidamente su incumplimiento. Asimismo esta declaración debe encontrarse "plasmada en el documento de mayor jerarquía citado en las Condiciones Particulares", lógicamente dentro del marco contractual objeto de la póliza de caución, es decir el contrato 0.01/2008, Adenda 0.01/2008 y contrato modificatorio 0.03/2010, todos acordados, aceptados y suscritos entre las partes (PAPELBOL y D'ANDREA) base de la emisión de la caución por nuestra institución, en el que claramente las partes sujetaron la determinación de incumplimiento del contrato a una definición arbitral de acuerdo a la cláusula DÉCIMO OCTAVA y cláusula DÉCIMO NOVENA del Contrato caucionado.

Esta declaración de incumplimiento del contrato caucionado, que es el instrumento legal vinculante y obligatorio que define los derechos y obligaciones de las partes, nunca fue posible librarla a decisión unilateral de alguna de las partes, sino que la misma se la subordina a la determinación de un órgano arbitral. Por ello la Cláusula 9 (Ejecución de la Garantía) de las Condiciones Generales de la Póliza establece: "Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el contrato principal y a lo establecido en las cláusulas y/o anexos de la presente póliza adjuntos a la misma que alternativamente y en forma excluyente pueden ser:

- *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional*
- *Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento."*

La Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas establece:

> *"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.*
>
> *En este entendido, **en caso de incumplimiento,** el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*
>
> *La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y **según lo establece el Procedimiento Administrativo**."*

La expresión "en caso de incumplimiento" en el segundo párrafo de esta cláusula hace referencia clara en sentido que una vez que el incumplimiento ha sido atribuido/imputado al Afianzado, el Fiador deberá indemnizar al Beneficiario. Como se explicó, esta imputación de responsabilidad debe ser realizada por un tercero imparcial, cual es el tribunal arbitral al que hacemos referencia en virtud a lo señalado en el contrato.

Pese a la claridad de estos antecedentes, el SEDEM insiste en ejecutar la póliza con su solo pronunciamiento unilateral (como si ello se hubiera acordado en el contrato de suministro que es el contrato principal), sin percatarse de la responsabilidad en la que están incurriendo sus ejecutivos al no realizar una adecuada revisión de los antecedentes y por no inicias las acciones legales

contra los administradores de la empresa PAPELBOL y contra los administradores de DANDREA, ya que no se debe olvidar que la ejecución de la póliza solo implicaría un 7% del monto del contrato, que de haber sido incumplido por parte de DANDREA como menciona el SEDEM, implicaría un daño económico al Estado por el monto efectivamente pagado por el Contrato de Suministro (supuestamente incumplido) ya que el contrato habría sido pagado en prácticamente 99% de su totalidad por PAPELBOL, lo que es inexplicable, ya que si se alega incumplimiento del proveedor, POR QUE PAPELBOL PAGO PRÁCTICAMENTE EL TOTAL DEL MONTO A FAVOR DE D'ANDREA?

11. *Es necesario resaltar que una garantía (la póliza de caución es precisamente eso, una garantía) es siempre un contrato subsidiario al contrato principal que garantiza, por lo que jurídicamente no corresponde que se pretenda ejecutar la garantía, sin primero determinar el incumplimiento del contrato, de acuerdo a lo acordado precisamente entre las partes principales de la relación contractual (el fiador no es parte principal, sino accesoria). Por tanto, constituye un abuso del derecho, el pretender ejecutar una póliza de caución CONDICIONAL, como si fuera a primer requerimiento.*

12. *Por otra parte, entre sus consideraciones la APS menciona que habría recibido una denuncia realizada por el Servicio de Desarrollo de las Empresas Publicas Productivas (SEDEM) con respecto a un supuesto incumplimiento de pago de parte de nuestra compañía, no obstante en ningún momento nos notifican con dicha "denuncia" a efectos de conocerla y poder expresar nuestros criterios y argumentos al respecto. Esto demuestra claramente que el regulador actúa, lamentablemente, en forma parcializada a favor de una entidad del Estado, vulnerando totalmente nuestros derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, incumpliendo su primera obligación como regulador, establecida en la literal a) del Artículo 41.*

    Lo anterior también demuestra que el regulador no sometió a nuestro conocimiento importantes actuaciones dentro del presente procedimiento administrativo, como la "denuncia", sus documentos respaldatorios y los informes que se hubieran emitido, a fin de que podamos demostrar al regulador nuestra posición técnica y legal, participando activamente en dicho procedimiento, conociendo el estado del mismo. La APS olvida que las actividades y actuaciones de la Administración son públicas.

13. *La APS al imponernos la constitución de una reserva "especial" sin mencionar bajo que marco legal o parámetros técnicos (el simplemente mencionar que se está garantizando el derecho de crédito de una entidad estatal no constituye bajo ninguna circunstancia un respaldo, más al contrario es una afirmación totalmente contraria a la actividad regulatoria que debe ser independiente de toda injerencia administrativa, política y de otra índole) además de efectuar un prejuzgamiento, está vulnerando la aplicación de las pólizas de garantía, al no reparar a que en una Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata Condicional requiere para el eventual caso de pago de la indemnización, el cumplimiento de*

la condición (en este caso la resolución de incumplimiento emitida por autoridad competente.

14. *Por otra parte, de acuerdo al precepto constitucional referido a que "en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban", bajo ninguna circunstancia es admisible que se pretenda violar derechos constitucionales de nuestra compañía, pretendiendo forzarse un incumplimiento de un contrato, cuando precisamente en el contrato se ha establecido el mecanismo y autoridad que debe declarar dicho incumplimiento, afectando claramente nuestro derecho de subrogación.*

15. *De acuerdo al Código de Comercio Art. 979, el asegurador debe indemnizar un daño al producirse la eventualidad prevista.*

> *"Art. 979.- (CONCEPTO). Por el contrato de seguro el asegurador se obliga a* ***indemnizar un daño*** *o a cumplir la prestación convenida* ***a[producirse la eventualidad prevista*** *y el asegurado o tomador, a pagar la primera. En el contrato de seguro el asegurador será, necesariamente, una empresa autorizada al efecto. [...]"*

En el caso que nos ocupa, la eventualidad prevista o riesgo asegurado, es el incumplimiento del Contrato de Suministros y este incumplimiento debe ser demostrado bajo los mecanismos acordados por las Partes en el Contrato de Suministros y los documentos que forman parte del mismo. En el presente caso el único órgano para declarar el incumplimiento del contrato suscrito entre PAPELBOL y D'ANDREA es un tribunal arbitral, por expreso acuerdo y consentimiento de las partes, que tiene fuerza de Ley, al amparo de la Ley No. 1770 de Arbitraje y Conciliación.

16. *En ese sentido y en cumplimiento al mandato constitucional plasmado en el parágrafo VI del Artículo 14 de nuestra Constitución Política del Estado, es de conocimiento de todos, que las leyes bolivianas se deben aplicar a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano, no siendo posible actuar fuera del marco legal y contractual, por lo que es nuestro deber y, por cierto, del propio SEDEM, ajustamos claramente al ordenamiento jurídico y a los instrumentos contractuales que constituyen ley entre las partes de acuerdo al Artículo 519 del Código Civil.*

17. *Finalmente, lo que está haciendo la APS con la emisión de criterios sesgados y parcializados, es directamente colocar en una posición de desventaja a nuestra compañía aseguradora frente a la empresa brasilera D'ANDREA, puesto que no debe olvidarse que es obligación del acreedor (en este caso el SEDEM) mantener sus derechos contra el deudor, con el objeto de poder subrogarlos al fiador (nuestra compañía) para que podamos repetir contra el deudor, de conformidad al Artículo 912 del Código de Comercio y de acuerdo a la cláusula 11 de la Póliza, y precisamente al no cumplir con la condición acordada en el contrato de*

suministros de someter la determinación de incumplimiento ante un tribunal arbitral, nos está limitando o hasta eliminando nuestro derecho de subrogación, puesto que en el caso de inicio de alguna acción de nuestra parte para la recuperación del monto que eventualmente se pagaría al SEDEM sin la respectiva determinación arbitral, el afianzado simplemente se escudará en el Artículo 916 del Código de Comercio que indica que "El deudor no está obligado a abonar al fiador las sumas que hubiere pagado por aquél, si conociendo la existencia de alguna excepción que oponer a la acción del acreedor, no la hubiere opuesto.". En los hechos D'ANDREA ha mencionado permanentemente que no incumplió el contrato y que el incumplimiento fue incurrido por PAPELBOL, es decir existe una excepción de "cumplimiento previo de la otra parte", que no podemos desconocer y que la APS no tomó en cuenta en ningún momento y que mediante el presente Recurso solicitamos a esa respetable autoridad de regulación tomar en cuenta, velando por un mercado de seguros sano, solvente y estable.

IV. PETITORIO

Tomando en cuenta los antecedentes y argumentos esgrimidos por nuestra compañía, lo establecido por las normas citadas y los antecedentes del presente caso, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 43, literal b) del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicitamos a su autoridad elevar el presente Recurso Jerárquico con más todos los antecedentes que conforman el expediente administrativo, ante la Dirección de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas, autoridad a la cual solicitamos revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/No. 245 - 2011 de 19 de agosto de 2011, al igual que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 359-2011 confirmatoria, en virtud a los antecedentes y argumentos presentados, por ser las mismas contrarias al ordenamiento jurídico y violatorias a nuestros derechos e intereses legítimos…"

10. MEMORIAL DE FECHA 24 DE NOVIEMBRE DE 2011, DE PRESENTACIÓN DE ALEGATOS DEL TERCER INTERESADO.-

Mediante memorial presentado en fecha 24 de noviembre de 2011, el **Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM**, hace presentes los alegatos siguientes:

"…Notificado legalmente en fecha 10 de noviembre de los corrientes con el Auto de 08 de noviembre, tengo a bien responder al recurso interpuesto por los personeros de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mismo que afecta los intereses de la entidad pública que represento, conforme el siguiente fundamento:

RESPONDE AL PARÁGRAFO I - ANTECEDENTES RELEVANTES.- *El recurrente señala textualmente "En vista de las discrepancias en cuanto a la determinación del incumplimiento real del contrato y a la falta de determinación de la parte incumplidora, en atención a los términos y condiciones del contrato de suministros, objeto de nuestra póliza de caución, y a las disposiciones de la misma póliza, nuestra compañía solicito dirimición de la controversia con la declaración del incumplimiento*

del contrato que, de acuerdo a la Cláusula 19 del Contrato de Suministro, debe ser emitida por un Tribunal Arbitral en la Cámara de Comercio de la ciudad de Cochabamba."

A fin de que su Autoridad pueda tomar conocimiento preciso del caso de autos, corresponde explicar lo siguiente:
En fecha 07 de enero de 2008, se suscribe la Minuta de Contrato Nº 0.01/2008 entre el Lic. Antonio Camberos Bolaños, en su calidad de Gerente General de PAPELBOL, y el Sr. Roberto Falascina representante legal de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA, documento que, entre otras cláusulas, consideraba lo siguiente: Objeto: Provisión e instalación de la maquinaria necesaria para una planta de fabricación de papel de escritura e impresión, papel prensa (periódico) y papel kraft (embalaje) a partir del uso de materias primas como el papel usado y/o celulosa; Plazo: 14 meses calendario, que serán computados a partir de la confirmación de la carta de crédito; Monto: $us13.571.010.00.- (Trece millones quinientos setenta y un mil, diez 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), pago a efectuarse en moneda nacional al tipo de cambio oficial de venta establecido en el Banco Central de Bolivia; Garantía de Cumplimiento de Contrato: ***El Proveedor garantizo*** (sic) ***la correcta, oportuna y fiel ejecución del contrato, en todas sus partes, con la presentación de una Póliza de Seguro de Caución emitida por la Compañía Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. por el equivalente del 7% del monto total del contrato USD 949.971,00.***

Este contrato es modificado por los siguientes instrumentos: 1) Minuta de Addendum al Contrato Nº 0.01/2008 de 21 de enero de 2008, suscrito entre el Lic. Antonio Camberos Bolaños, en su calidad de Gerente General de PAPELBOL, y el Sr. Roberto Falascina representante legal de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA: 2) Minuta de Addendum al Contrato Nº 0.01/2008 de 21 de enero de 2008 y al Addendum Nº 0.01/2008 del 25 de marzo de 2009, suscrito entre el Dr. Roberto Javier Gonzáles Herrera, en su calidad de Gerente General de PAPELBOL, y el Sr. Roberto Falascina representante legal de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA. 3) Contrato Modificatorio Nº 0.03/2010 de 21 de enero de 2010, suscrito por la Dra. Paula K. Barragán Romano, en su calidad de Gerente General a.i. de PAEPLBOL, y el Sr. Jaime Gonzáles Montenegro representante legal de D'ANDREA AGRIMPORT INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA., (nueva razón social).

Por ***Resolución Administrativa SEDEM/GG/Nº 033/2010 de 14 de octubre de 2010****, emitida por la Gerente General del Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM, se declaró el incumplimiento del contrato suscrito entre PAPELBOL y la empresa D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA., por el cual este último, se comprometió y obligó a la "Provisión e Instalación de la Maquinaria necesaria para una Planta de Fabricación de Papel de Escritura e Impresión, Papel Prensa (Periódico) y Papel Kraft (Embalaje) a partir del uso de Materias Primas como el Papel Usado y/o Celulosa". La indicada Resolución señala textualmente "…dicho incumplimiento comprende la falta de entrega del diseño final de ingeniería y de las partes que lo integran, aspecto que repercutió directamente en el desarrollo de las obras civiles y en consecuencia del montaje; la alteración del plan*

de entregas, en fecha, composición y valorización de acuerdo a los cronogramas acordados contractualmente, teniendo en cuenta que a la fecha el PROVEEDOR aún no ha cumplido con la entrega de los BIENES comprometidos, registrando faltantes detallados en el informe técnico y por ser evidentes los incumplimientos injustificados de los plazos de entrega de los documentos del diseño final y de los cronogramas de entrega de las provisiones".

*La misma Resolución dispone **EJECUTAR** la Garantía de Cumplimiento de Contrato, Póliza de Caución, signada con el N° M001145* (sic)*, (Código N° 101-922212-2007-11 252), con vigencia ininterrumpida desde 7/enero/2008 hasta 2/marzo/2009; desde 2/marzo/2009 hasta 2/Abril/2009, desde 2/Abril/2009 al 02/Abril/2010 y desde 02/abril/2010 al 15/octubre/2010, presentada por D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA., cuyo beneficiario es Papeles de Bolivia PAPELBOL, por el monto de $us949.971.00.- (Novecientos Cuarenta y Nueve Mil Novecientos Setenta y Uno 00/100 Dólares Americanos).*

*Esta resolución fue remitida a la entidad aseguradora La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mediante carta MDP/SEDEM/GG/AL/2010-0003 de 14 de octubre de 2010, solicitando la ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato, sin embargo la entidad aseguradora **NO CUMPLIÓ** con las condiciones acordadas en la póliza de Garantía N° M0001145, cuya Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, que forma parte de la póliza y prevalece sobre lo dispuesto en el texto de la misma señala **"La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo"**.*

Esta Cláusula fue convenida en observancia a la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de Septiembre de 2007, emitida por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ahora Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros – APS, que aprueba el texto único, uniforme y de pago al contado de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros para Entidades Públicas.

En observancia de la citada cláusula, nuestra administración remitió a la aseguradora la Resolución Administrativa SEDEM/GG/N° 033/2010 que declara el incumplimiento de contrato suscrito entre la Empresa Papeles de Bolivia - PAPELBOL y la Empresa D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA, misma que conforme la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo se encuentra investida del principio de legalidad y presunción de legitimidad. Asimismo se envió mediante carta MDP/SEDEM/GG/2010-0025 de 28 de octubre de 2010 toda la información necesaria para la ejecución de la garantía que comprendía los informes técnico y jurídico y otros que establecen claramente el incumplimiento contractual. Asimismo, se remitió el acta de 14 de octubre de 2010 donde la empresa proveedora, a través de su representante legal, Sr. Jaime Gonzáles Montenegro, reconoce expresamente documentos, equipos y elementos faltantes. Finalmente se remitió la evaluación

técnica de la empresa consultora Pricewaterhousecoopers, misma que verifico (sic) *el estado actual de las provisiones y montaje de la maquina* (sic) *papelera y cuyos hallazgos, entre otros, concluyen que no se cuenta con el diseño final de ingeniería, el montaje se encuentra inconcluso y que no se identifica la totalidad de los elementos y equipos propuestos por D'ANDREA.*

La excesiva petición por parte de la Compañía aseguradora de remitir una resolución arbitral que determine la resolución del contrato y la consiguiente ejecución de la garantía, no es admitida por la propia póliza que señala ***"En este entendido, en caso de incumplimiento, el fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a mas tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO"****.*

Por su parte el Art. 1032 del Código de Comercio prescribe "NO SURTE EFECTO ALGUNO LA CONVENCIÓN QUE LIMITE LOS MEDIOS DE PRUEBA, ***NI AQUELLA QUE CONDICIONE LA INDEMNIZACIÓN O PRESTACIÓN A CARGO DEL ASEGURADOR, A UNA TRANSACCIÓN O SENTENCIA PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA****…"*

Por lo que, la actitud que asume La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. debe entenderse como un RECHAZO, toda vez que REHÚYE el debido pago.

Sobre las comunicaciones enviadas por el afianzado D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA. a la aseguradora auto-eximiéndose de incumplimientos, señalamos que los mismos fueron declarados, motivados y fundamentados por Resolución Administrativa y justificados por informes técnicos y jurídicos que cursan en los antecedentes del presente caso.

En cuanto a la supuesta indefensión que acusa el recurrente de que "desconocían los reclamos y denuncias del SEDEM", indicar que desde su inicial negativa a pagar la indemnización (noviembre de 2010), conoce perfectamente la posición y fundamento de esta entidad pública respecto a la ejecución de la póliza, a través de la abundante correspondencia enviada con copia a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (sic) *- APS y otras instituciones de Derecho Público. En todo caso la indefensión no es tal, toda vez que actualmente la entidad aseguradora ha enviado varias cartas sobre el caso, objeto del recurso, a la Autoridad de de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros – APS, Procuraduría General del Estado, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Vicepresidencia del Estado etc. y ha activado los recursos de revocatoria y jerárquico que franquea la Ley.*

RESPONDE AL PARÁGRAFO II - FUNDAMENTO DEL RECURSO.- *Respecto a la "Reserva Técnica de Seguros – Especiales" señalar que el fundamento de su aplicación está prevista en la Ley de Seguros N° 1883:*

ARTICULO 41.- FUNCIONES Y OBJETIVOS.- La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla a las personas, entidades y actividades

del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:

a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro.

c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.- La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:

t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que recogiendo el propio fundamento del recurrente, el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998 prevé las Reservas Especiales:

ARTICULO 16.- RESERVAS ESPECIALES Y PARA RIESGOS CATASTRÓFICOS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir reservas especiales y para riesgos catastróficos, cuando sea pertinente. Estas reservas se determinarán mediante norma aprobada por el CONFIP ***y serán exigibles por la Superintendencia cuando corresponda****.*

Considerando la inexistencia de norma aprobada por el CONFIP (actualmente no tiene existencia jurídica) y el principio de jerarquía normativa establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo Art. 4 -h), esta reserva especial es exigible por la APS cuando sea pertinente y corresponda, como en el presente caso.

Sobre lo señalado textualmente por el recurrente "La APS, al imponernos una constitución de reserva especial sin contar con una norma general que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica".

Consideramos que los recurrentes descalifican tendenciosamente la competencia de la APS, al grado de ofender la investidura de la autoridad titular acusándole de "usurpar funciones", sin considerar elementos básicos que refieren a la competencia. El tratadista Roberto Dromi en su libro Derecho Administrativo señala: "La Competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho Objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente". Sobre la competencia por materia indica "Se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano. Según el carácter de la actividad, la materia puede ser deliberativa, ejecutiva, consultiva y de control. Impera también el principio de la especialidad, de particular aplicación a los entes administrativos, según el cual estos solo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación. Como consecuencia de este principio, todo órgano cuenta,

además de las atribuidas de manera expresa por la ley, ***con las facultades necesarias para cumplir satisfactoriamente su cometido"****.*

EN EL PRESENTE CASO, LA APS ESTA CUMPLIENDO CON SUS FUNCIONES Y OBJETIVOS QUE LE COMPETE, TAL CUAL ES VELAR POR LA SEGURIDAD, SOLVENCIA Y LIQUIDEZ DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS, A FIN DE PROTEGER LOS INTERESES DE LOS BENEFICIARIOS DE SEGUROS. Facultad publica (sic) *que se extiende a exigir la constitución de una "Reserva Especial", sin que se pueda alegar falta, oscuridad o insuficiencia de la Ley. Esto es proceder conforme los principios de sometimiento pleno a la Ley, de legalidad y a la seguridad jurídica.*

Que a lo largo del recurso, los presentantes señalan que la ejecución de la póliza estaría sujeta "a ciertos términos y condiciones" y que estos serían la "verificación de la declaración o determinación previa del incumplimiento del asegurado" y siguiendo un fundamento desatinado indican que sería necesaria "la determinación de una instancia arbitral". Tesis que no es aplicable al presente caso, por cuanto el beneficiario es el ESTADO (la Empresa Pública Papeles de Bolivia - PAPELBOL) a quien le es aplicable la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas aprobada por la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de Septiembre de 2007, que no pide "ciertos requisitos y condiciones" sino simplemente la presentación del original o copia legalizada de la Resolución Administrativa que declara el incumplimiento del contrato suscrito. Al respecto, el Boletín de la Asociación Boliviana de Aseguradores - ABA N° 52 de septiembre - noviembre de 2007, de la cual es parte y afiliada La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., señala textualmente "La principal característica de estas pólizas estriba en la simplicidad de su ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, mediante procedimientos previamente convenidos, y ***sin necesidad de requerimiento Judicial o extrajudicial alguno****. Para ello podrán utilizarse, a conveniencia, ya sea* ***la Clausula de Ejecución Inmediata Condicional, que requiere solamente una DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO plasmada en el documento de mayor Jerarquía del nivel ejecutivo de la institución, emitido y firmado por la MAE****..."*

Que resulta inaudita la atribución que se arroga La Boliviana Ciacruz S.A. de "verificar la declaración o determinación previa del incumplimiento del asegurado" misma que no le compete, pudiendo solamente, de acuerdo al Código de Comercio (Arts. 1031 y 1032), solicitar informes, evidencias o pruebas, mismas que fueron presentadas oportunamente por el SEDEM.

Sobre la continua petición de proceso arbitral que declare el incumplimiento del contrato de suministro, manifestamos lo siguiente:

1. *Los contratos administrativos suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia, a través de sus entidades o empresas públicas, son reglados por las normas administrativas que le son inherentes, así la Ley 1178 de 20 de julio de 1990, dispone:*

Artículo 47°

Créase la jurisdicción coactiva fiscal para el conocimiento de todas las demandas que se interpongan en ocasión de los actos de los servidores públicos, de los distintos entes de derecho público o de las personas naturales o jurídicas privadas que hayan suscrito contratos administrativos con el Estado, por los cuates se determinen responsabilidades civiles definidas en el artículo 31 de la presente Ley. Son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes servicios y otros de similar naturaleza.

Artículo 48°

No corresponden a la jurisdicción coactiva fiscal las cuestiones de índole civil no contempladas en el artículo 47° ni las de carácter penal, comercial o tributario atribuidas a la jurisdicción ordinaria y tributaria y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la administración pública, se atribuyen por ley a otras jurisdicciones.

A esto, corresponde acotar que la aseguradora conocía perfectamente, a momento de expedir la póliza de garantía, la naturaleza administrativa del contrato afianzado.

2. *Al ser un* ***Contrato de Naturaleza Administrativa*** *que propicia e incentiva la producción nacional en beneficio de todas las bolivianas y bolivianos, el mismo no está sujeto a libre disponibilidad de derechos conforme reza la Ley N° 1770 de Arbitraje y Conciliación de 10 de marzo de 1997, "ARTÍCULO 6°.- (Materias excluidas del arbitraje) I. No podrán ser objeto de arbitraje: 4. Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público". En este entendido, PAPELBOL como persona jurídica de derecho público, creada mediante Decreto Supremo N° 29255 de 05 de septiembre de 2007 y cuyo objeto es incentivar la producción nacional con valor agregado, generando mayores fuentes de empleo en procura de la soberanía productiva del Estado Plurinacional de Bolivia, no puede acudir a la jurisdicción arbitral. El artículo 4to de la misma Ley 1770, establece en su parágrafo I que solo podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual, más NO emergente de un contrato Administrativo, sujeto a la jurisdicción coactiva fiscal prevista por la Ley 1178, norma legal que en su artículo 47 define que "…..Son contratos Administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza"; como lo es el Contrato No. 0.01/2008 de fecha 7 de enero de 2008 para la provisión e instalación de maquinaria necesaria para la fabricación de papel de escritura e impresión, papel prensa y papel kraft.*

Al respecto, el tratadista Dr. Pablo Dermizaki Peredo al referirse a la doble personalidad del Estado, señala que "La acción del Estado se manifiesta en dos planos: Público y privado. De aquí deriva la teoría de la doble personalidad del Estado: una de derecho público y otra de derecho privado. Es posible distinguir esta doble personalidad en los siguientes ejemplos: cuando el Estado (nación, departamento o municipio) contrata sobre un servicio público, actúa a través de la

administración pública, y por lo tanto, como persona de derecho público, abriéndose la vía contenciosa administrativa, en caso de controversia sobre esta materia. Cuando el propio Estado dispone de sus bienes privados realiza actos de administración sobre los mismos, actúa como persona de derecho privado y la vía competente es la contenciosa o jurisdiccional.

La Constitución Política del Estado Art. 14 – V prescribe "Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano".
***3.** Reiteramos que NO puede pretenderse que una entidad del Estado, que administra los recursos públicos, recurra a la vía arbitral u otra instancia para definir el incumplimiento unilateral atribuible a una empresa privada extranjera. Esto fue previsto por el Art. 3 del Decreto Supremo N° 29190 (vigente a la fecha de emisión de la póliza), misma que señalaba que la aplicación de las Normas Básicas, sus reglamentos e instrumentos elaborados por el Órgano Rector son de uso y aplicación obligatoria para todas las entidades del sector público. El contrato modelo en la cláusula referente a la garantía de cumplimiento de contrato disponía **"El importe de dicha garantía en caso de cualquier incumplimiento contractual incurrido por el CONTRATISTA, será ejecutado a favor del CONTRATANTE sin necesidad de ningún trámite o acción Judicial, a su solo requerimiento"**.*

***4.** La libertad contractual no puede erigirse por encima de la Ley; así el Art. 454-11 del Código Civil señala "La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica".*

***5.** Que efectuada una revisión a las cláusulas Decima* (sic) *Octava y Decima* (sic) *Novena del contrato de suministro, tantas veces citada por el recurrente, se verifica que la primera refiere a las reglas aplicables el procedimiento para la resolución del contrato, procedimiento que no se vincula necesariamente con la "DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO" emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la entidad para la ejecución de la póliza de cumplimiento de contrato; y la cláusula de solución de controversias ante tribunal arbitral es FACULTATIVA DE LAS PARTES Y NO OBLIGATORIA. Al presente, no se tiene conocimiento de que la empresa D'ANDREA haya recurrido a esta instancia alternativa extra judicial.*

Sobre el axioma constitucional invocado por los presentantes "en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban". Este derecho fundamental NO debe ser entendido como un libre arbitrio de hacer lo que nos conviene, sino de que acatemos las normas jurídicas contenidas en el derecho positivo absteniéndonos de cumplir aquellas que no están expresamente impuestas; situación que no ocurre en el presente caso donde simplemente corresponde que la entidad aseguradora cumpla con lo que establece la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas de la póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato N° M0001145, aprobada por la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de Septiembre de 2007, emitida por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ahora Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros – APS, que aprueba el texto

único, uniforme y de pago al contado de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros para Entidades Públicas.

Corresponde además señalar que en el presente caso se han consolidado las características que hicieron que el riesgo se materialice en un siniestro, emergiendo de esta forma, la obligación del Asegurador de indemnizar al SEDEM por el daño suscitado, lo contrario al pago de suma caucionada a favor del Asegurado significa para La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. un "lucro injustificado", extremo prohibido de forma expresa por la Ley Nº 1883.
Por otro lado, han sido remitidas todas las pruebas requeridas por la Compañía Aseguradora habiendo sido probado el siniestro no solo con los informes y evidencias, sino con la declaración de incumplimiento plasmada en la Resolución Administrativa SEDEM/GG/Nro.033/2010 como documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo de esta institución y cualquier requerimiento adicional no solo constituye una práctica "abusiva" del Asegurador sino que se aparta de las actividades que le son permitidas conforme a ley, constituyendo sus requerimientos ilícitos, no razonables e ilegales.

Finalmente, conforme señala la entidad aseguradora, la constitución de reservas técnicas y especiales constituye una obligación permanente del asegurador respecto al siniestro suscitado por el incumplimiento de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA; sin embargo, al presente no ha satisfecho el pago debidamente exigido por PAPELBOL, motivo por el que en representación de la administración pública y la sociedad y ante un siniestro pendiente de pago, solicito a su autoridad resguardar los derechos del BENEFICIARIO.

***PETITORIO.-** En mérito a lo expuesto solicitamos que se CONFIRME en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359 – 2011 de 07 de octubre de 2011, en aplicación de los Arts. 44 y 43 - a) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003…"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 7 de enero de 2008, las entidades Empresa Pública Nacional Estratégica Papeles de Bolivia - PAPELBOL y "D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA", suscribieron el contrato por el que la segunda nombrada debe proveer e instalar, a favor de la primera, la maquinaria necesaria para una planta de fabricación de papel de escritura e

impresión, papel prensa (periódico) y papel kraft (embalaje) a partir del uso de materias primas como el papel usado y/o celulosa, lo que debió suceder en el plazo de 14 meses calendario, por el monto de $us13.571.010.00.- (TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL DIEZ 00/100 DÓLARES AMERICANOS), garantizando "D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA." la correcta, oportuna y fiel ejecución del contrato, en todas sus partes, con la presentación de la **Póliza de Seguro de Caución M0001145** emitida por la compañía **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** por el equivalente del 7% del monto total del contrato, es decir, $us. 949.971,00.- (NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UNO 00/100 DÓLARES AMERICANOS); el contrato ameritó las diversas modificaciones que han sido referidas por el **Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM** -ahora tercero interesado- en sus memoriales presentados en fechas 4 de octubre de 2011 y 24 de noviembre de 2011.

Entonces, por la Póliza M0001145 emitida por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, esa entidad de seguros como fiadora, se ha obligado a indemnizar a la beneficiaria Empresa Pública Nacional Estratégica Papeles de Bolivia – PAPELBOL (ahora al **Servicio de desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM** en mérito a la Disposición Adicional Segunda del Decreto Supremo N° 590 de 4 de agosto de 2010), en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Afianzada "D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA." (ahora D'ANDREA AGRIMPORT INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA.) que salen del contrato de fecha 7 de enero de 2008, también llamado Contrato Principal.

Conforme se tiene anotado, el objeto de la Póliza M0001145 es el de garantizar por parte de la fiadora **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, "*el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado)… como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Suministros* (Contrato Principal) *por causas imputables al Afianzado. Dicho Contrato de Suministros forma parte indivisible de la presente póliza*".

Hace también a la Póliza, la Cláusula irrevocable de ejecución inmediata condicional para entidades públicas, que señala que:

> "…*en caso de incumplimiento* -por parte de D'ANDREA AGRIMPORT INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA.-*, el Fiador* (**LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**) *indemnizará al Beneficiario de la misma* (**Servicio de desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM**)*, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*
>
> ***La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda*** *y según lo establece el Procedimiento Administrativo*…" (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Del Certificado Nro. M0001145 (Condiciones Particulares) de 13 de febrero de 2008, y como ya se señaló, se establece que la suma garantizada por la póliza -valor caucionado equivalente al 7% del monto previsto en el Contrato Principal- es de $us. 949.970,70.- (NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA 70/100 DÓLARES AMERICANOS).

En fecha 14 de octubre de 2010 y mediante Resolución Administrativa SEDEM/GG/Nº 033/2010 emitida por la Gerente General del **Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM**, esta entidad declaró el incumplimiento del contrato suscrito entre PAPELBOL y la empresa "D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA.", fundándose en:

> "…*la falta de entrega del diseño final de ingeniería y de las partes que lo integran, aspecto que repercutió directamente en el desarrollo de las obras civiles y en consecuencia del montaje; la alteración del plan de entregas, en fecha, composición y valorización de acuerdo a los cronogramas acordados contractualmente, teniendo en cuenta que a la fecha el PROVEEDOR aún no ha cumplido con la entrega de los BIENES comprometidos, registrando faltantes detallados en el informe técnico y por ser evidentes los incumplimientos injustificados de los plazos de entrega de los documentos del diseño final y de los cronogramas de entrega de las provisiones*…"

Consiguientemente, la misma Resolución Administrativa SEDEM/GG/Nº 033/2010 dispone la ejecución de la Póliza de Caución.

El **Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM** remitió la Resolución Administrativa SEDEM/GG/Nº 033/2010 a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, mediante nota MDP/SEDEM/GG/AL/2010-0003 de 14 de octubre de 2010, solicitando la ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato; sin embargo y conforme consta en la nota PRES.345.05.2011 de fecha 6 de mayo de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** no aceptó la responsabilidad por el pago, justificando ello en que:

> "…*tanto el asegurado como el beneficiario no han dado estricto cumplimiento a los términos y condiciones de nuestra póliza de garantía) y sus documentos vinculantes como son contrato* (sic) *entre las partes u objeto de la caución, sus adendas, etc.) que por su naturaleza subsidiaria debe observar tal cumplimiento; todo ello a fin de no poner en riesgo nuestro derecho de recupero de los reaseguradores que han comprometido su respaldo en la transacción que nos ocupa*…"

Por efecto de ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pronunció la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011 (después confirmada por la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 359-2011 de 7 de octubre de 2011), que instruye a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, i) que remita constancia documentaria que acredite la constitución "*en sus estados financieros, de la reserva técnica del siniestro neto de reaseguro correspondiente a la póliza Nº M0001145 emitida en su calidad de fiador de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E*

COMERCIO LTDA a favor del beneficiario PAPELBOL", ii) que proceda a constituir en sus estados financieros una Reserva Técnica de Seguros – Especiales (cuenta 204.04) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza N° M0001145, y iii) que remita junto a la información técnico financiera correspondiente al mes de agosto/2011 *"la composición en detalle de las cuentas 205.02.0.9225 "Reclamos por Liquidar-Cumplimiento de Suministros" y cuenta 204.04 "Reserva Técnica de Seguros – Especiales" al 31 de agosto de 2011.*"

Consiguientemente, **son estos los extremos sobre los que recae el derecho de impugnación** de "*toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa*" (artículo 11°, parágrafo I, Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), correspondiéndole a la presente Resolución Ministerial Jerárquica pronunciarse acerca de los extremos controvertidos que hagan a las determinaciones de la Resolución Administrativa que da origen al proceso administrativo (APS/DJ/DS/N° 014-2011 de 13 de mayo de 2011), sin lugar a mayor consideración de otras pretensiones que no pueden ser consideradas por esta instancia jerárquica.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme se tiene señalado, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 245-2011 de 19 de agosto de 2011 ha instruido -fundamentalmente- a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, que:

I. Remita constancia documentaria que acredite la constitución, "*en sus estados financieros, de la reserva técnica del siniestro **neto de reaseguro** correspondiente a la póliza N° M0001145 emitida en su calidad de fiador de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA a favor del beneficiario PAPELBOL*", misma que incluya la "*Composición en detalle de la cuenta 205.02.0.9225 "**Reclamos por Liquidar**–Cumplimiento de Suministros*" e "*Información relacionada al reaseguro de la póliza*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

II. Proceda a constituir en sus estados financieros una Reserva Técnica de Seguros – **Especiales** (cuenta 204.04) **por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza N° M0001145**.

Es pertinente tal diferenciación, por cuanto el Recurso Jerárquico expone argumentos que:

- Por una parte, se refieren a la resolución recurrida **en su sentido general**: que el acto administrativo impugnado no tiene la suficiente motivación ni argumentación, o que la APS no corrió en traslado la denuncia que habría interpuesto el SEDEM, y otros referidos al suceso o no, de la contingencia prevista en la Póliza contratada)

- Los restantes alegatos del recurso están opuestos en concreto y con exclusividad, contra la obligación de constituir Reservas Técnicas **Especiales** (numeral **II**. supra), es decir, las que recaen sobre el excedente resultante de haber hecho reserva técnica del siniestro neto de reaseguro, entonces sobre aquella porción resultante

> del siniestro sobre la que, no obstante resultar reasegurada, aún se exige sea reservada técnicamente.

Por consiguiente, en concreto no existe impugnación a la disposición de constituir y mantener una reserva técnica del siniestro neto de reaseguro en la cuenta "*Reclamos por Liquidar–Cumplimiento de Suministros*" (numeral **I**. supra).

Ordenados de esa manera los agravios contenidos en el Recurso Jerárquico, corresponde pasar a analizarlos conforme sigue a continuación.

2.1.1. Fundamentación de la Resolución Administrativa/APS/DJ/DS/JTS/N° 245-2011.-

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. señala en su Recurso, que el acto administrativo impugnado:

> "…*no tiene la suficiente motivación ni argumentación, es decir no cumple con uno de los elementos esenciales del acto administrativo señalados en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, como es el fundamento o motivación en base a hechos ciertos y concretos*…"

Tal extremo exige una revisión atenta de los actos administrativos producidos dentro del caso que se analiza, por cuanto, el contenido fundamentado de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 359-2011 de 7 de octubre de 2011, e inclusive de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 245-2011 de 19 de agosto de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hacen a garantías constitucionales, fundamentalmente aquella referida al debido proceso, y que por ello resultan de primordial y de necesaria observancia por parte de la Administración.

En este sentido, de la revisión prolija de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 245-2011 de 19 de agosto de 2011, aquella que impone las obligaciones que ahora son el objeto de la impugnación, se extraña que la misma se limite a una fundamentación abstracta y general, y dando razón a la ahora recurrente, no establezca en los términos del artículo 17°, inciso d) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, los motivos fundamentados **que hagan su aplicación única y exclusivamente a la Reserva Técnica Especial dispuesta**, dado que la misma, precisamente por ese carácter especial, requiere de un fundamento preciso que la justifique y la motive.

Nada de ello existe en la Resolución mencionada, de manera tal que esa insuficiencia trasciende en concreto a la carencia de fundamento sobre la aplicación específica de dicho tipo de reserva, generando la controversia que ha hecho que la recurrente presente su impugnación. Con ello debe quedar claro que no se discute la necesidad de precautelar y garantizar el derecho al crédito que le asistiría al beneficiario afectado.

En definitiva, **la autoridad recurrida no ha cumplido la disposición del artículo 17°, inciso d) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera**, por cuanto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 245-2011 de 19 de

agosto de 2011, ni la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 359-2011 de 7 de octubre de 2011, no contiene los fundamentos de hecho y de derecho que motiven y respalden la constitución de dicho tipo de reserva – sin perjuicio de su necesidad- siendo ello una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, conforme se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

"*Artículo 115.* (…)

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

Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002:

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

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

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

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

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar la justicia como valor reconocido por los artículos 8, parágrafo II, y 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, y se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración Pública para su

ordenado funcionamiento, que, en todos los casos, debe ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

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

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

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

> "*…la Constitución Política del Estado (…) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (…)*
>
> *Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas,* ***obtener decisiones fundadas o motivadas****, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación* ***obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego****. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y*

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

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

"*…El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental de la administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas,* ***y obtener decisiones fundadas o motivadas****, entre otras,…*

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

En definitiva, no existe el fundamento de hecho y de derecho suficiente, que respalde la decisión contenida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011 ni en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 359-2011 de 7 de octubre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo ésta en el marco del debido proceso **determinar la Reserva Técnica que corresponda**, justificando su aplicación, bajo el análisis minucioso y fundamentado del porqué se aplica la misma y el porqué no correspondería otro tipo de Reserva Técnica, ello en el evento que vea la necesidad del resguardo a fin de precautelar el derecho al crédito del Beneficiario.

2.1.2. Inexistencia de aplicación del Principio de Verdad Material.-

La Recurrente deja constancia en su Recurso Jerárquico, que:

"*Otro argumento que señala el regulador es que nuestra mención a que contamos con un reasegurador (Zurich Gri) que registra como Reserva Técnica de Siniestros el importe que se ha reportado como exceso de pérdida y que con la reserva especial se estaría cotabilizando* (sic) *en forma duplicada dicho monto. Al respecto el regulador señala que los contratos de reaseguro deben incluir y/o amparar los textos únicos y uniformes registrados y que* (sic) *observa que el contrato analizado "...si bien contiene de manera genérica cobertura para cauciones, no cumple con lo dispuesto en el Artículo 9 de la Resolución citada precedentemente, toda vez que no existen elementos que permitan concluir que el mismo incluye la cobertura para los Textos Únicos, Uniformes y de Pago al Contado de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato para Entidades Públicas, por lo que no existe certeza de que la reserva técnica impugnada, este siendo contabilizada por el reasegurador."*

El extremo desde luego que ameritaba su esclarecimiento, por cuanto del expediente se observa la inexistencia de elementos de juicio que hubieran permitido resolver la

controversia, por cuanto queda la duda de si en efecto existe un reaseguro que cubra la contingencia en los términos exigido y señalados por la autoridad recurrida, situación que debió ser tomada en cuenta por la Entidad Fiscalizadora antes de su pronunciamiento.

Tal extremo debió motivar a que el ente regulador dé cumplimiento estricto a lo establecido por el artículo 29° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en cuanto a que:

"…*Artículo 29.- (Prueba).*

I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, ***de oficio*** *o a pedido de parte, podrán* ***disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respeto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones****;*…"

De manera tal que, revisado el cuaderno de autos, ante la posición de la ahora recurrente, no se le permitió a ésta producir pruebas que demuestren la verdad material de su alegación, determinando nuevamente su indefensión, con la pertinencia que a ello hagan los precedentes señalados en el numeral 2.1.1 supra.

En definitiva y no obstante que era deber del ente regulador esclarecer los hechos invocados para hacerlos conducentes a la toma de su decisión, en contravención al artículo 3°, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), ha pronunciado la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 359-2011 de 7 de octubre de 2011 prescindiendo su deber de averiguar la verdad material a lo expresado por la ahora recurrente, determinando la infracción al debido proceso administrativo como derecho y garantía inherentes a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, correspondiendo a la presente instancia jerárquica precautelar los mismos, determinando la decisión que sale de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.1.3. Facultad de la Autoridad Fiscalizadora.-

2.1.3.1. La determinación de Reservas como acto de competencia del Ente Regulador.-

Conforme lo señala al tiempo la propia recurrente, el artículo 5°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 29002 (de Procedimiento Administrativo), establece que "*los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias*"

Para el caso y conforme a su tiempo la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 359-2011 de fecha 7 de octubre de 2011 ha señalado:

> "…*son funciones y objetivos primordiales que alientan la creación del órgano de fiscalización y control:*
>
> 1. *Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras; y*
> 2. *Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros* (…)

Que para asegurar el cumplimiento de este objetivo, la ley de Seguros Nº 1883 dota a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros de una serie de atribuciones contenidas en los incisos a) al s) del artículo 43, y de manera complementaría le otorga la facultad contenida en el inciso t) para hacer uso de todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que una de las atribuciones necesarias para que la APS dé cumplimiento a sus funciones está contenida en el inciso a) del artículo 41 de la Ley 1883 (velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras), en cuya virtud se halla facultada a emitir medidas prudenciales, como lo es la emisión de la Resolución Administrativa/APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011 que instruye la constitución de una Reserva Técnica de Seguros - Especial.

Que en este entendido y dado que la función de mantener un mercado sólido equivale a ejercer un mayor control para evitar que el margen de solvencia se reduzca por debajo de un mínimo de seguridad, o que la situación financiera de la Aseguradora sea tal que le resulte difícil cumplir con sus compromisos, es que la APS adoptó la medida prudencial, ahora impugnada, buscando la protección del beneficiario (entidad estatal) a través de un colchón financiero que pueda hacer frente a la contingencia…"

Asimismo y conforme lo analizado en el numeral 2.2.1 supra, toda vez que a tiempo del pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 no existía Comité de Normas Financieras de Prudencia (CONFIP) por cuyo intermedio se aprobaban las requeridas reservas especiales, en concreto deben considerarse los artículo 41º, incisos 'a' y 'c', y 43º, inciso 't', de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), los que a la letra señalan:

"*…ARTICULO 41. - FUNCIONES y OBJETIVOS.- La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:*

a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro (…)
c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros (…)

ARTICULO 43. - ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.- La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones: (…) *t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones…*"

Por consiguiente, la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para la determinación de la constitución de las Reservas Técnicas, deviene de la norma legal.

2.1.3.2. Vigencia normativa de las reservas especiales.-

El Recurso Jerárquico acusa la imposición de una "*reserva especial a una sola compañía, sin*

contar con una norma que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad" y señala también que "*para la constitución de reservas especiales, en principio debió existir una norma reglamentaria de carácter general APROBADA POR EL CONFIP con el objeto exclusivo de regular la constitución de RESERVAS ESPECIALES*".

Tales proposiciones conllevan dos presupuestos que, en el entender de la recurrente, habrían sido inobservados por el ente regulador:

- La inexistencia de una necesaria norma de carácter general, entonces un reglamento, que determine las reservas especiales.

- La inexistencia de una necesaria aprobación del CONFIP a la norma que determine las reservas especiales.

A efectos de dilucidar tales extremos, a continuación es pertinente volver a transcribir el artículo 16º del Decreto Supremo Nº 25201 de 16 de octubre de 1998 (reglamentario a la Ley de Seguros):

> "…*Artículo 16º.- RESERVAS ESPECIALES Y PARA RIESGOS CATASTROFICOS.*
>
> *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir reservas especiales y para riesgos catastróficos, cuando sea pertinente.* ***Estas reservas se determinarán mediante norma aprobada por el CONFIP*** *y serán exigibles por la Superintendencia cuando corresponda…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces y en principio, entendida la norma como la "*regla de conducta*" a la que se refiere Cabanellas en el *Diccionario*, importa –bajo el instrumento legal emitido- un reglamento con el efecto general que ello implica, otorgándole atribuciones específicas al ente regulador a efectos de su determinación –cual señala la norma- **cuando corresponda**, dejando la discrecionalidad legal (en el marco de sus atribuciones) al ente regulador.

Con respecto a la inexistencia de aprobación del CONFIP "*con el objeto exclusivo de regular la constitución de RESERVAS ESPECIALES*", también es propicio establecer dos finalidades que salen del artículo 16º del Decreto Supremo Nº 25201 de 16 de octubre de 1998:

- **Sustancialmente**, "*las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir reservas especiales y para riesgos catastróficos,* ***cuando sea pertinente***".

- **Adjetivamente**, "*estas reservas se determinarán mediante norma aprobada por el CONFIP* ***y serán exigibles por la Superintendencia cuando corresponda***".

Es decir que, el fin primigenio y fundamental de la norma referida a las reservas especiales, es constituir las mismas ***"cuando sea pertinente"***, y como emergencia de lo anterior, tales reservas especiales deben ser **aprobadas** por alguien, estableciendo dicha norma que debe ser a través del Comité de Normas Financieras de Prudencia (CONFIP), ente que a tiempo del pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 no existía,

por tanto no era por su intermedio que podían determinarse las requeridas reservas especiales, no obstante y en interés del derecho, las mismas igual deben constituirse y mantenerse y sustancialmente ser exigidas por la APS, si así correspondiese.

Recuérdese que el principio de derecho establece que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, y no a la inversa: lo sustancial (la constitución de reservas especiales) determina a lo adjetivo (la determinación de las reservas especiales), resultando que aquí, el fundamental valor a ser protegido es la constitución de tales reservas especiales; entonces, el procedimiento para su determinación debe necesariamente subordinarse a lo mismo.

En todo caso, debe quedar claro que no existe norma que hubiera dejado sin efecto la necesidad de determinar, constituir y mantener reservas especiales, cuando ello fuera pertinente. Por el contrario, el bien jurídico que tales reservas tutelan, sigue siendo susceptible de protección y justificando su existencia.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º y 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar y Anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 359/2011 de 7 de octubre de 2011, que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011, en sus artículos primero, tercero y cuarto, manteniéndose subsistentes.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo correspondiente al artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011 que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 359/2011 de 7 de octubre de 2011, debiendo iniciarse nuevo procedimiento y emitirse nueva Resolución Administrativa por cuerda separada, conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 760/2011 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 016/2012 DE 05 DE ABRIL DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 016/2012

La Paz, 05 de abril de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 760/2011 de 4 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 002/2012 de fecha 20 de febrero de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 022/2012 de fecha 28 de febrero de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de noviembre de 2011, Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa, representada legalmente por su Gerente General Carola Blanco Morales tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 155/2011 de fecha 17 de febrero de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Publica Nº 56 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Eugenia Quiroga de Navarro, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 760/2011 de 4 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 663/2011 de 12 de septiembre de 2011.

Que, en fecha 8 de diciembre de 2011, se notificó a Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa con el proveído de fecha 1 de diciembre de 2011, para que esta en un plazo no mayor a 3 días hábiles administrativos presente documentación que acredite la personería de sus representantes legales.

Que, en fecha 9 de diciembre de 2011, Panamerican Securities S.A., Agencia de Bolsa presenta la documentación extrañada.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 12 de diciembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Panamerican Securities S.A, mismo que fue notificado el 13 de diciembre de 2011.

Que, el 26 de enero de 2012, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Panamerican Securities S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota de 28 de julio de 2011 ASFI/DSV/R.76467/2011 notificó a Panamerican Securities S.A., con 18 presuntas contravenciones en las que habría incurrido, no siendo objeto de impugnación las primeras diecisiete infracciones en Recurso Jerárquico se hará un resumen de las mismas conforme el siguiente texto:

> ***"Cargo Uno.-*** *(Partidas pendientes de conciliación regularizadas en un plazo mayor a los 30 días.)*
> ***Cargo Dos.-*** *(Documentos pendientes por cobrar al personal con saldos contables a fin de mes).*
> ***Cargo Tres.-*** *(Estados de cuenta entregados a algunos de los clientes fuera del plazo establecido en la normativa vigente.)*
> ***Cargo Cuatro.-*** *(Estados de cuenta que no fueron entregados a algunos de los clientes de la agencia de bolsa.)*
> ***Cargo Cinco.-*** *(Entrega de estados de cuenta por medios electrónicos sin evidencia de la solicitud escrita del cliente).*
> ***Cargo Seis.****- (Activo fijo con vida útil superior a lo establecido en el Manual de Cuentas.)*
> ***Cargo Siete****.- (Inversiones permanentes cuyo documento de propiedad no fue proporcionado).*
> ***Cargo Ocho.-*** *(Inadecuado registro del pago del impuesto a la (sic) utilidades de la gestión 2009)*
> ***Cargo Nueve.-*** *(Inadecuada compensación del pago del impuesto a las utilidades de la gestión 2009.)*
> ***Cargo Diez.-*** *(Inversiones permanentes efectuadas por la agencia de bolsa con títulos valores no autorizados por ASFI)*
> ***Cargo Once.-*** *(La agencia de bolsa contabilizó inadecuadamente las inversiones sin oferta pública que posee en Data Source S.R.L.)*

Cargo Doce.- *(La entidad suscribió contratos para operaciones Forwars con Locfund Limitd Partneship sin autorización de la Autoridad de Supervisión del Sistema de Financiero)*

Cargo Trece.- *(La Agencia de Bolsa no ha efectuado capacitaciones a su personal)*

Cargo Catorce.- *(Deficiencias en evaluación de las carpetas de clientes permanentes)*

Cargo Quince.- *(Deficiencias en evaluación de las carpetas de clientes eventuales)*

Cargo dieciséis.- *(Deficiencias en evaluación de las operaciones de la agencia)*

Cargo diecisiete *(Existen algunas órdenes, donde la hora en la que se tomó la misma fue después de haber sido ejecutada)*

"…Cargo dieciocho.- Anticipo de dividendos de Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa a su accionista mayoritario Panamerican Investments S.A.

La Sociedad aprobó el pago anticipado de los dividendos de las acciones de Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa por $us154.423.- equivalentes a Bs1.076.327.-, el importe mencionado anteriormente fue registrado contablemente a través de los siguientes asientos contables:

Cuenta	Fecha	Sigla	Códig	N°	Descripción	Debe	Haber
1080603203	25-02-2010	TRA	6410	490	Registra cuenta por cobrar PISA según convenio entre partes.	1,076,326.99	
1080603203	01-03-2010	EGR	6719	119	Registra pago anticipado de dividendos gestión 2009.		1,076,326.99

Al 25 de febrero de 2010, no existe evidencia que la Junta General Ordinaria de Accionistas haya efectuado el tratamiento de los estados Financieros ni determinado el destino de las utilidades por la gestión 2009.

Dicha conducta, contraviene sus Estatutos Sociales y por tanto el inc. b) del artículo 21 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución N° 751 del 8 de diciembre de 2004.

Por lo que otorgaron a Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa, un plazo de (10) días hábiles administrativos para presentar los correspondientes descargos…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 24 de agosto de 2011, mediante CITE.PS/GG/181/2011 Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa presentó descargos correspondiente al cargo dieciocho refiriendo lo siguiente:

"…18. Anticipo de dividendos de Panamerican Securities S. A. Agencia de Bolsa a su accionista mayoritario Panamerican Investments S.A.

Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa, procedió al préstamo de $us. 154.423.- a favor de Panamerican Investments S.A., conforme a las notas de descargo de Panamerican Securities S.A. de fecha 25 de febrero de 2010 y de Panamerian (sic) Investments S.A. de fecha 30 de marzo de 2010, que se adjuntan a la presente en el Anexo 15. Lastimosamente, dicha transacción fue registrada de forma incorrecta en la contabilidad, a raíz de una solicitud equivocada de Panamerican Investments S.A."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°663/2011 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N°663/2011 de 12 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 15.000.- (QUINCE MIL 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) por infracción de lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores No. 1834 de 31 de marzo de 1998, la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución N° 751 de 8 de diciembre de 2004, el Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, de acuerdo a lo descrito expresamente en la presente Resolución Administrativa y en sujeción a lo previsto en el Decreto Supremo No. 26156.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *De acuerdo a lo señalado en la presente Resolución,* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *debe previsionar el 100% (cien por ciento) de la inversión efectuada en Data Source S.R.L. en el plazo de 10 (diez) días hábiles administrativos contados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, debiendo remitir a este efecto el comprobante contable correspondiente.*
>
> ***TERCERO.- PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *por esta Resolución se halla expresamente prohibida de acuerdo al inc. i) del artículo 22 de la Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución Administrativa No. 751 de 8 de diciembre de 2004, a suscribir y/o realizar operaciones forwards en el sistema financiero boliviano, en tanto y en cuanto no presente a esta Autoridad la solicitud.*
>
> ***CUARTO.-*** *El importe de la sanción deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa* "

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 6 de octubre de 2011, Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N°663/2011 de 12 de septiembre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 760/2011 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 760/2011 de 4 de noviembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar en todas su partes, la Resolución Administrativa ASFI Nº 663/2011 de 12 de septiembre de 2011.

> ***"…CONSIDERANDO:***
>
> *Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:*

1) Con relación a los errores contables considerados como multas separadas

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 15/2004 de 30 de septiembre de 2004, señala que "El principio de legalidad de la actividad administrativa está garantizado, en cuanto, a la formación de sus decisiones, por el permanente respeto a los procedimientos legalmente establecidos. Este importante principio obedece a que a la administración le es connatural el bienestar general y el interés de la comunidad y para estos efectos debe necesariamente sujetarse a reglas de comportamiento que deben estar previamente determinadas en el ordenamiento jurídico.

Los actos administrativos deben necesariamente formarse cumpliendo previamente los procedimientos legalmente establecidos. La observancia de la forma es la regla general, no solo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino también para asegurar la certeza en el actuar de la administración con relación al respeto de los derechos de los administrados."

En el mismo sentido respecto al principio de sometimiento pleno a la ley, cabe señalar que la doctrina del Derecho Administrativo prevé que, la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos se proyecta tanto en procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2005 de 13 de enero de 2005).

Por los precedentes señalados, se puede colegir que de acuerdo a los fundamentos de la Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, se advierte que no se aplicó los numerales 4, 7, 8 y 9 del inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156, como equivocadamente argumenta el recurrente, por cuanto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero si bien sancionó los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, como infracciones al Manual de Cuentas en aplicación de los principios de sometimiento pleno a la ley y principio de legalidad, los cuales se encuentran establecidos en los incisos c) y g) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, en ninguna parte de la referida Resolución se establece que para los cargos (1, 2, 6, 8 y 11) se hubiera utilizado lo referidos numerales.

- *El argumento de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debió aplicar una sola multa por la totalidad de los cargos y no establecerlas como infracciones distintas e independientes, no es pertinente ya que los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, constituyen incumplimientos independientes puesto que los mismos son actos, hechos u omisiones constitutivos de infracción los cuales fueron evaluados de manera individual y proporcional en resguardo de los principios sancionadores establecidos en el artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Decreto Supremo N° 26156.*

- *Por su parte, la Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, sanciona a* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *con una multa de $us 15.000, dicha multa se basa en la acumulación de 18 infracciones incurridas por la entidad, habiendo aplicado para el efecto el concurso de infracciones establecido en el artículo 7 del*

Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Decreto Supremo N° 26156, el cual establece la sanción a la infracción más grave incrementada hasta un 50%, en tal sentido se sancionó a la referida sociedad con una multa de $us 10.000, incrementándose la cuantía en un 50%, dando como resultado la multa de $us 15.000.

En ese entendido, para los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, el precedente administrativo Jerárquico RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, establece que: "El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que lo autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material.

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

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

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

En lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).

Aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo

tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto al Principio de Proporcionalidad:

Tipificación. Conforme al principio de tipicidad, los preceptos legales (norma) es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presente caso, se tiene las observaciones siguientes:

Cargo 1, *el Manual Único de Cuentas establece que las partidas pendientes de conciliación de las cuentas corrientes en bancos del país, deberán ser regularizadas en un plazo no mayor a treinta días y en bancos del exterior en un plazo no mayor a 60 días, computables a partir de la fecha de origen de las partidas, en este marco, de acuerdo a lo señalado en la página 20 de la Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011,* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *tenía partidas que en su mayoría sobrepasaron los 32 días, habiendo regularizado las mismas fuera del plazo previsto en el Manual Único de Cuentas, incumpliendo el segundo párrafo de la "Descripción" de la Cuenta Bancos, Código 101.02 capítulo "Activo", grupo "Disponible" del Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006.*

Cargo 2, *existen saldos observados de enero a noviembre de 2010, los cuales de acuerdo a la Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, (página 21) sobrepasan los Bs10.682, lo que represento (sic) una inadecuada exposición de saldos en los estados financieros, contraviniendo la "Descripción" de la Cuenta Pendientes de cobro al personal, código 108.05 del Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución N° 1296/06 del 24 de noviembre de 2006.*

Cargo 6, *el recurrente ha establecido un activo fijo (masetero de madera) con vida útil superior a lo establecido en el Manual de Cuentas, incumpliendo lo establecido en la Cuenta 126.00 "Activo Fijo" del Manual Único de Cuentas.*

Cargo 8, *la entidad registró inadecuadamente el registro del pago de impuesto a las utilidades de la gestión 2009, contraviniendo el numeral 1 de los débitos cuentas 109.02 "Pago a Cuenta de Impuestos" del Manual Único de Cuentas.*

Cargo 11*, el recurrente contabilizó inadecuadamente cuotas en lugar de acciones (Data Source S.R.L.) en los estados financieros incumpliendo la "Descripción" de la cuenta 120.00 "Inversiones Permanentes" del Manual Único de Cuentas.*

Cargo 18, *la sociedad aprobó el pago anticipado de los dividendos de las acciones de Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa por $us154.423, equivalente a Bs1.076.327, el importe mencionado fue registrado contablemente a través de los siguientes asientos contables:*

Cuenta	Fecha	Sigla	Código	N°	Descripción	Debe	Haber
1080603203	2&-02-2010	TRA	6410	490	Registra cuenta por cobrar PISA según convenio entre partes.	1.076.326.9 9	
1080603203	01-03-2010	EGR	6719	119	Registra pago anticipado de dividendos gestión 2009.		1.076.326.99

Incumpliendo los Estatutos de la Sociedad y el inciso c) del artículo 21 de la Normativa para Agencia de Bolsa aprobada mediante Resolución N° 751 del 8 de diciembre de 2004.

Las infracciones citadas precedentemente (1, 2, 6, 8, 11 y 18), se encuentran plenamente demostradas habiendo incumplido ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *el segundo párrafo de la "Descripción" de la Cuenta Bancos, Código 101.02 capítulo "Activo", grupo "Disponible"; "Descripción" de la Cuenta Pendientes de cobro al personal, código 108.05; Cuenta 126.00 "Activo Fijo"; numeral 1 de los débitos cuentas 109.02 "Pago a Cuenta de Impuestos"; "Descripción" de la cuenta 120.00 "Inversiones Permanentes" del Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006; y el inciso c) del artículo 21 de la Normativa para Agencia de Bolsa aprobada mediante Resolución N° 751 del 8 de diciembre de 2004.*

•Gradación. *Las infracciones cometidas por el (sic)* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA,*** *son incumplimientos susceptibles de sanción por parte de la Autoridad Reguladora, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las entidades supervisadas, en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en el segundo párrafo de "la "Descripción" de la Cuenta Bancos, Código 101.02 capítulo "Activo", grupo "Disponible"; "Descripción" de la Cuenta Pendientes de cobro al personal, código 108.05; Cuenta 126.00 "Activo Fijo"; numeral 1 de los débitos cuentas 109.02 "Pago a Cuenta de Impuestos" y la "Descripción" de la cuenta 120.00 "Inversiones Permanentes" todos del Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, así como el inciso c) del artículo 21 de la Normativa para Agencia de Bolsa aprobada mediante Resolución N° 751 del 8 de diciembre de 2004.*

Adicionalmente, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión de las infracciones.

Aplicando lo citado precedentemente, en el presente caso, se tiene lo siguiente:

a) *De la evaluación de los antecedentes presentados por* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A AGENCIA DE BOLSA*** *se advierte error en la acción de contabilización que fue producto de la conducta negligente del recurrente quien debió conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.*

b) *Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, cabe señalar que los incumplimientos incurridos por* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *contenidos en los cargos (1, 2, 6, 8, 11) pueden influir en los estados financieros generando una exposición errónea de la calidad de esta información, sin embargo de ello, no se advierte que dichos incumplimientos hubieran ocasionado perjuicio a terceros.*

En relación al cargo 18, dicha conducta generó beneficios para Panamerican Investments S.A. al anticiparse los dividendos de ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA,*** *dicha conducta se contrapuso a las atribuciones de la Junta General Ordinaria de la sociedad, la cual se reúne una vez al año para considerar la distribución de utilidades, de tal forma que ningún accionista pueda disponer de manera arbitraria el destina (sic) de la sociedad.*

c) *En relación a la reincidencia, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado a* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *por incumplimientos al segundo párrafo de la "Descripción" de la Cuenta Bancos, Código 101.02 capítulo "Activo", grupo "Disponible"; "Descripción" de la Cuenta Pendientes de cobro al personal, código 108.05; Cuenta 126.00 "Activo Fijo"; numeral 1 de los débitos cuentas 109.02 "Pago a Cuenta de Impuestos" y la "Descripción" de la cuenta 120.00 "Inversiones Permanentes" del Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, así como el inciso) del artículo 21 de la Normativa para Agencia de Bolsa aprobada mediante Resolución N° 751 del 8 de diciembre de 2004.*

d) *Respecto a la cuantía para la imposición de la sanción contra* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA,*** *los artículos 3,11, inciso b), parágrafo I del artículo 12, artículo 13, numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Decreto Supremo N° 26156, señalan que la aplicación de sanción de multa se prevé a "quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para si (sic) o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos", determinando la aplicación de multas, según los rangos.*

La Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, aplicó todos los criterios de graduación, estableciendo para el Cargo 1, la sanción del multa equivalente a $us600; Cargo 2, sanción de multa equivalente a $us600; Cargo 6, sanción de multa equivalente a $us500; Cargo 8, sanción de multa equivalente a $us600 y Cargo 11, sanción de multa equivalente a $us600.

En relación al cargo 18, por la gravedad de la conducta incurrida por la sociedad (anticipación de dividendos), se aplicó la sanción de multa de Primer Rango equivalente a $us10.000, al haberse dado la concurrencia de varias infracciones, se incrementó la multa en 50% en razón a la concurrencia y gravedad de los hechos.

Que, los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, constituyen infracciones independientes las cuales fueron evaluadas a tiempo de imponer sanción a la entidad recurrente, en el presente caso al existir varios actos, hechos u omisiones (18 cargos) se aplicó el artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Decreto Supremo N° 26156, sancionándose la infracción más grave (cargo 18) con una multa de $us10.000, la cual ha sido incrementada en un 50% de dicha sanción, dando como resultado la sanción de multa de $us15.000.

2) Con relación al supuesto anticipo de dividendo (sic) (cargo 18)

- *El inciso b) del artículo 21 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 751 de 8 de diciembre de 2004, establece que las Agencias de Bolsa deben cumplir con las disposiciones legales para el área del Mercado de Valores, así como respetar y cumplir con lo establecido en los Reglamentos Internos de las citadas Agencias de Bolsa.*

De la interpretación lógica y sistemática de la normativa transcrita se infiere que las Agencias de Bolsa deben cumplir con las disposiciones normativas existentes, no debe olvidarse que esta misma norma obliga a la sociedad recurrente a cumplir con el numeral 2) del artículo 285 el Código de Comercio, el cual señala que la Junta General Ordinaria se reunirá con carácter obligatorio, por lo menos una vez al año, para considerar la distribución de utilidades, en ese sentido debe considerarse la importancia de la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por la Junta General Ordinaria ya que de acuerdo a lo señalado por el Autor Carlos Morales Guillen la misma "está subordinado al principio mayoritario que tiene carácter esencial, porque no es concebible otro modo de adoptar acuerdos y decisiones que comprendan los intereses de la pluralidad de las personas que la integran ya que de ninguna manera ningún accionista puede disponer de la vida y del destino de la sociedad".

En ese sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, contrario sensu a lo aseverado por el recurrente, en virtud del principio de verdad material consagrado en el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada, como se desprende del análisis de descargos contenido en la página 39 de la Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, arribando a las conclusiones siguientes:

- *"El registro contable N° 119 de 1 de marzo de 2010 y la nota P1012/10 de 25 de febrero de 2010, emitida por Panamerican Investments S.A. determinan de manera absoluta inequívoca la solicitud del pago anticipado de dividendos.*

- *En los Estados Financieros, el pasivo de Panamerican Investments S.A. correspondiente al 31 de marzo de 2010 y remitido a este Órgano de Supervisión a través de la nota PI23/10 de 29 de abril de 2010, no registra deuda alguna con Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa, ya que en la cuenta "Deudas por pagar con empresas relacionadas y/o vinculadas a corto plazo", presenta únicamente un saldo de Bs1.072.842, conformado por deudas con Centurión Capital S.A. ME por Bs1.034.615.32 y C&O Bolivia ME por Bs38.226.22.*

- *La Agencia de Bolsa en los descargos presentados no remitió el contrato de préstamo que manifiesta haber efectuado con la Sociedad con Panamerican Investments S.A.*

- *La Agencia de Bolsa, tampoco ha presentado la autorización emitida por el órgano societario competente de la sociedad, aspectos que deben ser cumplidos para otorgar un préstamo según lo dispone el Manual Único de Cuentas, en la Descripción de la cuenta 108.00 "Documentos y cuentas pendientes de cobro".*

- *La Agencia de Bolsa tampoco reportó a este Órgano de Supervisión dicho préstamo en la forma AB-8 "Evaluación de capital y patrimonio mínimo", en el ítem cuentas pendientes de cobro a empresas vinculadas cuyo importe al 28 de febrero de 2010, es de cero".*

*Por la razón anotada, **PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA** no puede pretender exonerar su responsabilidad arguyendo que los estatutos de la entidad no señalan como atribución de la misma que los préstamos otorgados a terceros deban ser aprobados por dicha instancia, por cuanto Panamerican Investments S.A. mediante carta P1012/10 de 25 de*

febrero de 2010, de manera expresa, escrita e inequívoca solicitó el pago anticipado de dividendos de las acciones de ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *por $us154.423, constituyendo dicha nota en el respaldo de los registros contables: comprobante contable de egreso N°119 de 1 de marzo de 2010 y comprobante de traspaso N° 490 de 25 de febrero de 2010, documentos que acreditan el desembolso que realizó dicha entidad como anticipo de dividendos a favor de Panamerican Investments S.A.*

En consecuencia ninguna Agencia de Bolsa puede eludir el desconocimiento de la normativa, y menos aún, cuando parte de sus facultades es precisamente la distribución de las utilidades o, en su caso, el tratamiento de las pérdidas.

Lo expuesto demuestra que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero valoró en su integridad con racionalidad y sana crítica las pruebas de descargo presentadas por el recurrente.

En relación a que el asiento contable de 25 de febrero de 2010, se trataría de un préstamo de dinero y no de un anticipo de dividendos, al respecto cabe señalar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuó todas las diligencias necesarias a objeto de establecer la verdad material, en este marco, se advierte que mediante nota ASFI/DSV/R-88932/2011, se comunicó a Panamerican Investments S.A. la realización de una inspección especial la cual concluye con el informe ASFI/DSV/R-90695/2011 de 1 de septiembre 2011, que revela los siguientes aspectos:

- *"El Representante Legal de la entidad manifestó que no existe el contrato de préstamo suscrito entre Panamerican Investments S.A. y Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa por la suma de $us154.422.81.*

- *El registro contable N° 7 del 25 de febrero de 2010, muestra que el desembolso de $us154.422.81, fue apropiado en los registros contables de la entidad como "adelanto dividendos Panamerican Securities S.A:", cuyo respaldo es la nota PI012/10 del 25 de febrero de 2011.*

• *De la verificación a la correspondencia enviada por Panamerican Investments S.A. se obtuvo el siguiente detalle:*

Fecha	*N° de Nota*
12-04-10	*PI021/10*
09-04-10	*PI020/10*
30-03-10	*Sin cite*
26-03-10	*PI 19/10*
23-03-10	*PI18/10*

Respecto a la nota del 30 de marzo de 2010, dirigida a Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa, la misma no lleva cite o correlativo según libros, el Representante Legal de la entidad, desconoce de dicho extremo".

En ese orden, de acuerdo al análisis de la Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión sancionó a ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *con multa en bolivianos equivalente a $us15.000, por la concurrencia de varias infracciones (18 cargos), habiéndose*

sancionado con la infracción más grave (cargo N° 18), al haber anticipado la suma de $us154.423, como dividendos a su accionista mayoritario Panamerican Investments S.A.

Sobre el particular y contrario a lo aseverado por el recurrente mediante nota PI012/10 de 25 de febrero de 2010, emitida por Panamerican Investments S.A. y dirigida a Panamerican Securities S.A., se advierte que la sociedad recurrente abonó la suma de $us154.422.81, por concepto de pago anticipado de dividendos a favor de Panamerican Securities S.A.

No obstante lo verificado, ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *señala que no se trata de un anticipo de dividendos, por cuanto mediante nota CB-039/2010 de 25 de febrero de 2010, emitido por el recurrente y dirigida a Panamerican Investments S.A. se trataría de un préstamo de dinero, esta apreciación no es coincidente con el análisis efectuado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en razón a que si hubiera sido un préstamo bajo cualquier condición, Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa, en el reporte B-8 "Evaluación de capital y patrimonio mínimo" del mes de febrero de 2010, remitido al Órgano de Supervisión con nota HN-16/10 el 10 de marzo de 2011, debió reportar como cuentas pendientes de cobro a empresas vinculadas y no como Bs 0, por tanto dicho desembolso no constituye un préstamo.*

Por otra parte, sobre la base de la nota CB-039/2010 de 25 de febrero de 2010, los estados financieros al 31 de marzo de 2010, de Panamerican Investments S.A., remitidos a este Órgano de Supervisión con nota PI023/10, no declaran ninguna deuda por pagar a Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa.

Adicionalmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, se refirió al tema al señalar textualmente: "(..,) La Agencia de Bolsa, tampoco ha presentado la autorización emitida por el órgano societario competente de la sociedad, aspectos que deben ser cumplidos para otorgar un préstamo según lo dispone el Manual Único de Cuentas, en la descripción de la cuenta 108.00 "Documentos y cuentas pendientes de cobro".

- *Por otra parte, de acuerdo al artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, es facultad de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero velar por el desarrollo de un Mercado de Valores sano, seguro, transparente y competitivo, por lo que de acuerdo a lo señalado en la página 41 de la Resolución ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, "(...) si hipotéticamente se hubiese considerado el anticipo de dividendos como préstamo, este podría haber generado un perjuicio económico a la entidad, en razón a que dicho préstamo dentro de sus características, no conlleva una tasa de interés", de lo señalado resulta que el Órgano regulador en procura de velar por el mercado de valores tiene facultad para pronunciarse respecto al bienestar económico de las Agencia de Bolsa.*

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *no son suficientes para desvirtuar los alcances de la Resolución ASFIN⁰ 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, por cuanto era su deber determinar el destino de la*

utilidades gestión 2009, a través de la Junta General Ordinaria de Accionistas y no anticipar el pago de dichos dividendos a favor de Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa por $us154.423.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, prescribe en el artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que los recursos administrativos previstos en la presente ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

Que, el artículo 43 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras aprobado mediante del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 49 de la citada disposición legal, dispone que la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Administrativa N° 1296 de 24 de noviembre de 2006, se aprobó el Manual Único de Cuentas para Bolsas de Valores, Agencias de Bolsa, Sociedades

Administradoras de Fondos de Inversión, Fondos de Inversión y Entidades de Depósito de Valores.

Que, la "Descripción" de la cuenta Bancos Código 101.02 capítulo "Activo", grupo "Disponible" del Manual Único de Cuentas, dispone que las partidas pendientes de conciliación de las cuentas corrientes en bancos del país, deberán ser regularizadas en un plazo no mayor a treinta días; y en bancos del exterior en un plazo no mayor de 60 días computables a partir de la fecha de origen de la partida.

Que, la "Descripción" del registro Cuentas Pendientes de cobro al Personal, Código 108.05, capítulo "Activo" prevé que en dicha cuenta se registran las cuentas pendientes de cobro con el personal, por concepto de anticipo de sueldos, salarios, bonos, comisiones y otros préstamos. También registra los anticipos de honorarios a directores y síndicos. Estas cuentas serán deducibles del salario u honorario mensual, por lo que al fin de mes no debe quedar pendiente de cobro ningún saldo.

Que, la "Descripción" de la cuenta Pago a cuenta de Impuestos, Código 109.02, capítulo "Activo" dispone que en dicha cuenta se registran los impuestos sobre las utilidades de las empresas, generadas en cada período contable, que será compensado con el impuesto a las transacciones de la gestión siguiente y que los débitos son registrados por los valores pagados en concepto del IUE.

Que, la "Descripción" de la cuenta 120.00 capítulo "Activo", grupo "Inversiones Permanentes" del Manual Único de Cuentas, prevé que:

b) Valoración de inversiones de renta variable no registradas en bolsa.

Las inversiones no financieras de renta variable no registradas en Bolsa, deberán contabilizarse a su valor de adquisición y ser actualizados por inflación. Las ganancias o pérdidas de capital que puedan generar estos valores sólo podrán ser contabilizadas una vez que éstos se hagan efectivos, vale decir cuando se realice la venta del título. La inversión en acciones de entidades sobre las cuales se ejerza control total o influencia significativa en sus decisiones, se valuará al valor patrimonial proporcional (VPP) que surja de los últimos estados financieros auditados disponibles de la entidad emisora. Al cierre del ejercicio anual, la entidad inversora deberá ajusta su inversión de acuerdo al VPP Obtenido..."

Que, el Código 126.00, capítulo Activo, Grupo Activo Fijo, del Manual Único de Cuentas, establece que la depreciación de estos bienes (bienes tangibles para uso en la actividad de la entidad) se calcula mensualmente sobre los valores actualizados por el método de línea recta en función de los años de vida útil y sus respectivos porcentajes..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 24 de noviembre de 2011, ***Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa*** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 760/2011 de 4 de noviembre de 2011, argumentado lo siguiente:

"…II. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EL RECURSO.

En fecha 10 de noviembre del presente año, fuimos notificados con la ***Resolución ASFI No. 760/2011 de fecha 4 de noviembre de 2011*** *emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), cuyo Artículo Único señala lo siguiente:*

> ***"ÚNICO.- CONFIRMAR*** *en todas sus partes la Resolución ASFI No. 663/2011 de 12 de septiembre de 2011."*

Es importante recordar que a través del Artículo Primero de la Resolución ASFI No. 663/2011 de fecha 12 de septiembre de 2011 (en adelante la R-ASFI 663), la ASFI resolvió lo siguiente:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a* ***PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 15.000.- (QUINCE MIL 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) por infracción de lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores No. 1834 de 31 de marzo de 1998, la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución No. 751 de 8 de diciembre de 2004, el Manual Único de Cuentas, aprobado mediante Resolución Administrativa No. 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, de acuerdo a lo descrito expresamente en la presente Resolución Administrativa y en sujeción a lo previsto en el Decreto Supremo No. 26156."*
> *[Las negrillas son originales de los textos citados].*

En atención a que el Recurso de Revocatoria interpuesto por PANAMERICAN SECURITIES contra la R-ASFI 663 ha sido negado, dentro el plazo establecido por el Artículo 53 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, interponemos el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 760/2011 de fecha 4 de noviembre de 2011 (en adelante la R-ASFI 760), conforme a los argumentos que a continuación pasamos a exponer.

III. ANTECEDENTES.

3.1. Nota ASFI/DSV/R-76467/2011 de 28 de julio de 2011.

En fecha 9 de agosto de 2011, fuimos notificados con la Nota ASFI/DSV/R-76467/2011 de fecha 28 de julio de 2011 (la Nota de Formulación de Cargos), a través de la cual la ASFI formuló dieciocho cargos en contra de PANAMERICAN SECURITIES y otorgó un plazo de diez (10) días hábiles administrativos a nuestra empresa para la presentación de los descargos correspondientes.

3.2. Nota Cite: PS/GG/181/2011 de 22 de agosto de 2011.

En fecha 24 de agosto de 2011, PANAMERICAN SECURITIES presentó ante la ASFI la Nota Cite: PS/GG/181/2011 de fecha 22 de agosto de 2011 (la Nota de Presentación de Descargos), a través de la cual pusimos en consideración de dicha entidad de supervisión los descargos correspondientes a los extremos señalados en la Nota de Formulación de Cargos, descrita en el punto anterior.

En nuestra Nota de Presentación Descargos señalamos que si bien existieron ciertas fallas de procedimiento respecto de las observaciones detalladas por la ASFI en la Nota de Formulación de Cargos, las mismas no ocasionaron daños económicos a nuestros clientes, al mercado o a nuestros accionistas, ni tampoco tuvieron efecto negativo alguno respecto de las operaciones de los mismos. Asimismo, contestamos todos y cada uno de los cargos formulados por la ASFI y en muchos casos presentamos los documentos de respaldo correspondientes, para consideración y evaluación por parte de la entidad supervisora.

3.3. Resolución ASFI No. 663/2011 de 12 de septiembre de 2011.

No obstante de los descargos presentados por PANAMERICAN SECURITIES, en fecha 15 de septiembre de 2011 fuimos notificados con la R-ASFI 663, a través de la cual la ASFI resolvió sancionar a nuestra empresa con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 15.000.- (Quince mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por infracción a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores, la Normativa para Agencias de Bolsa y el Manual Único de Cuentas de la ASFI.

De acuerdo con la R-ASFI 663, la sanción impuesta a nuestra empresa se encuentra basada tanto en la ratificación de los cargos imputados a PANAMERICAN SECURITIES, como en la concurrencia de las infracciones establecidas por la ASFI, las cuales, según la entidad de supervisión, se hallan plenamente relacionadas, pues los hechos y omisiones detectados se hallan interrelacionados de acuerdo con las inspecciones realizadas a nuestras oficinas por funcionarios de la ASFI.

3.4. Recurso de Revocatoria interpuesto por PANAMERCIAN SECURITIES contra la R-ASFI 663/2011.

A continuación y a tiempo de ratificarlos, pasamos a exponer los argumentos que fueron planteados por PANAMERICAN SECURITIES en el Recurso de Revocatoria interpuesto por nuestra empresa contra la R-ASFI 663.

i. Errores contables considerados como multas separadas.

De acuerdo con la R-ASFI 663, PANAMERICAN SECURITIES habría cometido errores en sus registros contables que fueron detectados por funcionarios de la ASFI en la inspección realizada a nuestras oficinas el pasado año 2010.

Con esto en cuenta, tanto la Nota de Formulación de Cargos como la R-ASFI 663 señalan que dichos errores dieron lugar a la formulación de los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, imputados a nuestra empresa, todos ellos que, de acuerdo con el texto de las páginas 20, 21, 25, 27 y 31 de la R-ASFI 663, contravienen el Manual Único de Cuentas de la ASFI y que por tanto, según señalan las páginas 19 y 20 de la R-ASFI 663, deben ser sancionados, todos ellos, con distintas multas de Primer Rango, en mérito a lo establecido por el Inciso b) del Artículo 202 del Decreto Supremo No. 26156.

Respecto de lo anterior y a tiempo de ratificar los argumentos planteados en nuestra Nota de Presentación de Descargos acerca de los cargos imputados, PANAMERICAN SECURITIES consideró pertinente observar el hecho de que si la ASFI consideraba que

exactamente la misma causal establecida en el inciso b) del Artículo 20º del Decreto Supremo No. 26156, eran aplicables a los cargos 1, 2, 6, 8 y 11 formulados a nuestra empresa, la entidad supervisora debió aplicar una única multa a dichos cargos. Con esto en cuenta, PANAMERICAN SECURITIES señaló que el error de la ASFI se originó en el hecho de asumir las observaciones descritas en los cargos señalados, como infracciones distintas e independientes.

Ya que la ASFI consideraba que los cargos 1, 2, 6, 8 y 11 se enmarcaban, todos ellos, en la misma causal establecida por el Artículo 202 del Decreto Supremo No. 26156, debió haber aplicado una sola multa a PANAMERICAN SECURITIES por dichos cargos.

Esta observación surgió a consecuencia del hecho de que en la R-ASFI 663, la ASFI no individualizó en cada uno de los cargos imputados, la causal establecida en el Inciso b) del Artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156, aplicable a cada cargo, así como tampoco señaló si todas las causales señaladas en dichos numerales eran aplicables a todos los cargos formulados, en cuyo caso debió haber sido aplicada una sola multa por la totalidad de los cargos formulados y de ningún modo acumular multas por cargos que se adecuaban exactamente a las mismas causales, tal como lo hizo la ASFI en la R-ASFI 663, en clara contravención del Principio de Proporcionalidad establecido en el Inciso c) del Artículo 3º del Decreto Supremo No. 26156.

En atención a estos argumentos expuestos, PANAMERICAN SECURITIES solicitó a la ASFI enmendar el error procesal descrito y aplicar una sola multa por los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, imputados a PANAMERICAN SECURITIES a través de la Nota de Formulación de Cargos y ratificados a través de la R-ASFI 663.

ii. Supuesto anticipo de dividendos realizado a nuestro accionista Panamerican Investments S.A.

Respecto del cargo 18 (supuesto Anticipo de dividendos de PANAMERICAN SECURITIES a su accionista mayoritario Panamerican Investments S.A.), confirmado por la R-ASFI 663, PANAMERICAN SECURITIES consideró pertinente reconocer que el asiento contable al que hizo referencia la ASFI en este cargo, no obstante de haber sido inicialmente registrado de manera correcta en los registros contables de nuestra empresa, tal como consta en el Libro Mayor de PANAMERICAN SECURITIES del 1º de enero al 31 de marzo de 2010, el cual señala que en fecha 25 de febrero de 2010 se registró un asiento contable en la Cuenta "Cuentas Pendientes de cobro a Panamerican Investments S.A.", bajo la descripción "Registra cuenta por cobrar PISA según convenio entre partes", con un saldo deudor de $us. 154.422,81.- (Ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos veintidós 81/100 Dólares de los Estados Unidos de América), a raíz de un error involuntario, en fecha 1º de marzo de 2010, dicha transacción había sido registrada en la misma cuenta bajo la descripción "Registra pago anticipado de dividendos gestión 2009 (Adj doc)", hecho que bajo ninguna circunstancia podía dar lugar a la imposición de una Multa de Primer Rango por la suma de $us. 10.000.- (Diez mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más aun teniendo en cuenta que en fecha 24 del mismo mes de marzo de 2010, dicha cuenta había sido totalmente cancelada, según fue demostrado mediante la presentación de la hoja 1 del Libro Mayor de PANAMERICAN SECURITIES del 1º de

enero al 31 de marzo de 2010, copia de la cual fue adjuntada al memorial de Recurso de Revocatoria presentado por nuestra empresa.

En cuanto se refirió al supuesto incumplimiento de nuestras propias normas internas, imputado por la ASFI, PANAMERICAN SECURITIES expresó su desconocimiento respecto de las razones que llevaron a la entidad de supervisión a realizar tal afirmación, teniendo en cuenta que de acuerdo con los Estatutos de nuestra sociedad, los préstamos otorgados a nuestros propios accionistas no requieren de autorización de órgano societario alguno, razón por la cual dicho criterio resultaba inaplicable a la sanción impuesta por la ASFI. En efecto, los Estatutos de PANAMERICAN SECURITIES no señalan como atribución de ningún órgano societario (Junta de Accionistas o Directorio) que los préstamos otorgados a terceros deban ser aprobados por dichas instancias: es más, el poder que fue conferido por el Directorio a favor de la Gerente General de la empresa, la señora Carola Blanco M., el cual figura en el instrumento No. 155/2011, otorgado en fecha 17 de febrero de 2011 por ante la Notaría de Fe Pública No. 56 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Eugenia Quiroga de Navarro, faculta expresamente a dicha funcionaría a celebrar todo tipo de contratos, sin ninguna limitación.

Mediante Nota CB-039/2010 de fecha 25 de febrero de 2010 de PANAMERICAN SECURITIES dirigida al accionista Panamerican Investments S.A., mediante la cual se acuerda el desembolso del monto de $us. 154.422,81.- (Ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos veintidós 81/100 Dólares de los Estados Unidos de América) en calidad de préstamo y no como un anticipo de dividendos como erróneamente señala la ASFI, se demostró fehacientemente que los recursos entregados a nuestro accionista, constituyó un préstamo de dinero.

Como se observa, quedaba claro que dicha nota había generado el asiento contable de fecha 25 de febrero de 2010, mismo que indica claramente que la operación registrada se trataba de un préstamo de dinero, ya que la misma fue anotada como "cuenta por cobrar PISA según convenio entre partes". En este sentido se señaló que la hoja 1 del Libro Mayor de PANAMERICAN SECURITIES del 1° de enero al 31 de marzo de 2010, en la que se describe el movimiento de la Cuenta 1080603203 "Cuentas Pendientes de cobro a Panamerican Investments S.A." corroboraba esta afirmación.

Al haber recibido Panamerican Investments S.A. el monto indicado, explicamos a la ASFI que la relación contractual había quedado concretada sin necesidad de la firma de un contrato específico de préstamo, al tenor de lo dispuesto por los artículos 453 y 457 del Código Civil Boliviano, razón por la cual quedaban desvirtuados los argumentos expresados por la ASFI que se referían a la no existencia de contrato suscrito entre ambas empresas, cuando en realidad si existe un contrato que se formó a raíz de una solicitud, una respuesta y un consentimiento tácito.

PANAMERICAN SECURITIES explicó que el hecho de que Panamerican Investments S.A. hubiese contabilizado el monto otorgado en préstamo como un anticipo de dividendos, cuando nuestra sociedad lo había contabilizado como un préstamo de dinero, escapaba totalmente del control de PANAMERICAN SECURITIES.

Al haber quedado plenamente demostrado que la acción observada en el cargo 18 constituyó un préstamo de dinero a nuestro accionista Panamerican Investments S.A. y no un anticipo de dividendos, PANAMERICAN SECURITIES consideró que era incorrecto afirmar, tal como lo hizo la ASFI, que dicha conducta había generado beneficios para Panamerican Investments S.A., ya que la entidad de supervisión no tuvo en cuenta que a diferencia de lo que sucede con los anticipos de dividendos, el dinero objeto de un préstamo debe ser devuelto en un tiempo determinado por el sujeto pasivo de la obligación de préstamo, en este caso Panamerican Investments S.A. En este sentido, PANAMERICAN SECURITIES se preguntó ¿qué tipo de beneficio pudo haber generado a nuestro accionista haber asumido una deuda con nuestra empresa?

Por otro lado, respecto de la afirmación plasmada en la R-ASFI 663 que señala que debido a que el préstamo otorgado por PANAMERICAN SECURITIES a Panamerican Investments S.A. había sido otorgado sin intereses, se había generado un perjuicio económico a nuestra sociedad, PANAMERICAN SECURITIES destacó el hecho de que tal situación escapaba totalmente de las competencias regulatorias de la ASFI, ya que no existe norma en vigencia alguna que prohíba (sic) a una Agencia de Bolsa otorgar préstamos a sus accionistas sin intereses, más aun teniendo en cuenta que PANAMERICAN SECURITIES en todo momento había cumplido con lo dispuesto por el inciso b. del Artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores y el Artículo 15 de la Normativa para Agencias de Bolsa, es decir no que no había afectado con dicho préstamo sus márgenes de liquidez, ni había modificado su capital social.

Asimismo, señalamos que el préstamo otorgado a Panamerican Investments S.A., de ninguna manera había afectado el patrimonio de PANAMERICAN SECURITIES y menos aún "podría haber generado un perjuicio económico a la entidad..." como supuso la ASFI, hecho que en caso de haberse generado, se encontraba de todas maneras fuera de las potestades de supervisión de la ASFI, ya que no existe normativa alguna en actual vigencia que establezca que la ASFI tiene la facultad de pronunciarse respecto del bienestar económico de las Agencias de Bolsa o de determinar las tasas de interés de los préstamos otorgados por una Agencia de Bolsa a sus accionistas. La inexistencia de perjuicio para PANAMERICAN SECURITIES y para sus accionistas, se había manifestado en el hecho de que todos los accionistas de la Sociedad habían sido beneficiados con el mismo tratamiento.

Finalmente, PANAMERICAN SECURITIES consideró pertinente pronunciarse acerca de las acciones correctivas a las que se refirió la ASFI en la R-ASFI 663, respecto del cargo 18.

Teniendo en consideración que la cuenta del Libro Mayor que reflejaba el préstamo otorgado por PANAMERICAN SECURITIES a Panamerican Investments S.A., había sido cancelada en fecha 24 de marzo de 2010, expresamos nuestra confusión respecto de las acciones correctivas a las que se refería la ASFI cuando señaló que PANAMERICAN SECURITIES "...no presentó ninguna acción correctiva, agravando si (sic) conducta con el envío que pudieron inducir a error al Órgano Regulador...".

En mérito a la argumentación de descargo expuesta en nuestro Recurso de Revocatoria, la cual, en criterio de PANAMERICAN SECURITIES demostraba la existencia simplemente de un error de contabilización y apropiación contable, solicitamos a la ASFI reemplazar la sanción de Multa impuesta a PANAMERICAN SECURITIES, por una de Amonestación.

3.5. Resolución ASFI No. 760/2011 de 4 de noviembre de 2011.

Como fue señalado anteriormente, no obstante de los argumentos planteados por PANAMERICAN SECURITIES en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la R-ASFI 663, en fecha 10 de noviembre del presente, fuimos notificados con la R-ASFI 760, a través de la cual la ASFI resolvió confirmar en todas sus partes la R-ASFI 663.

IV. RECURSO JERÁRQUICO.

A continuación pasamos a exponer los argumentos sobre los que se fundamenta la presente impugnación jerárquica.

4.1. Incorrecta aplicación del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001. Reglamento de Aplicación de sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores.

El inciso c) del Artículo 7º del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001, que tiene por objeto reglamentar la aplicación de sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores, señala a la letra:

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

Con esto en cuenta, debemos referirnos a las consideraciones de orden conclusivo expresadas por la ASFI respecto de los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, insertas en las páginas 21, 22, 26, 28 y 32 de la R-ASFI 663. Como podrá observarse, todos y cada uno de los párrafos conclusivos de los análisis de los cargos 1, 2, 6 8 y 11 formulados por la ASFI, insertos en las páginas antes señaladas de la R-ASFI 663, contienen el siguiente texto resaltado:

"En consecuencia, corresponde aplicar la sanción de multa de Primer de Rango calculada en Bolivianos equivalente a $us600.00 (SEISCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 ***y numeral 9. inciso b) del artículo 20*** *del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores." [El subrayado y las negrillas son nuestras].*

(En el caso del Cargo 6, la multa impuesta fue de $us. 500.00, pero los artículos utilizados para la aplicación de dicha multa fueron exactamente los mismos)

En este sentido, al comprobarse la clara relación entre las infracciones imputadas, ya que a todas ellas se les aplicó el numeral 9 del inciso b) del Artículo 20 del Decreto

Supremo No. 26156, referido al incumplimiento con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por la entidad reguladora del Mercado de Valores, no comprendemos la razón por la cual la ASFI a tiempo de calcular el monto de la multa impuesta a PANAMERICAN SECURITIES, no aplicó para los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, lo dispuesto por el inciso c) del Artículo 7° del Decreto Supremo No. 26156.

Tal como se desprende de la tabla titulada "CÁLCULO DE MULTA TOTAL" inserta en la página 42 de la R-ASFI 663, la ASFI aplicó por concepto de los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, una multa acumulada de $us. 2,900.00 (DOS MIL NOVECIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), en lugar de aplicar el inciso c) del Artículo 7° del Decreto Supremo No. 26156 y cobrar una multa de $us. 900.00. (NOVECIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), resultado este último que se obtiene de incrementar el 50% a la multa impuesta a la infracción más grave, ($us. 300.00 + $us. 600.00). Es importante tener en cuenta la gran implicancia que tendría el monto de la sanción, aplicada de forma correcta a los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, en el cálculo de la sanción total aplicada por la ASFI a PANAMERICAN SECURITIES a través de la R-ASFI 663.

Asimismo, deseamos aclarar que de ninguna manera PANAMERICAN SECURITIES cuestiona el hecho de que los cargos 1, 2, 6, 8 y 11 hubiesen sido evaluados de manera individual y proporcional, en resguardo de los principios sancionadores establecidos en el artículo 3° del Decreto Supremo No. 26156, tal como señala la ASFI en la página 4 de la R-ASFI 760. Nuestro cuestionamiento se funda en la errónea aplicación del concurso de infracciones establecido por el inciso c) del Artículo 7° del Decreto Supremo No. 26156, cometida por la ASFI.

Al respecto, expresamos coincidencia con la cita de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 15/2004 de 30 de septiembre de 2004, inserta por la ASFI en las páginas 3 y 4 de la R-ASFI 760, que señala:

"El principio de legalidad de la actividad administrativa está garantizado, en cuanto, a la formación de sus decisiones, por el permanente respeto a los procedimientos legalmente establecidos. Este importante principio obedece a que a la administración le es connatural el bienestar general y el interés de la comunidad y para estos efectos debe necesariamente sujetarse a reglas de comportamiento que deben estar previamente determinadas en el ordenamiento jurídico.

Los actos administrativos deben necesariamente formarse cumpliendo previamente los procedimientos legalmente establecidos. La observancia de la forma es la regla general, no solo ***como garantía para evitar la arbitrariedad****, sino también para asegurar la certeza en el actuar de la administración con relación al respeto de los derechos de los administrados." [El subrayado y resaltado son nuestros].*

Como se observa, la propia jurisprudencia administrativa señala que la ASFI y toda autoridad administrativa, debe velar por que el proceso de formación de los actos administrativos que sean emitidos, cumpla con los procedimientos legalmente establecidos, en los cuales una autoridad administrativa se ha basado para emitir dichos actos.

La finalidad de esta previsión responde a la necesidad de los administrados de contar con garantía del Estado que evite a ésta actuar arbitrariamente a través de sus distintas instituciones.

4.2. El Cargo 18. Supuesto anticipo de dividendos realizado a la empresa Panamerican Investments S.A.

La ASFI señala tanto en la R-ASFI 663 como en la R-ASFI 760, que la conducta imputada a PANAMERICAN SECURITIES a través del Cargo 18 formulado a nuestra empresa, se trató de un anticipo de dividendos realizado por nuestra empresa a uno de nuestros accionistas.

Respeto de esta apreciación, consideramos pertinente señalar y aclarar, tal como lo hicimos en nuestro memorial de Recurso de Revocatoria, que la operación observada por la ASFI no se trató de un anticipo de dividendos, sino más bien de un préstamo otorgado por nuestra empresa a uno de nuestros accionistas.

En este sentido, no comprendemos ni consideramos pertinente al presente caso, la referencia que hace la ASFI al numeral 2) del Artículo 285 del Código de Comercio, en la página 10 de la R-ASFI 760.

PANAMERICAN SECURITIES ha explicado y ha demostrado documentalmente a la ASFI, que la operación observada se trató de una operación de préstamo y no de anticipo de dividendos.

Con el fin de sustentar documentalmente esta afirmación, PANAMERICAN SECURITIES ha presentado a consideración de la ASFI los siguientes documentos:

a) Nota de CB-039/2010 de fecha 25 de febrero de 2010.

*A través de esta nota nuestra empresa informó al accionista Panamerican Investments S.A. acerca del "...abono de $us. 154,422.81 (Ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos veintidós 81/100 Dólares Americanos) en la cuenta No. 207...**en calidad de préstamo**." [El subrayado y resaltado son nuestros].*

b) Nota de fecha 30 de marzo de 2010.

A través de esta nota Panamerican Investments S.A. se refiere al préstamo otorgado por PANAMERICAN SECURITIES, referido en el punto anterior, señalando lo siguiente:

*"Mediante la presente y de acuerdo **al préstamo** realizado a nuestra institución por la suma de $us. 154,422.81 (Ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos veintidós 81/100 Dólares Americanos) en fecha 25 de febrero del presente...". [El subrayado y resaltado son nuestros].*

c) Hoja 1 del Libro Mayor de PANAMERICAN SECURITIES del 1º de enero al 31 de marzo de 2010 en cuyo primer asiento se refleja el préstamo acordado entre nuestra empresa y Panamerican Investments S.A., a través de la siguiente descripción:

"Registra cuenta por cobrar PISA (Panamerican Investments S.A.) según convenio entre partes." Hacemos notar que el monto del saldo de dicho asiento refleja la suma de $us. 154,422.81, la misma suma del monto del préstamo otorgado a Panamerican Investments S.A.

Teniendo en cuenta estos descargos, nos adscribimos a la cita doctrinal a la que hace referencia la ASFI en la página 10 de la R-ASFI 760, misma que se refiere al hecho de que el Principio de Verdad Material que rige el Procedimiento Administrativo tiene como objetivo conocer "...lo exacto, riguroso..." de los hechos que dieron origen al procedimiento. La administración no solo debe restringir su actuación al "...mero estudio de las actuaciones...", sino que debe ceñir su estudio a "...todas aquellas cuestiones..." que le permitan conocer de la forma más fiel a la verdad, los hechos y situaciones que originaron su intervención en la actividad de los administrados.

Respecto de lo anterior debemos señalar que ASFI, en clara falta al Principio de Verdad Material previsto por el inciso d) del Artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo, al no haber valorado ni mucho menos tomado en cuenta las pruebas presentadas a través del Recurso de Revocatoria interpuesto por PANAMERICAN SECURITIES contra la R-ASFI 663, ha incurrido en una falla procedimental que vulneró el Derecho que tiene nuestra empresa al debido proceso, derecho que se encuentra garantizado por el parágrafo II del Artículo 115 de la Constitución Política del Estado.

No obstante lo anterior, consideramos pertinente referirnos al hecho de que la ASFI, como resultado de una inspección realizada a Panamerican Investments S.A. hubiese determinado que los registros contables de dicha empresa muestran que el desembolso de la suma otorgada en préstamo por PANAMERICAN SECURITIES, hubiese sido registrados bajo la descripción "adelanto de dividendos Panamerican Securities S.A.", constituye un error de registro fuera de la responsabilidad de nuestra empresa.

El error de un tercero no puede ser utilizado por una autoridad administrativa como la ASFI, como fundamento para imponer una multa de $us. 15,000.00 (QUINCE MIL 00/100 DOLARES AMERICANOS) a PANAMERICAN SECURITIES. Nuestra empresa no es responsable de la forma en que Panamerican Investments S.A. realice sus registros contables y por lo tanto no podemos ser sujetos de multa en caso de que dicha empresa realice esos registros de manera equivocada.

Finalmente, nos referimos una vez más al tema de la inexistencia de un documento que refleje el contrato de préstamo celebrado entre nuestra empresa y Panamerican

Investments S.A.

En mérito de lo dispuesto por los Artículos 453 y 457 del Código Civil Boliviano, al haber recibido Panamerican Investments S.A. el monto del préstamo solicitado a PANAMERICAN SECURITIES, la relación contractual entre ambas partes quedó concretada sin necesidad de la firma de un contrato específico de préstamo, quedando desvirtuada de esta forma la observación expresada por la ASFI en la R-ASFI 663, referida a la no existencia de un contrato de préstamo escrito entre ambas

empresas. Como se observa, contrariamente a lo expresado por la ASFI, existe un contrato entre Panamerican Investments S.A. y PANAMERICAN SECURITIES que se formó a raíz de una solicitud, una respuesta y un consentimiento tácito.

Tal como fue señalado en nuestro Recurso de Revocatoria, el hecho de que dicho contrato no hubiese sido aprobado por un órgano societario de nuestra empresa, es irrelevante, ya que el poder que ha sido conferido por el Directorio de PANAMERICAN SECURITIES a favor de la Gerente General de la empresa, la señora Carola Blanco Morales, mismo que figura en el instrumento No. 155/2011, otorgado en fecha 17 de febrero de 2011 por ante la Notaría de Fe Pública No. 56 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Eugenia Quiroga de Navarro, faculta expresamente a dicha ejecutiva celebrar todo tipo de contratos, sin ninguna limitación.

V. PETITORIO

En mérito a lo anteriormente expuesto y de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 52 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, solicitamos resolver el presente Recurso Jerárquico revocando parcialmente la Resolución ASFI No. 663/2011 de fecha 12 de septiembre de 2011 y ordene a la ASFI disminuir el monto de la sanción de multa en bolivianos equivalente a $us. 15.000.- (Quince mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) impuesta a Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa, en aplicación de lo establecido por el Inciso c) del Artículo 3° y el Artículo 11° del Decreto Supremo No. 26156 de fecha 12 de abril de 2001, en mérito a los argumentos y fundamentaciones expuestos en el presente memorial…."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme se tiene de la transcripción realizada del Recurso Jerárquico, **Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa**, limita su impugnación única y exclusivamente al concurso de infracciones dado por todos los cargos y al cargo 18.

Consiguientemente, se evidencia la inexistencia de impugnación respecto a las infracciones cometidas y reconocidas por la recurrente, en los cargos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17; por lo tanto, el consiguiente análisis sólo se limitará al cargo 18, así como al concurso de infracciones y consiguiente determinación de la sanción, en observancia al artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Concurso de Infracciones Administrativas.- La recurrente señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, habría hecho una incorrecta aplicación del Concurso de Infracciones que ha aplicado la Autoridad de Supervisión, por lo que importa el pronunciamiento por parte de este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, sobre el planteamiento recurrido, debiendo revisarse en primer término la normativa aplicable, para luego traer a colación los precedentes administrativos dados por esta instancia jerárquica, conforme se procede a continuación:

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

> ***"ARTICULO 7° (Reincidencia y concurso de infracciones).-*** *Para los efectos de la aplicación de lo establecido por el presente Decreto Supremo, se entenderá que:*
>
> ***a)*** *Habrá reincidencia siempre que el infractor sancionado mediante Resolución Administrativa que haya causado estado, incurra en la misma infracción que provocó la Resolución Administrativa señalada.*
> *La reincidencia será sancionada con el incremento de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la sanción aplicada a la infracción por la cual se incurrió en reincidencia, salvo el caso de lo establecido por el inciso b) del artículo 12° siguiente, respecto a la reincidencia de infracciones sancionadas con amonestación.*
> ***b)*** *Cuando con un sólo acto, hecho u omisión se infringieren diversas disposiciones legales, deberá aplicarse la sanción que corresponda a la infracción más grave. Si ésta fuere sancionada con multa, se incrementará hasta un veinticinco por ciento (25%) de dicha sanción.*
> ***c) Cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí****, se deberá aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave. Si ésta fuere sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción."* (Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

> *"…Como dice Alejandro Nieto García ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 el Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentra agrupadas en la clase.*

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

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

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

De lo expuesto, y subsumiendo a la presente compulsa, tenemos que en el presente caso, existen varias acciones u omisiones que constituyeron infracciones diferentes, **mismas que se encuentran relacionadas** por los procesos operativos, los registros contables y el sistema de control interno, **analizados en la Inspección de fecha 7 de febrero de 2011**, en la cual se determinaron dieciocho (18) infracciones a la Ley del Mercado de Valores, normativa para agencias de bolsa, normativa interna y otra reglamentación emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

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

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

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

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

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

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

Quedando claro entonces que, en el presente caso, no existe una errónea aplicación del concurso de infracciones, ni una vulneración al principio de legalidad como alega la recurrente.

Siguiendo la argumentación presentada por la recurrente, tenemos que el mismo señala que en los cargos 1, 2, 6, 8 y 11 y en las páginas 21, 22, 26, 28 y 32 de la Resolución Administrativa ASFI N° 663/2011, se hubiera sancionado por cada uno de los cargos con una sanción de primer Rango, calculada en bolivianos y equivalente a $us600, de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I inciso b) del artículo 12, inc. a) del artículo 13, numeral 7 inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Sanciones Administrativas, de la Ley del Mercado de Valores, donde la recurrente considera que para dichos cargos debió aplicarse un concurso de infracciones, debido a que las mismas se fundan en el mismo artículo, por lo que la multa para todos estos cargos debió ser de $us900.

Que, en el hipotético caso de que la Autoridad haya determinado un concurso de infracciones por el artículo 7 inc. c), dentro de los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, se tiene que, conforme lo señala la recurrente, la multa a pagar –conforme señala la recurrente- ascendería a la suma de $us 900, por los cinco cargos mencionados.

Que, por los cargos 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15 y 17, si los mismos no hubieran sido agrupados dentro del concurso de infracciones y por lo tanto hubieren sido sancionados de manera individual, la multa ascendería a $us. 4.200.-, más la sanción por el cargo dieciocho (18), ascendería a un total de $us.15.100.-

De igual manera y en el hipotético caso de que se haya determinado un concurso de infracciones por el artículo 7 inc. c), dentro de los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, y otro concurso para

los cargos 18, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15 y 17, la suma ascendería a $us.15.900.-

Quedando claro que la aplicación de otro concurso de iguales características dentro de un mismo proceso, empeoraría la situación de la recurrente, razón que -incluso en el evento de que su fundamentación sea procedente - no podría tomarse en cuenta, ya que la normativa administrativa prevé que la interposición de un recurso, no puede bajo ningún concepto empeorar el estado de la recurrente (non reformatio in peius).

Sin embargo de lo referido con anterioridad, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ha llegado a la conclusión que la aplicación hecha por la Autoridad Fiscalizadora es correcta.

Por último, importa señalar que si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de emitir la Resolución Administrativa ASFI Nº 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, determinó la sanción de multa para cada uno de los dieciocho (18) cargos y estableció que para los cargos 1, 2, 6, 8 y 11, correspondía aplicar la sanción de multa de Primer Rango, calculada en Bolivianos equivalente a $us600,00 (seiscientos 00/100 Dólares Americanos), de acuerdo a los artículos 3,11 parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 9 inc. b) del artículo 20, del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, se tiene que este hecho justamente el procedimiento que debe adoptar toda Autoridad Fiscalizadora, conforme ya se tiene anotado en el precedente administrativo, dado por éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010, donde se expresa:

> "…*Que en la práctica jurídica y la doctrina establecen que las sanciones que aplican por un Concurso de infracciones, además de estar respaldadas en la normativa, deben ser identificadas y tipificadas de manera separada de acuerdo a cada caso individualizando la conducta, el tipo y la sanción que corresponda para luego imponer un incremento en la sanción en un porcentaje determinado por ley como consecuencia de la comisión de más de una infracción ya sea uno o varios actos sucesivos*…"

De lo transcrito, se aprecia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, sí debía individualizar las multas por cada uno de los dieciocho (18) cargos, a efectos de que el administrado, conozca a ciencia cierta cuáles fueron las calificaciones dadas para tomar en cuenta la sanción más grave, cual ocurrió en el caso de autos, donde se consideró la multa pecuniaria del cargo dieciocho (18) correspondiente a $us. 10.000.- (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS) y se agravó la misma en un cincuenta por ciento (50%) más por los demás cargos.

Situación que devela que la sanción aplicada no correspondió a las infracciones individualizadas, como sugeriría la recurrente, y no condice con la verdad ni la realidad.

2.2. Principio de Proporcionalidad.-

En cuanto al principio de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha fundamentado su decisión en los parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad, es decir las infracciones se hallan plenamente identificadas y probadas, que correspondía la aplicación del Concurso de Infracciones.

Asimismo, conforme se desprende de la propia fundamentación de la Autoridad de Supervisión:

"…Adicionalmente, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión de las infracciones.

Aplicando lo citado precedentemente, en el presente caso, se tiene lo siguiente:

*"**a)** De la evaluación de los antecedentes presentados por **PANAMERICAN SECURITIES S.A AGENCIA DE BOLSA** se advierte error en la acción de contabilización que fue producto de la conducta negligente del recurrente quien debió conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.*

***b)** Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, cabe señalar que los incumplimientos incurridos por **PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA** contenidos en los cargos (1, 2, 6, 8, 11) pueden influir en los estados financieros generando una exposición errónea de la calidad de esta información, sin embargo de ello, no se advierte que dichos incumplimientos hubieran ocasionado perjuicio a terceros. En relación al cargo 18, dicha conducta generó beneficios para Panamerican Investments S.A. al anticiparse los dividendos de **PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA**, dicha conducta se contrapuso a las atribuciones de la Junta General Ordinaria de la sociedad, la cual se reúne una vez al año para considerar la distribución de utilidades, de tal forma que ningún accionista pueda disponer de manera arbitraria el destina de la sociedad. **c)** En relación a la reincidencia, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado a **PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA** por incumplimientos al segundo párrafo de la "Descripción" de la Cuenta Bancos, Código 101.02 capítulo "Activo", grupo "Disponible"; "Descripción" de la Cuenta Pendientes de cobro al personal, código 108,05; Cuenta 126.00 "Activo Fijo"; numeral 1 de los débitos cuentas 109.02 "Pago a Cuenta de Impuestos" y la "Descripción" de la cuenta 120.00 "Inversiones Permanentes" del Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución N° 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, así como el inciso c) del artículo 21 de la Normativa para Agencia de Bolsa aprobada mediante Resolución N° 751 del 8 de diciembre de 2004**. d)** Respecto a la cuantía para la imposición de la sanción contra **PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA,** los artículos 3,11, inciso b), parágrafo I del artículo 12, artículo 13, numeral 9, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Decreto Supremo N° 26156, señalan que la aplicación de sanción de multa se prevé a "quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos", determinando la aplicación de multas, según los rangos…."*

De la descripción precedente, se tiene que el ente regulador ha cumplido con el principio de proporcionalidad y con los elementos inmanentes a éste, no evidenciando ninguna contravención al procedimiento administrativo.

2.3. Del cargo 18.-

El cargo imputado por la Autoridad de Supervisión a Panamerican Securities es el siguiente:

"La Sociedad aprobó el pago anticipado de los dividendos de las acciones de Panamerican Securities S.A. Agencia de Bolsa por $us154.423.- equivalentes a Bs1.076.327.-, el importe

mencionado anteriormente fue registrado contablemente a través de los siguientes asientos contables:

Cuenta	*Fecha*	*Sigla*	*Cód*	*Nº*	*Descripción*	*Debe*	*Haber*
1080603203	*25-02-2010*	*TRA*	*6410*	*490*	*Registra cuenta por cobrar PISA según convenio entre partes*	*1,076,326.99*	
1080603203	*01-03-2010*	*EGR*	*6719*	*119*	*Registra pago anticipado de dividendos gestión 2009*		*1,076,326.99*

Al 25 de febrero de 2010, no existe evidencia que la Junta General Ordinaria de Accionistas haya efectuado el tratamiento de los Estados Financieros ni determinado el destino de las utilidades por la gestión 2009.

Dicha conducta, contraviene sus Estatutos Sociales y por tanto el inc. b) del artículo 21 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Nº 751 del 8 de diciembre de 2004."

La recurrente, en sus descargos, señala que la operación observada no se debió a un anticipo de dividendos, sino que la misma fue un préstamo otorgado a uno de sus accionistas, hecho que puede ser constatado –según alega- en las notas de 25 de febrero de 2010 y la nota de Panamerican Investments S.A. de fecha 30 de marzo de 2010.

De la lectura de las referidas notas, tenemos que éstas harían referencia a que la operación observada correspondería a un préstamo, sin embargo de ello, llama la atención a esta Autoridad que aquella última nota referida, no lleve Cite como las demás notas adjuntas al expediente.

Que de igual manera, si bien las dos notas anteriores harían referencia a que la operación observada se debió a un préstamo, existe otra nota de fecha 25 de febrero de 2010, con Cite PI012/10, mediante la cual Panamerican Investments S.A. solicita a la recurrente "**el pago anticipado de dividendos**…" por la suma de $us54.422,81 (Cincuenta y cuatro mil cuatrocientos veintidós 81/100 Dólares americanos), equivalente a Bs1.076.326,99 (Un millón setenta y seis mil trescientos veintiséis 99/100 Bolivianos).

Que dicha nota, justamente desvirtuaría lo referido por la recurrente en las notas de 25 de febrero de 2010, y la nota de Panamerican Investments S.A. de fecha 30 de marzo de 2010 (sin Cite), dejando en duda y evidencia que la operación observada se debió o no a un préstamo, o en su caso a un anticipo de dividendos como lo refiere, en este caso, Panamerican Investments S.A.

Que, para este efecto y siguiendo el principio de verdad material, se profundizó el análisis correspondiente, determinando que en el hipotético caso de que la operación observada se hubiera debido a un préstamo, **esta situación debió encontrarse evidenciada**, dentro del Formulario, correspondiente al mes de febrero de 2010, FORMA AB-8 (donde las Agencias de Bolsa deben reportar mensualmente a la ASFI las **Cuentas pendientes de cobro a empresas vinculadas**), donde se debió haber reportado el préstamo a Panamerican Investments S.A., sin embargo de ello, el reporte del correspondiente mes informa **como saldo cero, es decir que en dicho formulario no se informó la existencia de un préstamo a ninguna empresa vinculada,** hecho que da lugar

a que, en el presente caso, no se pueda asumir como valedera la afirmación de la recurrente de que la misma se debió a un préstamo ya que no condice con la prueba fehaciente que respalde todo préstamo.

Que, en fecha 1 de marzo de 2010, Panamerican Securities Agencia de Bolsa, en su asiento contable Nº119 Registra la operación observada como pago anticipado de dividendos por la gestión 2009.

Sin embargo de lo manifestado, se tiene la publicación de hechos relevantes de Panamerican Securities S.A., en la página Web de la ASFI, de fecha 5 de abril de 2010 donde se menciona "*Rectifica el punto 4 de la Junta General Ordinaria de Accionistas* ***celebrada el 30 de marzo de 2010****, de la siguiente manera: 4. Distribuir la totalidad de las utilidades de la gestión al 31 de diciembre de 2009, después de la constitución de la reserva legal y distribuir la totalidad de los resultados a la misma fecha, es decir:-Destinar Bs72.401 a Reserva Lega– Distribuir Bs1.375.619,00. El pago de los dividendos declarados se efectuará a partir del 30 de marzo de 2010."*

De los documentos mencionados así como de lo transcrito, se tiene que la recurrente no podía haber hecho una reclasificación, en fecha 1 de marzo de 2010, del supuesto préstamo de fecha 25 de febrero de 2010, como anticipo de dividendos, dado que en fecha 30 de marzo de 2010, vale decir **veintinueve días después, recién** se celebró la Junta General Ordinaria de Accionistas de Panamerican Securities S.A. donde se determinó el destino de las utilidades. Este hecho, claramente demostraría que la operación observada no correspondió a un préstamo sino a un anticipo de dividendos, ya que, adicionalmente, **el importe de los dividendos que corresponden a Panamerican Investments S.A., es exactamente igual al de la operación observada.**

Por último, en cuanto a la inexistencia de un contrato de préstamo, la recurrente señala que dicha inexistencia no probaría que el mismo no haya existido, ya que en el presente caso el mismo se consolidó al recibir el monto de préstamo. La recurrente efectivamente tiene razón, al referir que para que exista una relación contractual no necesariamente debe existir un contrato escrito y firmado por las partes, simplemente bastaría el consentimiento de éstas; sin embargo de ello, el hecho de que no se haya presentado un contrato de préstamo no fue el único argumento para considerar que la operación observada no se debió a un préstamo, como refiere la recurrente, toda vez que en el caso de autos, la no presentación del contrato sólo constituyó un elemento más de convicción para que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero haya establecido la inexistencia de un préstamo.

Por lo que, en sujeción al análisis ut supra, en el marco del cumplimiento del principio de valoración de la prueba y sana crítica, se tiene que esta instancia jerárquica ha llegado a la conclusión de que la operación observada se debió a un anticipo de dividendos, hecho que pudo ser constatado por el registro contable N° 119 de 1 de marzo de 2010, la nota PI012/10 de 25 de febrero de 2010, emitida por Panamerican Investments S.A., adicionalmente, el registro contable Nº 7 de Panamerican Investments S.A. de fecha 25 de febrero de 2010, donde registró la suma de Bs1.076.326,99 (equivalente a $us154.422,81), como anticipo de dividendos y la publicación de fecha 05 de abril de 2010, de hechos relevantes de Panamerican Securities S.A., en la página Web de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero-ASFI.

Por otra parte, a manera de conclusión, la recurrente señala que no sería su responsabilidad la forma en que Panamerican Investments S.A. haya realizado sus registros contables, por tanto, no pueden ser sujetos de multa por ése hecho.

Que, de la revisión de la nota de cargos, así como de la tipificación de las mismas por parte de la Autoridad de Supervisión, se tiene que en ningún momento se le está sancionando a la recurrente por la forma en que Panamerican Investments S.A. realizó sus registros contables, ya que el hecho de que se haya hecho mención a los asientos contables de Panamerican Investment S.A., fue justamente como fundamento de la Autoridad para desvirtuar lo alegado por la recurrente en cuanto a la operación de préstamo que se habría hecho a uno de sus accionistas, en este caso, Panamerican Investments S.A.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta interpretación de la norma y una correcta valoración de la prueba, por lo que, en el presente caso, se debe confirmar totalmente la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 760/2011 de 4 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 663/2011 de 12 de septiembre de 2011, conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 762/2011 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 017/2012 DE 09 DE ABRIL DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012

La Paz, 09 de abril de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 003/2012 de fecha 20 de enero de 2012, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 022/2012 de fecha 28 de febrero de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 25 de noviembre de 2011, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 30 de noviembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 5 de diciembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, mismo que fue notificado el 12 de diciembre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011 DE 15 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011 de 15 de agosto de 2011, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007* ***inclusive****, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo individualizarse la sanción por cada imputación impuesta al recurrente y valorarse de manera fundamentada toda la prueba presentada…*"

2. ANTECEDENTES.-

Que mediante Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras resolvió:

> "…***1º*** *Sancionar a los señores* ***RICARDO CARLOS ARCIL MENACHO RIOS Y ALBERTO ALARCON PESSOA*** *en su condición de Presidente del Directorio y Gerente General, respectivamente, con inhabilitación temporal de sus funciones en la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY por el lapso de 5 años.*
>
> ***2º*** *Sancionar a los señores* ***JOHNNY LORBERG ARTEAGA*** *y JORGE* ***NUÑEZ DEL PRADO*** *en su condición de Vicepresidente del Directorio y miembro del Directorio de Mutual Guapay, respectivamente, con suspensión temporal de sus funciones en la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY por el lapso de cuatro años.*
>
> ***3º*** *Sancionar a los señores* ***SAUL FERNANDEZ ROCA, JAVIER W. CLEMENTELLI ARZA****, en su condición de miembros del Directorio de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY con multa pecuniaria equivalente a cinco dietas percibidas a cada uno de ellos.*
>
> ***4º*** *Sancionar a los señores* ***SHIRLEY GARRON ARIAS, ALBERTO BACHERER SOLÍZ, JULIO MARÍN DURÁN, YURI RODRÍGUEZ URQUIDI Y JAQUELINE SOLARES JUSTINIANIO*** (sic)**,** *en su*

calidades de Gerente de Operaciones, Gerente de Créditos, Gerente Nacional de Recaudaciones y Finanzas, Gerente Regional Oficina Cochabamba y Jefe del Departamento de Auditoría Interna, respectivamente, con suspensión temporal de sus funciones en la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY por el lapso de dos años (…)

***7°** Las multas impuestas deberán ser depositadas en la Cuenta N° 4030002725 (Superintendencia de Bancos - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en el plazo máximo de 10 días computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir dentro los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta.*

***8°** En cumplimiento con el Art. 110° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la Asamblea General Ordinaria de Asociados de la MUTUAL GUAPAY, debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas hasta el 30 abril de 2007*…"

Por memorial de fecha 24 de abril de 2007, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007, Recurso de Revocatoria que ha de merecer la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de 4 de marzo de 2011, por la que la entonces Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…*Confirmar la Resolución SB No. 017/2007 de 30 de marzo de 2007, en todas sus partes, ratificándose la sanción impuesta en contra de los señores* ***Alberto Eugenio Bacherer Soliz, Ronald Yuri Rodríguez y Julio Marín Durán***…"

A su turno, recurrida la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de 4 de marzo de 2011 y corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011, entre cuyos fundamentos están:

"***1. LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.-*** (…)

…corresponde dejar constancia de la impropiedad de tratar al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003) cual si fuera un "reglamento de formas" dada la diferencia sustantiva que importan los significados de los términos "forma" y "procedimiento", lo que no amerita mayor observación en virtud de los principios de sometimiento pleno a la Ley, de legalidad y presunción de legitimidad, y de informalismo, previstos por el artículo 4°, incisos c), g) y l), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo (…) *contra la Resolución Administrativa -sancionatoria- SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, el señor RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI interpone Recurso de Revocatoria, conforme a los fundamentos y expresión de agravios que salen en su* ***memorial de fecha 24 de abril de 2007, escrito que en cuanto a la proposición de prueba*** *que permite el artículo*

29º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, tiene abundante mención (…)

*Por Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de 4 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por -entre otros- el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi; debiendo ser esa la oportunidad en la que, en los términos del artículo 29º, numeral III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, correspondía se valore la prueba "**en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica**" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)* (…)

…en lo que hace a los Cargos A, B-1, B-2, B-3, B-4, B-5, C-2, C-3, C-4 y D-2, la prueba ofrecida a tiempo del Recurso de Revocatoria ha sido considerada a efectos de tal decisión, sea porque se la mencione expresamente o porque ello resulte implícito; asimismo y dado su carácter general (no concreto), se tiene por considerado el ofrecimiento de la prueba del otrosí 2º (Prueba preconstituida) del memorial del Recurso de Revocatoria de 24 de abril de 2007.

En el caso del Cargo D-4, la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 no lo menciona como tal en su parte considerativa, dando lugar a la presunción de que hubiera sido omitida y por tanto, no se hubiera considerado la prueba ofrecida por el recurrente; no obstante, los extremos sustanciales que hacen al mismo ("Existencia de gastos de viáticos, pasajes y hospedajes -a favor del señor Isaac Neufeld- por un importe de $us. 23.000.- autorizados por el Presidente del Directorio y ejecutivos de la entidad, sin sustento documental y al margen de las competencias asignadas al Directorio de la entidad") resulta que aparecen repartidos entre los fundamentos a los Cargos D-3 y D-5 por hacer también a los mismos, determinando que la prueba ofrecida sí hubiera sido valorada (…)

No sucede lo mismo en los otros casos, (…)

*…**en el pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 no se ha cumplido la disposición del artículo 29º, parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera**, por cuanto la prueba ofrecida no ha sido valorada **en su integridad**.*

La valoración de la prueba hace al derecho a la prueba, que como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, (…)

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

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

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

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

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

…debe entenderse que la falta de valoración de la prueba oportunamente ofrecida y producida, importa violación al derecho de petición y de obtención de respuesta,…

2. ACERCA DE QUE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA NO SE ACOMODARÍA A LA REALIDAD PERSONAL DEL RECURRENTE Y QUE LE ENDILGARÍA ASUNTOS QUE NO ERAN DE SU RESPONSABILIDAD O INJERENCIA.- (…)

2.1.- *En el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, "Mutual Guapay – Inspección especial al 31 de diciembre de 2006", la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras estableció que:* (…)

> ***3. RIESGO OPERATIVO CONTABLE*** (…)
> ***Deficiencia de previsión por Partidas pendientes de cobro*** (…)
> ***Cargos diferidos***
> ***Gastos activados*** (…)

2.2.- *…consta de la consiguiente nota SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007 (Notificaciones de cargo) dirigida al señor* ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI****, que:* (…)

1. *Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D -29535/2005 de 18 de abril de 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos* (…)

2. *Incumplimientos al Art. 74 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, los que a su vez también importan la inobservancia a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005.* (…)

3. *Incumplimiento a las obligaciones que corresponden a las instancias administrativas de Mutual Guapay en el marco de las obligaciones señaladas en el primer párrafo del Art. 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del Art. 69 de la misma Ley* (…)

2.3.- *…en oportunidad de los descargos y alegaciones, el ahora recurrente señor* ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *no se pronunció sobre las cuestiones sustanciales que con respecto* ***a él*** *ha señalado la nota SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007 (Notificaciones de cargo).*

2.4.- *Las alegaciones van a dar lugar al informe: SB/ISR II/D-12057/2007 de 29 de marzo de 2007, por el que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en lo pertinente establece:*

"…***Análisis de descargos***

C.1 *…los antecedentes señalados no desvirtúan la contravención al Art. 74 de la Ley N° 1488 ni la Circular N° 229/97 toda vez que ambas normas son claras en el sentido de prohibir el involucramiento de las entidades del sistema financiero regulado en este tipo de actividades.*

C.2 *…es también aplicable a este caso las consideraciones expuestas en el inc. C.1 que antecede, porque no enerva ni destruye el cargo notificado porque el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", por el contrario compromete y agrava la responsabilidad del citado Director, ratificándose el cargo C.2.* (…)

C.4 *…La infracción analizada… constituye responsabilidad del Directorio en su integridad, del Gerente General y del Gerente de Operaciones Financieras al haber suscrito contrato y en la autorización de gastos impropios al giro financiero de la entidad, así como la participación de los señores Jorge Núñez del Prado como Director que agrava su grado de responsabilidad en la infracción por su ingerencia (sic) en funciones ejecutivas autorizando el pago de gastos de (sic) Alberto Bacherer*

Soliz, Gerente de Créditos, al participar en el desembolso y pagos para la construcción de 2 viviendas en el Proyecto Akualand - Guapay, autorización de pagos destinados a actividades ajenas a la intermediación financiera; de Julio Marin Duran y ***Yuri Rodríguez Urquidi por su participación en los pagos para cubrir gastos relacionados al desarrollo de proyectos habitacionales, contabilizados por el Contador de la entidad, sin efectuar observaciones ni objeciones de ninguna naturaleza*** *(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)* (…)

IV. Descargos efectuados en relación al cargo D., D.1, D.2, D.3, D.4 y D.5

…Análisis de descargos (…)

…***constituye responsabilidad íntegra del Directorio y del Gerente General de la entidad, así como de aquellos funcionarios ejecutivos que omitieron el cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolsos y gastos****, señores Shirley Garzón (sic) Arias, Alberto Bacherer Soliz, Roberto Rivera Fernández, Julio Marín Durán y* ***Yuri Rodríguez Urquidi*** *(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Con tales fundamentos, el mismo informe concluye y recomienda:

"…***III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES*** (…)

…es evidente la contravención por omisión o comisión de las disposiciones contenidas en la Ley N ° 1488 de Bancos y Entidades Financieras Modificada por la Ley Nº 2297 de Fortalecimiento de la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de Diciembre de 2001, y regulaciones prudenciales emitidas por la SBEF, así como a las normas Estatutarias e internas de la MUTUAL GUAPAY… como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades especificadas en el presente informe, por lo que se recomienda la imposición de sanciones administrativas,…" (…)

2.6.- *…se tiene que a tiempo de las Diligencias Preliminares que establece el artículo 65º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 septiembre de 2003, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó la existencia de las siguientes infracciones:*

1. *Con referencia a las partidas por importes de Bs 132.862,04 y Bs 20.280,36, no existe documentación legal que justifique los desembolsos, su recuperación, ni se tiene antecedentes del producto final; correspondiendo a los Cargos Nros. B-2 y D-3 que salen de la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007. No obstante, el Informe: SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007 (que conforme lo relacionado, sirve de base a todo el proceso sancionador),* ***no establece quién o quiénes resultan responsables de tal infracción****.*

2. *Que no correspondía la operación contable de determinados desembolsos (por un importe de Bs 295.353.-). En este caso, el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, establece que los desembolsos fueron autorizados, entre otros, por el señor* ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI****; correspondiendo al Cargo Nº C-2 establecido en la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.*

Consiguientemente, en el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ha establecido la responsabilidad del señor ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *en la infracción señalada en el numeral 2 supra (Cargo Nº C-2), empero no en la del numeral 1 (Cargos Nros. B-2 y D-3), de manera tal que llama la atención que la nota SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007 (Notificaciones de cargo) dirigida al señor* ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI****, establezca su calidad de presunto infractor con respecto a "la existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36 en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro", cuando conforme lo analizado, no se encuentra fundamentado en el informe que sirvió de base al presente proceso sancionador* (…)

…las actuaciones anteriores del ahora recurrente, fundamentalmente las producidas a tiempo de las Diligencias Preliminares y de la notificación de cargos, están mas bien referidas a una posición institucional del señor ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI****, por la cual se pasan a defender alegaciones de carácter general que hacen al interés particular de la entonces* ***Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay****, y que no llaman la atención sobre la falta de fundamentos sobre su actuación en relación a las infracciones investigadas, las que después saldrán impuestas como sancionadas en su contra en la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007, como confirmadas en la Resolución Administrativa -recurrida- ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011* (…)

…el recurrente alega su calidad de "jefe de una ventana de recaudación", posición basada en el hecho de que en el departamento de Cochabamba, la entonces Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay solo tenía agencias de cobro tributos y no así ninguna otra oficina, agencia o sucursal, extremo que coincide con el reporte del mes de enero de 2008 hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y cursante en obrados. El recurrente sugiere que ello determine que en esa su calidad, no le correspondía ninguna de las responsabilidades ejecutivas cuyo incumplimiento da razón al proceso impugnativo.

No obstante, es menester dejar constancia que el tratamiento que se hace del recurrente como Gerente de la Sucursal Cochabamba no es casual; el señor ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *no proporciona ningún elemento que permita inferir la existencia de algún error a este respecto, amén que en las dos notas de fecha 22 de marzo, ambas sobre "Reconsideración o resolución para proceso administrativo" él mismo va a firmar como "Gerente Regional (Of.) Cochabamba"; en definitiva la determinación sobre si en el departamento de Cochabamba existía solamente una oficina recaudadora no forma parte de la controversia como que antes tampoco se observó el extremo* (…)

…el mencionado reporte del mes de enero de 2008 hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y cursante en obrados, establece que en enero de 2008, el encargado de tres Agencias Tributarias de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay en el departamento de Cochabamba, era el señor "Water (sic) Padilla Perez", por lo que se infiere que las funciones que importa la ventanilla de recaudación tributaria, no necesariamente correspondían al recurrente (…)

…en el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, trascendental dado que el mismo ha servido de base para la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras como Órgano Supervisor, NO ha establecido la responsabilidad del señor ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *en la infracción señalada en el numeral 1 (Cargos B-2 y D-3)…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 657/2011 DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…***ÚNICO.-*** *Sancionar al señor* ***YURI RODRIGUEZ URQUIDI*** *en su calidad de Gerente de la Regional Cochabamba de la ex* ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY****, con suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años…*"

A efectos de ello, establece los siguientes fundamentos:

"… ***I. Descargos efectuados en relación al cargo A***

La carta de descargos s/n de 22 de marzo de 2007 y la nota GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007 no hace referencia a ningún aspecto que permita deslindar la responsabilidad del señor Yuri Rodríguez Urquidi, con relación a su participación en los demás incumplimientos descritos en la notificación de cargos SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007.

Con referencia a la prueba ofrecida por memorial de 24 de abril de 2007 consistente en copias de contratos, Acta de Asamblea ordinaria y notas emitidas por este Órgano de Supervisión, esta fue considerada y evaluada estableciéndose que ninguna de estas literales tiende a desvirtuar o limitar la responsabilidad que le corresponde al señor Yuri Rodríguez Urquidi, por cuanto dicha documentación únicamente tiende a demostrar que efectivamente fue el Directorio la instancia que aprobó operaciones crediticias al margen de los límites permitidos por Ley, omisión que más tarde dio lugar a un proceso sancionatorio instaurado contra la Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda. pero con una instructiva de repetir las multas impuestas contra los Directores participantes de su aprobación, aspectos que resultan inatinentes en torno a la responsabilidad del Ejecutivo Yuri Rodríguez Urquidi, por no regularizar o representar la falta de regularización de las operaciones que dieron lugar a la emisión de la Resolución Sancionatoria SB N° 113/2004 de 12 de noviembre de 2004.

Análisis de descargos del Grupo A

No corresponde valoración alguna de los justificativos y explicaciones presentadas por el señor Yuri Rodríguez U. por cuanto este cargo no formó parte de las infracciones consignados en la nota de cargos SB/ISRII/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007.

II. Descargos efectuados en relación al cargo B, B.1, B.2, B.3, B.4 y B.5

De la misma manera que en el anterior grupo A, el señor Yuri Rodríguez U. responde por todos los cargos que contiene el grupo B, siendo que solamente se le notificó con el cargo B2 y al respecto, solamente expresa lo siguiente:

B.2 *Con relación a los gastos observados, señala que no se le habría requerido la documentación de respaldo de aquellas partidas.*

Análisis del descargo B.2

B.2 *Los argumentos expuestos en relación en la pagina 10 inciso i) de la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, en sentido de extrañar que la Comisión de Inspección no hubiera requerido expresamente la documentación de respaldo de las partidas especificados en los cargos B.2, B.4 y B.5 no son apropiados al cargo notificado, el cual se refiere a la realización de gastos, desembolsos e inversiones en rubros ajenos al giro de la Mutual "Proyecto de Vivienda Social".*

Consecuentemente, ninguno de los gastos, inversiones en bienes de uso y desembolsos realizados por la Mutual Guapay guarda relación con un manejo prudente de gastos e inversiones, alejándose por el contrario de las instrucciones contenidas en la carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005.

Se consideran las documentales y con relación a los argumentos complementarios expuestos por el señor Yuri Rodríguez Urquidi en su memorial de 24 de abril de 2007 consistentes en Estado de Cuentas Contables 143.99.1.06 y 143.99.1.07, Comprobante Contable N° 71134, notas FSF-DFFI-E3815/06 y MOPSV-VMVU-054/2007, que en su valoración no aportan elementos de descargo tendiendo más bien a justificar las inobservancias encontradas en atención a la participación de la Mutual en el Plan de Vivienda Social (PVS), aspectos que no repercuten en el análisis precedente a efecto de mitigar la responsabilidad del Ejecutivo Yuri Rodríguez Urquidi.

Los descargos se limitan a verificar y documentar la instrumentación del gasto, cuando se encontraba vigente la restricción emergente del incumplimiento de Mutual Guapay a instrucciones de la SBEF, aspectos que demuestran una débil gestión de riesgo crediticio que le impedía continuar efectuando erogaciones, por lo cual dicho argumento no desvirtúa ni enerva lo expuesto con referencia a los cargos notificados, en consecuencia éstos quedan ratificados. La notificación no tiene el objeto de verificar papeletas contables, entendemos que los gastos deben encontrarse contabilizados.

III. Descargos efectuados en relación al cargo C, C.1, C.2, C.3 y C.4

El señor Yuri Rodríguez U. presenta descargos para todo el grupo C, siendo que solamente le corresponde el cargo C2 y responde de la siguiente manera:

C.2 *Expresa en el inc. I) pág. 17 de la mencionada carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, que la infracción al Art. 74 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras y la restricción temporal son ilógicos, reiterando argumentos que cuestionan las limitaciones de uso de fondos, originados en captaciones y*

recuperaciones que debían haber sido depositadas en el Banco Central de Bolivia.

Análisis del descargo C.2

C.2 *El argumento expresado (pág 17 inc. I) en la citada carta GOF-124/SG-121 en lo referido a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núñez del Prado en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006 dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi no enerva ni destruyen el cargo notificado porque el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", por el contrario compromete y agrava la responsabilidad del citado ex Gerente de la Oficina Cochabamba, ratificándose el cargo C.2.*

Adicionalmente, se consideraron las pruebas ofrecidas por el ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi en su memorial de 24 de abril de 2007, consistentes en carta del Colegio de Ingenieros Civiles, Comprobantes Contables y contrato, Acta de Directorio N° 026, Acta de Asamblea Ordinaria Extraordinaria de 29 de enero y 31 de enero de 2007, las mismas que en el marco de lo señalado precedentemente no aportan ningún otro elemento relevante de responsabilidad, limitándose a reiterar los argumentos expuestos en la nota general de descargos remitida por Directores y Ejecutivos de la señalada Mutual que como se señaló anteriormente no aportan nuevos elementos que excluyan la participación del señor Yuri Rodríguez Urquidi en la administración de la entidad con fines ajenos a su giro exclusivo.

IV. Descargos efectuados en relación al cargo D., D.1, D.2, D.3, D.4 y D.5

Se ha notificado al señor Yuri Rodríguez U. con el cargo D.3. A tiempo de presentar sus descargos manifiesta lo siguiente:

D.3 *Su extrañeza en el sentido de que no se hubiera pedido expresamente la documentación de respaldo de aquellas partidas.*

Análisis del descargo D.3

Los argumentos expuestos en las literales que preceden no justifican el incumplimiento de la primera parte del Art. 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras que determina que la administración de las entidades financieras bancarias se sujetara a las disposiciones de la presente Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Asimismo, la remisión que hace el señalado artículo 28 al Código de Comercio recoge las disposiciones señaladas en los Arts. 164 y 167 del citado Código en el sentido de que "Los administradores y representantes de la sociedad deben actuar con diligencia prudencia y lealtad bajo pena de responder solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión" Por tanto, es atribución y

responsabilidad de los Directores la administración de la entidad, lo que involucra cumplir con las regulaciones emitidas por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, así como la supervisión respecto al cumplimiento de las funciones de ejecutivos y empleados.

Por su parte, el art. 108 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras aplicable a las Asociaciones Mutuales de Ahorro y Préstamo por disposición del art. 69 de la misma Ley, determina que los Directores, síndicos, administradores, gerentes, apoderado o empleado, administrador o miembro del Consejo de Administración de una entidad financiera son solidaria e ilimitadamente responsables frente a la entidad, conforme lo disponen los arts. 164, 321, 322, 326, 327 y 341 del Código de Comercio, por la ejecución de operaciones prohibidas o no permitidas por la Ley o que infrinjan las disposiciones especiales que regulan a las entidades de intermediación financiera.

Por otra parte, los argumentos expuestos en el sentido de no haberse solicitado la documentación respaldatoria de los gastos y desembolsos realizados no guardan relación con los alcances del cargo notificado, careciendo de veracidad, toda vez que con carta de fecha 31 de enero de 2007 emitida por la Comisión de Inspección de este Órgano de Supervisión se requirió al Gerente General Alberto Alarcón Pessoa la documentación consistente en los contratos con los valuadores de la Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda. los cuales no fueron presentados hasta la culminación de la inspección, tampoco se adjunta a la carta antes citada.

De la misma forma, el argumento esgrimido por los Directores, Ejecutivos y funcionarios aludidos por el cargo notificado en esta literal en el sentido de que las facturas no son emitidas por la Mutual, tampoco son atinentes al cargo notificado ni desvirtúan el mismo, puesto que el comprobante contable que respalda los gastos efectuados no adjunta el detalle de los funcionarios para los cuales se efectuó el pago de hospedaje por cuenta de la Mutual. Por otra parte, no existe descargo respecto a la oficiosa participación del Presidente del Directorio en la autorización de estos gastos, incumpliendo Políticas de Administración y Contabilidad de la propia administración.

Asimismo, se consideran los argumentos y literales adjuntas por el señor Yuri Rodríguez Urquidi en su memorial de 24 de abril de 2007, consistentes en notas cursantes en archivos de este órgano de Supervisión, así como las Actas de Directorio, Dictamen de Auditoría Externa 2005 y Políticas adoptadas en la Gestión 2006, las cuales una vez valoradas no aportan elementos que tiendan a eximir la responsabilidad del principal ejecutivo de la oficina Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, confirmando su participación en operativas y prácticas de gestión expresamente prohibidas por este Órgano de Fiscalización.

Por lo expuesto, al no desvirtuar ni enervar los argumentos expuestos por el señor Yuri Rodríguez Urquidi el tenor de los cargos notificados, estos quedan ratificados, reflejando un manejo alejado de criterios de prudencia y debida diligencia en el ejercicio de las funciones que les correspondió cumplir en su condición de Gerente de la Oficina Regional Cochabamba de la Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda.

El incumplimiento analizado respecto a las funciones propias de los administradores

sobre la poca diligencia ejercida en la administración de la entidad financiera, conforme a las observaciones analizadas, constituye responsabilidad tanto del Directorio, Gerente General, como de aquellos funcionarios ejecutivos, entre ellos el señor Yuri Rodríguez Urquidi que omitieron el cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolsos y gastos.

CONSIDERANDO:

Que, el art. 98 de la citada Ley N° 1488 establece las responsabilidades y obligaciones de las instancias que ejercitan dentro la entidad las funciones de control y fiscalización, señalándoles deberes tales como el de advertir sobre el incumplimiento de las normas y las disposiciones legales por parte de directores y administradores con comunicación a esta ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, obligaciones que en el presente caso han sido incumplidas por parte de la encargada del Departamento de Auditoría Interna y por los Fiscalizadores Internos de Mutual Guapay, quienes no aportan en la correspondencia remitida a este órgano de supervisión, justificativos o descargos con elementos que enerven o desvirtúen los cargos notificados, siendo el tenor de sus argumentos incompatibles con la naturaleza de sus funciones (…)

Que, este Órgano de Supervisión estableció en sus labores de supervisión incumplimientos a la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, a la normativa regulatoria, así como a instrucciones emanadas de este Órgano de Supervisión, aspectos que reflejan deficiencias estructurales en la gestión y administración de la ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY*** *así como la falta de prudencia y diligencia de las instancias de dirección de la Mutual, advirtiéndose que todas estas irregularidades derivan en una administración inadecuada de la entidad* (…)

Que, del examen de los cargos notificados y los descargos efectuados, se establece que, tanto las explicaciones y justificativos presentados no son satisfactorios, ni suficientes para desvirtuar todos los cargos, por cuanto es evidente la contravención por omisión o comisión de las disposiciones contenidas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras Modificada por la Ley N° 2297 de Fortalecimiento de la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de Diciembre de 2001, y regulaciones prudenciales emitidas por la SBEF, así como a la normas estatutarias y reglamentos internos de la ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY*** *por los miembros del Directorio, Ejecutivos, funcionarios, Fiscalizadores y Auditor Interno, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades especificadas en la presente Resolución, siendo pasibles a las sanciones previstas en el Reglamento de Sanciones Administrativas.*

CONSIDERANDO:

Que la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI a tiempo de imponer las sanciones contra los infractores de las disposiciones legales y normativas que regulan la intermediación financiera se ha aplicado el principio de proporcionalidad en función a las atenuantes y agravantes establecidas en su examen, así como el grado de

participación del señor Yuri Rodríguez Urquidi en los hechos sancionados y las responsabilidades que le son atribuibles conforme se grafica en el cuadro siguiente:

Cargos notificados	Acciones y omisiones específicas	Criterio establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas	Concurrencia de Dolo o Imprudencia o Negligencia	Existencia de Reiteración o Reincidencia	Daño o perjuicio ocasionado a la entidad o terceros	Tipo de infracción	Sanción aplicable
1.Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D - 29535/2005 de 18 de abril de 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos.	1.1La existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36 en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente.	Art. 61 Criterio de Discrecionalidad Reglada	NEGLIGENCIA E IMPRUDENCIA	NO	SI	GRAVE	MULTA
2.Incumplimientos al Art. 74 de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras, los que a su vez también importan la inobservancia a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005.	2.1 El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs295.353, cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.	Art. 61 Criterio de Discrecionalidad Reglada	NEGLIGENCIA E IMPRUDENCIA	NO	SI	GRAVE	SUSPENSIÓN
3.Incumplimiento a las obligaciones que corresponden a las instancias administrativas de Mutual Guapay en el marco de las obligaciones señaladas en el primer párrafo del Art. 28 de la Ley Nº 1488 de Bancos y	3.1 La ausencia de documentación y antecedentes del producto final que justifiquen y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "trámites judiciales de futuros	Art. 61 Criterio de Discrecionalidad Reglada	NEGLIGENCIA E IMPRUDENCIA	NO	SI	GRAVE	MULTA

Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del Art. 69 de la misma Ley.	***prestatarios del Proyecto de Vivienda" por un importe de Bs132.862,04, y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por un importe de Bs20.280,36.***						

Que, en atención al concurso ideal de infracciones que se refleja en el cuadro de análisis precedente y siendo que no es aplicable en la materia la acumulación de sanciones corresponde imponer una sanción única al amparo de las reglas del concurso ideal de infracciones debiendo aplicase (sic) *la sanción correspondiente a la infracción más grave, es decir suspensión agravada hasta en una cuarta parte.*

Que la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe Técnico-Legal ASFI/DSR II/R-93663/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, recomienda la aplicación de sanciones al señor Yuri Rodríguez Urquidi por las infracciones evidenciadas considerando el principio general de derecho Non Bis In Idem en atención a que como emergencia de la Resolución Sancionatoria SB N° 017/2007 y por el carácter devolutivo de los recursos interpuestos contra este Acto Administrativo, el señor Yuri Rodríguez comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 6 de octubre de 2011, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***I.- AGRAVIOS ESPECÍFICOS.***

A. "…por no regularizar o representar la falta de regularización de las operaciones que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004 del 12 de noviembre del 2004..." (…)

EN PRIMERA INSTANCIA, ACUSO QUE ES LA MISMA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA LA QUE ENDILGA REPONSABILIDAD (sic) *POR ESTE PARTICULAR MOTIVO AL DIRECTORIO, SIN EMBARGO, TAMBIÉN SE ME SANCIONA POR AQUELLO, OBLIGÁNDOME A FORMULAR DEFENSA POR TERCERO, en el orden que fundó a continuación.*

Con el debido respeto a los personeros del regulador, es menester recordar que nos encontramos ante un proceso INQUISITIVO, no por voluntad del supervisor, sino por instituto del mismo Sistema de Regulación Financiero (SIREFI); esto es que la Ex SBEF en proceso sancionatorio, ejerce las funciones de ACUSADOR y a su vez es el JUZGADOR; esta premisa empero, no exime al SANCIONADOR, de las obligaciones que le asisten, conforme al Art. 68-1 del D.S. No. 27175, de pronunciar RESOLUCIÓN SANCIONADORA, debidamente FUNDAMENTADA: exponiendo los HECHOS y el DERECHO, por cada una de las ACCIONES

y/u OMISIONES, por las que pune a cualquier funcionario de las administradas bajo su regulación o a las mismas entidades en particular, ***empero, se sobrecarta que SE SANCIONA POR ACCIONES u OMISIONES PERSONALES, PROPIAS e INDIVIDUALES, y,*** (sic) ***NO POR ACCIONES u OMISIONES AJENAS o DE TERCEROS****.*

En consecuencia, acuso que la omisión que se me atribuye: "..., por no haber regularizado los incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004 del 12 de noviembre del 2004...", carece de toda MOTIVACIÓN, al punto que hasta ha omitido considerar actos u acciones, que institucionalmente el mismo regulador ha reconocido y por ende debían haberse valorado.

Ingresando en materia: la resolución SB No. 017/2007 (anulada y con contenido reiterado en la resolución ASFI No. 657/2011), para endilgar la OMISIÓN de regularización de incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, OBVIA una serie de actos y factores, que son de estricto conocimiento institucional del regulador, entre los que de modo enunciativo, me permito detallar:

- No valora que "es la Asamblea Ordinaria de 28 de marzo de 2005", la que da pie al proceso de capitalización acordado en primera instancia con el Sr. ISAAC NEUFELD KLASSEN y por gestiones de este último con los señores JACK HIEBERT NEUFELD y GEOFFREY SCOTT EDGELOW, Presidente y Ejecutivo de la Fundación Canadiense "JACK NEUFELD FAMILY CHARITABLE FOUNDATION". Este proceso de capitalización generó en su primer desenlace, que mediante escritura pública No. 801/2005, celebrada ante el Notario de Fe Pública No. 078 de La Paz, Dr. Jose Lisandro Herrera Goytia, debidamente ratificado por adenda de fecha 16 de junio de 2005, se otorgue a Ex MUTUAL GUAPAY, un crédito subordinado de capitalización por $us 1 Millón, ***QUE INCREMENTÓ EL PATRIMONIO NETO DE LA ENTIDAD.*** *Se adjuntó copias de estos contratos con mi recurso de revocatoria contra la resolución SB No. 017/2007 y del acta de asamblea ordinaria señalada, no sin antes recordar que en su día todos estos actos y documentos fueron de conocimiento del regulador, así como las notas cursadas por la Ex Mutual Guapay al supervisor financiero, signadas como GOF-003/SG-003, de 5 de enero de 2005 y GG Of. 129/2005, de 30 de marzo de 2005, como las notas del supervisor con cites: SB/ISNB/D-25911/2005, de 17 de marzo de 2005, SB/ISR II/D-28242/2005, de 7 de abril de 2005, SB/ISR II/D-39432/2005, de 18 de julio de 2005 y SB/ISR II/D-9783/2006, de 24 de marzo de 2006; se agrega que no es, sino esta última, la que reconoce haberse considerado el citado crédito subordinado, dentro del cálculo del patrimonio neto de la entidad. Todas las notas indicadas, las cito en calidad de prueba de mi parte y las señalo como corrientes de los archivos de la Ex SBEF.*

- No valora que en la gestión 2006, se recibieron donaciones por un valor de realización de $us. 3.4 Millones, que fueron registrados como ingresos extraordinarios y que son de conocimiento del regulador, como se acredita por sus cartas SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero, SB/ISR II/D-931/2007, de 10 de enero de 2007, SB/ISR II/D2006/2007, de 17 de enero de 2007, SB/ISR II/D-2818/2007, de 24 de enero de 2007, SB/ISR II/D-4553/2007 de 6 de febrero de 2007; sobre este particular, la discrepancia con el regulador se suscitó primero, sobre si

constituía o no un ingreso, conforme a las cuentas No. 322.00 - 323.00 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras; luego, sobre si se debía registrar a su valor de realización o por un importe de control de Bs. 1 (pretensión del regulador). Aquella divergencia, en merito a un recurso jerárquico formulado por la Ex MUTUAL, que fue admitido por la Superintendencia General del SIREFI, se encontraba en trámite, hasta que se pronuncie resolución que dirima la controversia; no obstante, el sólo haber gestionado y recibido donaciones en terrenos por más de CINCUENTA HECTÁREAS, constituye acción administrativa del Directorio de Mutual Guapay y de sus ejecutivos, tendientes a INCREMENTAR EL PATRIMONIO NETO de la entidad, dado que si resultaba exitosa la pretensión del regulador, aquello no revierte la LIBERALIDAD o DONACIÓN, tan sólo difiere la incorporación de su valor REAL, al momento en que se REALICE o se enajene a titulo ONEROSO, implicando que la acción efectuada, no desmerece y por el contrario demuestra el máximo emprendimiento del órgano directivo, en regularizar las observaciones efectuadas por el regulador según Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, máxime, si se efectuó en instancias en que se había restringido a la institución la COLOCACIÓN DE CRÉDITOS, principal producto de generación de ingresos de la entidad, según nota SB/ISRII/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005. Todas las notas indicadas, las cito como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de los archivos de la Ex SBEF.

- No valora que el mismo regulador, según nota SB/ISR II/D2006/2007, de 17 de enero de 2007, al remitir el cálculo al patrimonio neto de la entidad, ya había considerado parte de las donaciones recibidas, reduciendo las pérdidas acumuladas registradas a noviembre del 2006, que alcanzaban a Bs. 39.667.057, según su carta circular SB/2256/2006 de 5 de diciembre de 2006, hasta Bs. 36.205.212. Se tenga aquellas notas como pruebas de mi parte y las señalo como corriente de los archivos de la Ex SBEF (…)

Sin que implique admitir lugar a la omisión que se me atribuye "..., por no haber regularizado los incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004 del 12 de noviembre del 2004...", es menester imputar que el regulador, no ha diferenciado los ACTOS u ACCIONES que dieron lugar a la Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004 y las omisiones que ahora me endilga, conforme me permito fundar a continuación.

El Directorio que "otorgo los créditos a las constructoras del proyecto AKUALAND GUAPAY" (Mario Barbery Sciaroni, Presidente, Juan Carlos Durán Saucedo, Vicepresidente, Etc.), después de haber merecido NOTIFICACIONES DE CARGO, conforme reconoce la misma Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004"... por haber concedido créditos por $us. 350.000, que excedían del 3 % del patrimonio neto de la entidad....", según nota SB/ISNB/ DOCUMENTO D-71452 de 12 de noviembre de 2004, no mereció SANCIÓN PERSONAL ALGUNA, por el contrario, se multó a la institución, con la posibilidad de repetición contra los encausados, que se reconoce, fue absorbida por aquellos Directores y Ejecutivos. Cito la referida resolución y nota de su remisión como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de los archivos de la Ex SBEF.

Sobre el particular:

El Directorio y Ejecutivos en la gestión 2005, efectuaron sendas acciones para regularizar

los citados "créditos excedidos del 3 % del patrimonio neto de la entidad", entre las que me permito citar:

a) La obtención de un crédito subordinado de capitalización por $us. 1 Millón de Dólares, que incrementó el patrimonio neto de la institución y la celebración de contratos de capitalización con inversionistas canadienses, que se comprometieron: a la creación de un Fondo Financiero Privado S.A., con capital que oscile entre los $us. 7 millones de dólares estadounidenses y $us. 14 Millones de dólares estadounidenses, para absorber posteriormente los activos, pasivos, patrimonio y operaciones de la Ex Mutual, con incrementos posteriores de capital, hasta el año 2010, hasta alcanzar la suma de $us 27.5 millones de dólares americanos; el pago de los adeudos del proyecto AKUALAND GUAPAY; como el pago en su totalidad del crédito subordinado otorgado por el FONDESIF, en el marco del PROFOP. Se adjuntan copias de los respectivos contratos, que oportunamente fueron remitidos a conocimiento del regulador, según cartas cursadas por la Ex Mutual Guapay al supervisor financiero, signadas como GOF-003/SG-003, de 5 de enero de 2005 y GG Of. 129/2005, de 30 de marzo de 2005, como las notas del supervisor con cites: SB/ISNB/D-25911/2005, de 17 de marzo de 2005, SB/ISR II/D-28242/2005, de 7 de abril de 2005, SB/ISR II/D-39432/2005, de 18 de julio de 2005 y SB/ISR II/D-9783/2006, de 24 de marzo de 2006, que cito como prueba de mi parte y señalo como corrientes de los archivos de la Ex SBEF.

a) (sic) *Se Gestionó donaciones que se recibieron por un valor de realización de $us. 3.4 Millones, que independientemente de la divergencia suscitada con el regulador, con relación al valor de su contabilización, importan que la entidad recibió en propiedad a título gratuito, terrenos POR MÁS DE CINCUENTA HECTÁREAS; estas donaciones, fueron de conocimiento del regulador, como sale de sus cartas SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero, SB/ISR II/D-931/2007, de 10 de enero de 2007, SB/ISR II/D2006/2007, de 17 de enero de 2007, SB/ISR II/D-2818/2007, de 24 de enero de 2007, SB/ISR II/D-4553/2007 de 6 de febrero de 2007, que cito como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de archivos de la Ex SBEF.*

En el escenario descrito, el Directorio 2005- 2006, se gestionó la inclusión de la Ex Mutual en el PROGRAMA DE VIVIENDA SOLIDARIA (PVS), del Supremo Gobierno y luego de licitación pública efectuada por el FONDESIF, esta entidad, mediante nota FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006, comunicó a la Ex Mutual "su habilitación para la prestación de servicios de colocación y recuperación de cartera, para los subprogramas cuantitativos 02. 03. 04 y Mejoramiento y Ampliación", al punto que mediante CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007, el Viceministerio de Vivienda y Urbanismo, invitó a la firma del contrato respectivo y si bien en aquella oportunidad no se instrumentó el contrato (porque la Ex SBEF no consideró nuestras donaciones por su valor de realización, sino a un importe de control de Bs. 1 y así reportó al FONDESIF, que el CAP de la entidad resultaba menor al mínimo de ley.

La inclusión de la Ex MUTUAL en el PROGRAMA DE VIVIENDA SOLIDARIA, le permitía una serie de beneficios patrimoniales, entre los que de modo enunciativo, no restrictivo, me permito citar:

a) Podía permitir la realización de los bienes recibidos en donación por la Ex MUTUAL,

mediando financiamiento a adjudicatarios finales, "sin riesgo patrimonial para la entidad" y así en paralelo "INCREMENTAR EL PATRIMONIO NETO".

b) Además de permitir la realización de bienes adjudicados, generaba de ipso facto, el incremento por servicios, en atención a las comisiones que se percibirán, por servicios a prestarse dentro del PVS.

Todas estas acciones efectuadas, NO HAN SIDO VALORADAS POR EL REGULADOR, pese a que institucionalmente fueron de su conocimiento, en razón a las mismas funciones que le competen. Además:

Resulta que la sanción POR OTORGAR CRÉDITOS QUE EXCEDEN DEL 3 % DEL PATRIMONIO NETO DE LA ENTIDAD (Art. 79-f de la Ley 1488), es "menor" que la que se expide por "mantener" operaciones que fueron prohibidas por esa resolución sancionatoria y sin matizar las múltiples acciones apuntadas; en particular, analice su Autoridad.

El Directorio que otorgó estos créditos observados (gestión 2003),"NO FUE SANCIONADO PERSONALMENTE" y tan sólo se MULTÓ a la entidad; cito como prueba de mi parte, la misma resolución sancionatoria No. SB No. 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, que señalo como corriente de los archivos de la Ex SBEF.

Los hechos descritos, tornan la sanción que se me ha impuesto, en injusta y desproporcionada, dado que conforme al derecho a la igualdad de trato que nos asiste, "....todo administrado bajo similar circunstancia, debe merecer tratamiento igualitario o análogo...".

Respetuosamente pido a su Autoridad, considere que las tareas que heredó el Directorio y ejecutivos de las gestiones 2005-2006, de modo alguno se comparan con las que correspondían al Directorio y ejecutivos de la gestión 2003, "que tan sólo fue sancionado con MULTA a la institución"; en este sentido debe matizarse, que en la óptica común, es el Directorio de aquella gestión (2003), el que ocasionó la mentada "RESTRICCIÓN TEMPORAL" y por ende agravó el requerimiento patrimonial de la entidad; aquello, al haber efectuado ACCIÓN que podía haberse evitado, es decir, "...al haber concedido créditos que excedían del 3 % del patrimonio neto de la entidad..."; en este espectro, es aquel Directorio (el de la gestión 2003), el que debió haber recibido la "sanción más drástica" y bajo aquel elenco, "no guarda proporción alguna, el que ahora se me sancione con pena mayor", "...por no haber subsanado los defectos heredados y sin matizar las múltiples acciones ejecutadas…"

Bajo el espectro descrito, quien se suscribe considera (sin que implique reconocer haber lugar a sanción por no haber regularizado partidas observadas), que la pena que me ha sido impuesta, además de ser incorrecta, no corre con arreglo a los principios de proporcionalidad y trato igualitario, atendibles en todo proceso sancionatorio.

Además de la prueba precitada, adjunté con mi recurso de revocatoria contra la

resolución SB No.: 017/2007, COPIAS DE:

- *Contrato de crédito Subordinado de Capitalización por $us. 1.000.000-*
- *Acta de Asamblea Ordinaria del 25 de marzo del 2006.*
- *Carta del Fondesif FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006*
- *Carta del Vice Ministerio de Vivienda, con CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007.*
- *Acta de Directorio que aprobó Créditos a las Constructoras (Proyecto- Akualand (2003)*
- *Resolución Sancionatoria SB/113/2004 y Acta 042 del 16/11/2004*
- *Cartas:*
  - *-SB/ISNB/D-16410/2005del 18/01/2005*
  - *-GG-028/SG-180 del 14/05/2005*
  - *-GG-029/SG-239/2006 del 04/07/2005*
  - *-GOF-286/SG-310 del 31/08/2005*
  - *-GOF-358/SG-388 del 10/11/2005*
  - *-G.G.-444/05 del 28/12/2005*
  - *-G.G.-445/05 del 28/12/2005*
  - *-G.G. 446/05 del 28/12/2005*
  - *-GOF-192/SG-197 del 12/06/2006*

B.- Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos (…)

Carencia de motivación y valoración de actos institucionalmente reconocidos.

Antes de ingresar a fundar el agravio en sí, es menester que con el debido respeto a su Autoridad, efectuar algunas consideraciones:

a) Se reconoce que la entidad podía, pese a la mentada restricción temporal, efectuar gastos en sueldos, salarios y "...otros para el funcionamiento de la entidad..." (Textualmente en la resolución sancionatoria).

Ingresando en materia:

Adjunté con mi recurso de revocatoria contra la resolución SB No. 017/2007 copias, del presupuesto de la gestión 2007 y de las actas de asambleas efectuadas con aquel objeto, enervando el que se hubiere manejado "...discrecionalmente los recursos...".

Discriminada la prueba: imputo "carencia de motivación", en cuanto se me atribuye "… …omisión de depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia el total de las recuperaciones de cartera de créditos mas del incremento de las captaciones del público...", en atención a las siguientes razones:

a) Autocontradicción.
Si acaso debía entenderse "gramaticalmente" la restricción instruida por el regulador: "depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado boliviano TODO INCREMENTO DE CAPTACIÓN, ASÍ COMO LOS RECURSOS PROVENIENTES DE LA RECUPERACIÓN DE CRÉDITOS, TANTO POR CONCEPTO DE CAPITAL, DE INTERESES Y LA RECUPERACIÓN DE OTROS ACTIVOS….."; es lógico que aquello importaba la restricción de "...gastos financieros, administrativos y operativos incurridos en el periodo analizado..." (Textualmente en la resolución sancionatoria); no obstante en cuanto a estos últimos, el mismo regulador expresa: "...mismos que no son desconocidos por parte del Órgano Supervisor como ser sueldos y salarios y otros necesarios para el funcionamiento de la entidad...".

Las premisas que anteceden, resultan completamente antagónicas, en cuanto:

- Se admite que los gastos financieros, administrativos, Etc., resultaban de posible erogación, es decir: "....sueldos Y OTROS NECESARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ENTIDAD...", sin embargo, se castiga la "OMISIÓN DE DEPÓSITO DEL TOTAL", esto es: ¿Se debía depositar el total? ¿O se debía depositar el resultante de las deducciones de gastos administrativos, operativos, sueldos salarios y otros para el funcionamiento de la entidad?

Las interrogantes son validas (sic)*, en atención a que el regulador no ha discriminado en su computo* (sic)*, las deducciones por gastos financieros, sueldos "...y otros para el funcionamiento de la entidad...", amen* (sic) *de la gama interpretativa que sobre ésta última frase se puede espetar, dado, que la instrucción de avalúos sobre bienes adjudicados de la entidad, o la atención a sus bienes de uso, o la conservación o adecuación de sus bienes patrimoniales (como los que le fueron donados), pueden entenderse como "...necesarios para el funcionamiento de la institución..."; en este sentido, se acusan en la resolución sancionatoria, "...conceptos opuestos entre sí y dos conceptos con éstas características, se anulan o se enervan y así no existe resolución..." (LJ 1996, A.S. No. 112, pagina* (sic) *392).*

b) Indefensión y violación del derecho al proceso debido.

La resolución sancionatoria, me atribuye omisión de depósito en el BCB: "..."; sin embargo, ni el mentado informe de inspección, "...ni en la misma resolución...", corre cuadro alguno, por el que me pueda enterar de cuáles son los conceptos, montos INDIVIDUALES, o "...incrementos de captación o recuperación de cartera y otros activos...", que se acusan de omitidos, menos se refiere, si se efectúo o no, las deducciones "...por sueldos y otros para el funcionamiento de la entidad...", tampoco se ha expresado cual es el criterio con el que el regulador define cuales son gastos necesarios "para el funcionamiento de la entidad" y cuáles no gozan de las bondades de esa categoría, porque razones o bajo que justificativos, normas, objeto, Etc.

De aquello resulta, que se me está imputando "omisión de depósito de cantidad", empero, sin lugar a darme a conocer los conceptos, partidas, Etc., lo que me deja en

absoluta indefensión, en completa vulneración a los derechos constitucionales que me asisten, a la irrestricta defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de la CPE, dado, que para gozar de la oportunidad de enervar cargo alguno, en cualesquier Estado de Derecho, previamente debo conocer específicamente de que (sic) *se me, acusa y en la especie, si bien se dice los totales, en aquello no se informa si se efectuaron las deducciones admitidas por el regulador "…gastos para el funcionamiento de la entidad…", o no, con certeza, de efectuarse aquellas discriminaciones, el regulador, se percataría que la omisión endilgada no es tal.*

B.2.- La existencia de gastos por importes de Bs. 132.862.04.- y Bs. 20.280.36.- en la sub. cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" respectivamente (…)

Carencia de motivación.

Adjunte con mi recurso de revocatoria contra la resolución SB No. 017/2007, copias de respaldos documentales de las partidas observadas (resaltando que el regulador jamás pidió examinarlas) y las cito en calidad de suficientes para enervar el cargo que ataco.

Considere su Autoridad, que tratándose de "créditos instrumentados" antes de la tantas veces citada "restricción", no se pudieron cargar a las respectivas operaciones: "AVALÚOS, GASTOS NOTARIALES, Etc.".

Considere su Autoridad, la contingencia que "creó" la mentada restricción, al no haber formulado salvedad con relación a operaciones que se habían instrumentado antes de correrse la orden de "in estatu quo"; es decir, ***se dejó a la institución, con créditos aprobados, otorgados y contratados, que en muchos casos implicaba ya, hasta traslación de propiedad y constitución de hipotecas****, empero, sin, que se hubieren efectuado los desembolsos.*

Por el marco descrito, imputo a ésta infracción en particular, falta absoluta motivación (sic) *(no discriminó partidas, no se exigió respaldos, Etc.), enervándose, por nulidad o por liberación.*

Se tenga en calidad de prueba de mi parte:

- *Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por Bs. 132.862.04, con sus respectivos respaldos.*
- *Estado de la Cuenta contable 143.99.1.07 "Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por Bs. 20.280.36, con sus respectivos respaldos.*
- *Detalle de créditos aprobados y que no fueron desembolsados.*

De las frases pertinentes, EXTRAIDAS, podemos colegir:

1.- Se espeta que la Ex Mutual no podía efectuar estudios urbanísticos, Etc., EN BIENES QUE LE FUERON DONADOS, sin embargo: ¿Se extraña como la misma Ex Mutual, PUDO

CONSTRUIR UN EDIFICIO Y LUEGO VENDERLO POR PISOS O FRACCIONES?; es menester agregar que, en ninguno de los casos (ni en la construcción del Edificio, ni en las obras efectuadas en el bien recibido en donación), la Ex Mutual efectuó estas "tareas" por si misma, SINO QUE CONTRATO A EMPRESAS CONSTRUCTORAS.

2.- Se acepta que la resolución SB/13/96, lo que prohíbe, es la incursión de las Ex Mutuales "EN PROYECTOS HABITACIONALES", luego, se considere que los términos VIVIENDA o proyectos HABITACIONALES, inicialmente requieren PROYECTOS ARQUITÉCTONICOS (sic)*, CALCULOS ESTRUCTURALES, Etc. ¿De qué?, de las viviendas o habitaciones; de otra parte: ¿No venden los Bancos sus bienes adjudicados?, señalo a los Bancos Ganadero, BISA, Mercantil Santa Cruz S.A (previa fusión), como adjudicatarias* (sic) *de EXTENSIONES DE TERRENO en recuperación de cartera y puedo conducirle a su Autoridad, a los mismos predios, que se venden por "FRACCIONES", es decir, por lotes, por supuesto, luego de habérselos dispuesto para la venta. ¿No debería merecer el mismo tratamiento aquel BIEN QUE ES RECIBIDO EN DONACIÓN? (…)*

<u>Carencia de motivación</u>.

El proceso debido -cual garantía constitucional que asiste al administrado- goza entre sus componentes, del derecho a recibir una "resolución debidamente fundada", por cuanto, sólo así, el ciudadano conoce exactamente de los hechos, derecho, criterios y razones que motivaron la decisión, para así asumir acción o abstención, es decir, si recurre o acata la disposición; en el elenco descrito, unas de las particularidades que debe evidenciarse en una "RESOLUCIÓN FUNDADA", es la ausencia de valoraciones "SUBJETIVAS", es decir, el Juzgador, se encuentra compelido a efectuar consideraciones "OBJETIVAS", sustentadas en prueba valida (sic) *y sólo usar la "sana crítica", cuando ésta guarde arreglo con otros principios de prueba tasada por ley.*

En la especie, la disyuntiva radica en discernir, lo que implica "CONSTRUCCIÓN DE VIVIVIENDAS Y PROYECTOS HABITACIONALES"; sobre el particular, ante la impugnación que formulé el 22 de marzo de 2007, el regulador, conforme a normas del SIREFI, estaba facultado para efectuar consultas a los técnicos de obra, Ingenieros Civiles, Arquitectos, Etc.; al sentir que, entiendo, por la especialidad de las funciones, ninguno o muy pocos de los personeros de la Ex SBEF, contaba con aquellas profesiones; sin embargo, aquello no se suscitó y es el regulador, el que con criterio puramente "SUBJETIVO", decide entender, "los estudios, Etc., EN UN BIEN QUE LA EX MUTUAL RECIBIÓ EN DONACIÓN", implica CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS Y PROYECTO HABITACIONAL; luego, hasta ingresa en terreno más fangoso, CUANDO SUBJETIVAMENTE, afirma que se TRATARÍA DE ACTIVIDADES ESPECULATIVAS DE COMERCIO (¿?).

Ruego a su Autoridad, considere, que es muy difícil, conseguir en nuestra (sic) *País, a un ciudadano dispuesto a comprar CINCUENTA HECTÁREAS DE TERRENO; sin embargo, es muy posible, conseguir a muchos Bolivianos, dispuestos a comprar fracciones o lotes; en este sentido: ¿Qué es lo que podía hacer la Ex Mutual donataria, para realizar el bien que le fue donado? ¿Nada? ¿Estaba obligada a venderlo en su totalidad? ¿Podía venderlo por fracciones?*

Se tenga en calidad de prueba de mi parte, COPIAS DE:

- *Carta del Colegio de Ingenieros Civiles*
- *Acta de Directorio No. 026 de Fecha 22 de diciembre del 2006*
- *Acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero del 2007*
- *Acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007. Se adjuntan copias de actas.*
- *Listado de Adjudicatarios para el programa de Vivienda social.*

De la frase extraída, corresponde que efectúe ciertas consideraciones:

a) Pido que aprecie su Autoridad, que de modo alguno se está cuestionando la documentación o instrumentación del gasto;
b) Que su Autoridad aprecie que se cuestiona "EL GASTO", en atención a dos particulares razones:

- *La restricción temporal ordenada por el mismo regulador, mediante nota SB/ISRII/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005:*

- *Y una débil gestión de "riesgo crediticio".*

a) Auto contradicción.

Desde abril de 2005, se instruyó a la Ex Mutual Guapay:

> *"…depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado boliviano todo incremento de captación, así como los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos…"*

Incorporando mayores elementos, la misma resolución sancionatoria, admite que pese a la citada "restricción temporal", la entidad podía y debía efectuar, gastos "necesarios para su funcionamiento"; así textualmente expresa:

> *"…sueldos Y OTROS NECESARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ENTIDAD…"*

De los óbices que preceden, podemos y debemos efectuar ciertas puntualizaciones, que hacen a la esencia misma de esta penalización:

Considere Su Autoridad que, "... la colocación de créditos...", es la principal fuente de subsistencia de cualesquier Mutual, dado que, conforme al Art. 75 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), estas entidades, sólo incrementan sus capitales primarios, mediante la consecución de "EXCEDENTES DE PERCEPCIÓN (utilidades)" o mediante la recepción de "DONACIONES DE LIBRE DISPONIBILIDAD".

La premisa que antecede, hace que, al momento de instruirse la "restricción temporal" (abril del 2005), se haya restringido a la Ex Mutual, la fuente primaria de su subsistencia: "la colocación de créditos"; desde éste espectro, al no haberse "restringido la recepción de CAPTACIONES", se tiene que mensualmente y durante todo el periodo posterior a tal orden de in statu quo, la entidad ha tenido que soportar "el pago de tasas pasivas", sin contar en contrapartida, con la generación de nuevos ingresos por generación de

operaciones activas.
El espectro descrito, llevo a que la entidad deba "idear proyectos", que le permitan incrementar sus ingresos por servicios no financieros (recaudación de tributos, de pagos de servicios de energía eléctrica, agua potable, Etc.), estrictamente, "para garantizar su funcionamiento".

De la lógica explicada, justifica la decisión de que la entidad adecue (sic) *su logística, para intentar su inclusión en el PROGRAMA DE VIVIENDA SOLIDARIA (PVS), del Supremo Gobierno, dado que, por sus características, no generaba riesgo patrimonial para la misma Ex Mutual.*

Dan fe de las afirmaciones que anteceden, la nota FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006, por la que el FONDESIF comunica a la Ex Mutual, su HABILITACIÓN para la "...prestación de servicios de colocación y recuperación de cartera, para los subprogramas cuantitativos 02, 03, 04 y Mejoramiento y Ampliación…" y la nota CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007, por la que el Viceministerio de Vivienda y Urbanismo, invitó a esta entidad, para la firma de contrato en este programa. Corren copias de estas notas, en calidad de prueba de mi parte.

Fue de conocimiento público que los personeros de la Ex Mutual Guapay, celebraron el contrato pertinente con el FONDESIF, para la activación de los servicios para la cual Ex Mutual fue CALIFICADA, dentro del proceso público de contratación efectuado. Se adjunta nota de prensa.

Con aquellos antecedentes, debo resaltar que, "...si la Ex Mutual contaba, con la logística adecuada para la prestación de servicios dentro del Programa de Vivienda Solidaria...", estrictamente se debe:

- A que las oficinas (pequeñas ventanillas de recaudación), en La Paz, Cochabamba; y en Montero, fueron acondicionados, para recibir cantidades de solicitantes de créditos en el marco del PVS.

Desde el terreno "financiero" delimitado, no es viable que el regulador entienda viables los gastos "necesarios para el funcionamiento de la entidad" y al mismo tiempo observe los "gastos destinados al incremento del volumen de servicios", por ende, de insalvable requerimiento de la institución, para garantizar su subsistencia, en momentos en que se le había "restringido las colocaciones de créditos".

b) La inclusión en el Programa de Vivienda Solidaria, Hera (sic) *un hecho, en fe de que los proyectos, propuestas, diligencias y acciones efectuados por la entidad, fueron debidamente efectuados.*

En el espectro descrito, no se señala quien, o porque, menos la acción u omisión personal, por la que me penaliza; en ese sentido y con los respetos debidos a su Autoridad, imputo que la resolución sancionatoria no es fundada y por ende se aleja del proceso debido, dado que no se puede entender por debido proceso, a aquel en que se sanciona, sin especificar cuál es la acción u omisión "específica o personal", por la que

se decide así.

En el mismo elenco -sin que implique admitir haber lugar a sanción alguna- hasta la pena que me ha sido impuesta, es incongruente, si consideramos el Art. 102 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), en sus partes pertinentes:

> *"Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99°, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, CUANDO LAS INFRACCIONES U OMISIONES BENEFICIEN A LA ENTIDAD FINANCIERA EN CUALESQUIERA FORMA...."*

Invocamos la norma que antecede, al afirmar, que los gastos observados, "...se han efectuado en beneficio de la entidad...", es decir, permitirían a la entidad, incrementar su volumen de ingresos por servicios y, la probabilidad de atención con créditos en el marco del PVS, a todo el país; esto, sin perjuicio de la oportunidad de realización de "ACTIVOS IMPRODUCTIVOS DE PROPIEDAD DE LA INSTITUCIÓN".

De lo expuesto se tiene, que es la misma resolución sancionatoria, la que se enerva en esta penalización en específico, sin obviar la prueba que me sirvo adjuntar en mi favor.

Además de la prueba precitada, se tenga a mi favor, la siguiente:

- *Notas de prensa que acreditan la firma de la Ex Mutual con el FONDESIF, el contrato del Programa de Vivienda Solidaria.*
- *Listado de Adjudicatarios.*

C.- Incumplimiento al Art. 74 de la ley No. 1488, e inobservancia las restricciones impuestas por el Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISRIID-29535/2005 de 18 de abril del 2005.

C2.- El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", por un importe de Bs. 295.353.- cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz (…)

Carencia de motivación.

La resolución sancionatoria, en este punto en particular, confunde la glosa de la partida observada "Proyecto de Vivienda Social", cual si la entidad previere ingresar en actividades inherentes a la construcción de viviendas o proyectos habitacionales, dado que desconoce las particularidades del Programa de Vivienda Social (PVS), para el que, las entidades calificadas y habilitadas (LA EX MUTUAL ENTRE ELLAS), prestaban el servicio de colocación y recuperación de cartera, SIN INCURRIR EN RIESGO PATRIMONIAL ALGUNO, dado que: los créditos eran aprobados por el Comité de Administración del Programa; se otorgaban por el FONDESIF, en cuyo beneficio se instrumentaban las garantías (hipotecarias, personales, Etc.); y en ese sentido, la entidad solo se constituía en preparador de la carpeta del solicitante y luego el recaudador de sus amortizaciones, ***en estricta prestación de un servicio, por el que recibiría en contraprestación una comisión.***

Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de

solicitantes de créditos y proyectos (dado que para aquellos la entidad era el filtro de los proyectos que presentaban los solicitantes de créditos), en pos de que, suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS (como se suscita al presente), se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa, con los beneficios expuestos, más aun, al comprender la tantas veces invocada "restricción temporal", que había congelado la fuente primaria de ingresos de esta entidad: "la colocación de créditos".

Además de la prueba precitada, se tenga en mi favor, la siguiente:

- *Acta No. 11 de fecha 27 de julio del 2006*
- *Acta No. 12 del 31 de julio del 2006*
- *Acta No. 13 del 14 de agosto del 2006*
- *Acta No. 14 del 21 de agosto del 2006*
- *Acta No. 17 del 28 de septiembre del 2006*
- *Acta No. 22 del 10 de noviembre del 2006*
- *Nota del Fondesif habilitando a la Ex Mutual Guapay al PVS.*
- *Nota del Vice Ministerio*
- *Estado de la Cuenta 182 "Proyecto de Vivienda Social", con sus respectivos asientos contables.*
- *Notas de prensa.*

En el abanico de posiciones su Autoridad, considere, que por el estricto ejercicio de las funciones de "ACUSADOR", al regulador le asiste la obligación de dar fe del conocimiento de sus actos y del deber de actuar de forma "objetiva", es decir, no solo diligenciando los elementos que sirvan para imputar, sino, agregando aquellos que sirvan para descargar al encausado, dado que nos encontramos ante un proceso "publicista", no ante uno de orden "dispositivo", en el que el impulso procesal, el derecho de alegación y de aportación, sólo está dado a las partes.

En el contexto descrito, el regulador, al atribuirme sanción por "…omisión traducida en la ausencia de políticas para el cumplimiento de las restricciones impuestas por este órgano de fiscalización, las debilidades persistentes en la gestión de su riesgo crediticio, así como las deficiencias en el procesamiento de información veraz, consistente y oportuna..";

a) No puede abstraerse de las notas SB/ISNB/D-16410/2005 del 18 de enero de 2005 y de las notas GG-028/SG-180 del 14 de mayo de 2005, GG-029/SG-239/2006 del 4 de julio de 2005, GOF-286/SG-310 del 31 de agosto de 2005, GOF-358/SG-388 del 10 de noviembre de 2005, GG-444/05 del 28 de diciembre de 2005, GG-446/05 del 28 de diciembre de 2005, GOF-192/SG-197 del 12 de junio de 2006; estas últimas cursadas por la Ex Mutual al regulador, concernientes a las diversas medidas adoptadas por la entidad, con relación a la indicada restricción temporal y que cito como prueba de mi parte, como corrientes de los archivos de la Ex SBEF.

b) No puede abstraerse de la misma nota SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005, que cito como prueba de mi parte, cursante de los archivos de la Ex SBEF, por la que instruyó a la Ex Mutual: "...el congelamiento de sus operaciones ulteriores de colocación

de créditos...", por ende: "...deja de validarse el acuse de debilidades persistentes en la gestión de su riesgo crediticio...", dado que es el mismo regulador el que estancó el incremento de los volúmenes de cartera.

Siguiendo el lineamiento: "...las deficiencias en el procesamiento de información veraz, consistente y oportuna...", no pueden imputarse a sola intención de la administración pública, deben individualizarse y confrontarse en el tiempo, espacio y oportunidad; en la especie se me deja en absoluta indefensión, cuando se critica (sic) *procesos administrativos, pero no se específica* (sic) *cuales, ni porque* (…)

Carencia de motivación.

Sin pretender pecar de reiterativo, es que la triple función del regulador (acusador, juez y legislador), le obliga a fundar debidamente todas sus posiciones; así no puede haber criticado "...la ausencia de políticas para mitigar la restricción temporal, debilidades de gestión de crédito, de procesamiento de información Etc.", absteniéndose de las constantes medidas tomadas por los personeros de la Ex Mutual y que eran de conocimiento institucional; la omisión denunciada, con el debido respeto a su Autoridad, importa que la resolución en cuestión, no es ni fundada, ni objetiva, dado que se ha limitado a ejercer el ius puniendi "subjetivo", sin lugar a valorar los elementos que pudo haber valorado en mi favor.

Se tenga en calidad de prueba de mi parte, la siguiente:

- *Actas de Directorio en las que se consideró la restricción.*
- *Acta de reunión de Directorio No. 05/2005 de fecha 18 de abril del 2005, se considero la carta SB/ISR II/D-29-535/2005, tramite No. 36572, sobre la restricción temporal.*
- *Dictamen de Auditoría Externa 2005.*
- *Carta Sb/ISR II/D-34/2005 de fecha 29/12/2005*
- *Políticas adoptadas en la gestión 2006, enviado al Fondesif.*

II.- AGRAVIOS GENERALES.

II.1.- Violación del principio de responsabilidad o culpabilidad personalísima.

En todo proceso sancionador, en el que se propalen sanciones personales, es deber del que funja de juzgador, expresar los fundamentos de hecho y derecho, por cada uno de los participes, en particular:

1.- Entratandose (sic) *de órganos colegiados (Directorio), si bien la responsabilidad puede tomarse solidaria, salvándose las manifestaciones disidentes, no es menos cierto, que la valoración debe ponderarse en razón a la actuación de cada uno de los participes* (sic)*; en la especie, no corre valorización individual de las acciones u omisiones, que se penalizan.*

2.- Del mismo modo observo, que todavía no se ha efectuado ponderación individual con relación al cargo de Encargado de Recaudaciones de la regional Cochabamba,

por la que resulto sancionado, en verbi gratia, POR:

> *"el incumplimiento a la implantación de medidas para la regularización de las causas que dieron origen a la emisión de la Resolución SB/113/2004, recae íntegramente en el Directorio..."*.

El mismo regulador asigna "responsabilidad" al órgano Directivo, sin embargo, "también sanciona por aquella causa a los ejecutivos".

Luego, se informan parafraseados, como: "...constituye responsabilidad íntegra del Directorio y del Gerente General de la entidad, así como de aquellos funcionarios ejecutivos que omitieron el cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolsos y gastos, señores..... y Yuri Rodríguez Urquidi...".

Obsérvese que de ningún modo, se endilga acción u omisión "personal" punible y por el contrario, se instituye una maremagna conjunción, cual se tratase de órgano colegiado, sin discernir cuales eran las funciones que competían a uno u otro, o cuáles eran las que se incumplieron, o en qué forma se incumplieron, y todo ello, en completa abstracción de la delimitada competencia de cada uno de los personeros, que por sus mismas aéreas encargadas, son totalmente diferentes.

El agravio descrito, importa una grave infracción al Art. 78 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y al Art. 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado), con arreglo a los Arts. 6, 7-a, 16-II-IV de la CPE, dado que aquello demuestra que la resolución sancionatoria "no es debidamente fundada" y en ese sentido, "torna el proceso sancionatoria en indebido" y vicia de nulidad absoluta el procedimiento.

II.2.- Violación de los principios que hacen al proceso sancionador.

Conforme con los Arts. 71, 72, 73, 74 y siguientes, rigen en el procedimiento sancionador, los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia y responsabilidad; en la especie:

a) No se ha respetado los principios de legalidad y tipicidad, al momento en que se ha efectuado apreciaciones "subjetivas" de infracciones, que específicamente "no se encuentran tipificadas como tal".

b) No se ha respetado los principios de presunción de inocencia y responsabilidad, desde que no se pune acciones u omisiones "personales", como que se invierte la carga de la prueba, obviando el regulador, su condición de "acusador", con el deber de sustentar "objetivamente", no solo su posición imputadora, sino aquella que beneficie al encausado, que en la especie, ha sido completamente inexistente.

c).- La resolución ASFI No. 657/2011 en su artículo resolutivo, RESUELVE "Sancionar al señor YURI RODRÍGUEZ URQUIDI en su calidad de Gerente de la Regional Cochabamba de la Ex MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY, con suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años."

Con todo el respeto que merece su Autoridad, pero nuevamente este punto resolutivo es contradictorio:
a).- La sanción se la efectúa a un supuesto Gerente actual y vigente de una entidad que ya no existe.
b).- Se determina que la suspensión es temporal por el lapso de dos años; sin indicar desde cuando corre y cuando termina esta suspensión.
c).- La resolución en su punto resolutivo no toma en cuenta que ya he sido perjudicado y suspendido desde el año 2007 y nuevamente me vuelve a suspender por dos años en el 2.011.
Los vicios denunciados, de los que adolece la resolución sancionatoria en cuestión, la anulan y restringen sus efectos, en tanto y cuanto, sale del marco que hace al proceso debido.

PETITORIO

Bajo el amparo de los fundamentos antes expuestos y de acuerdo a las previsiones de los Arts. 19, 20, 36, 37, 38, 46, 47 y 48 del reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo, se tenga por formalizado mi RECURSO DE REVOCATORIA, contra vuestro acto administrativo signado como RESOLUCION ASFI No. 657/2011, notificada al 15 de septiembre del año corriente y en consecuencia pido a vuestra autoridad:

1.- Admita a trámite este recurso de revocatoria;
2.- Conforme al Art. 41-II del reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, ante la existencia de terceros interesados, es decir los demás Ex Ejecutivos sancionados, se les otorgue traslado y derecho a opinión, máxime si actualmente NO existe la Asociación Mutual de Ahorro y Crédito Guapay, por haber CESADO su funcionamiento.
3.- Vencido el término probatorio, se sirva pasar la causa, más las pruebas producidas, a conocimiento de las partes interesadas para la presentación de alegatos;
4.- Y finalmente, SE SERVIRÁ:
4.1.- Revocar totalmente vuestra decisión recurrida y liberarme de toda sanción; o,
4.2.- Alternativamente, anular el procedimiento hasta el vicio más antiguo denunciado…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 762/2011 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "***CONFIRMAR TOTALMENTE**, la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*", en base a los fundamentos siguientes:

"…***Evaluación con relación al Cargo A:***

Con relación a los agravios mencionados contra el cargo "A", el señor Yuri Rodríguez Urquidi, reitera los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB Nº 017/2007 la que fue anulada por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011 de 15 de agosto de 2011, sin considerar que en la

Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, pronunciada con la finalidad de ajustarla a derecho, como instruyó la Resolución Jerárquica mencionada anteriormente, se ha individualizado por cada imputación impuesta al recurrente y también se ha valorado de manera fundamentada la prueba presentada. Consiguientemente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido cabalmente con lo dispuesto en la Resolución Jerárquica, por lo que no corresponde, ni es comprensible que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Recurra en agravios de Cargos no impuestos, en la Resolución ASFI N° 657/2011.

Es por este motivo y con la finalidad de no entorpecer la labor de la instancia superior en grado, no se emite ninguna apreciación al respecto, al no corresponder el cargo mencionado (…)

Evaluación con relación al Cargo B:

El señor Yuri Rodríguez Urquidi, al mencionar el cargo B incorpora el análisis efectuado por la Superintendencia de Bancos con relación a la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, presentada en oportunidad de la notificación de cargos previa a la Resolución SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, en calidad de descargo, aspecto que no es acorde ni corresponde al cargo efectuado en su contra, toda vez que el concepto del Cargo "B" es enunciativo de los cargos que se incluyen en el mismo, tratándose de las restricciones impuestas a la entidad, y emergente de ello, no corresponde que realice descargo a este párrafo más aún mencionar los agravios sufridos por su persona, cuando no existen, siendo en realidad el cargo "B.2" contra el señor Yuri Rodríguez Urquidi, el que le fue notificado específicamente (…)

Evaluación con relación al Cargo B.2

El señor Yuri Rodríguez Urquidi, manifiesta al respecto que en oportunidad de la visita de inspección efectuada a la entidad, no se habría requerido el respaldo documental y que la Resolución Sancionatoria omitió considerar aquella falta de requerimiento documental. Sin embargo, la Superintendencia, al evaluar la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, se pronunció por considerar el descargo, inatinente al cargo notificado. Dichos descargos al referirse a gastos, desembolsos e inversiones en rubros ajenos al giro de la ex Mutual, como ser el Proyecto de Vivienda Social, en condiciones en los que la entidad debía mantener una política austera de gastos dada su frágil situación financiera, no correspondían. Consecuentemente, ninguno de los gastos, inversiones en bienes de uso y desembolsos realizados por la ex Mutual Guapay, como lo establece la Resolución ASFI N° 657/2011 guardaban relación con un manejo prudente de gastos e inversiones, alejándose de las instrucciones contenidas en la carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005.

Se ha evaluado la documentación presentada en memorial de 24 de abril de 2007 y considerado los argumentos complementarios expuestos, referidos a los Estados de Cuentas Contables, los comprobantes y notas cursantes en los descargos, habiéndose podido establecer que no contienen elementos de descargo, por el contrario, son ejemplo de las inobservancias efectuadas al participar del Proyecto Plan de Vivienda Social (PVS), situación contraria a la restricción impuesta y que

develan únicamente el incumplimiento a lo dispuesto por el Órgano Fiscalizador.

Al indicar que la Resolución no es fundada, que se aleja del debido proceso, al no haber establecido la acción u omisión específica, que se le ha aplicado una pena incongruente, citando parcialmente el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, pretende mostrar un error en la Resolución, cuando al citar el artículo debería hacerlo en su integridad, de donde se podrá advertir que no ha mencionado que también se aplicará "a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse." (…)

Evaluación con relación al Cargo C:

El argumento ya expresado (pág 17 inc. I) en la citada carta GOF-124/SG-121 referida a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núñez del Prado, en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, no enerva ni destruye el cargo notificado por que el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", comprometen y agravan la responsabilidad del citado ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, al haber actuado en contra de la restricción determinada.

Asimismo, la afirmación realizada por el ex Gerente Yuri Rodríguez Urquidi, conforme al cargo notificado, al decir: ***"Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa...."***

Esta aseveración confirma que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, ex Gerente de la Regional de la Mutual Guapay en la ciudad de Cochabamba, destinó a gastos los recursos que deberían ser remitidos al Banco Central de Bolivia, sin embargo, se utilizaron en preparar carpetas, esto quiere decir que utilizaron los recursos de la ex Mutual para un proyecto que no era propio de la entidad.

Adicionalmente, se revisaron las pruebas ofrecidas por el ex Gerente Regional de la oficina Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, en su memorial de 24 de abril de 2007, consistentes en: Carta del Colegio de Ingenieros Civiles, Comprobantes Contables y contrato, así como Actas de Directorio las que reiteran los argumentos expuestos y analizados de los Directores y Ejecutivos de la señalada ex Mutual, descargos no apropiados para esta etapa, toda vez que se han individualizado los cargos por efecto del Recurso Ministerial (sic) *Jerárquico y como se señaló anteriormente, no aportan nuevos elementos que excluyan la participación del señor Yuri Rodríguez Urquidi en la administración de la entidad con fines ajenos a su giro exclusivo y en contra de instrucciones impuestas* (…)

Evaluación con relación al Cargo 11.1:

De la revisión del apartado, se advierte que el recurrente reitera los argumentos

expuestos en la anterior instancia para justificar los cargos o para buscar su revocatoria, pues nuevamente reclama que no se realizó la evaluación individual, aspecto subsanado completamente en la Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011.

Nuevamente se refiere al Directorio, como a órgano colegiado, manifestando que la responsabilidad puede ser solidaria, salvo manifestaciones disidentes etc., debiéndose la valoración ponderarse en razón de la actuación de cada uno de los participantes, en la especie, no corre valorización individual de las acciones u omisiones que se sanciona. En este acápite, es menester expresar que el cargo ha sido claramente individualizado en la Resolución referida en el párrafo precedente.
Las infracciones a la normativa que indica no son evidentes, al haberse dado cumplimiento estricto a lo previsto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011, por lo que no existe el proceso indebido, menos vicios que puedan inferir a su nulidad (…)

Evaluación con relación al Cargo 11.2:

Con relación a la violación de los principios que hacen al proceso sancionador, se puede advertir que el recurrente, de manera equivoca aplica principios inherentes a materia laboral y penal, expresa argumentos dirigidos a cuestionar el procedimiento administrativo aplicado por este Órgano de Supervisión, sin aportar ningún elemento o justificativo para enervar o descargar las infracciones notificadas, al haberse pronunciado de manera clara y objetiva los cargos por los cuales se le ha sancionado.

Al referirse a los principios de presunción de inocencia, no se puede apreciar a cabalidad el concepto mencionado ni el lineamiento que pretende dar a su argumento. Sin embargo, cabe destacar que en materia administrativa no existe la figura de la inversión de la carga de la prueba para beneficiar al "encausado" aspecto completamente oscuro en la materia que nos corresponde.

No es evidente que se haya sancionado a un supuesto Gerente actual, como expresa en sus agravios. La Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, expresa claramente que es contra e! señor Yuri Rodríguez Urquidi, en su calidad de Gerente Regional Cochabamba de la ex Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, con suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años. Al respecto, se ha identificado plenamente al sancionado en relación al cargo que ocupaba en la ex Mutual. A mayor abundancia, en el penúltimo considerando de la Resolución Recurrida (ASFI N° 657/2011), se expresa que conforme el principio de derecho Non Bis In Idem, en atención de la Resolución Sancionatoria SB N° 017/2007 y por el carácter devolutivo de los recursos interpuestos contra dicho Acto Administrativo, el señor Yuri Rodríguez Urquidi, comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución (…)

CONSIDERANDO:

Que, en consideración al contexto general expuesto en el presente recurso de

revocatoria, corresponde manifestar que en el marco de lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, dicha instancia jerárquica dispuso anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007 por lo que este órgano de Supervisión emitió la Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, habiendo individualizado la sanción por cada imputación impuesta al señor Yuri Rodríguez Urquidi, conforme los lineamientos establecidos en la citada Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, los argumentos expuestos por el señor Yuri Rodríguez Urquidi en su recurso de revocatoria no desvirtuaron ni enervaron los fundamentos contenidos en la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, en razón a que los cargos notificados para la sanción impuesta, estos quedan subsistentes y ratificados, debido fundamentalmente al que el señor Rodríguez incurrió en la omisión del cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolso y gastos, cuando ejercía las funciones de Gerente de la Oficina Regional Cochabamba de la ex Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda.

Que, respecto al cuestionamiento que realiza el recurrente Yuri Rodríguez Urquidi contra la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, manifestando que la misma es desproporcional y carente de motivación y valoración de actos institucionalmente reconocidos, corresponde efectuar las siguientes consideraciones:

a) *La sanción impuesta por ASFI al señor Yuri Rodríguez Urquidi, mediante Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, consideró lo establecido por el artículo 61 del Reglamento de Sanciones Administrativas de ASFI, contenido en el Titulo XII, Capítulo II, Sección I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (referido a la discrecionalidad reglada que no debe confundirse con la arbitrariedad), ya que al determinarse el incumplimiento en que incurrió el señor Rodríguez dicha falta no puede considerarse como infracción leve por cuanto ocasionó daño económico a la institución financiera, razón por la cual y en aplicación del citado Reglamento ASFI impuso la sanción contra el recurrente, considerando adicionalmente el incumplimiento e inobservancia a las restricciones transmitidas por este Órgano de Supervisión dispuestos mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, (aspectos descritos en el cuadro sobre concurso ideal de infracciones contenido en la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011).*

b) *Con relación a la fundamentación y motivación contenida en la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, respecto a la sanción con la suspensión temporal de dos años de sus funciones, para tal efecto, se consideró lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, refiriéndose a los* ***"Principios Generales de la Actividad Administrativa",*** *que en su inciso p) se refiere* ***al "Principio de Proporcionalidad"*** *señalando, "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la*

presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".

c) *En ese sentido, se consideraron los criterios contenidos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que establecen que para imponer una sanción, la administración debe basarse en los parámetros y/o criterios que forman parte inmanente del* ***principio de proporcionalidad,*** *es decir;* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable;* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y;* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora haya ponderado las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Que, a fin de corroborar lo anteriormente expuesto, esta Autoridad de Supervisión a tiempo de emitir Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, evaluó previamente todas las atenuantes y agravantes, así como el grado de participación del señor Yuri Rodríguez Urquidi en los hechos sancionados y las responsabilidades que le fueron atribuidas en el ejercicio de sus funciones como Gerente Regional Cochabamba de la ex Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda., las que finalmente derivaron en la imposición de la sanción por parte de este Órgano de Supervisión y que en el presente recurso de revocatoria no fueron desvirtuados en el recurrente (…)

Que, la Dirección de Supervisión de Riesgos II, mediante Informe ASFI/DSR II/R-114458/2011 de 27 de octubre de 2011 y la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-117112//2011 de 3 de noviembre de 2011, han concluido señalando que los argumentos presentados por el señor Yuri Rodríguez Urquidi, en su Recurso de Revocatoria no enervaron ni desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, por lo que corresponde confirmar en todas sus partes la referida resolución…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 25 de noviembre de 2011, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** presenta Resolución Administrativa ASFI N° 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS***

De los "antecedentes procesales" expuestos en capítulo que antecede, como del imperio del 156 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), el Estatuto de la Superintendencia de Bancos y Entidades financieras, como los Arts. 34, 49, 50-III y 51-11 del Reglamento de Procedimientos del SIREFI aprobado por D.S. No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, denunció (sic) *que la resolución administrativa objeto de este recurso, adolece de los defectos que denunciaré a continuación.*

OMISIÓN DE TRÁMITE DEBIDO Y PRONUNCIAMIENTO DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA.

La Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, había instituido línea jurisprudencial, por la que declara la "obligación del Superintendente Sectorial de Bancos y Entidades Financieras, hoy Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, de pronunciar debidas y FUNDAMENTADAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, en atención a los recursos (cual el de revocatoria); así la resolución SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, que en sus FUNDAMENTOS JURIDICOS, textualmente señaló en sus partes pertinentes:

"…En la doctrina del Derecho Administrativo se han esbozado numerosas definiciones acerca de lo que implica el acto administrativo. Por ello, siguiendo la mayoría de la doctrina generalmente aceptada en la materia, podemos concluir que el acto administrativo es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria que emana de un sujeto, la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetiva o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público…"

"…En nuestra legislación, el Artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que: Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa. Normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo…"

"…Por otra parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio (sic) hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, OBTENER DECISIONES FUNDADAS O MOTIVADAS, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, CUESTIONAR LOS ELEMENTOS PROBATORIOS ANTES DE LA DECISIÓN, TENER LA POSIBILIDAD DE INTENTAR MECANISMOS IMPUGNATORIOS CONTRA LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces. el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse….".

*"…**Cabe precisar que uno de los elementos ESENCIALES del acto administrativo se encuentra en SU MOTIVACIÓN O FUNDAMENTACIÓN que implica que la***

Administración Pública no puede actuar sin bases orientadores (sic) ***que le permitan emitir actos administrativos, DEBIENDO OBSERVARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO Y DE DERECHO QUE CORRESPONDAN AL CASO****…"*

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

"…El Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra ***LA CAUSA, POR MEDIO DE LA CUAL SE DEBERÁ SUSTENTAR EL ACTO EN LOS HECHOS Y ANTECEDENTES EXISTENTES Y EL DERECHO APLICABLE****. Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto. Concordante con la anterior, el Artículo 30, literal a), de la Ley Adjetiva Procedimental, en cuanto a la motivación****, indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos****…".*

La falta de fundamentación y auto contradicción de la resolución ASFI No. 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, con la que se confirma indebidamente la Resolución ASFI No. 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, no sólo constituye una grave infracción a los Arts. 29-III, 43-I y 50-III del reglamento de procedimientos para el SIREFI aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y a los Arts. 17-I, 28, 52 y 65 de la Ley del Procedimiento Administrativo, sino que constituye una flagrante violación a mis derechos constitucionales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de la CPE.

Y es que la resolución ASFI No. 762/2011, incurre en INFRACCIONES de normas expresas del reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003:

1.- *Cuando los Arts. 30 y 50 del Reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señalan, que procede la apertura de término de PRUEBA en el trámite del RECURSO DE REVOCATORIA, sólo nos queda confrontar mi RECURSO DE REVOCATORIA, para percatarnos de su expreso OFRECIMIENTO DE PRUEBA, sin que JAMÁS se me hubiera hecho conocer, si mi prueba fue admitida o NO, o, SI SE ABRIÓ TÉRMINO PARA PROBAR o NO, sic, sic, DEJANDO SÓLO LA POSIBILIDAD DE ARRIBAR A LA CONCLUSIÓN. DE QUE,* ***SE ME DEJÓ EN ABSOLUTA INDEFENSIÓN, ES DECIR, SIN LA POSIBILIDAD DE PROBAR, DE ACREDITAR MIS DESCARGOS NO DOCUMENTALES o DE DIFERENTE MEDIO PROBATORIO.***

2.- *Cuando el Art. 29-III del reglamento de formas del SIREFI, dispone: "...Las pruebas SERÁN VALORADAS EN SU INTEGRIDAD, con racionalidad y de acuerdo a la sana crítica...", no genera norma POTESTATIVA o DISCRECIONAL, genera IMPERATIVO PROCESAL impone obligación al Administrador Público, que no puede ser omitida; omisión que en la especie se colige de la sola lectura de la resolución recurrida, en la*

medida en que NO VALORA DEBIDAMENTE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DE MI PARTE ***y MENOS SE ACOMODA A MI REALIDAD PERSONAL, ES DECIR, A MI CONDUCTA EN PARTICULAR Y A LOS ACTOS O SUPUESTAS OMISIONES, QUE SE ME PRETENDA ATRIBUIR, OLVIDANDO, QUE QUIEN SE SUSCRIBE FUNGÍA TAN SÓLO DE JEFE DE UNA VENTANA DE RECAUDACIÓN, ES DECIR, NO DE UNA SUCURSAL, Etc.. amén de que JAMÁS ostente la calidad de DIRECTOR, ni DE GERENTE GENERAL, NI DE GERENTE DE OPERACIONES, sic, sic.***

Violación de derechos y garantías constitucionales.

Con los actos y omisiones que se denuncian en apartado que antecede, no sólo se ha quebrantado el reglamente (sic) *de procedimientos administrativos del SIREFI y la Ley del procedimiento Administrativo, en los artículos individualmente apuntados, sino que se ha violado mis derechos y garantías fundamentales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de la CPE, como se funda a continuación:*
Del imperio del Art. 115 de la CPE, emerge mí derecho a la seguridad jurídica en proceso; derecho que en contenido: "...implica el derecho a la certeza y la certidumbre que tiene la persona frente a las decisiones de las autoridades públicas, las que deberán ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la Ley y la consiguiente motivación de la resolución..." (SC 0753/2003-R de 4 de junio).

Las SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 174672003-R, entre otras, entendieron al debido proceso como: "el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".

Las declaraciones e interpretaciones de su Excelencia el Tribunal Constitucional, SON DE APLICACIÓN OBLIGATORIA, PARA TODAS LAS AUTORIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En la especie: mi RECURSO DE REVOCATORIA, no ha sido tutelado con RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA, por ende, me encuentro ante la incertidumbre del valor que se ha otorgado a mis pruebas o a mis motivos esgrimidos al recurrir, con flagrante violación de imperativos procesales, denotando la clara "inseguridad jurídica e indefensión", que se me está propalando. Luego: procedimiento como el denunciado, de modo alguno puede entenderse como DEBIDO.

Es menester agregar que, es el mismo reglamento de formas del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, el que en su Art. 62, textualmente reza: "...I.- El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos. II.- La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, DE RESPETO AL DEBIDO PROCESO y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley NO. (sic) *2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables.*

En la especie, desde que se dicta una resolución CONFIRMATORIA de la resolución

recurrida, empero, olvidando que …(ilegible)… sumarios administrativos en UNA sola resolución Sancionatoria, la SB No. 017/2.007, esto NO implica que se trate de un SOLO proceso administrativo, MENOS DE QUE SE ME PUEDA ENDILGAR ASUNTOS QUE NO ERAN DE MI RESPONSABILIDAD O SOBRE LOS CUALES NO TUVE, NI DEBÍA TENER NINGUNA INJERENCIA. Recuérdese que el suscrito tan solo fungía de Jefe de una Ventana de Recaudación y por su parte la resolución ASFI No. 762/2.011, hace subjetivas consideraciones sobre Planes de Fortalecimientos, Etc., actos que DE MODO ALGUNO eran, ni debían ser de mi conocimiento, Etc., lo que demuestra que la resolución que ahora recurro, es INFUNDADA y AJENA AL ESPIRITU DE MI RECURSO DE REVOCATORIA, por ello, en realidad NO LO HA RESUELTO.

Para dar fe de mi afirmación precedente, basta que se considere los aspectos que resalto a continuación:

Al cargo "B2".- No se percata la autoridad reguladora, que, en mi condición de encargado de la VENTANA DE RECAUDACIÓN COCHABAMBA, así se hubiera en el último año denominado a mi cargo "Gerencia Regional Cochabamba", JAMÁS se me otorgó la competencia para aprobar GASTOS, los que siempre y como correspondía, de acuerdo al manual de funciones de la entidad, fueron APROBADOS por los órganos pertinentes (DIRECTORIO, GERENCIA GENERAL y GERENCIA DE OPERACIONES), en este sentido, NO es lógico que se me sancione por conductas que NO me son atribuibles.

Al cargo "C".- No se percata, que los gastos que se me observan, FUERON instruidos por PERSONEROS SUPERIORES, amen (sic)*, tampoco se VALORA DE NINGÚ* (sic) *MODO MIS DESCARGOS AL RESPECTOS* (sic)*, limitándose, con su escueta cita, SIN QUE ESTO SUPLA LA OBLIGACIÓN QUE ASISTÍA, DE EXPRESAR EL FUNDAMENTO DEL PORQUE SE ASUME SU PERTINENCIA O NO, O EL VALOR QUE SE LES OTORGA, Etc.*

Además: a) Nótese que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY, no se encuentra en funcionamiento, su licencia ha sido cancelada, Etc., entonces, como es posible que la resolución ASFI No. 657/2011, me sancione, SUSPENDIENDOME DOS (2) AÑOS de mis FUNCIONES en ESA ENTIDAD, es decir, EN UNA QUE NO EXISTE, NI FUNCIONA?. ESTO NO SOLO ES IMPOSIBLE, SINO QUE ES ILÓGICO, Y, POR ENDE CARECE ABSOLUTAMENTE DE VALIDEZ, ES DECIR, ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA.

b) Nótese que las autoridades de la actual ASFI, ni siquiera se han tornado la molestia de percatarse, de que JAMÁS fui responsable de la aprobación de gastos, ni de su contabilización, es decir, jamás trabajé en la GERENCIA DE OPERACIONES, NI FUI GERENTE GENERAL, NI DIRECTOR, para que se me sanciones (sic) *por "la existencia de gastos.... en la sub cuenta…. trámites judiciales de futuros propietarios del Proyecto de Vivienda...", sic, sic.*

PETITORIO

En mérito a lo antes expuesto, pido que previo el trámite de rigor y la APERTURA de TÉRMINO DE PRUEBA, la autoridad competente se sirva pronunciar resolución a este Recurso Jerárquico, por el que se disponga la NULIDAD de la resolución recurrida, es decir, de la resolución ASFI No. 762/2.011 de 4 de noviembre de 2.011, y 657/2011 del 08 de

septiembre de 2011, con expresa instrucción de que se pronuncie una nueva conforme a derecho y siguiendo el procedimiento administrativo que corresponde en derecho…"

7. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-4083/2012 presentada en fecha 13 de enero de 2012, y en atención a la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 317/2011 de fecha 22 de diciembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace presente la documentación siguiente:

- Memorial presentado en fecha 24 de abril de 2007 por el señor Jorge Antonio Núñez del Prado Fernández por ante la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

- Memorial presentado en fecha 24 de abril de 2007 por el señor Johnny Lorberg Arteaga por ante la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

- Memorial presentado en fecha 24 de abril de 2007 por el señor Alberto Alarcón Pessoa por ante la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

- Memorial presentado en fecha 24 de abril de 2007 por la señora Nelly Shirley Garrón Arias por ante la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.
- Memorial presentado en fecha 24 de abril de 2007 por el señor Julio Marín Durán por ante la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

- Memorial presentado en fecha 24 de abril de 2007 por el señor Alberto Eugenio Bacherer Soliz por ante la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

- Memorial presentado en fecha 24 de abril de 2007 por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por ante la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

- Memorial presentado en fecha 24 de abril de 2007 por la señora Jacqueline Solares Justiniano por ante la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

- Nota GOF-079/SG-093 de 3 de marzo de 2005, con referencia "*TRÁMITE Nº T-143596*

ADECUACIÓN DE ESTATUTOS" por la que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay" informa a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el haberse llevado a cabo la Asamblea Extraordinaria de Asociados y la modificación de estatutos aprobada por los asambleístas.

- Testimonio del Acta de la Asamblea General Extraordinaria de Asociados de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay" realizada el día sábado 19 de febrero de 2005, con el punto único del orden del día "*Adecuación de Estatutos*", otorgada por ante notaria Carmen Sandoval de Carvalho en fecha 19 de febrero de 2005.

- Resolución Administrativa SB Nº 28/2005 de 24 de marzo de 2005, por la que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras resuelve "*aprobar las modificaciones a los Estatutos de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY, de acuerdo al texto propuesto por la entidad y que formará parte indisoluble de la presente Resolución.*"

- Texto del "*Estatuto de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay*" en membretado de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

- Resolución Administrativa ASFI Nº 394/2009 de fecha 16 de noviembre de 2009, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

  "…***1º*** *Dejar sin efecto la autorización de funcionamiento de la* ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA GUAPAY,*** *otorgada mediante Resolución Nro. SB/121/95 de 20 de julio de 1995 de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en el marco de la Ley Nro. 1488 de 14 de abril de 1993.*

  2º *El Intendente Interventor cesará en sus funciones una vez entregue el listado de las acreencias pendientes de pago de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY al Juez de Partido que conocerá el proceso de liquidación forzosa judicial, de conformidad al artículo 136º del texto ordenado de Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993…*"

- Acta de Asamblea Ordinaria de Asociados de la Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" de fecha 28 de marzo de 2005, en la que se presentó la Memoria Anual, se leyeron el Estado de Resultados, el Dictamen de Auditoría Externa, y el Informe de los Inspectores de Contabilidad, todos los cuales fueron aprobados por la Asamblea; también se verificó la elección de cuatro Directores Titulares, dos Directores Suplentes, un Fiscalizador Interno Titular, un Fiscalizador Interno Suplente y a los miembros del Comité Electoral.

- Nota PD-10 de fecha 29 de marzo de 2005, por la que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay" envía a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, un ejemplar del Acta Nº 10

de la Reunión Ordinaria de Directorio de 29 de marzo de 2005.

- Copia legalizada (testimonio otorgado por ante la notaria Ana Moyra Jordán de Anglarill) del acta Nº 10, de la Reunión Ordinaria del Directorio de Mutual "Guapay" realizada el 29 de marzo de 2005, con el orden del día: "*1. Acta de Reunión Ordinaria de fecha 22 de marzo de 2005 - 2. Informes sobre la Asamblea Ordinaria de fecha 28 de Marzo del 2005 - 3. Varios*".

- Copia legalizada (testimonio otorgado por ante la notaria Mabel Elva Barker Egüez) del acta Nº 18 (únicamente punto 5: "*Varios*"), de la Reunión Extraordinaria del Directorio de Mutual "Guapay" realizada el 19 de enero de 2006, en la que se consideraron: "*5.1.- Evaluación y calificación de la Cartera al 31-12-2005 – 5.2.- Anexo de Vinculación Crediticia – 5.3.- Informe de Auditoría Interna -Control de Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos al 31-12-2005 – 5.4.- Informe de Auditoría Interna - Verificación de Cumplimiento de las Actividades exigidas por la Unidad de Investigación Financiera al 31-12-2005 – 5.5.- Informe de Auditoría Interna - Control de Encaje Legal – 5.6.- Informe de Control de Riesgo Crediticio - Información Complementaria de Activos de Riesgo entre el 30-09-05 y 31-12-05 – 5.8.- Manual de Procedimientos de Riesgo Crediticio*".

- Nota G:G:014/2007 de fecha 21 de mayo de 2007, por la que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay", envía a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, una copia del acta de Directorio Nº 8 de fecha 15 de mayo de 2007, con el tenor siguiente:

  "…*En punto numero* (sic) *dos se aprueba la capitalización de la* ***Mutual Guapay****, esta será una fusión por absorción con el FFP "GUAPAY", sobre la base de los créditos subordinados en la siguiente proporción:*

  - *51% el FONDESIF, teniendo bajo su responsabilidad la administración.*
  - *49% la FUNDACIÓN NEUFELD, que tendrá bajo su responsabilidad los mecanismos de control del FFP S.A.*
  - *Sujeto a que la Fundación presente la información requerida mediante cite Nº.GG/PCMG006/2007 de fecha 07 de mayo del 2007…*"

- Acta No. 8 (notariada por ante María Silvia Tórrez de Franco) de la Reunión Extraordinaria del Directorio de Mutual Guapay realizada el 15 de mayo de 2007, en la que se consideraron: "*1.- Lectura del Acta Anterior – 2.- Capitalización de Mutual Guapay – 3.- Comité de riesgo – 4.- Lectura de informe de evaluación y calificación manual de créditos al 30/04/2007 – 5.- Informe de inspección especial al 31 de marzo de 2007 – 6.- Carta recibida de la SBEF, aplicación art. 112 – 7.- Estados financieros al 30 de abril del 2007 – 8.- Informes para Directorio – 9.- Solicitud de Disminución de tasas de interés – 10.- Venta de bienes adjudicados – 11.- Correspondencia recibida – 12.- Varios*".

- Nota GOF-311/ de fecha 2 de julio de 2007, por la que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay", envía a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, una copia legalizada del acta Nº 13, correspondiente a la Reunión Ordinaria de Directorio de fecha 19 de junio de 2007, "*en la cual se consideró y aprobó el Informe INFOR_AUD.INT. 27/2007, sobre Caución de Directores, Síndicos, Ejecutivos y Funcionarios, emitido por la Unidad de Auditoría Interna, en fecha 15 de junio de 2007*".

- Copia legalizada (testimonio otorgado por ante la notaria Teresa Jenny Flores de Báez) del acta Nº 13 (únicamente punto 2), de la Reunión Ordinaria del Directorio de Mutual "Guapay" realizada el 19 de junio de 2007, que refiere:

  "…**2. *CORRESPONDENCIA RECIBIDA*.** *Prosiguió el Presidente del Directorio a dar lectura a las siguientes correspondencia* (sic) *para conocimiento de todos los miembros:*

  ***INFOR AUD.INT027/2007**, Recibida del Departamento de Auditoría Interna, referencia: Informe de Constitución de Caución al 31 de mayo de 2007, fue leída por el Presidente del Directorio tomando conocimiento todos los miembros del directorio, instruyendo a la Gerencia su remisión a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras*".

- Testimonio del Instrumento No. 0626-2007, de la protocolización del acta de Asamblea Ordinaria de Asociados de la Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay" de fecha 3 de noviembre de 2007 (protocolizado en fecha 7 de noviembre de 2007 por ante notaria Norma Zelaya Marquez) con el orden del día: "*a) Informe del Gerente General – a)* (sic) *Aprobación para elaboración de auditoría especial, de las últimas 5 gestiones – b) Aprobación del informe de auditoría externa elaborado por GARCÍA VERAMENDI, de la gestión al 31 de diciembre del año 2,006 – c) Reconocimiento, confirmación y ratificación de los miembros Comité Electoral Especial, que llevará a cabo las elecciones de recomposición del Directorio – d) Elección de Cinco (5) Directores Titulares y Dos (2) Directores Suplentes – e) Elección de Dos (2) Fiscalizadores Internos (uno titular y uno suplente) – f) Designación de la Empresa de Auditoría Externa – g) Elección del Comité Electoral, para la nueva gestión, compuesto de cinco (5) miembros – h) Aprobación actas de Gerencia y Jefes de sección – i) Aprobación de estabilidad laboral – j) Aprobación para las reprogramaciones de créditos – k) Castigo de créditos ejecutados – l) Aprobación de las daciones en pago total de las empresas constructoras del Proyecto Akualand Guapay – m) Aprobación de inmuebles adjudicados – n) Autorización para la realización de las Donaciones LIPARI - LAS PEÑAS – o) Autorización para la constitución del DPF en garantía a favor del Gobierno Municipal – p) Aprobación de Conciliación con la H.A.M. sobre pago de impuesto del edificio central por las gestiones 2000, 2001 y 2002 – q) Aprobación de venta de Cartera de crédito a favor de cualquier entidad financiera – r) Autorización de gastos – s) Varios*".

- Nota GG-136/ de fecha 11 de diciembre de 2007, por la que la Asociación Mutual

de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay", envía a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la documentación relativa a la Asamblea General Extraordinaria de Asociados de fecha 10 de diciembre de 2007, "*de acuerdo al siguiente detalle: 1. Publicaciones de la Convocatoria de la Asamblea General Extraordinaria de Asociados de fechas: 7 y 9 de diciembre de 2007. – 2. Acta Notariada de la Asamblea General de Asociados, realizad el día 10/12/07.*"

- Copia legalizada (testimonio otorgado por ante la notaria Teresa Jenny Flores de Báez) del acta de Asamblea Extraordinaria de Asociados realizada el 10 de diciembre de 2007, sujeto al siguiente orden del día (previo informe del Gerente General): "*1) Autorización para que la Mutual Guapay, reciba de sus asociados aportes voluntarios en calidad de donaciones, para fortalecer patrimonialmente a la Entidad – 2) Aprobación de nuevo plan de fortalecimiento institucional de la Mutual Guapay – 3) Autorización para transformar, fusionar o fusión por absorción de la Mutual Guapay, a Fondo Financiero Privado, Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta y/o Cualquier Entidad Financiera – 4) Autorización para que la Mutual Guapay reciba de sus asociados y/o terceros, donaciones para ser contabilizados* (sic) *con valor fiscal – 5) Autorización para realizar acciones legales y defensa de los intereses de la Entidad – 6) Varios*".

- Memorial fechado en 16 de mayo de 2007, presentado por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** ante el entonces Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, sobre Recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.

- Resolución Administrativa SB N° 042/2007 de 25 de mayo de 2007, recibida en el ex Tribunal Constitucional en fecha 28 de mayo de 2007, por la que la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras resuelve:

  "…***1°*** *Rechazar el Recurso Indirecto o Incidental de inconstitucionalidad presentado por el señor* ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *contra los Arts. 79, inc. f), 99 num. 6) y 158 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y contra la Resolución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras SB N° 13/96 de 5 de febrero de 1997 y la Cata Circular SB N° 229/97 de 5 de febrero de 1997, al encontrar manifiestamente infundados los argumentos expuestos por el recurrente.*

  2° *Disponer que la presente resolución sea remitida en consulta al Tribunal constitucional* (sic)*, conforme establece el procedimiento de sustanciación del incidente, en aplicación al Art. 62 numeral 1), de la Ley 1836 de 1 de abril de 1998…*".

- Nota SB/IAJ/D-21084/2007 de fecha 28 de mayo de 2007, dirigida por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, al ex Tribunal Constitucional, con la referencia "*ELEVA EN CONSULTA RESOLUCIÓN DE RECHAZO A RECURSO INDIRECTO*".

- Provisión Citatoria correspondiente al expediente No. 2007-16058-33-RII, recibida por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en fecha 3 de julio de 2007.

- Resolución Administrativa SB Nº 0013/96 de 5 de febrero de 1997, por la que la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras resuelve:

  "…***1º*** *Prohibir a las* ***ASOCIACIONES MUTUALES DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA****, adquirir terrenos destinados a la construcción de viviendas e intervenir en la construcción de proyectos habitacionales en terrenos que sean o no de propiedad de ésta, debiendo efectuar únicamente las operaciones activas y pasivas señaladas en el Art. 77º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, como las limitaciones impuestas por el Art. 78º de la misma.*

  2º *A partir de la fecha, se dejan sin efecto todos los instructivos o autorizaciones emitidos por este Organismo de Control que contraríen la presente Resolución…*"

- Auto Constitucional 305/2007-CA de 14 de junio de 2007, por el que el ex Tribunal Constitucional (Comisión de Admisión) dispone:

  "…***1º REVOCAR en parte*** *la Resolución SB 042/2007 de 25 de mayo, pronunciada por Marcelo Zabalaga Estrada, Superintendente de Bancos y Entidades Financieras a.i., cursante de fs. 50 a 63, que* ***rechazó*** *el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad formulado por Ronald Yuri Rodríguez Urquidi.*

  2º ADMITIR *el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad únicamente contra el art. 79 inc. f) de la LBEF, modificado o incorporado por el art. 9 de la ley 2297 de 20 de diciembre de 2001, así como contra el "art. 99 párrafo primero numeral 6" de la misma Ley y la Resolución Normativa SB/13/96 de 5 de febrero de 1997, pronunciada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.*
  3º PONER *en conocimiento del personero legal del órgano emisor de las normas impugnadas, Álvaro Marcelo García Linera, Presidente Nato del Congreso Nacional, así como a Marcelo Zabalaga Estrada, máximo ejecutivo de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras a.i., en la que se expidió la Resolución SB 13/96 de 5 de febrero de 1997, igualmente impugnada, a objeto de que puedan formular los alegatos que consideren necesarios en el plazo de quince días, sea mediante provisión citatoria;*

  4º RECHAZAR *la solicitud para promover recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad contra el art. 158 de la LBEF…* "

- Sentencia Constitucional 0016/2010 de 20 de septiembre de 2010, por el que el ex Tribunal Constitucional declara "***IMPROCEDENTE*** *el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, promovido por Marcelo Zabalaga Estrada, Superintendente de Bancos y Entidades Financieras a.i.*".

- Voto disidente de 17 de diciembre de 2010, emitido por el magistrado Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés, con referencia a la Sentencia Constitucional 0016/2010 de 20 de septiembre de 2010.

- Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de fecha 4 de marzo de 2011, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "*Confirmar la Resolución SB No. 017/2007 de 30 de marzo de 2007, en todas sus partes, ratificándose la sanción impuesta en contra los señores* ***Alberto Eugenio Bacherer Soliz, Ronald Yuri Rodríguez y Julio Marín Durán***".
- Nota GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007, por la que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" hace presente a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la "***NUEVA NÓMINA DE EJECUTIVOS Y DIRECTORIO****… los cuales entraron en vigencia a partir del día 3 de abril de 2007*", y en la que resalta el señor "*Juan Carlos Cardona Torrico – Gerente Regional Cochabamba a.i.*".

- Acta 02 de la Reunión Extraordinaria del Directorio de Mutual "Guapay", realizada el 2 de abril de 2007, con el orden del día "*1.- Elección de Directorio – 2.- Designación interina de Gerente General y Auditor Interno – 3.- Carácter de las decisiones precedentes – 4.- Consideración de la resolución sancionatoria*".

- Certificado emitido por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" en fecha 18 de abril de 2007, que señala:

  "*…Que, el Sr.* ***Ronald Yuri Rodríguez Urqui*** (sic)*, con C.I. 2895555 CB, prestó sus servicios en nuestra Institución desde el 1 de octubre de 2002 hasta el 3 de Abril de 2007, desempeñando el cargo de* ***Gerente Regional Of. Cochabamba*** *a la fecha de retiro…*"

- Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007, pronunciada por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre sanción a -entre otros- al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, y que ha sido considerada en oportunidad del numeral 2 supra (sobre "*Antecedentes*") de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

- Resolución Administrativa SB Nº 006/2008 de 11 de enero de 2008, por la que la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, dispone "*la intervención de la* ***"MUTUAL GUAPAY"****, al no haber regularizado su deficiencia patrimonial conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1ro de la Ley No 2682 de 5 de mayo de 2004…*"

Asimismo y mediante la misma nota, hace presente la información siguiente:

"*…a) De acuerdo a la información contenida en la Memoria 2006 de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, dicha entidad mantenía en la ciudad de Cochabamba las siguientes oficinas:*

- ***Ventanilla de Tributos - Central,*** *ubicada en la calle Jordán N° 229 entre Nataniel Aguirre y Esteban Arce.*
- ***Ventanilla de Tributos - Alonzo Ibáñez,*** *ubicada en el pasaje Alonzo de Ibáñez N° 111 casi Esteban Arce.*
- ***Ventanilla de Tributos Quillacollo,*** *ubicada en la calle Pacheco esq. Cochabamba de la localidad de Quillacollo.*

b) Mediante carta GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007 cuya fotocopia se adjunta, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, hace conocer al Órgano Regulador la nueva nómina de Ejecutivos y Directorio, evidenciándose que el señor Juan Carlos Cardona Torrico fue designado como Gerente Regional Cochabamba a.i. de Mutual Guapay, con vigencia a partir del 3 de abril de 2007.

c) De acuerdo al contenido del Acta de la Reunión Extraordinaria del Directorio de Mutual Guapay realizado el 2 de abril de 2007, cuya fotocopia se adjunta, dicha entidad procedió a dar cumplimiento a lo establecido por la Resolución SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, por el que en fecha 3 de abril de 2007 se dispuso suspender de sus funciones al Gerente Regional a.i. de Cochabamba señor Yuri Rodríguez, aspecto que se corrobora mediante el Certificado de Trabajo de 18/04/2007.

d) Mediante carta GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007, remitida por Mutual Guapay, informa que el señor Juan Carlos Cardona Torrico asumió funciones como Gerente Regional Cochabamba a.i. desde el 3 de abril de 2007.

e) El reemplazante en funciones del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi fue el señor Juan Carlos Cardona Torrico quien asumió funciones como Gerente Regional Cochabamba a.i. de Mutual Guapay desde el 3 de abril de 2007 hasta el 11 de enero de 2008, fecha en la que fue intervenida dicha entidad por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras mediante Resolución SB N° 006/2008 de 11 de enero de 2008, que en su resuelve 6° dispone cesar en sus funciones a los miembros del Directorio, Gerentes, Administradores, Fiscalizadores Internos y Apoderados Generales de la Mutual Guapay, cuya fotocopia se adjunta para los fines consiguientes…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta del informe ISR II/D-12057/2007 de fecha 29 de marzo de 2007, a

consecuencia de una inspección especial efectuada por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras a la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay,** se detectaron incumplimientos a la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, y a la normativa regulatoria emitida por el ente regulador.

Efecto de lo anterior, mediante carta SB/ISR II/D-9921/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, se notificó con cargos a varios de sus directores y ejecutivos: en el caso del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en su condición de Gerente Regional Cochabamba, se le imputaron las siguientes infracciones:

Cargo B.2:

Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, a través de la cual se instruyó a la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano, todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos, inobservancia reflejada en la existencia de gastos por importes de Bs 132.862,04.- (CIENTO TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS 04/100 BOLIVIANOS) y Bs 20.280,36.- (VEINTE MIL DOSCIENTOS OCHENTA 36/100 BOLIVIANOS) en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro, cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente.

Cargo C.2:

Incumplimiento al artículo 74º de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, los que a su vez importan la inobservancia a las restricciones impuestas por el órgano de supervisión mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, infracción reflejada en el registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs 295.353.- (DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES 00/100 BOLIVIANOS) cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

Cargo D.3:

Incumplimiento a las obligaciones determinadas en el primer párrafo del artículo 28º de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del artículo 69º de la misma Ley, al haberse detectado ausencia de documentación y antecedentes del producto final, que justifiquen y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" por un importe de Bs 132.862,04.- (CIENTO TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS 04/100 BOLIVIANOS), y a "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por un importe de Bs 20.280,36.- (VEINTE MIL DOSCIENTOS OCHENTA 36/100 BOLIVIANOS).

Corridos los trámites y por efecto de la nulidad de obrados que fue dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011 de 15 de agosto de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011 -sancionatoria-, la que recurrida de revocatoria, dio lugar a la

Resolución Administrativa ASFI No. 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, confirmatoria, a la que corresponde el Recurso Jerárquico que por el presente se analiza.

En tal sentido, es pertinente dejar constancia que el Recurso Jerárquico, conforme se tiene transcrito, está referido a alegaciones de carácter general contra la Resolución Administrativa ASFI No. 762/2011 de 4 de noviembre de 2011 (*falta de fundamentación*, *auto contradicción*, *inexistencia de término de prueba*, *falta de notificación con la admisión de la prueba*, *valoración indebida de los medios probatorios*, *violación de derechos y garantías constitucionales*, *concretamente al debido proceso* y *endilgado de asuntos que no eran de responsabilidad del ahora recurrente*), una contra el efecto de la sanción en concreto (*suspensión de dos años*) y otras dos contra los Cargos B.2 y C.2 en concreto.

El recurrente no ha manifestado ningún agravio contra el Cargo D.3 en concreto, por lo que ésta instancia jerárquica considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta, postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico.

Por consiguiente, no existiendo pretensión de la recurrente referida al Cargo D.3, dando lugar a la inexistencia de fundamento concreto para la impugnación sobre el mismo, conforme consta en el Recurso Jerárquico, en observancia del artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, que establece el que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, determina que, conforme al tenor del Recurso Jerárquico, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración de la impugnación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 en su carácter general, y en particular a los Cargos B.2 y C.2.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Falta de fundamentación y auto contradicción de la Resolución Administrativa ASFI No. 762/2011.-

El recurrente acusa la "*falta de fundamentación y* (la) *auto contradicción*" de la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, sin aclarar en qué consistirían, en concreto, las mismas.

Por consiguiente y de la revisión del expediente que hace al caso de autos, se impone la siguiente relación de actuados:

- Consta de fojas 125 a 135 que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011, con la generalidad de extremos que allí constan.

- De fojas 136 a 145, el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi interpone Recurso de Revocatoria contra la resolución precitada, alegando agravios específicos referidos a los cargos A, B, B.2 y C.2 de la nota de cargos SB/ISR II/D-9921/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, y agravios generales concernientes a una sugerida violación de los principios "*de responsabilidad personalísima*" y "*de los… que hacen al proceso sancionador*".

En función a tal información, se establece que la resolución recurrida contiene en su texto, los siguientes fundamentos:

- A fojas 191 y con relación a la impugnación contra el Cargo A:

  "…***Evaluación con relación al Cargo A:*** (…)

  …la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido cabalmente con lo dispuesto en la Resolución Jerárquica, por lo que no corresponde, ni es comprensible que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Recurra en agravios de Cargos no impuestos, en la Resolución ASFI N° 657/2011…"

- A fojas 188 y con relación a la impugnación contra el Cargo B:

  "…***Evaluación con relación al Cargo B:*** (…)

  …no es acorde ni corresponde al cargo efectuado en su contra, toda vez que el concepto del Cargo "B" es enunciativo de los cargos que se incluyen en el mismo, tratándose de las restricciones impuestas a la entidad, y emergente de ello, no corresponde que realice descargo a este párrafo más aún mencionar los agravios sufridos por su persona, cuando no existen, siendo en realidad el cargo "B.2" contra el señor Yuri Rodríguez Urquidi, el que le fue notificado específicamente…"

- A fojas 185 y con relación a la impugnación contra el Cargo B.2:

  "…***Evaluación con relación al Cargo B.2*** (…)

  …Dichos descargos al referirse a gastos, desembolsos e inversiones en rubros ajenos al giro de la ex Mutual, como ser el Proyecto de Vivienda Social, en condiciones en los que la entidad debía mantener una política austera de gastos dada su frágil situación financiera, no correspondían.

  …, ninguno de los gastos, inversiones en bienes de uso y desembolsos realizados por la ex Mutual Guapay, como lo establece la Resolución ASFI N° 657/2011 guardaban relación con un manejo prudente de gastos e inversiones, alejándose de las instrucciones contenidas en la carta SB/ISR II/D- 29535/2005 de 18 de abril de 2005.
  Se ha evaluado la documentación presentada en memorial de 24 de abril de 2007 y considerado los argumentos complementarios expuestos, referidos a los Estados de Cuentas Contables, los comprobantes y notas cursantes en los descargos, habiéndose podido establecer que no contienen elementos de descargo, por el contrario, son ejemplo de las inobservancias efectuadas al participar del Proyecto Plan de Vivienda Social (PVS), situación contraria a la restricción impuesta y que develan únicamente el incumplimiento a lo dispuesto por el Órgano Fiscalizador (…)

  …pretende mostrar un error en la Resolución, cuando al citar el artículo debería hacerlo en su integridad, de donde se podrá advertir que no ha mencionado que también se aplicará "a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionado y que pudieron o debieron evitarse…"

- A fojas 183 y con relación a la impugnación contra el Cargo C.2:

  "…***Evaluación con relación al Cargo C:***

  El argumento ya expresado… no enerva ni destruye el cargo notificado por que el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", comprometen y agravan la responsabilidad del citado ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, al haber actuado en contra de la restricción determinada (…)

  …Esta aseveración confirma que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, ex Gerente de la Regional de la Mutual Guapay en la ciudad de Cochabamba, destinó a gastos los recursos que deberían ser remitidos al Banco Central de Bolivia, sin embargo, se utilizaron en preparar carpetas, esto quiere decir que utilizaron los recursos de la ex Mutual para un proyecto que no era propio de la entidad (…)

  …se revisaron las pruebas ofrecidas por el ex Gerente Regional de la oficina Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, en su memorial de 24 de abril de 2007, consistentes en: Carta del Colegio de Ingenieros Civiles, Comprobantes Contables y contrato, así como Actas de Directorio las que reiteran los argumentos expuestos y analizados de los Directores y Ejecutivos de la señalada ex Mutual, descargos no apropiados para esta etapa, toda vez que se han individualizado los cargos por efecto del Recurso Ministerial Jerárquico y como se señaló anteriormente, no aportan nuevos elementos que excluyan la participación del señor Yuri Rodríguez Urquidi…"

- A fojas 182 y con relación a la impugnación contra el Cargo D.3:

  "…***Al Cargo D.3:***

  No se manifestó ningún agravio en el Recurso de Revocatoria, con relación al cargo establecido (Cargo D3), por lo que se puede inferir que no cuestiona lo dispuesto en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011…"

- A fojas 181 y con relación a la sugerida violación al principio de responsabilidad personalísima:
  "***Evaluación con relación al Cargo 11.1:*** (…)

  …el recurrente reitera los argumentos expuestos en la anterior instancia para justificar los cargos o para buscar su revocatoria, pues nuevamente reclama que no se realizó la evaluación individual, aspecto subsanado completamente en la Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011.

  Nuevamente se refiere al Directorio, como a órgano colegiado, manifestando que la responsabilidad puede ser solidaria, salvo manifestaciones disidentes etc.,… En este acápite, es menester expresar que el cargo ha sido claramente individualizado en la Resolución referida en el párrafo precedente.

  Las infracciones a la normativa que indica no son evidentes, al haberse dado cumplimiento estricto a lo previsto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011, por lo que no existe el

proceso indebido, menos vicios que puedan inferir a su nulidad"

- A fojas 180 y con relación a la sugerida violación de los principios que hacen al proceso sancionador:

"***Evaluación con relación al Cargo 11.2:***

Con relación a la violación de los principios que hacen al proceso sancionador, se puede advertir que el recurrente, de manera equívoca aplica principios inherentes a materia laboral y penal, expresa argumentos dirigidos a cuestionar el procedimiento administrativo aplicado por este Órgano de Supervisión, sin aportar ningún elemento o justificativo para enervar o descargar las infracciones notificadas, al haberse pronunciado de manera clara y objetiva los cargos por los cuales se le ha sancionado.

Al referirse a los principios de presunción de inocencia, no se puede apreciar a cabalidad el concepto mencionado ni el lineamiento que pretende dar a su argumento. Sin embargo, cabe destacar que en materia administrativa no existe la figura de la inversión de la carga de la prueba para beneficiar al "encausado" aspecto completamente oscuro en la materia que nos corresponde.

No es evidente que se haya sancionado a un supuesto Gerente actual, como expresa en sus agravios… Al respecto, se ha identificado plenamente al sancionado en relación al cargo que ocupaba en la ex Mutual. A mayor abundancia, en el penúltimo considerando de la Resolución Recurrida (ASFI N° 657/2011), se expresa que conforme el principio de derecho Non Bis In Idem, en atención de la Resolución Sancionatoria SB N° "017/2007 y por el carácter devolutivo de los recursos interpuestos contra dicho Acto Administrativo, el señor Yuri Rodríguez Urquidi, comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución"

Consiguiente y contrariamente a lo señalado por el recurrente, la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011 sí se encuentra fundamentada en los términos del artículo 28º, inciso e), de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo).

En cuanto a la alegada *auto contradicción* de la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 que sale a fojas 194 y como se tiene señalado, el Recurso Jerárquico no aclara ni explica en qué consistiría la misma, en contravención al artículo 58º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) que señala que "*Los recursos se presentarán de manera fundada*", extremo que la hace inatendible al presente y sin lugar a mayor consideración, al no detectar confirme se tiene del análisis ut supra, violación o transgresión que implique auto contradicción.

2.2. Falta de comunicación sobre la admisión de la prueba y no apertura de término de prueba.-

En el numeral 1 de fojas 194, el recurrente señala que:

"*…los Arts. 30 y 50 del Reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de*

2003, señalan, que procede la apertura de término de PRUEBA en el trámite del RECURSO DE REVOCATORIA, solo nos queda confrontar mi RECURSO DE REVOCATORIA, para percatarnos de su expreso OFRECIMIENTO DE PRUEBA, sin que JAMÁS se me hubiera hecho conocer si mi prueba fue admitida o NO, o, SI SE ABRIÓ TÉRMINO PARA PROBAR o NO, sic, sic, DEJÁNDO SOLO LA POSIBILIDAD DE ARRIBAR A LA CONCLUSIÓN, DE QUE, ***SE ME DEJÓ EN ABSOLUTA INDEFENSIÓN, ES DECIR, SIN LA POSIBILIDAD DE PROBAR, DE ACREDITAR MIS DESCARGOS NO DOCUMENTALES o DE DIFERENTE MEDIO PROBATORIO****…"*

A este respecto, el artículo 47º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece que "*el plazo y la forma de producción de la prueba será la determinada… salvo lo expresamente establecido conforme a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa,…*". El artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala que:

"*…Artículo 50.- (Prueba).*

I. El Superintendente Sectorial ***podrá*** *disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte,* ***cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso*** *y el periodo de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Resulta entonces que, si el Ente Regulador -en Recurso de Revocatoria- considerare que los elementos de juicio reunidos en oportunidad de la resolución sancionadora, no son suficientes para resolverlo, dentro de los siguientes cinco días de interpuesto puede disponer la apertura del término de prueba.

La apertura del periodo de prueba en Recurso de Revocatoria, resulta en un acto librado al criterio del administrador, que debe justificarse en su propia necesidad de mayores elementos de juicio de los hasta en ese momento existentes, y sin los cuales, no podría decidir sobre la controversia suscitada; es en esencia una actuación oficiosa que, sin perder sus características señaladas, **puede originarse también en una solicitud del administrado**, quien para el efecto necesariamente debe presentar una solicitud de apertura del término de prueba, justificando la necesidad de ello.

La mención última se hace necesaria, por cuanto el recurrente entiende a la apertura del periodo de prueba como a un suceso independiente del criterio voluntario del administrador, entonces como una especie de fase procesal obligatoria (a semejanza del proceso civil ordinario de hecho, en el que el juez como director del proceso, da curso necesario e inexcusable a la fase probatoria del proceso una vez que se ha cumplido con la fase propositiva); tal extremo se hace evidente del numeral 3 de la parte de petitorio del memorial del Recurso de Revocatoria (fojas 136), el que en uso de una terminología y un procedimiento propios del Derecho Procesal Civil aplicado, señala:

> "…*3.**Vencido el término probatorio**, se sirva pasar la causa, más las pruebas producidas, a conocimiento de las partes interesadas para la presentación de alegatos*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante tal expresión, no existe en el memorial del Recurso de Revocatoria ningún fundamento o alegato que, en los términos del artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, justifique el ahora tardíamente pretendido periodo de prueba. Lo que sí existen son, varias proposiciones de pruebas **documentales** dispersas, conforme al alegato al que correspondan; asimismo, en el otrosí 2º (fojas 136) consta el ofrecimiento de prueba preconstituida en los términos siguientes:

> "…*Otrosí 2º.- PRUEBA PRECONSTITUIDA.- Se tenga en calidad de prueba preconstituida:*
> *a) La **documental** que presenté y adjunté con mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2.007, corriente del expediente que nos ocupa, dado que la resolución impugnada ASFI No. 657/2011, se emite en consecuencia de la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 037/2011, que resuelve mi Recurso Jerárquico contra la resolución ASFI No. 260/2011, que por su parte emerge de mi Recurso de Revocatoria contra la indicada Resolución SB No. 017/2007; expuesto de otro modo, se bien se ANULÓ la resolución SB No. 017/2007, el expediente administrativo, es el mismo y por ende en él consta TODA LA PRUEBA ARRIMADA e INVOCADA de mi PARTE.*
>
> *b) Toda **la DOCUMENTAL** presentada por la ASOACIACIÓN* (sic) *MUTUAL DE AHORRO Y CREDITO GUAPAY, en ocasión del trámite de mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2007.*
>
> *c) Toda **la documental** citada en cuerpo principal de este recurso, en lo corriente de los archivos de la Ex SBEF, actualmente ASFI y en lo que concierne a **documentos** corrientes en archivos de la Ex Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay.*
>
> *d) Toda **la documental** citada, la indico cual corriente del expediente del proceso administrativo del exordio y de los archivos de la ASFI*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, conforme se rescata del tenor del Recurso de Revocatoria, el recurrente ha ofrecido única y exclusivamente prueba **documental**, la que dada su naturaleza escrita -diferente de otro tipo de pruebas- para su producción no requiere de ningún periodo probatorio, sin que en el Recurso de Revocatoria exista alguna alusión o "*expreso ofrecimiento de prueba*" (como ahora señala el Recurso Jerárquico), que determine el ofrecimiento de cualquier otro tipo de prueba que no sea documental, y que justifique la apertura de un periodo para su producción en búsqueda de la verdad material, si así se requiriera.

Por otra parte, el procedimiento administrativo a diferencia del proceso jurisdiccional, no tiene por finalidad resolver un conflicto de relevancia jurídica **entre dos o más personas -particulares- con pretensiones contrapuestas**, sino al tenor del artículo 1º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo):

"…***a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público;***

b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública;

c) Regular la Impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados; y

d) Regular procedimientos especiales…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Determinando que de existir una controversia emergente de alguna decisión de la administración pública (expresada en su facultad recursiva), la misma enfrenta esencialmente al administrado contra el administrador, no correspondiendo hacer de conocimiento del propio administrado que la propone su prueba, por cuanto obviamente ya la conoce, de allí ser él quien la ha propuesto.

En lo que hace a la actividad probatoria, es pertinente más bien lo establecido por el artículo 50º, parágrafo II del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003:

"…*Artículo 50.- (Prueba).* (…)

II. Producida la prueba dentro de los cinco días, el Superintendente Sectorial resolverá el recurso en el plazo señalado a partir del vencimiento del plazo para la presentación de pruebas…"

Resultando además esclarecedor el parágrafo III siguiente, en cuanto establece un procedimiento sobre *conocimiento de la prueba*, empero limitado al "*caso de que existiesen dos o más recurrentes*" (que entonces no se acomoda al caso de autos) y con un procedimiento distinto al reclamado en el Recurso Jerárquico.
En definitiva, no se requiere de actividad de comunicación alguna referida a la propia prueba, porque no tendría sentido notificar al recurrente (única parte frente a la Administración, particularmente en casos como este, en los que no existe ningún otro interesado) con el ofrecimiento de esa su propia prueba, claro está, sin perjuicio del derecho del recurrente de acceder y revisar el expediente en cualquier momento.

Es menester dejar constancia de la disposición del artículo 4º (*Principios Generales de la Actividad Administrativa*) de la Ley Nº 2341, en sus siguientes incisos:

"…*La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:* (…)

j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, ***evitando dilaciones indebidas****;*

k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos

> ***se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Amén de ello, así como no consta que el recurrente hubiera solicitado expresa y fundadamente la apertura de un periodo de prueba (entonces con desconocimiento a lo previsto por el artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera) tampoco consta que, en la errada creencia de que debiera operar obligatoria, automática y necesariamente tal apertura, y al no acontecer lo mismo ("*sin que JAMÁS se me hubiera hecho conocer si mi prueba fue admitida o NO, o, SI SE ABRIÓ TÉRMINO PARA PROBAR o NO*", dice el recurrente), hubiera elevado reclamo oportuno, determinando en tal caso la convalidación al extremo que ahora, entonces tardíamente, reclama.

En definitiva, los extremos señalados por el recurrente en este acápite, no son atendibles, como que no determinan indefensión alguna ni inobservancia al derecho a producir prueba, la que en todo caso ofrecida, ha sido producida dada su naturaleza escrita que hace a la documental.

2.3. No valoración de los medios probatorios ofrecidos.-

El recurrente señala también, que:

> "…*Cuando el Art. 29-III del reglamento de formas del SIREFI, dispone: "...Las pruebas SERÁN VALORADAS EN SU INTEGRIDAD, con racionalidad y de acuerdo a la sana crítica...", no genera norma POTESTATIVA o DISCRECIONAL, genera IMPERATIVO PROCESAL impone obligación al Administrador Público, que no puede ser omitida; omisión que en la especie se colige de la sola lectura de la resolución recurrida, en la medida en que NO VALORA DEBIDAMENTE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DE MI PARTE*…"

2.3.1. Consideraciones generales.-

Amén de la impropiedad de mencionar al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, cual si fuera un "reglamento de formas" (dada la diferencia sustantiva que importan los significados de los términos "forma" y "procedimiento", extremo que ya fuera hecho notar en la Resolución Ministerial Jeráquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011), de la revisión del memorial de Recurso de Revocatoria presentado por el recurrente en fecha 6 de octubre de 2001 ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se evidencia el ofrecimiento concreto de los siguientes documentos:

> **Al cargo A:**
>
> - "…*Se adjuntó copias de estos contratos con mi recurso de revocatoria contra la resolución SB No. 017/2007 y del acta de asamblea ordinaria señalada, no sin antes recordar que en su día todos estos actos y documentos fueron de conocimiento del regulador, así como las notas cursadas por la Ex Mutual Guapay al supervisor financiero, signadas como GOF-003/SG-003, de 5 de enero de 2005 y GG Of.*

129/2005, de 30 de marzo de 2005, como las notas del supervisor con cites: SB/ISNB/D-25911/2005, de 17 de marzo de 2005, SB/ISR II/D-28242/2005, de 7 de abril de 2005, SB/ISR II/D-39432/2005, de 18 de julio de 2005 y SB/ISR II/D-9783/2006, de 24 de marzo de 2006; se agrega que no es, sino esta última, la que reconoce haberse considerado el citado crédito subordinado, dentro del cálculo del patrimonio neto de la entidad. Todas las notas indicadas, las cito en calidad de prueba de mi parte y las señalo como corrientes de los archivos de la Ex SBEF… (fojas 145 Vta. - 144).

- *…en la gestión 2006, se recibieron donaciones por un valor de realización de $us. 3.4 Millones, que fueron registrados como ingresos extraordinarios y que son de conocimiento del regulador, como se acredita por sus cartas SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero, SB/ISR II/D-931/2007, de 10 de enero de 2007, SB/ISR II/D2006/2007, de 17 de enero de 2007, SB/ISR II/D-2818/2007, de 24 de enero de 2007, SB/ISR II/D-4553/2007 de 6 de febrero de 2007; (…) se efectuó en instancias en que se había restringido a la institución la COLOCACIÓN DE CRÉDITOS, principal producto de generación de ingresos de la entidad, según nota SB/ISRII/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005. Todas las notas indicadas, las cito como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de los archivos de la Ex SBEF…* (fojas 144).

- *…No valora que el mismo regulador, según nota SB/ISR II/D2006/2007, de 17 de enero de 2007, al remitir el cálculo al patrimonio neto de la entidad, ya había considerado parte de las donaciones recibidas, reduciendo las pérdidas acumuladas registradas a noviembre del 2006, que alcanzaban a Bs. 39.667.057, según su carta circular SB/2256/2006 de 5 de diciembre de 2006, hasta Bs. 36.205.212. Se tenga aquellas notas como pruebas de mi parte y las señalo como corriente de los archivos de la Ex SBEF…* (fojas 144).

- *… según nota SB/ISNB/ DOCUMENTO D-71452 de 12 de noviembre de 2004, no mereció SANCIÓN PERSONAL ALGUNA, por el contrario, se multó a la institución, con la posibilidad de repetición contra los encausados, que se reconoce, fue absorbida por aquellos Directores y Ejecutivos. Cito la referida resolución y nota de su remisión como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de los archivos de la Ex SBEF…* (fojas 144 Vta.).
- *…La obtención de un crédito subordinado de capitalización por $us. 1 Millón de Dólares, que incrementó el patrimonio neto de la institución y la celebración de contratos de capitalización con inversionistas canadienses, que se comprometieron: a la creación de un Fondo Financiero Privado S.A., con capital que oscile entre los $us. 7 millones de dólares estadounidenses y $us. 14 Millones de dólares estadounidenses, para absorber posteriormente los activos, pasivos, patrimonio y operaciones de la Ex Mutual, con incrementos posteriores de capital, hasta el año 2010, hasta alcanzar la suma de $us 27.5 millones de dólares americanos; el pago de los adeudos del proyecto AKUALAND GUAPAY; como el pago en su totalidad del crédito subordinado otorgado por el FONDESIF, en el marco del PROFOP. Se adjuntan copias de los respectivos contratos, que oportunamente fueron remitidos a conocimiento del regulador, según cartas cursadas por la Ex Mutual Guapay al supervisor financiero, signadas como GOF-003/SG-003, de 5 de enero de 2005 y GG Of. 129/2005, de 30 de marzo de 2005, como las notas del supervisor con cites: SB/ISNB/D-25911/2005, de 17 de marzo de 2005, SB/ISR II/D-28242/2005, de 7 de abril de 2005, SB/ISR II/D-39432/2005, de 18 de julio de 2005 y SB/ISR*

II/D-9783/2006, de 24 de marzo de 2006, que cito como prueba de mi parte y señalo como corrientes de los archivos de la Ex SBEF… (fojas 144 Vta.).

- *…estas donaciones, fueron de conocimiento del regulador, como sale de sus cartas SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero, SB/ISR II/D-931/2007, de 10 de enero de 2007, SB/ISR II/D2006/2007, de 17 de enero de 2007, SB/ISR II/D-2818/2007, de 24 de enero de 2007, SB/ISR II/D-4553/2007 de 6 de febrero de 2007, que cito como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de archivos de la Ex SBEF…* (fojas 144 Vta.).

- *…El Directorio que otorgó estos créditos observados (gestión 2003), "NO FUE SANCIONADO PERSONALMENTE" y tan sólo se MULTÓ a la entidad; cito como prueba de mi parte, la misma resolución sancionatoria No. SB 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, que señalo como corriente de los archivos de la Ex SBEF…* (fojas 143).

- *…Además de la prueba precitada, adjunté con mi recurso de revocatoria contra la resolución SB No.: 017/2007, COPIAS DE:*

    - *Contrato de crédito Subordinado de Capitalización por $us. 1.000.000.-*
    - *Acta de Asamblea Ordinaria del 25 de marzo del 2006.*
    - *Carta del Fondesif FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006*
    - *Carta del Vice Ministerio de Vivienda, con CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007.*
    - *Acta de Directorio que aprobó Créditos a las Constructoras (Proyecto-Akualand (2003)*
    - *Resolución Sancionatoria SB/113/2004 y Acta 042 del 16/11/2004*
    - *Cartas:*
        - *SB/ISNB/D-16410/2005del 18/01/2005*
        - *GG-028/SG-180 del 14/05/2005*
        - *GG-029/SG-239/2006 del 04/07/2005*
        - *GOF-286/SG-310 del 31/08/2005*
        - *GOF-358/SG-388 del 10/11/2005*
        - *G.G.-444/05 del 28/12/2005*
        - *G.G.-445/05 del 28/12/2005*
        - *G.G. 446/05 del 28/12/2005*
        - *GOF-192/SG-197 del 12/06/2006…* (fojas 143 Vta.).

Al cargo B.2:

- *…Adjunté con mi recurso de revocatoria contra la resolución SB No. 017/2007 copias, del presupuesto de la gestión 2007 y de las actas de asambleas efectuadas con aquel objeto, enervando el que se hubiere manejado "…discrecionalmente los recursos…"* (fojas 142).

- *…Adjunte con mi recurso de revocatoria contra la resolución SB No. 017/2007, copias de respaldos documentales de las partidas observadas (resaltando que el regulador jamás pidió examinarlas) y las cito en calidad de suficientes para enervar el cargo que ataco...* (fojas 141 Vta.).

- *…Se tenga en calidad de prueba de mi parte:*

  - *Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por Bs. 132.862.04, con sus respectivos respaldos.*
  - *Estado de la Cuenta contable 143.99.1.07 "Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por Bs. 20.280.36, con sus respectivos respaldos.*
  - *Detalle de créditos aprobados y que no fueron desembolsados…* (fojas 141 Vta.).

- *…Se tenga en calidad de prueba de mi parte, COPIAS DE:*

  - *Carta del Colegio de Ingenieros Civiles*
  - *Acta de Directorio No. 026 de Fecha 22 de diciembre del 2006*
  - *Acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero del 2007*
  - *Acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007. Se adjuntan copias de actas.*
  - *Listado de Adjudicatarios para el programa de Vivienda social…* (fojas 140 Vta.).

- *…Dan fe de las afirmaciones que anteceden, la nota FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006,… y la nota CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007, por la que el Viceministerio de Vivienda y Urbanismo, invitó a esta entidad, para la firma de contrato en este programa. Corren copias de estas notas, en calidad de prueba de mi parte…"* (fojas 139).

- *…Fue de conocimiento público que los personeros de la Ex Mutual Guapay, celebraron el contrato pertinente con el FONDESIF, para la activación de los servicios para la cual Ex Mutual fue CALIFICADA, dentro del proceso público de contratación efectuado. Se adjunta nota de prensa…* (fojas 139).

- *…De lo expuesto se tiene, que es la misma resolución sancionatoria, la que se enerva en esta penalización en específico, sin obviar la prueba que me sirvo adjuntar en mi favor.*

  Además de la prueba precitada, se tenga a mi favor, la siguiente:

  - *Notas de prensa que acreditan la firma de la Ex Mutual con el FONDESIF, el contrato del Programa de Vivienda Solidaria.*
  - *Listado de Adjudicatarios…* (fojas 139 Vta.).

Al cargo C.2:

- *…Además de la prueba precitada, se tenga en mi favor, la siguiente:*

  - *Acta No. 11 de fecha 27 de julio del 2006*
  - *Acta No. 12 del 31 de julio del 2006*
  - *Acta No. 13 del 14 de agosto del 2006*
  - *Acta No. 14 del 21 de agosto del 2006*
  - *Acta No. 17 del 28 de septiembre del 2006*
  - *Acta No. 22 del 10 de noviembre del 2006*
  - *Nota del Fondesif habilitando a la Ex Mutual Guapay al PVS.*

- *Nota del Vice Ministerio*
- *Estado de la Cuenta 182 "Proyecto de Vivienda Social", con sus respectivos asientos contables.*
- *Notas de prensa…* (fojas 138 - 138 Vta.).

- *…a) No puede abstraerse de las notas SB/ISNB/D-16410/2005 del 18 de enero de 2005 y de las notas GG-028/SG-180 del 14 de mayo de 2005, GG-029/SG-239/2006 del 4 de julio de 2005, GOF-286/SG-310 del 31 de agosto de 2005, GOF-358/SG-388 del 10 de noviembre de 2005, GG-444/05 del 28 de diciembre de 2005, GG-446/05 del 28 de diciembre de 2005, GOF-192/SG-197 del 12 de junio de 2006; estas últimas cursadas por la Ex Mutual al regulador, concernientes a las diversas medidas adoptadas por la entidad, con relación a la indicada restricción temporal y que cito como prueba de mi parte, como corrientes de los archivos de la Ex SBEF.*

  b) No puede abstraerse de la misma nota SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005, que cito como prueba de mi parte, cursante de los archivos de la Ex SBEF… (fojas 138 Vta.).

- *…Se tenga en calidad de prueba de mi parte, la siguiente:*

  - *Actas de Directorio en las que se consideró la restricción.*
  - *Acta de reunión de Directorio No. 05/2005 de fecha 18 de abril del 2005, se considero la carta SB/ISR II/D-29-535/2005, tramite No. 36572, sobre la restricción temporal.*
  - *Dictamen de Auditoría Externa 2005.*
  - *Carta Sb/ISR II/D-34/2005 de fecha 29/12/2005*
  - *Políticas adoptadas en la gestión 2006, enviado al Fondesif…* (fojas 137).

El otrosí 2º (fojas 136) del mismo memorial, además señala que:

"…Otrosí 2º.- PRUEBA PRECONSTITUIDA.- Se tenga en calidad de prueba preconstituida:

a) La documental que presenté y adjunté con mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2.007, corriente del expediente que nos ocupa, dado que la resolución impugnada ASFI No. 657/2011, se emite en consecuencia de la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 037/2011, que resuelve mi Recurso Jerárquico contra la resolución ASFI No. 260/2011, que por su parte emerge de mi Recurso de Revocatoria contra la indicada Resolución SB No. 017/2007; expuesto de otro modo, se bien se ANULÓ la resolución SB No. 017/2007, el expediente administrativo, es el mismo y por ende en él consta TODA LA PRUEBA ARRIMADA e INVOCADA de mi PARTE.

b) Toda la DOCUMENTAL presentada por la ASOACIACIÓN (sic) *MUTUAL DE AHORRO Y CREDITO GUAPAY, en ocasión del trámite de mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2007.*

c) Toda la documental citada en cuerpo principal de este recurso, en lo corriente de los

archivos de la Ex SBEF, actualmente ASFI y en lo que concierne a documentos corrientes en archivos de la Ex Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay.

d) Toda la documental citada, la indico cual corriente del expediente del proceso administrativo del exordio y de los archivos de la ASFI…"

A ese respecto, la resolución a tal recurso (ASFI Nº 762/2011), contiene las siguientes menciones concretas:

- **Al Cargo A (a fojas 191):**

  "*…la Resolución ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, pronunciada con la finalidad de ajustarla a derecho, como instruyó la Resolución Jerárquica mencionada anteriormente, se ha individualizado por cada imputación impuesta al recurrente y también* ***se ha valorado de manera fundamentada la prueba presentada****. Consiguientemente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido cabalmente con lo dispuesto en la Resolución Jerárquica, por lo que no corresponde, ni es comprensible que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Recurra en agravios de Cargos no impuestos, en la Resolución ASFI Nº 657/2011…*" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Al Cargo B (a fojas 188):**

  "*…El señor Yuri Rodríguez Urquidi,* ***al mencionar el cargo B incorpora el análisis efectuado por la Superintendencia de Bancos con relación a la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, presentada en oportunidad de la notificación de cargos previa a la Resolución SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, en calidad de descargo****, aspecto que no es acorde ni corresponde al cargo efectuado en su contra, toda vez que el concepto del Cargo "B" es enunciativo de los cargos que se incluyen en el mismo …*" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Al Cargo B.2 (a fojas 185):**

  "*…Se ha evaluado* ***la documentación presentada en memorial de 24 de abril de 2007*** *y considerado los argumentos complementarios expuestos, referidos a los Estados de Cuentas Contables,* ***los comprobantes y notas cursantes en los descargos****, habiéndose podido establecer que no contienen elementos de descargo, por el contrario, son ejemplo de las inobservancias efectuadas al participar del proyecto Plan de Vivienda Social (PVS), situación contraria a la restricción impuesta y que develan únicamente el incumplimiento a lo dispuesto por el órgano Fiscalizador…*"(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Al Cargo C.2 (a fojas 182 y 183):**

  "*…El argumento ya expresado… en* ***la citada carta GOF-124/SG-121*** *referida a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos,… en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante* ***nota de 24 de noviembre de 2006****, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, no enerva ni destruye el cargo notificado…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

"…*Adicionalmente,* ***se revisaron las pruebas ofrecidas por el ex Gerente Regional de la oficina Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, en su memorial de 24 de abril de 2007, consistente en: Carta del Colegio de Ingenieros Civiles, Comprobantes Contables y contrato, así como Actas de Directorio las que reiteran los argumentos expuestos y analizados de los Directores y Ejecutivos de la señalada ex Mutual****, descargos no apropiados para esta etapa,…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Al Cargo D.3 (fojas 182):**

"…*No se manifestó ningún agravio en el Recurso de Revocatoria*…"

Resulta de lo anterior que, el análisis debe concretizarse a lo sucedido en cuanto a los Cargos B.2 y C.2, toda vez que es evidente que:

- El Cargo A no le ha sido impuesto al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por lo que no es impugnable por el mismo, toda vez que, en los términos del artículo 37º del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, no afecta, lesiona o perjudica a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

- El denominado Cargo B tiene un carácter genérico en razón a una común correspondencia normativa de un grupo de varias conductas, entre las que se encuentra la del Cargo B.2 que constituye, para el caso, la conducta por la que en concreto se sanciona.

- No existe ningún agravio en concreto contra el Cargo D.3.

Consiguientemente, corresponde determinar si las pruebas documentales ofrecidas a tiempo del Recurso de Revocatoria contra los Cargos B.2 y C.2, han sido "*valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica*" (artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003), máxime si la resolución recurrida ha determinado que, para el caso del Cargo B.2, las pruebas ofrecidas "*no contienen elementos de descargo, por el contrario, son ejemplo de las inobservancias efectuadas al participar del proyecto Plan de Vivienda Social (PVS)*" y que para el Cargo C.2 "*no enerva ni destruye el cargo notificado*", constituyendo "*descargos no apropiados para esta etapa*".

2.3.2. Prueba ofrecida al Cargo B.2.-

El recurrente ha ofrecido en calidad de prueba:

1. Copias de respaldos documentales de las partidas observadas.
2. El estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por Bs. 132.862.04, con sus respectivos respaldos.
3. El estado de la Cuenta Contable 143.99.1.07 "Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por Bs. 20.280.36, con sus respectivos respaldos.

4. El detalle de créditos aprobados y que no fueron desembolsados.
5. La carta del Colegio de Ingenieros Civiles.
6. El acta de Directorio No. 026 de Fecha 22 de diciembre del 2006.
7. El acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero del 2007.
8. El acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007. Se adjuntan copias de actas.
9. Un listado de Adjudicatarios para el programa de Vivienda social.
10. La nota FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006.
11. La nota CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007.
12. Las notas de prensa que acreditan la firma de la ex Mutual con el FONDESIF, el contrato del Programa de Vivienda Solidaria.

Se menciona además, sin ofrecerla expresamente, la nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005.

Por su parte, la autoridad recurrida, a efectos de la decisión que le ha correspondido, "*ha evaluado* ***la documentación presentada en memorial de 24 de abril de 2007*** *y* (…) ***los Estados de Cuentas Contables, los comprobantes y notas cursantes en los descargos***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con referencia a "*la documentación presentada en memorial de 24 de abril de 2007*", conforme a la parte pertinente (ahora a fojas 26) de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011 de 15 de agosto de 2011, la misma consiste en:

"…*copias de respaldos documentales de las partidas observadas* (…)

- *Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por Bs. 132.862.04, con sus respectivos respaldos.*
- *Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.07 "Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por Bs. 20.280.36, con sus respectivos respaldos.*
- *El detalle de créditos aprobados y que no fueron desembolsados*…"

A este respecto, no queda clara la correspondencia de los comprobantes señalados en la resolución recurrida, es decir, si los mismos corresponden al detalle de créditos aprobados y que no fueron desembolsados, o al listado de Adjudicatarios para el programa de Vivienda social, documentos que habiendo sido también ofrecidos como prueba, no se mencionan expresamente en la misma resolución.

Empero lo que sí no admite lugar a dudas, es que las actas ofrecidas en calidad de prueba (acta de Directorio No. 026 de Fecha 22 de diciembre del 2006, acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero del 2007 y acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007) no fueron consideradas ni valoradas a efectos de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011; eso consta del tenor de la misma.

En definitiva, **la autoridad recurrida no ha cumplido la disposición del artículo 29º, parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera**, por cuanto la prueba ofrecida no ha sido valorada **en su integridad**, valoración

que hace al derecho a la prueba, que como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.

2.3.3. Prueba ofrecida al Cargo C.2.-

El recurrente ha ofrecido en calidad de prueba:

1. Las valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, instruidas mediante nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi.
2. Los gastos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social"
3. El acta No. 11 de fecha 27 de julio de 2006.
4. El acta No. 12 de 31 de julio de 2006.
5. El acta No. 13 de 14 de agosto de 2006.
6. El acta No. 14 de 21 de agosto de 2006.
7. El acta No. 17 de 28 de septiembre de 2006.
8. El acta No. 22 de 10 de noviembre de 2006.
9. La nota del Fondesif habilitando a la ex Mutual Guapay al PVS.
10. La nota "*del Viceministerio*".
11. El estado de la cuenta 182 "Proyecto de Vivienda Social" con sus respectivos asientos contables.
12. Notas de prensa.
13. La nota SB/ISNB/D-16410/2005 del 18 de enero de 2005.
14. La nota GG-028/SG-180 del 14 de mayo de 2005.
15. La nota GG-029/SG-239/2006 del 4 de julio de 2005
16. La nota GOF-286/SG-310 del 31 de agosto de 2005.
17. La nota GOF-358/SG-388 del 10 de noviembre de 2005.
18. La nota GG-444/05 del 28 de diciembre de 2005.
19. La nota GG-446/05 del 28 de diciembre de 2005.
20. La nota GOF-192/SG-197 del 12 de junio de 2006.
21. La nota SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005.
22. Las actas de Directorio en las que se consideró la restricción temporal (congelamiento de sus operaciones ulteriores de colocación de créditos).
23. El acta de reunión de Directorio No. 05/2005 de fecha 18 de abril del 2005, se considero la carta SB/ISR II/D-29-535/2005, tramite No. 36572, sobre la restricción temporal.
24. El dictamen de Auditoría Externa 2005.
25. La carta SB/ISR II/D-34/2005 de fecha 29de diciembre de 2005.
26. Políticas adoptadas en la gestión 2006, enviado al Fondesif.

Por su parte, la autoridad recurrida, a efectos de la decisión que le ha correspondido con referencia al Cargo C.2, menciona "***la citada carta GOF-124/SG-121***… *la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante* ***nota de 24 de noviembre de 2006****, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi* (…) *Adicionalmente,* ***se revisaron las pruebas ofrecidas por el ex Gerente Regional de la oficina Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, en su memorial de 24 de abril de 2007, consistente en: Carta del Colegio de***

Ingenieros Civiles, Comprobantes Contables y contrato, así como Actas de Directorio las que reiteran los argumentos expuestos y analizados de los Directores y Ejecutivos de la señalada ex Mutual (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con referencia a "*las pruebas ofrecidas… en su memorial de 24 de abril de 2007*", conforme a la parte pertinente (ahora a fojas 23) de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011 de 15 de agosto de 2011, la misma consiste en:

> "…***Además de la prueba precitada (se refiere a las carpetas de solicitantes de créditos y proyectos y al contrato suscrito con el FONDESIF dentro del PVS), se tenga en mi favor la siguiente:***
>
> - ***Acta No. 11 de fecha 27 de julio del 2006***
> - ***Acta No. 12 del 31 de julio del 2006***
> - ***Acta No. 13 del 14 de agosto del 2006***
> - ***Acta No. 14 del 21 de agosto del 2006***
> - ***Acta No. 17 del 28 de septiembre del 2006***
> - ***Acta No. 22 del 10 de noviembre del 2006***
> - ***Nota del Fondesif habilitando a la Mutual Guapay al PVS. (Ver anexo A)***
> - ***Nota del Vice Ministerio (Ver anexo A)***
> - ***Estado de la Cuenta 182 "Proyecto de Vivienda Social", con sus respectivos asientos contables.***
> - ***Notas de prensa***…"

De cuyo cotejo resulta, que no fueron consideradas ni valoradas, a efectos de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011 y no obstante haber sido legalmente ofrecidas las literales siguientes:

1. La nota SB/ISNB/D-16410/2005 del 18 de enero de 2005.
2. La nota GG-028/SG-180 del 14 de mayo de 2005.
3. La nota GG-029/SG-239/2006 del 4 de julio de 2005.
4. La nota GOF-286/SG-310 del 31 de agosto de 2005.
5. La nota GOF-358/SG-388 del 10 de noviembre de 2005.
6. La nota GG-444/05 del 28 de diciembre de 2005.
7. La nota GG-446/05 del 28 de diciembre de 2005.
8. La nota GOF-192/SG-197 del 12 de junio de 2006.
9. La nota SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005.
10. El dictamen de Auditoría Externa 2005.
11. La carta SB/ISR II/D-34/2005 de fecha 29de diciembre de 2005.
12. Las políticas adoptadas en la gestión 2006, enviado al Fondesif.
13. Las carpetas de solicitantes de créditos y proyectos
14. El contrato suscrito con el FONDESIF dentro del PVS.

2.3.4. Prueba ofrecida en el otrosí 2º del memorial del Recurso de Revocatoria.-

Amén de todo ello, el otrosí 2º del memorial del Recurso de Revocatoria, ofrece "*en calidad de prueba preconstituida:*

> *a) La documental que presenté y adjunté con mi Recurso de Revocatoria contra la*

Resolución SB No. 017/2.007 (…)

b) Toda la DOCUMENTAL presentada por la ASOACIACIÓN (sic) *MUTUAL DE AHORRO Y CREDITO GUAPAY, en ocasión del trámite de mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2007.*

c) Toda la documental citada en cuerpo principal de este recurso, en lo corriente de los archivos de la Ex SBEF, actualmente ASFI y en lo que concierne a documentos corrientes en archivos de la Ex Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay.

d) Toda la documental citada, la indico cual corriente del expediente del proceso administrativo del exordio y de los archivos de la ASFI…"

Resultando que, salvo lo señalado en el inciso 'a' (*documental que presenté y adjunté con mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2.007*), no existe una mención en concreto en la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, que señale haber considerado y evaluado la literal ofrecida en el otrosí 2º del memorial del recurso, dado su carácter general.

2.3.5. Evaluación general al ofrecimiento de la prueba.-

Reiterando lo señalado en el numeral 2.3.2 supra, se debe concluir que **la autoridad recurrida no ha cumplido la disposición del artículo 29º, parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera**, por cuanto la prueba ofrecida no ha sido valorada **en su integridad**.

La valoración de la prueba hace al derecho a la prueba, que como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, conforme se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

"*Artículo 115.* (…)

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

Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002:

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

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

En virtud de tal disposición, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades administrativas, razón por la cual están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir

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

Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva situación jurídica, cuando quiera que la autoridad administrativa deba aplicar la ley en el conocimiento de un hecho o de una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.
En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar la justicia como valor reconocido por los artículos 8, parágrafo II, y 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, y se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración Pública para su ordenado funcionamiento, por virtud de los cuales, es necesario otorgar a los administrados la oportunidad de producir las pruebas que demuestren sus derechos, actuación que, en todos los casos, debe ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

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

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

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

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

> "…*la Constitución Política del Estado* (…) *consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo,* ***pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo****, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la*

observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (…)

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

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

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

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

Extremos todos estos de los que ya se dejaron constancia en oportunidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011.

2.4. Alegatos específicos del Recurso Jerárquico.-

2.4.1. Existencia del cargo de Gerente de la Oficina Regional y su ejercicio por parte del recurrente.-

Fundamentalmente en la mención expresa que hace el recurrente respecto *Al Cargo B.2* (fojas 193), empero en varias otras del memorial del Recurso Jerárquico, alega:

"…*en mi condición de encargado de la VENTANA DE RECAUDACIÓN COCHABAMBA, así se hubiera en el último año denominado a mi cargo "Gerencia Regional*

Cochabamba", JAMÁS se me otorgó la competencia para aprobar GASTOS, los que siempre y como correspondía, de acuerdo al manual de funciones de la entidad, fueron APROBADOS por los órganos pertinentes (DIRECTORIO, GERENCIA GENERAL y GERENCIA DE OPERACIONES)…"

Asimismo, cita al artículo 62º del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003) para invocar sobre el tema, el respeto al debido proceso que no se habría asegurado mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011, toda vez que la misma, a su entender:

"…*MENOS SE ACOMODA A MI REALIDAD PERSONAL, ES DECIR, A MI CONDUCTA EN PARTICULAR Y A LOS ACTOS O SUPUESTAS OMISIONES, QUE SE ME PRETENDA ATRIBUIR, OLVIDANDO, QUE QUIEN SE SUSCRIBE FUNGÍA TAN SÓLO DE JEFE DE UNA VENTANA DE RECAUDACIÓN, ES DECIR, NO DE UNA SUCURSAL, Etc.. amén de que JAMÁS ostente la calidad de DIRECTOR, ni DE GERENTE GENERAL, NI DE GERENTE DE OPERACIONES, sic, sic.* …"

El recurrente insiste para sí la calidad de responsable de ventanilla de recaudación (extremo coincidente con lo informado por el ente regulador en su nota ASFI/DAJ/R-4083/2012, cuando establece que en las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay mantenía sólo tres oficinas, todas ellas únicamente Ventanillas de Tributos), y no así la de Gerente Regional, no obstante se le haya dado oficialmente (por parte de la propia Mutual) tal denominación a su cargo.

No obstante, sí existió para las ciudades de Cochabamba y Quillacollo el cargo de Gerente Regional, mismo en el que se desenvolvió el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** en el ejercicio de sus funciones, siendo abundantes las evidencias que salen del expediente a esos extremos:

- **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011**: "…*en las dos notas de fecha 22 de marzo, ambas sobre "Reconsideración o resolución para proceso administrativo" él mismo va a firmar como "Gerente Regional (Of.) Cochabamba"*…" (ahora a fojas 4).

- **Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011**: "…*carta GOF-124/SG-121 en lo referido a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núñez del Prado en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006 dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi*…" (fojas 131).

- **Nota GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007** (presentada adjunto a la nota ASFI/DAJ/R-4083/2012 de 11 de enero de 2012), por la que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" hace presente a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la "***NUEVA NÓMINA DE EJECUTIVOS Y DIRECTORIO****… los cuales*

entraron en vigencia a partir del día 3 de abril de 2007", y en la que se resalta a "*Juan Carlos Cardona Torrico – Gerente Regional Cochabamba a.i.*".

- **Certificado emitido por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" en fecha 18 de abril de 2007** (presentado adjunto a la nota ASFI/DAJ/R-4083/2012 de 11 de enero de 2012), que señala:

  "…*Que, el Sr.* ***Ronald Yuri Rodríguez Urqui*** (sic), *con C.I. 2895555 CB, prestó sus servicios en nuestra Institución desde el 1 de octubre de 2002 hasta el 3 de Abril de 2007, desempeñando el cargo de* ***Gerente Regional Of. Cochabamba*** *a la fecha de retiro…*"

- **Información complementaria presentada mediante la nota ASFI/DAJ/R-4083/2012 de 11 de enero de 2012**:

  "…***b)*** *Mediante carta GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007 cuya fotocopia se adjunta, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, hace conocer al Órgano Regulador la nueva nómina de Ejecutivos y Directorio, evidenciándose que el señor Juan Carlos Cardona Torrico fue designado como Gerente Regional Cochabamba a.i. de Mutual Guapay, con vigencia a partir del 3 de abril de 2007.*

  c) *De acuerdo al contenido del Acta de la Reunión Extraordinaria del Directorio de Mutual Guapay realizado el 2 de abril de 2007, cuya fotocopia se adjunta, dicha entidad procedió a dar cumplimiento a lo establecido por la Resolución SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, por el que en fecha 3 de abril de 2007 se dispuso suspender de sus funciones al Gerente Regional a.i. de Cochabamba señor Yuri Rodríguez, aspecto que se corrobora mediante el Certificado de Trabajo de 18/04/2007.*

  d) *Mediante carta GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007, remitida por Mutual Guapay, informa que el señor Juan Carlos Cardona Torrico asumió funciones como Gerente Regional Cochabamba a.i. desde el 3 de abril de 2007.*

  e) *El reemplazante en funciones del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi fue el señor Juan Carlos Cardona Torrico quien asumió funciones como Gerente Regional Cochabamba a.i. de Mutual Guapay desde el 3 de abril de 2007 hasta el 11 de enero de 2008, fecha en la que fue intervenida dicha entidad por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras mediante Resolución SB N° 006/2008 de 11 de enero de 2008, que en su resuelve 6° dispone cesar en sus funciones a los miembros del Directorio, Gerentes, Administradores, Fiscalizadores Internos y Apoderados Generales de la Mutual Guapay…*"

Los antecedentes citados demuestran que para las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay tenía una Oficina Regional que era manejada por un Gerente (cargo definido por Cabanellas en su *Diccionario*, como "*Quien dirige, con arreglo a los estatutos o poderes otorgados, los negocios de una sociedad o empresa mercantil y lleva la firma de la entidad o establecimiento*"), y que el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** ocupó tal cargo, el que en definitiva era distinto que

de Encargado o Responsable de las tres ventanillas de recaudación allí existentes, por cuanto no existen antecedentes de que al recurrente le hubiera correspondido el último cargo mencionado, sino al señor *Water* (sic) Padilla Pérez, según reporte del mes de enero de 2008 hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Asimismo, consta que si bien la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay funcionaba, a momento del cese de sus funciones, únicamente con ventanillas de recaudación de tributos en las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, preparaba la ampliación de sus servicios en aquellas ciudades, conforme consta de las declaraciones siguientes:

> "*...si la Ex Mutual contaba, con la logística adecuada para la prestación de servicios dentro del Programa de Vivienda Solidaria...", estrictamente se debe: … A que* ***las oficinas (pequeñas ventanillas de recaudación)****, en La Paz,* ***Cochabamba****; y en Montero,* ***fueron acondicionados, para recibir cantidades de solicitantes de créditos en el marco del PVS***…" (Fojas 139; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

> "…*Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito* ***el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa****...*." (Fojas 138; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, tales proyectos superaban a las actividades propias de las ventanillas recaudación tributaria, y justificaban la existencia de la Gerencia Regional en el sentido jurídico que importa tal figura, cargo que en definitiva sí existió como que en su momento fue ejercido por el ahora recurrente.

2.4.2. Responsabilidad del recurrente en la aprobación y manejo de los gastos sancionados.-

Señala también el Recurso Jerárquico, que:

> "…*los gastos que se me observan, FUERON instruidos por PERSONEROS SUPERIORES, amen* (sic), *tampoco se VALORA DE NINGÚ* (sic) *MODO MIS DESCARGOS AL RESPECTOS* (sic), *limitándose, con su escueta cita, SIN QUE ESTO SUPLA LA OBLIGACIÓN QUE ASISTÍA, DE EXPRESAR EL FUNDAMENTO DEL PORQUE SE ASUME SU PERTINENCIA O NO, O EL VALOR QUE SE LES OTORGA,* (…)

> …*Nótese que las autoridades de la actual ASFI, ni siquiera se han tomado la molestia de percatarse, de que JAMÁS fui responsable de la aprobación de gastos, ni de su contabilización, es decir, jamás trabajé en la GERENCIA DE OPERACIONES, NI FUI GERENTE GENERAL, NI DIRECTOR, para que se me sanciones* (sic) *por "la existencia de gastos… en la sub cuenta… trámites judiciales de futuros propietarios del Proyecto de Vivienda…*"

Es menester hacer notar, que los Cargos B.2 y C.2 tiene su origen en las restricciones impuestas a la Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay mediante nota SB/ISR II/D -29535/2005 de 18 de abril de 2005, por la que se le instruyó depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano "*todo incremento de captación, así como*

de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos".

Consiguientemente, las sanciones emergentes que se conocen en el proceso, no están referidas únicamente a la conducta de quien o quienes autorizaron gastos al margen de la restricción anotada, sino a quienes como en el caso del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, actuaron en inobservancia sancionable a la disposición de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sin que necesariamente ello importe la autorización referida.

Para el caso y conforme consta en la resolución recurrida, a fojas 183, el ente regulador ha señalado:

> "…*El argumento ya expresado (pag 17 inc. I) en la citada carta GOF-124/SG-121 referida a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núñez del Prado, en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, no enerva ni destruye el cargo notificado por que el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", comprometen y agravan la responsabilidad del citado ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, al haber actuado en contra de la restricción determinada.*
>
> *Asimismo, la afirmación realizada por el ex Gerente Yuri Rodríguez Urquidi, conforme al cargo notificado, al decir:* ***"Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa...."***
>
> *Esta aseveración confirma que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, ex Gerente de la Regional de la Mutual Guapay en la ciudad de Cochabamba, destinó a gastos los recursos que deberían ser remitidos al Banco Central de Bolivia, sin embargo, se utilizaron en preparar carpetas, esto quiere decir que utilizaron los recursos de la ex Mutual para un proyecto que no era propio de la entidad*…"

Consiguientemente, queda claro que el recurrente ha limitado erradamente los efectos de la responsabilidad sancionada, cual si sólo fueran imponibles a quienes dispusieron gastos al margen de la restricción impuestas, cuando las mismas, conforme lo sancionado, han recaído también al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por haber actuado en inobservancia a la misma, para lo que no necesariamente era necesaria la disposición de tales dineros.

Por consiguiente, el alegato del recurrente es inatendible y justifica la subsistencia de los Cargos en su contra.

2.5. Acerca de la sanción de suspensión de funciones en relación a una entidad desaparecida.-

Finalmente, el recurrente también señala:

"…*Nótese que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY, no se encuentra en funcionamiento, su licencia ha sido cancelada, Etc., entonces, como es posible que la resolución ASFI No. 657/2011, me sancione, SUSPENDIENDOME DOS (2) AÑOS de mis FUNCIONES en ESA ENTIDAD, es decir, EN UNA QUE NO EXISTE, NI FUNCIONA?. ESTO NO SOLO ES IMPOSIBLE, SINO QUE ES ILÓGICO, Y, POR ENDE CARECE ABSOLUTAMENTE DE VALIDEZ, ES DECIR, ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA...*"

Nuevamente es menester traer a colación lo dispuesto por el artículo 37º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando señala:

"…*Artículo 37.- (**Procedencia**).*

*Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, **afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos**…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, no se observa en lo expresado por el recurrente, alegato o justificativo alguno que importe que la aparente disposición de una sanción de suspensión con respecto a una entidad desaparecida, le vaya a ocasionar afectación, lesión o perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

No obstante ello y toda vez que el parágrafo II del artículo 35º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) establece que "*las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley*", lo que compele al suscrito Ministro al expreso pronunciamiento de la nulidad acusada, se debe remitir al inciso 'b', parágrafo I del mismo artículo 35º, el que a la letra señala:

"…*ARTÍCULO 35º. (Nulidad del Acto).*

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;…"

De ello resulta que en apariencia, el objeto de la sanción impuesta al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por el ente regulador en la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, esta es la "*suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años*", es nulo por su imposibilidad actual de ser cumplida.

No obstante, la misma Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011, a fojas 126, ha señalado:

"…*la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe Técnico-Legal ASFI/DSR II/R-93663/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, recomienda la aplicación de sanciones al señor Yuri Rodríguez Urquidi por las infracciones evidenciadas considerando el principio general de derecho Non Bis In Idem en atención a que como emergencia de la Resolución Sancionatoria SB Nº 017/2007 y **por el carácter devolutivo** de los recursos interpuestos contra este Acto Administrativo, el señor Yuri*

Rodríguez comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Extremo por el que se hace innecesario entrar en mayores consideraciones para concluir en el carácter injustificado de la nulidad invocada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 762/2011 de 4 de noviembre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo valorarse de manera fundamentada toda la prueba presentada.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DF/Nº 404-2011 DE 07 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 018/2012 DE 10 DE ABRIL DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 018/2012

La Paz, 10 de abril de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 404-2011 de 7 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 250-2011 de 22 de agosto de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 025/2012 de fecha 28 de febrero de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de noviembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 404-2011 de 7 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente

la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 250-2011 de 22 de agosto de 2011.

Que, en fecha 1º de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 404-2011 de 7 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 250-2011 de 22 de agosto de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de diciembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, mismo que fue notificado el 9 de diciembre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/1577/2011 DE 1 DE JULIO DE 2011.-

Mediante nota APS/DJ/1577/2011 de fecha 1º de julio de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se notificó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** con los siguientes cargos:

"…***II.- IMPUTACIÓN DE CARGOS***:

CARGO Nº 1

Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que en nueve (9)casos de Empleadores en mora no habría iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que los Empleadores incurrieron en mora.

El detalle de los casos es el siguiente:

NIT	Razón Social del empleador	Periodo de Cotización	Fecha límite de inicio del PES	Fecha de presentación de la demanda	Descargo del empleador	Días de Retraso	Nota Débito (descargo AFP)
1001917023	MEXEL S.R.L.	Feb-10	29-jul-10	25-ago-10	-	27	1-02-2010-

1458427011	EMPRESA DE SERVICIOS E IMPORTACIONES WALTER HILARIO BALCAZAR MEDINA	Fcb-10	29-jul-10	12-ago-10	-	14	1-07-2010-00197
2311308013	CHOQUE FLORES MARCO LUIS	Feb-10	29-jul-10	10-sep-10	-	43	1-02-2010-01232
2441822013	AGUILAR QUISPE VIRGINIA MATILDE	Feb-10	29-jul-10	ll-ago-10	-	13	1-02-2010-00855
425262013	IBANEZ TORIBIO	Abr-10	28-sep-10	5-oct-10	-	7	1-02-2010-01674
136025026	CROQUIS DISENO Y CONSTRUCCION CIVIL S.R.L. CROQUIS	Feb-10	29-jul-10	-	30-jul-10	1	1-02-2010-00864
866	DIRECTORIO ÚNICO DE FONDOS	Feb-10	29-jul-10	-	19-ago-10	21	
2314297010	PEMAC DE MACLEAN ARCE JORGE PERCY	Fcb-10	29-jul-10	-	3-ago-10	5	
7016876010	LIMACHI CHAMBI MARÍA ELENA	Ene-10 y Mar-10	28-jun-10	-	1-jul-10	3	

CARGO N° 2

Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP (sic)*/N° 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que la. AFP para doce (12) Empleadores en mora no habría realizado la Gestión de Cobro Administrativo y de aclaración, ni habría remitido las comunicaciones escritas a estos Empleadores en mora.*

Asimismo, en once (11) de estos casos existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a los artículos 23 y 3l inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y al artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, debido a que la AFP no habría iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que los Empleadores incurrieron en mora.

El detalle de los casos es el siguiente:

NIT	Razón Social del empleador	Período de Cotización	Fecha límite de inicio del FES	Fecha de la presentación de la última demanda iniciada	Observación
210459011	GUZMAN URIARTE ANA	Feb-10	29-jul-10	-	a) y b)

21045901	*COLEGIO SANTA TERESA*	*Ene- 10 y Mar-10*	*28-jun-10*	*24-abr-09*	***a) y b)***
1001877029	*ASOCIACIÓN CENTRO DE DEFENSA DE LA CULTURA*	*Mar 10*	*28-ago-10*	*6-dic-07*	***a)***
1002839021	*GOBIERNO MUNICIPAL CAIROMA*	*Ene-10*	*28-jun-10*	*19-abr-05*	***a) y b)***
1003873020	*ALCALDÍA MOCOMOCO*	*Ene 10 y Mar-10*	*28-jun-10*	*14-sep-06*	***a) y b)***
1015801027	*MADERERA MAMORE CABRERA LTDA.*	*Ene-10 y Mar-10*	*28-jun-10*	*6-abr-04*	***a) y b)***
1028913022	*GOBIERNO MUNICIPAL DE SENA*	*Feb-10*	*29-jul-10*	*24-feb-05*	***a) y b)***
1029795029	*ALCALDÍA DE*	*Ene-10 y Mar-10*	*28-jun-10*	*3-jun-06*	***a) y b)***
1030841027	*AGRICULTURAL COOPERATIVE DEVELOPMENT*	*Abr-10*	*28-sep-10*	*23-nov-06*	***a) y b)***
1491578016	*GASCÓN ADÁN FLOREAL*	*Abr-10*	*28-sep-10*	*7-sep-01*	***a) y b)***
2311308013	*CHOQUE FLORES MARCO LUIS*	*Feb-10*	*29-jul-10*	*10-sep-10*	***a)***
2441068010	*ARROYO GABINA*	*Abr-10*	*28-sep-10*	*11-mar-10*	***a) y b)***

a) No se efectuó la gestión de cobranza administrativa del período en mora.
b) No se inició el PES del período en mora…"

2. NOTA DE DESCARGOS FUT.APS.AL. 1332/2011 DE 8 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante nota FUT.APS.AL.1332/2011 de fecha 8 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta los siguientes descargos:

"…***CARGO Nº 1***

… pasamos a expresar lo siguiente:

1. ***MEXEL S.R.L. (NIT 1001917023)***
   El periodo que originó la mora corresponde a febrero de 2010. El empleador efectuó su pago dentro del plazo establecido por norma, sin embargo, lo hizo declarando mal el periodo, pues lo consigno (sic) *erróneamente como enero/2010. El empleador regularizo* (sic) *dicha situación con la rectificación del FPC 3122706. A la fecha el empleador no mantiene deuda.*

2. ***EMPRESA DE SERVICIOS E IMPORTACIONES WALTER HILARIO BALCAZAR MEDINA (NIT 1458427011)***
   La empresa regularizo (sic) *su deuda mediante FPC 3307646 acreditado en mayo de 2011. A la fecha no mantiene deuda.*

3. ***AGUILAR QUISPE VIRGINIA MATILDE (NIT 2441822013)***
   El periodo de febrero de 2010 fue pagado dentro del plazo pero sin la planilla correspondiente por lo que ingreso (sic) *a la recaudación No Aclarada (RECNA), dicha situación fue subsanada en fecha 26 de agosto de 2010 por el relacionamiento de la planilla proporcionada por la Empresa la* (sic) *FPC 3268245.*

4. ***IBAÑEZ TORIBIO (NIT 425262013)***
   La deuda es de tipo M4, se sigue gestionando su regularización por parte del Empleador.

5. ***CROQUIS DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN CIVIL S.R.L. CROQUIS (NIT 136025026)***
   El representante legal de la empresa, Sr. Octavio Vera, ante las gestiones de nuestra AFP, manifestó en varias oportunidades que el pago fue efectuado comprometiéndose a presentar su copia de FPC como respaldo hasta el día 30 de julio de 2010. Ante el incumplimiento se procedió a la emisión de la nota de débito y la presentación de la demanda. La deuda fue regularizada en fecha 17 de septiembre de 2010 con el pago efectuado mediante FPC 3268245.

6. ***DIRECTORIO ÚNICO DE FONDOS (NIT 866)***
   En fecha 20 de julio de 2010, se apersono (sic) *por nuestras oficinas la Sra. Karina Villacorta, la misma que informo* (sic) *que aún estaba recabando la documentación de respaldo (bajas) para se* (sic) *presentada en el FNDIR. La presentación de dicho formulario y su documentación de respaldo fue efectuada en fecha 19 de agosto de 2010. Como efecto de lo anterior, la deuda de la Empresa fue regularizada y a la fecha no presenta deuda.*

   Iniciar un proceso ejecutivo Social conscientes de que la deuda será regularizada por la rectificación de un mal pago efectuado por el Empleador, significa en la práctica procesal que los empleadores presenten una excepción de pago documentado, excepción que sería concedida por cualquier juzgador con costas para la demandante, en este caso nuestra AFP, con la consecuente falta de credibilidad en la cobranza judicial que podría afectar en la tramitación del resto de los procesos judiciales.

7. ***PEMAC DE MACLEAN ARCE JORGE PERCY (NIT 2314297010)***
   El Empleador se presento (sic) *en nuestras oficinas a efectos de demostrar que efectuó el pago correspondiente en fecha 30 de marzo de 2010, sin embargo dicho pago fue mal efectuado por lo que requería su rectificación. El empleador presenta su formulario de rectificación 5 días después del plazo para el inicio del PES debido a que no contaban con firma y sello autorizado de la empresa.*

   Iniciar un proceso ejecutivo Social conscientes de que la deuda será regularizada por la rectificación de un mal pago efectuado por el Empleador, significa en la práctica procesal que los empleadores presenten una excepción de pago documentado, excepción que sería concedida por cualquier juzgador con costas para la demandante, en este caso nuestra AFP, con la consecuente falta de credibilidad en la cobranza judicial que podría afectar en la tramitación del resto de los procesos judiciales.

8. ***LIMACHI CHAMBI MARIA ELENA (NIT 7016876010)***
   Dentro del plazo establecido por normativa vigente, se procedió a la emisión de la Nota de Débito Nº 1-02-2010-00683. Sin embargo, el empleador presentó su solicitud de rectificación de FPC en fecha 01 de julio de 2010, por lo que se

procede a la anulación de la Nota de Débito y ya no se presenta la demanda. A la fecha la deuda se encuentra regularizada y el empleador no presenta deuda.

Iniciar un proceso ejecutivo Social conscientes de que la deuda será regularizada por la rectificación de un mal pago efectuado por el Empleador, significa en la práctica procesal que los empleadores presenten una excepción de pago documentado, excepción que sería concedida por cualquier juzgador con costas para la demandante, en este caso nuestra AFP, con la consecuente falta de credibilidad en la cobranza judicial que podría afectar en la tramitación del resto de los procesos judiciales.

CARGO Nº 2

a) (…) *cabe manifestar que conforme a lo establecido por la nota CITE: SPVS-IP-DC-577/2001 de fecha 18 de abril de 2011, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros nos instruyo* (sic) *de la siguiente manera:*

"De conformidad a lo establecido en la (sic) *normas que regulan la cobranza de contribuciones en mora… Sólo deberían enviarse cartas a nuevos empleadores que hayan entrado en mora…"*

De lo Anterior se desprende, que al estar todos los casos detallados en la nota de cargos referente al Cargo Nº 2, en etapa judicial, no correspondía efectuar mas gestiones de cobranza administrativa enviando cartas a los empleadores por nuevos periodos en mora, ya que estos se incorporan según la etapa procesal de PES original, con una nueva nota de débito, constituyéndose en una ampliación de la demanda.

b) *…pasamos a expresar lo siguiente:*

1) GUZMAN URIARTE ANA (NIT 210459011)
Con referencia al período de Febrero/2010 observado, éste fue cancelado en fecha 26 de febrero de 2010.

2) COLEGIO SANTA TERESA (NIT 1001301022)
Toda vez que dentro la causa se dicto (sic) *sentencia, declarando probada la demanda ejecutiva social, se procedió a la solicitud de la anotación preventiva de un Ómnibus perteneciente a la parte deudora.*

El motivo de la falta de actualización de la deuda en su oportunidad se debió a que el proceso se encontraba en despacho para la dictación de la correspondiente Sentencia. En caso de actualizarla impediría la celeridad del proceso y un nuevo trámite de notificación con esta actualización, que podrían derivar en oposición de excepciones, términos de prueba y otros, que perjudicarían el avance del proceso.

3) ASOCIACION CENTRO DE DEFENSA DE LA CULTURA (NIT 1001877029) *La presente causa fue ampliada mediante Nota de Débito Nº 1-02-2010-01061 por los periodos de Octubre-2007 a noviembre-2007, septiembre-2008 a febrero-2009, junio-2009,* ***marzo-2010 mediante memorial de fecha 27 de agosto de 2010.***

El presente proceso se encuentra con Sentencia Ejecutoriada, y se presentó el memorial de actualización de deuda el 27 de agosto del 2010, debido a que el expediente se encontraba en despacho con el memorial de solicitud de anotación preventiva de vehículo, presentado en fecha 24 de agosto de 2010.
En caso de haber actualizado la deuda oportunamente, se hubiera perjudicado la ejecución de la medida precautoria, ya que el Juez hubiera ordenado la previa notificación con la actualización, que podrían derivar en oposición de excepciones, términos de prueba y otros, que perjudicarían la recuperación de la deuda.

Asimismo, en caso de la dilación de la ejecución de las medidas precautorias, se corre el riesgo de que el deudor transfiera sus bienes.

4) GOBIERNO MUNICIPAL DE CAIROMA (NIT 1002839021)
Toda vez que dentro la presente causa se ha cubierto parcialmente la obligación en virtud a la retención de fondos ejecutada por nuestra empresa, se procedió a la solicitud de la remisión de fondos ordenada por el juzgador mediante decreto, dirigido al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público.

El motivo de la demora en la actualización de la deuda, se debió a que el proceso para cobrar los depósitos judiciales es lento y moroso, ya que los pagos se los tramita en el Consejo de la Judicatura con orden del Juez de la causa.

Asimismo, una vez cobrado el monto retenido, se ingresó a las cuentas del FCI y obviamente se tuvo que verificar si el mismo cubría el monto inicial adeudado o pudiera cubrir una nueva deuda, verificación que determinó que no cubría todo el monto adeudado.

En ese sentido, se generó el segundo título ejecutivo y se inició la ampliación de la deuda mediante Nota de Débito 1-02-2010-01785 por los periodos Febrero-2000, Noviembre-2002, Diciembre-2003, ***Enero-2010****, Marzo-2010, Mayo-2010, memorial presentado el 27 de octubre de 2010.*

Asimismo, con un tercer título ejecutivo, se procedió a la ampliación de la nueva deuda por nuevos periodos: Juniio-2010 a julio-2010, Septiembre-2010, mediante Nota de Débito 1-02-2010-02178.

Finalmente a fin de proceder con la notificación al deudor se solicitó al Juzgador, ordene mediante Orden Instruida se ponga en conocimiento estas dos ampliaciones, debiendo ejecutar todas las gestiones y diligencias a la Localidad de Cairoma.

5) ALCALDÍA MOCOMOCO (NIT 1003873020)

Tal como es de su conocimiento dentro esta causa se presento (sic) *la Nota de Débito 1-02-2010-00512 correspondiente al cobro de recargo, misma que el Juzgador con una serie de observaciones, por no comprender y aceptar el cobro del concepto de recargo, no dio curso a nuestra petición, razón por la cual se presentaron las aclaraciones respectivas solicitando y argumentando la admisión del mismo. En ese sentido una vez que el Juez de la causa admitió nuestra pretensión muchos meses después, se procedió a solicitar una nueva ampliación por la Nota de Débito N° 1-02-2010-02051 por los periodos: Septiembre-2009,* ***Enero-2010****, situación que permitió que la Nota de Débito por recargo no sufra más dilaciones, gestiones ejecutadas legalmente por nuestra empresa al solicitar la admisión de dicha Nota de Débito previo a proseguir con otra instancia procesal y evitar el perjuicio del proceso.*

Finalmente, mediante Orden Instruida se procedió a la notificación con estas ampliaciones a la Localidad de Moco Moco, solicitando paralelamente la ejecución de las medidas precautorias, (retención de fondos al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público), mismas que se encuentran en pleno proceso.

6) GOBIERNO MUNICIPAL DE SENA (NIT 1028913022)

Este proceso se encuentra con un trámite de nulidad de obrados, suscitado por nuestra empresa, ya que el Juzgador de manera errónea dictó Sentencia sin haber verificado el cumplimiento de las formalidades de ley. En tanto no se resuelva esta nulidad que va en desmedro del avance procesal y de un debido proceso, no se puede actualizar la nueva mora adeudada, ya que el proceso se encuentra actualmente viciado de toda nulidad jurídica.

7) ALCALDIA DE COLQUENCHA (NIT 1029795029)

El periodo observado por la APS Ene-10 y Mar-10 se encuentra incorporada en la Nota de Débito 1-02-2010-01735 de fecha 01-oct-10, esta nota de débito contemplaba los periodos de julio-08, sept-08, Ene-10, Mar-10, May-10, este título ejecutivo fue presentado en el Juzgado y rechazado por el Juzgador en forma extraña, ya que no aceptó la tramitación independiente del proceso principal, exigiendo que previamente se resuelva la controversia suscitada por el cobro de honorarios profesionales, misma que se encuentra en grado de apelación.

En tanto la Corte no se pronuncie, no se puede continuar con el proceso.

8) AGRICULTURAL COPERATIVE DEVELOPMENT INTERNATIONAL (NIT 1030841027)

El periodo observado de Abril/2010 no pudo ser ampliado al proceso principal, debido a que se encontraba en despacho para la emisión de la Sentencia, misma que fue dictada en fecha 23 de septiembre de 2010, sin embargo por la práctica procesal el Juez de la causa, recién despacho (sic) *el expediente de forma posterior a la emisión (es decir meses después), para evitar pérdidas de competencia, que va en desmedro en la calificación de su carrera judicial.*

9) GASCON ADAN FLOREAL (NIT 1491578016)

Este proceso esta (sic) *con Sentencia ejecutoriada y en ejecución de Sentencia se*

amplió demanda con la Nota de Débito Nº 1-07-2010-00492 de fecha 13-10-10, que incluye el periodo observado.

10) CHOQUE FLORES MARCO LUIS (NIT 2311308013)

En el presente proceso el Juzgador emitió la correspondiente Sentencia declarando probada la demanda ejecutivo social, sin embargo, no se pronunció sobre las costas procesales, situación que nos obligó a solicitar complementación y enmienda tal cual dispone la normativa, solicitud admitida y corregida por el juzgador, sin embargo este fallo nos obligó a demorar el avance del proceso, ya que tuvimos que notificar al deudor mediante edictos de ley.
Una vez regularizado el procedimiento, nuestra empresa procedió a solicitar la notificación con la Sentencia mediante edictos, sea con la finalidad de evitar nulidades y cumplir con el principio del debido proceso.

El trámite se demoro (sic) *aún más, debido a la vacación judicial anual de la Corte Superior del Distrito de la ciudad de La Paz, y una vez cumplidas estas gestiones procesales, necesarias a fin de no entorpecer la ejecución de la sentencia y actuar con buena fe, lealtad procesal y cumpliendo con el debido proceso, se solicita la ampliación de la deuda mediante Nota de Débito 1-02-2010-01232 por los periodos adeudados de noviembre-2006 a febrero-2007, abril-2007 a octubre-2007, julio-2008, octubre-2008, diciembre-2008 a febrero-2009, abril-2009, agosto-2009, diciembre-2009,* ***febrero-2010****.*

Finalmente es necesario puntualizar que la presente causa se encuentra en ejecución de fallos pasada en autoridad de cosa juzgada, en ese sentido se procedió a la notificación mediante edictos con esta ampliación, para luego proceder a la ejecución de las medidas precautorias en ejecución de fallos.

11) ARROYO GABINA (NIT 2441068010)

En el presente proceso no se amplió la deuda, debido a que el periodo observado de Abril/2010 fue cancelado de manera oportuna el 28 de mayo de 2010…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 250-2011 DE 22 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 250-2011 de 22 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en los artículos 23 y 31, el inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 259 de 23 de junio de 2000, por no haber iniciado para nueve (9) casos los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en que los Empleadores incurrieron en mora.*

SEGUNDO.- I. *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en bolivianos*

equivalente a $us2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 259 de 23 de junio de 2000, por no haber iniciado para once (11) casos los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en que los Empleadores incurrieron en mora, por los casos correspondientes al inciso b) del Cargo N° 2.

***II.** Desestimar la sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP con respecto a los doce (12) casos correspondientes al inciso a) del Cargo N° 2.*

***TERCERO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

A efectos de tal determinación el Ente Regulador presenta los argumentos siguientes:

"…***AL CARGO Nº 1***

El Cargo N° 1 imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP señala: "Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que en nueve (9) casos de Empleadores en mora no habría iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que los Empleadores incurrieron en mora."

De la revisión de la nota de descargos FUT.APS.AL. 1332/2011 de 08 de agosto de 2011, presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, respecto al Cargo Nº 1, se advierte que la AFP no dio cumplimiento a lo establecido a la normativa de Pensiones en lo referente a la recuperación de Contribuciones en mora mediante Cobro Judicial, toda vez que para los casos señalados a continuación, inicia el Proceso Ejecutivo Social correspondiente, una vez transcurridos los ciento veinte (120) días calendario establecidos en el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001.

NIT	Razón Social del Empleador	Periodo de Cotización	Fecha límite de inicio del PES	Fecha de presentación de la demanda	Descargo del Empleador	Días de Retraso	Nota Débito (descargo AFP)
1001917023	MEXEL S.R.L.	Feb-10	29-Jul-10	25-Ago-10	-	27	1-02-2010-00835
1458427011	EMPRESA DE SERVICIOS E IMPORTACIONES WALTER HILARIO BALCAZAR MEDINA	Feb-10	29-Jul-10	12-Ago-10	-	14	1,07-2010-00197
2311308013	CHOQUE FLORES MARCO LUIS	Feb-10	29-Jul-10	10-Sep-10	-	43	1-02-2010-01232
2441822013	AGUILAR QUISPE VIRGINIA MATILDE	Feb-10	29-Jul-10	11-Ago-10	-	13	1-02-2010-00855
425262013	IBAÑEZ TORIBIO	Abr -10	28-Sep-10	05-Oct-10	-	7	1-02-2010-01674

MEXEL S.R.L. (NIT 1001917023)

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar la boleta de pago que muestre que el pago realizado por el Empleador fue dentro del plazo establecido por la norma, el Formulario de Pago de Contribuciones que muestre que originalmente declaró mal el periodo, el Formulario de Pago de Contribuciones rectificatorio y el respaldo que certifique que a la fecha no mantiene deuda.

EMPRESA DE SERVICIOS E IMPORTACIONES WALTER HILARIO BALCAZAR MEDINA (NIT 1458427011)

Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que el empleador: regularizó la deuda con el FPC señalado y que el mismo ya fue acreditado por la AFP, y respaldo que certifique que a la fecha la fecha no mantiene deuda.

AGUILAR QUISPE VIRGINIA MATILDE (NIT 2441822013)

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que el empleador pagó dentro del plazo establecido por la norma, que presentó la planilla correspondiente, que el aporte ya no está registrado en RECNA y que la regularización, como señala la AFP, fue realizada el 26 de agosto de 2010.

IBAÑEZ TORIBIO (NIT 425262013)

Lo señalado por la AFP respalda el retraso en el inicio del PES, ya que, al momento de iniciarse la fiscalización, en la gestión 2010, ya contaba con un retraso superior a los ciento veinte (120) días y, desde la Fiscalización a la fecha de la nota de la AFP, 08 de agosto de 2011, han transcurrido más de ciento veinte (120) días, y la Administradora sigue "gestionando la regularización con el empleador".

Adicionalmente, se advierte que en cuatro (4) casos, la AFP no inició el Proceso Ejecutivo Social correspondiente dentro de los ciento veinte (120) días calendario

establecidos por norma, en definitiva no inició el mismo en ningún momento, sino que en contravención al artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, arbitrariamente decide "regularizar" los casos fuera del plazo de los ciento veinte (120) días calendario, atribuyéndose competencias que no le corresponden, otorgando "condonaciones" a consecuencia de la falta de inicio de Cobranza Judicial de la mora dentro del plazo otorgado por norma.

Los casos se detallan a continuación:

NIT	Razón Social del Empleador	Periodo de Cotización	Fecha límite de inicio del PES	Fecha de presentación de la demanda	Descargo del Empleador	Días de Retraso	Nota Débito (descargo AFP)
136025026	CROQUIS DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN CIVIL S.R.L. CROQUIS	Feb-10	29-Jul-10	-	30-Jul-10	1	1-02-2010-00864
866	DIRECTORIO ÚNICO DE FONDOS	Feb-10	29-Jul-10	-	19-Ago-10	21	
2314297010	PEMAC DE MACLEAN ARCE JORGE PERCY	Feb-10	29-Jul-10	-	03-Ago-10	5	
7016876010	LIMACHI CHAMBI MARÍA ELENA	Ene10 y Mar-10	28-Jun-10	-	01-Jul-10	3	

CROQUIS DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN CIVIL S.R.L. CROQUIS (NIT 136025026)
Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que: la AFP emitió la Nota de Débito, que presentó la demanda y que el empleador regularizó el pago omitido.

DIRECTORIO ÚNICO DE FONDOS (NIT 866)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que el empleador a la fecha no mantiene deuda; así como, que la AFP efectuó la regularización el 19 de agosto de 2010.

PEMAC DE MACLEAN ARCE JORGE PERCY (NIT 2314297010)
Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que el empleador pagó dentro del plazo establecido por la norma, que muestre que se efectuó una mala declaración y el Formulario de rectificación.

LIMACHI CHAMBI MARÍA ELENA (NIT 7016876010)
Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que la AFP emitió y anuló una Nota de Débito, que el empleador presentó el FPC rectificado, ni presentó un certificado que a la fecha no mantiene deuda.

El Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, artículo 95, señala que: ***"La AFP*** *está obligada y autorizada para ejercitar la personería jurídica de sus Registrados y* ***se encuentra obligada a efectuar el cobro de las Cotizaciones, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, Primas y de las Comisiones, más los intereses que no hubiesen sido pagados por el Empleador a la AFP. Para efectuar dicho cobro procederá la ejecución social,*** *y el cobro antes referido procederá aún cuando el Registrado se hubiese traspasado de AFP" (las negrillas son nuestras).*

Asimismo, el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, en su artículo 1°, amplía, hasta ciento veinte (120) días calendario, ***la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000.***
La Administradora ha incumplido lo establecido en ambos Decretos, toda vez que, de acuerdo con la aclaración efectuada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, ***los*** *casos* ***señalados fueron subsanados, ya sea iniciando el PES, regularizando los FPC mal declarados o recibiendo el pago de aportes, fuera del plazo de ciento veinte (120) días, establecido en la normativa vigente;*** *asimismo, la Administradora al haber procedido de esta manera, actuó fuera de norma al atribuirse facultades, como la de efectuar gestiones que corresponden a la cobranza administrativa fuera del plazo de ciento veinte (120) días.*
La AFP al no haber iniciado los PES oportunamente, ha incumplido con lo establecido en el artículo 23 de la Ley No. 1732, que indica: "Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)".

Asimismo, bajo el principio de verdad material contemplado en el inciso d) del artículo 4° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, la AFP adjuntó a su nota de descargos debió presentar copia de la documentación que acredite lo aseverado por la misma acerca de los nueve (9) casos imputados.

Por todo lo señalado anteriormente, se considera que la AFP no presentó elementos suficientes para desvirtuar la infracción correspondiente al Cargo N° 1 imputado.

Es necesario dejar establecido que como bien lo corrobora la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI N° 031/2011 de 24 de junio de 2011, es potestad de esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo análisis de los hechos y la prueba existente.

En ese sentido, corresponde señalar que en contravención al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no se ha conducido conforme a un buen padre de familia, al no iniciar las acciones legales correspondientes dentro del plazo establecido por norma, lo cual derivó en el incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 23, de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 y artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS-

P No. 259 de 23 de junio de 2007; sin embargo tal conducta no ocasiona daño, pero genera que la recuperación de los adeudos al SSO se vean retrasados en cuanto a la oportunidad en lo referente a su recuperación, por lo cual en base al principio de razonabilidad proporcionalidad se sanciona el accionar preterintencional de la AFP, en detrimento del Asegurado ya que, al no contar el mismo con sus contribuciones a la Cuenta Personal Previsional, ni contar con los pagos correspondientes a las primas por riesgos (RC, RP, RL) se puede afectar al Asegurado en el acceso a una prestación o beneficio, razón por la cual corresponde aplicar sanción pecuniaria con gravedad leve de bolivianos, equivalente a $us 1.000,00 (Un mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por el retraso en la iniciación de las acciones legales correspondientes y $us 100,00 (Cien 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cada periodo, sumando en total diez (10) periodos.

AL CARGO N° 2

El Cargo N° 2 imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP señala: "Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que la AFP para doce (12) Empleadores en mora no habría realizado la Gestión de Cobro Administrativo y de aclaración, ni habría remitido las comunicaciones escritas a estos Empleadores en mora."

Inciso a) Casos en los que no se efectuó la gestión de cobranza administrativa del período en mora.

Con relación a los doce (12) casos de la observación a) del Cargo N° 2, Futuro de Bolivia S.A. AFP, en su nota de descargos, hace referencia a la nota SPVS-IP-DC-577/2001 de 18 de abril de 2001, la AFP señala que: "...no correspondía efectuar más gestiones de cobranza administrativa enviando cartas a los empleadores por nuevos periodos en mora, ya que estos se incorporan según la etapa procesal de PES original, con una nueva nota de débito, constituyéndose en una ampliación de la demanda."

En este sentido, se admite el descargo; por lo que se considera desestimar el cargo para los doce (12) casos de la observación a) del Cargo N° 2.

Inciso b) no se inició el PES del período en mora.

Respecto a la observación b) del Cargo N° 2, la AFP en su nota de descargos ha informado la situación individual en la que se encuentra cada uno de los once (11) casos; sin embargo, no remitió documentación que permita evidenciar sus afirmaciones, para ninguno de ellos.

En este sentido y de conformidad al principio de verdad material contemplado en el inciso d) del artículo 4° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, la AFP adjunto a su nota de descargos debió presentar copia de la documentación que acredite lo aseverado por la misma acerca de los casos observados en el inciso b) del Cargo N° 2.

Los casos se detallan a continuación:

GUZMAN URIARTE ANA (NIT 210459011)
Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que el empleador canceló el período observado en la fecha señalada, por lo que el descargo no sería suficiente para levantar la observación.

COLEGIO SANTA TERESA (NIT 1001301022)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar la sentencia que declara probada la demanda y la solicitud de la anotación preventiva de un ómnibus.

ASOCIACIÓN CENTRO DE DEFENSA DE LA CULTURA (NIT 1001877029)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar la ampliación de la demanda mediante Nota de Débito No. 1-02-2010-01061, el memorial de actualización de deuda del 27 de agosto del 2010 y la solicitud de anotación preventiva de un vehículo del 24 de agosto del 2010.

GOBIERNO MUNICIPAL DE CAIROMA (NIT 1002839021)
Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que: la solicitud de la remisión de fondos ordenada por el juzgador, la verificación de cobertura de deuda de los fondos retenidos, el segundo y tercer Títulos Ejecutivos y sus respectivas ampliaciones de la deuda, la notificación al deudor.

ALCALDÍA MOCOMOCO (NIT 1003873020)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar la Nota de Débito 1-02-2010-00512 correspondiente al cobro de recargo, las aclaraciones presentadas por la AFP, la solicitud de ampliación con la Nota de Débito No. 1-02-2010-02051, la notificación de las ampliaciones a la Localidad de Moco Moco y la solicitud de la ejecución de las medidas precautorias.

GOBIERNO MUNICIPAL DE SENA (NIT 1028913022)
Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar el trámite de nulidad de obrados.

ALCALDÍA DE COLQUENCHA (NIT 1029795029)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar la Nota de Débito 1-02-2010-01735 de fecha 01-oct-10, el rechazo del Juez, la apelación señalada.

AGRICULTURAL COPERATIVE DEVELOPMENT INTERNATIONAL (NIT 1030841027)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar la sentencia dictada el 23 de septiembre del 2010 y la fecha de recepción de la sentencia por parte de la AFP.

GASCÓN ADÁN FLOREAL (NIT 1491578016)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar la sentencia ejecutoriada, la ampliación de la demanda con Nota de Débito N° 1-07-2010-00492 del 13-10-10.

CHOQUE FLORES MARCO LUIS (NIT 2311308013)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar la sentencia que declara probada la demanda, la solicitud de la AFP de complementación y enmienda, la notificación del deudor mediante edictos de ley, la solicitud de notificación de la Sentencia mediante edictos y la solicitud de ampliación de la deuda mediante Nota de Débito 1-02-2010-01232.

ARROYO GABINA (NIT 2441068010)
Al respecto, la AFP no remitió ningún documento que permita evidenciar que el empleador canceló oportunamente en la fecha señalada, por lo que el descargo no sería suficiente para levantar la observación.

Por todo lo señalado anteriormente, se considera que la AFP no presentó elementos suficientes para desvirtuar la infracción correspondiente a los once (11) casos correspondientes al inciso b) del Cargo N° 2 imputado.

En otra parte del análisis al presente cargo, es necesario dejar establecido que como bien lo corrobora la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI N° 031/2011 de 24 de junio de 2011, es potestad de esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo análisis de los hechos y la prueba existente.

En ese sentido, corresponde señalar que en contravención al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no se ha conducido conforme a un buen padre de familia, al no iniciar las acciones legales correspondientes dentro del plazo establecido por norma, lo cual derivó en el incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 23, de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 y artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2007.

Al no advertirse daño en el presente caso, implica un análisis de la conducta diferente, advirtiendo, preterintencionalidad en el accionar del Regulado al generar como consecuencia del hecho que los aportes realizados por el Asegurado se vean acreditados debidamente con una recuperación oportuna de la mora; asimismo, en detrimento al Asegurado, al no contar el mismo con sus Contribuciones en la Cuenta Personal Previsional, ni contar con los pagos correspondientes a las primas por riesgos (RC, RP, RL) lo que puede afectar al Asegurado en el acceso a una prestación o beneficio y considerando el principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad de la AFP, razón por la cual corresponde aplicar sanción pecuniaria con gravedad leve de bolivianos, equivalente a $us1.000,00 (Un mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por no haber realizado la Gestión de Cobro Administrativo y $us100,00 (Cien 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cada período, sumando en total catorce (14) periodos…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 10 de octubre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 250-2011 de 22 de agosto de 2011, con los siguientes argumentos:

"…***II. DE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR LOS PROCESOS EJECUTIVOS SOCIALES DENTRO DE LOS 120 DÍAS.-***

Su Autoridad ha sancionado pecuniariamente a nuestra AFP por los Cargos Nº 1 y Nº 2, por no haber iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los 120 días calendario, computables a partir de la fecha en que los Empleadores incurrieron en mora, imputando como norma infringida los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 y el artículo quinto del Procedimiento de Gestión de Cobro aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 259 de 23 de junio de 2000, sin considerar para ello lo siguiente:

a) *El artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 establece la obligatoriedad que tienen las AFP de iniciar la acción procesal una vez agotada la gestión de cobro al señalar que: "**La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social** previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469.*

   La Gestión de Cobro, podrá ser interrumpida, cuando la AFP tenga constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del empleador, debiéndose iniciar de inmediato el Proceso Ejecutivo Social (las negrillas son nuestras)".

   Como bien se desprende de la norma transcrita, la obligación del inicio de la acción procesal obedece al agotamiento de la gestión de cobro, transcurridos los sesenta (60) días calendario, suspendiéndose dicho plazo solo en el evento que la AFP tuviera conocimiento del posible cierre de las oficinas del empleador, en cuyo caso se debe iniciar inmediatamente el Proceso Ejecutivo Social sin la necesidad de agotar previamente la gestión de cobro.

b) *En concordancia con lo normado por el Decreto Supremo Nº 25722, la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 259 de 23 de junio de 2000, aprueba el Procedimiento de Gestión de Cobro, el mismo que en su artículo noveno señala de manera textual que **"Una vez concluida la Gestión de Cobro,** sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 23° de la Ley 1732 de Pensiones y 95° del Decreto Supremo 24469 (las negrillas son nuestras)".*

   Hasta aquí el marco normativo es bastante claro y contundente al señalar que el inicio del Proceso Ejecutivo Social procede una vez que se ha concluido la gestión de cobro, y que hasta ese momento estaba establecida en 60 días calendario. Siendo importantísimo resaltar que el marco normativo no establece cual es el plazo que tiene la AFP para iniciar el Proceso Ejecutivo Social una vez agotada la gestión de cobro administrativo.

c) *El marco normativo que obliga a las AFP a comenzar la cobranza judicial con la*

instauración del respectivo Proceso Ejecutivo Social no ha sido abrogado, ni derogado por ningún otro marco normativo; por el contrario, solo fue ampliado en el plazo por el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 cuyo Nomen Juris señala a la letra ***"(AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO)"*** *y cuyo contenido dispositivo establece que "Se amplía, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 25722, de 31 de marzo de 2000".*

Como se desprende con meridiana claridad del Nomen Juris y del texto normativo transcrito, la ampliación esta (sic) *orientada a la gestión de cobro, plazo que inicialmente fue previsto por el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 en 60 días; y, que por lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2011 fue ampliado a 120 días, quedando vigente todo lo dispuesto en el procedimiento ya señalado en los incisos a) y b) precedentes; por lo que en consecuencia la AFP puede iniciar el Proceso Ejecutivo Social una vez agotada la Gestión de Cobro de ciento veinte (120) días o antes de ese periodo si tuviese conocimiento del posible cierre de las oficinas de alguna empresa en mora suspendiéndose recién el plazo y la gestión de cobro.*

De la relación del marco normativo se tiene que su Autoridad realiza una interpretación errónea con referencia a lo estipulado en el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131, al determinar que el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social se encuentra comprendida (sic) ***"en ese período*** *ampliatorio de hasta 120 días, esa mala acepción contradice flagrantemente las disposición legal mencionada, ya que ésta determina la ampliación de hasta 120 días calendario del plazo previsto por el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 para efectuar la Gestión de Cobro e iniciar la acción procesal.*

Es importante tomar en cuenta lo claramente establecido por el artículo 1 del Decreto Supremo 26131 que en la parte dispositiva y como su título lo determina la "AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO", lo que no es igual a una derogatoria o abrogatoria del artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722, ya que solo se amplió el plazo de 60 días a 120 días calendario para la Gestión de Cobro y posterior inicio de la acción procesal.

Con referencia al texto completo del artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 este no fue modificado, complementado, aclarado, derogado ni abrogado por el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131, por lo que el texto de esa disposición se mantiene integra (sic) *y legalmente vigente.*

En lo que toca a nuestro caso nuestra AFP esta (sic) *obligada a iniciar la cobranza judicial transcurridos los 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las contribuciones al SSO en mora. Esta disposición clara y expresa nos faculta a proceder con el inicio de la cobranza judicial una vez concluidas y agotadas las Gestiones de Cobro.*

Si las AFP's aceptaran la errónea interpretación del regulador, al pretender obligar a que en todos los casos se presente la demanda dentro de los 120 días (situación no

establecida en el marco normativo, por todo lo ampliamente transcrito) significaría que a los 121 días, nuestra demanda y nuestra pretensión habría nacido al derecho adoleciendo de caducidad es decir la pérdida a ejercer un derecho subjetivo por el transcurso del tiempo establecido en la Ley para ejercitarlo.

Menos mal que el espíritu de la norma no establece lo que su autoridad pretende, porque si fuera así, los juzgadores estarían obligados a rechazar todas las demandas que se presentarán fuera de los 120 días calendario, considerando que esa pretensión habría caducado, porque habría nacido muerta para la ley.

III. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración -Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

En ese sentido es primordial considerar que su Autoridad en los considerandos y desarrollo de toda la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 250 - 2011 de 22 de agosto de 2011 no ha demostrado o configurado, como es que nuestra Administradora hubiera cometido una infracción a lo dispuesto por el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones; ni a lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, normativa que es pertinente transcribirla en su totalidad.

> ***"ARTÍCULO 23° DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.*** *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*
>
> *La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.*
>
> *Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*
>
> *No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación, y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.*
>
> *Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*
>
> *Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación.*

ARTÍCULO 31° OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP). *Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:*

d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones.

ARTÍCULO 95. (COBRO DE COTIZACIONES POR PROCESO EJECUTIVO SOCIAL). *La AFP está obligada y autorizada para ejercitar la personería jurídica de sus Registrados y se encuentra obligada a efectuar el cobro de las Cotizaciones, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, Primas y de las Comisiones, más los intereses que no hubiesen sido pagados por el Empleador a la AFP. Para efectuar dicho cobro, procederá la ejecución social, y el cobro antes referido procederá aún cuando el Registrado se hubiese traspasado de AFP.*

De la lectura e interpretación de la normativa transcrita y de la documentación que cursa en poder de su Autoridad, se puede observar que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros Afiliados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; para aquellos casos en que agotada la gestión de cobro administrativo no se pudo gestionar la recuperación o aclaración de los aportes en mora; ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por los empleadores, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; aspecto que debió ser necesariamente observado por la su Autoridad, conforme a la obligación que tiene según el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de investigar la verdad material aplicada al procedimiento administrativo, en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, que se traduce en establecer de forma certera la realidad histórica de los hechos investigados, siendo necesaria su reconstrucción por medio de la prueba recopilada. En ese sentido la investigación de la verdad material consiste en determinar las verdaderas razones sobre las cuales se dieron los hechos, es decir, cuál fue el cuadro fáctico que propició la actuación desplegada por el sujeto regulado. La verificación de esta verdad material debe ser el fundamento sobre la cual la Administración imponga una sanción administrativa. Por ello, no se debe preestablecer ninguna situación fáctica como cierta, hasta tanto no se tengan por demostrados los hechos investigados con plena certeza, lo que recién permite establecer con meridiana claridad la tipicidad y de esta manera precisar cómo, o de qué manera, es que nuestra Administradora a incurrido en un tipo de infracción que alcance los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, y el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Por lo referido precedentemente se puede concluir que nuestra Administradora hasta aquí no ha vulnerado lo dispuesto por el Art. 142 del D.S. 24469 del 17 de enero de 1997, pues no existe incumplimiento al Art. 23 de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de

noviembre por cuanto se han iniciado los procesos ejecutivos sociales, habiendo ejercido la personería jurídica de todos nuestros registrados cumpliendo de esta manera nuestra obligación establecida en el Art. 95 del D.S. 24469. Como consecuencia de lo expresado nuestra Administradora está dando un cumplimiento cabal a la obligación establecida en el Art. 31 inc. d) de la Ley 1732.

IV. DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN.-

Su Autoridad ha determinado sancionar a nuestra AFP en ambos cargos enmarcando nuestra conducta dentro de lo previsto por el artículo 286 inciso a) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, lo que significa que hubieran concurrido en la supuesta infracción dos elementos necesarios:

a) La preterintencionalidad y,
b) Que como resultado de la misma no haya existido Beneficio propio o de Personas Relacionadas al Infractor.

*En ese sentido su Autoridad ha pretendido justificar la concurrencia de la preterintencionalidad señalado en los considerando que hacen al Cargo Nº 1 que "...**tal conducta no ocasiona daño,** pero genera que la recuperación de los adeudos al SSO se vean retrasados en cuanto a la oportunidad en lo referente a su recuperación, por lo que en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona el accionar preterintencional de la AFP, en detrimento del Asegurado **ya que, al no contar con sus contribuciones a la Cuenta personal Previsional, ni contar con los pagos correspondientes a las primas por riesgos (RC,RP,RL) se puede afectar al Asegurado en el acceso a una prestación o beneficio,** razón por la cual corresponde aplicar sanción pecuniaria con gravedad leve ...(las negrillas y el subrayado son nuestros)". Dichos argumentos que no son suficientes como para determinar fehacientemente una conducta antijurídica preterintencional por parte de nuestra AFP, considerando que la preterintencionalidad de acuerdo al concepto expresado por el Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas, en su Tomo IV es la "Superación del propósito por los Hechos. Circunstancia atenuante (v.) de la responsabilidad criminal cuando se causa un mal superior al querido o planeado... 1.Concepto técnico. Jiménez de Asúa expresa que la preterintención - sinónimo menos difundido- consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido...".*

En el caso de Autos, para que el regulador pueda establecer que nuestra conducta ha sido más grave que la prevista, primero debe establecer cual (sic) *ha sido la conducta prevista por parte de nuestra AFP; y no basarse en supuestos que no han sido comprobados como el señalar que se pudo o puede afectar al Asegurado en el acceso a una prestación o beneficio.*

*Criterio similar al descrito ha sido expresado en los considerandos que atañen al Cargo Nº 2; sin embargo su Autoridad entra en contradicción y por lo tanto vulnera el principio de congruencia cuando señala: **"Al no advertirse daño en el presente caso, implica un análisis de la conducta diferente, advirtiendo, preterintencionalidad en el accionar del regulado al generar como consecuencia del hecho que los aportes con una recuperación oportuna de la mora;** asimismo, en detrimento al Asegurado, al no*

contra el mismo con sus contribuciones en la Cuenta personal Previsional, ni contar con los pagos correspondientes a las primas por riesgos (RC, RP, RL) lo que puede afectar al Asegurado en el acceso a una prestación o beneficio...(las negrillas son nuestras)". Lo que nuevamente implica la intención del regulador de sancionar una conducta sobre la base de supuestos, es decir, hechos o consecuencias más graves -preterintención- que no han sido comprobadas.

V. CONCLUSIÓN.-

Por lo anteriormente expresado, se concluye que su Autoridad no demostrado (sic) *la existencia de una conducta preterintencional por parte de nuestra AFP, ya que la misma no puede tener un sustento en supuestos, es decir hechos fácticos no comprobados. Asimismo como bien señala su Autoridad nuestra Administradora no ha ocasionado daño económico a los Afiliados ni a los Fondos que administramos, por lo que no corresponde la calificación de la infracción como leve.*

Por otra parte se tiene que Futuro de Bolivia S.A., ha iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales a los empleadores con mora, una vez concluida la Gestión de Cobro en atención a lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722, artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131; así como el artículo 9 del Procedimiento de Gestión de Cobro aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 259 de 23 de junio de 2000; después de evidenciar que como consecuencia de ella, no se logro la recuperación efectiva de la mora al SSO.

VI. PETITORIO.-

Por todo lo ya expresado y, toda vez que han sido vulnerados nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su Autoridad Revocar en su totalidad la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 055-20110 (sic) *de fecha 25 de febrero de 2011, ajustándola a derecho dentro del marco de la legalidad…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 404-2011 DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 404-2011 de 7 de noviembre de 2011, resolvió **confirmar totalmente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 250 - 2011 de 22 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 10 de octubre de 2011, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL CARGO N° 1:

Que mediante memorial de Recurso de Revocatoria de 10 de octubre de 2011, la Administradora señaló: "...su Autoridad realiza una interpretación errónea con referencia a lo estipulado en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131, al determinar que el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social se encuentra comprendida ***"en ese período*** *ampliatorio de hasta 120 días...", al respecto, cabe señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en la correcta aplicación e interpretación de la norma, se ha limitado a citar lo establecido por la misma, ya que, como la propia AFP ha citado y reiterativamente ha transcrito, la norma el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, señala:* ***"Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista*** *en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000" (las negrillas son nuestras), artículo que establece el plazo de ciento veinte (120) días que tiene la AFP para poder iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales (PES).*

Que en este sentido, la interpretación sesgada que realiza la AFP, sólo quiere hacer referencia a que en el proceso de cobro realizado por la vía administrativa puede iniciarse dentro del período ampliado de ciento veinte (120) días, sin reconocer que el mismo artículo, también establece que ***el plazo que tiene la Administradora de Fondos de Pensiones para el inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales, se encuentra dentro de los ciento veinte (120) días señalados.***

Que en otra parte del Recurso, la AFP señala: "Si las AFP's aceptaran la errónea interpretación del regulador", refiriéndose al plazo que tienen las AFP de iniciar los PES dentro de los ciento veinte (120) días, plazo que fue establecido en el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, "al pretender obligar a que en todos los casos se presente la demanda dentro de los 120 días (situación no establecida en el marco normativo, por todo lo ampliamente transcrito) significaría que a los 121 días, nuestra demanda y nuestra pretensión habría nacido al derecho adoleciendo de caducidad es decir la pérdida a ejercer un derecho subjetivo por el transcurso del tiempo establecido en la Ley para ejercitarlo".

Que sin embargo, dicha afirmación no puede estar errónea sobre lo que la norma realmente establece, ya que el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, establece ***el plazo de ciento veinte (120) días que tiene la Administradora de Fondos de Pensiones****, para efectuar la Gestión de Cobro (acciones que corresponden a la vía administrativa) e iniciar la acción procesal (acciones que corresponden a la vía judicial), y claramente señala: "Se amplia,* ***hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista*** *en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000" (las negrillas y el subrayado son nuestros).*

Que asimismo, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 25722 de 30 de marzo de 2000, señala: "Para el cobro de Contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social.

Que la Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social" *(las negrillas son del texto), razón por la que la AFP puede iniciar las acciones judiciales, para cualquier caso, antes de cumplirse el plazo máximo de la Gestión de Cobro Administrativa; es decir, la Administradora debe iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales, inclusive antes de cumplirse el plazo de ciento veinte (120) días, para cualquier caso; asimismo, al no ser la Gestión de Cobro Administrativa una medida prejudicial o preparatoria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social,* ***este puede ser iniciado en cualquier momento, dentro del plazo establecido en la normativa de la Seguridad Social de Largo Plazo****, plazo que no interfiere con los plazos y procedimientos previstos en la vía procesal, ya que son dos (2) instancias diferentes e independientes una de la otra.*

Que por otra parte la AFP señala: "Menos mal que el espíritu de la norma no establece lo que su autoridad (sic) pretende, porque si fuera así, los juzgadores estarían obligados a rechazar todas las demandas que se presentarán fuera de los 120 días calendario, considerando que esa pretensión habría caducado, porque habría nacido muerta para la ley".

Que al respecto, la caducidad, es la pérdida de un derecho por no haberlo ejercido dentro de un plazo perentorio, perdiendo la facultad de plantear la acción correspondiente.
Que en ese entendido, la ampliación del plazo a ciento veinte (120) días calendario señalados por la norma, está orientada para la Gestión de Cobro Administrativo, y para el inicio el Proceso Ejecutivo Social, sin que la norma establezca que la obligación se extinga o caduque luego del plazo señalado, por lo que la AFP no está imposibilitada de iniciar el PES posterior al plazo determinado por norma.

Que con resguardo al Cuidado Exigible del Proceso Ejecutivo Social, cabe remitirse a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, la cual en su parte pertinente, expresa lo siguiente:

> *"La figura del "Buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, que establece:…, es una figura jurídica del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la* ***prudencia y diligencia*** *normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación.* ***Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho*** *en esa misma situación.*
>
> *Así, de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 citado, la SPVS, para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los procesos ejecutivos sociales, debe considerar ese concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo,* ***las fechas de presentación de los***

memoriales *de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y* ***otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente y, por ello le son imputables las responsabilidades respectivas."****(Las negrillas son nuestras)*

Que de lo anterior se entiende que, bajo los lineamientos establecidos por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007 y SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007, emitidas por la ex SIREFI, detrás de la expresión "diligencia del buen padre de familia" se expresa la obligación de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en todo aquello que realice aquel que está obligado a hacer o no hacer algo, extremando todas las precauciones, con la finalidad de que no se ocasione perjuicio alguno a causa de las acciones u omisiones de la AFP, en lo particular en el inicio del PES dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la lecha en la que el Empleador incurrió en mora, situación que fue incumplida por Futuro de Bolivia S.A. AFP, como se constata en el Considerando anterior.

Que la normativa vigente establece niveles de diligencia específicos para la AFP. Así, en la recuperación de adeudos al SSO, se utiliza el concepto de la "diligencia de un buen padre de familia", refiriéndose a la necesidad de que la AFP lleve a cabo sus actuaciones con el suficiente grado de preparación y cuidado, de forma que los Afiliados y los Fondos que administra y representa no sufran las consecuencias de su negligencia, imprudencia o culpa; y llevaría consigo consecuencias jurídicas que acarrean ***responsabilidad*** *para el regulado. Por lo que es necesario recordar que, los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, refieren que la AFP debe iniciar el PES, para la recuperación de las Contribuciones en mora al SSO, y que en su condición de representantes de los Afiliados,* ***son las que se encuentran obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad,*** *realizando sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.*

Que en función a la documentación al Cargo N° 1, presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

MEXEL S.R.L. (NIT 1001917023)

Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió fotocopia del Formulario de Pago de Contribuciones N° 3122706, con el que se puede evidenciar que el Empleador efectuó el pago por el período enero/2010 dentro del plazo de ciento veinte (120) días del período de pago; sin embargo, este formulario presenta error en el mes al que corresponde el período de pago, ya que el Empleador declaró el mes 01 (enero) y este Formulario de Pago de Contribuciones corresponde al mes 02 (febrero).

Asimismo, la AFP remitió el FPC N° 3321080, recibido por la AFP el 31 de agosto de 2010, que rectifica el FPC N° 3122706. Asimismo, la AFP adjunta el Detalle de Deuda, emitido al 10 de octubre de 2011, en el que el Empleador no presenta períodos en deuda.

Al respecto, las gestiones de cobro en la instancia administrativa llevadas a cabo por la AFP fueron realizadas fuera del plazo establecido por el Decreto Supremo N° 25711 de 31 de marzo de 2000; ya que, Futuro de Bolivia S.A. AFP debió iniciar el PES hasta el 29 de julio de 2010, por lo que transcurrieron treinta y tres (33) días de vencido el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, sin que la AFP haya iniciado las acciones legales. Por lo expuesto, se mantiene el cargo para el presente caso.

EMPRESA DE SERVICIOS E IMPORTACIONES WALTER HILARIO BALCAZAR MEDINA (NIT 1458427011)

Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió el Formulario de Pago de Contribuciones N° 3307646, con la que el Empleador regularizó la deuda del período febrero/2010, mismo que fue pagado el 05 de abril de 2011, y acreditado por la AFP el 30 de mayo de 2011, fuera del plazo de ciento veinte (120) días calendario señalados por el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.

Esta situación permite evidenciar que el Empleador efectuó el pago por el período de febrero/2010 adeudado, trescientos setenta (370) días después de vencido el período de pago, y doscientos cincuenta días (250) después del plazo que tenía la Administradora para iniciar el Proceso Ejecutivo Social respectivo, lo que muestra que pasado el plazo de ciento veinte (120) días que tenía la AFP para efectuar la Gestión de Cobro Administrativo y el Proceso Ejecutivo Social, no realizó ninguna acción en procura de recuperar los aportes en mora hacia el Empleador, incumpliendo la normativa vigente.

Por lo expuesto, se concluye que habiendo el Empleador regularizado la deuda el 05 de abril de 2011, siendo trescientos setenta (370) días después del período de pago, demuestra que la AFP no realizó ninguna gestión u acción dirigida hacia el Empleador dentro de dicho período, ni tampoco dentro del período de los ciento veinte (120) días, en base a la documentación remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP, por lo que se mantiene el cargo para el presente caso.

CHOQUE FLORES MARCO LUIS (2311308013)

La AFP no remitió ningún descargo para este caso observado. En este sentido, se mantiene el cargo para el presente caso.

AGUILAR QUISPE VIRGINIA MATILDE (NIT 2441822013)

La AFP remitió el Formulario de Pago de Contribuciones N° 3143087 a esta Autoridad, que corresponde al período febrero/2010 y que fue pagado el 30 de marzo de 2010, de igual forma, la AFP proporcionó copia de la nota GR.LP.2328/2010 de 16 de agosto de 2010, en la que informa al Empleador que el FPC de referencia no pudo ser acreditado; asimismo, la Administradora remitió fotocopia de la planilla de sueldos correspondiente al mismo período, que lleva el sello y la fecha de la Mutual La Paz y un detalle de deuda, en el que no figura el período febrero/2010.

En base a la documentación proporcionada por la AFP, se puede evidenciar que

las contribuciones del período febrero/2010 no se encontraban en mora, ya que el pago fue realizado dentro del período de pago; sin embargo, la mora no surgió por ausencia del pago, sino por la ausencia de la planilla con la nómina y el detalle para la apropiación de las acreditaciones.

En virtud a que el Formulario de Pago de Contribuciones fue cancelado en el período de pago, de igual manera deben ser remitidos conjuntamente, la planilla con la nómina y el detalle para la apropiación de las acreditaciones, sin embargo los mismos no fueron presentados por el Empleador.
Asimismo, las gestiones realizadas por la AFP para obtener la información faltante, la planilla con la nómina de trabajadores, fueron realizadas con posterioridad al plazo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que señala: "Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000"; por lo que, si bien la mora era presunta, la Administradora, debió haber iniciado el correspondiente Proceso Ejecutivo Social, en el marco de lo establecido en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa - SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, que señala: "...la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, ***asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva****" (las negrillas son nuestras).*

Debido al incumplimiento del Empleador y al haberse constituido en mora presunta, es que la AFP tenía la obligación de realizar las gestiones necesarias para contar con la documentación faltante, el incumplimiento a la normativa anteriormente señalada, en base a que las gestiones o acciones por parte de la AFP hacia el Empleador fueron realizadas con posterioridad a lo establecido por la ley.

Por lo expuesto y en base a la documentación remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se mantiene el cargo para el presente caso.

IBAÑEZ TORIBIO (NIT 425262013)
La AFP remitió el Detalle de Deuda al 10 de octubre de 2011, en el que se puede evidenciar que el Empleador se encuentra en pleno Proceso Ejecutivo Social iniciado por la AFP, por el período abril/2010; sin embargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió mayor documentación que permita verificar que cumplió con el plazo de ciento veinte (120) días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, tampoco remitió la documentación probatoria que respalde el proceso judicial iniciado en contra del Empleador.

Por lo expuesto, se mantiene el cargo para el presente caso.

CROQUIS DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN CIVIL S.R.L. (NIT 136025026)
Al respecto la AFP remitió el Formulario de Pago de Contribuciones N° 326S245, que corresponde al período febrero/2010, el mismo que fue cancelado por el Empleador el 02 de septiembre de 2010, ciento cincuenta y cinco (155) días

después de vencido el plazo de período de pago. La AFP debió iniciar el respectivo Proceso Ejecutivo Social treinta y cinco (35) días antes, incumpliendo de esta forma lo establecido en el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que señala: "Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000".

Si bien, a la fecha el Empleador no presenta deuda, como se puede advertir en el Detalle de Deuda remitido por la AFP el 10 de octubre de 2011, se debe considerar que la Administradora no inició ninguna acción judicial hasta la fecha que haya permitido que el Empleador efectué el pago dentro del período establecido, de acuerdo con la normativa vigente.

Por lo expuesto, se mantiene el cargo para el presente caso.

DIRECTORIO ÚNICO DE FONDOS (GOB 866)
La AFP presentó a esta Autoridad, como respaldo el Detalle de Deuda del Empleador emitido al 10 de octubre de 2011, en el que no se reportan períodos adeudados; asimismo, la Administradora remitió el Formulario de Declaración de Novedades de Ingreso y Retiro (FDNIR) N° 0039038 de 19 de agosto de 2010, con la respectiva documentación que respalda que dos (2) funcionarios fueron dados de baja el 31 de enero de 2010. Sin embargo, el FDNIR fue presentando por el Empleador veintiún (21) días después de vencido el plazo que tenía la AFP para el inicio del PES por el período febrero/2010; en este sentido y al no encontrar documentación que compruebe que la AFP hubiese iniciado un PES en contra del Empleador, incumplió lo establecido en el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que señala: "Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000".

Por lo expuesto, se mantiene el cargo para el presente caso.

PEMAC DE MACLEAN ARCE JORGE PERCY (NIT 2314297010)
Al respecto Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió fotocopia del Formulario de Pago de Contribuciones N° 3182839, con el que se puede evidenciar que el Empleador efectuó el pago por el período febrero/2010 dentro del plazo de pago; sin embargo, este formulario corresponde al 2010, ya que el Empleador declaró el año 2009.

En este sentido, la AFP remitió el FPC N° 3301875, recibido el 03 de agosto de 2010, al que se encuentra adjunta una nota del Empleador, en la que solicita la rectificación del FPC N° 3182839. Asimismo, la AFP adjunta el Detalle de Deuda, emitido al 10 de octubre de 2011, en el que el Empleador no presenta períodos en deuda.

Al respecto, las gestiones de cobro en la instancia administrativa llevadas a cabo por la AFP fueron realizadas fuera del plazo de ciento veinte (120) días

establecido por el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, ya que la AFP permitió que transcurran más de ciento veinte (120) días, sin que la AFP haya iniciado el respectivo Proceso Ejecutivo Social.

Por lo expuesto, se mantiene el cargo para el presente caso.

LIMACHI CHAMBI MARÍA ELENA (NIT 7016876010)
Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió fotocopias del Formulario de Pago de Contribuciones N° 1003072010, con el que se puede evidenciar que el Empleador efectuó el pago por el período enero/2010 dentro del plazo de pago; sin embargo, este formulario presenta error en el mes al que corresponde el período de pago, ya que el Empleador declaró el mes 02 (febrero) y este FPC corresponde al mes 01 (enero).

En este sentido, la AFP remitió el FPC N° 3253470, recibido por la AFP el 01 de julio de 20.10, al que se encuentra adjunta una nota del empleador, en la que solicita la rectificación del FPC N° 1003072010.

Asimismo, la AFP adjunta el Detalle de Deuda, emitido al 10 de octubre de 2011, en el que el Empleador no presenta períodos en deuda.

Al respecto, la rectificación realizada por el Empleador fue realizada con tres (3) días de vencido el plazo que tiene la Administradora para el inicio del correspondiente Proceso Ejecutivo Social, plazo que se encuentra establecido por el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo ele 2001, que señala- Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000.

Por lo expuesto, se mantiene el cargo para el presente caso.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, concluye que Futuro de Bolivia S.A. AFP al no haber iniciado los PES oportunamente con respecto a los nueve (9) casos anteriormente enunciados, ha incumplido con lo establecido en la norma imputada.

Asimismo, corresponde señalar que bajo el principio de verdad material contemplado en el inciso d) del artículo 4° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, esta Autoridad ha revisado todos los argumentos y documentación presentada por el regulado, como se advierte párrafos arriba.

Que con relación al Principio de Tipicidad, corresponde hacer mención al parágrafo I del artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo, que dice: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Que en ese sentido y en el presente caso se tiene que, el Ente Regulador ha cumplido

con el Principio de Tipicidad al considerar en la imputación de cargos, la acción antijurídica incurrida por el regulado y la normativa vulnerada, ésta referida al ***deber de interponer la acción procesal para el inicio del Proceso Ejecutivo Social*** *conforme a norma; disposición legal que se halla debidamente tipificada administrativamente como un* ***deber.***

Que asimismo se aclara que, el deber de la AFP radicaba en la interposición de la demanda ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, obligación determinada en la norma y reglamento, y cuya obligatoriedad es ineludible, pues la omisión del deber implica incumplimiento por el regulado.

Que la consecuencia de la falta de la presentación de la demanda por el regulado ante los Juzgados, como condición sine quo non para el Proceso Ejecutivo Social, implica en el ámbito administrativo de pensiones infracción, por la falta de recuperación de los montos adeudados por el Empleador al Seguro Social y Obligatorio de largo plazo (SSO), por el concepto de Contribuciones.

Que en cuanto a la conducta preterintencional expresada en el Cargo 1 y 2, es la misma, toda vez que se genera de un mismo tipo de infracción. En ese sentido se complementa lo inferido en la R.A.250-2011, con lo siguiente para ambos cargos referidos a la falta de inicio del PES en plazo establecido en norma: ***Preterintencionalidad.-*** *Se evidencia que por la infracción del regulado se ha ocasionado perjuicios a los Afiliados que se encontraban bajo dependencia laboral de los Empleadores, quienes precisaban que sus aportes se encuentren en su Cuenta Individual, y que la falta de recuperación oportuna de sus aportes y primas por la AFP genera un perjuicio a momento de cubrir una prestación por las contingencias que se presenten toda vez que no se adquirieron la* (sic) *cuotas correspondientes para ser consideradas a momento de otorgarse el beneficio del SSO.*

Que asimismo, se hace alusión a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007 para complementar el presente análisis, la cual determinó que: "el no iniciar los procesos ejecutivos sociales de acuerdo al ordenamiento jurídico, implica un efecto pernicioso de riesgo moral para el sistema, implicando que los empleadores, pese a vulnerar los derechos de los Afiliados y afectar el propio sistema, tengan la posibilidad de pretender soslayar el pago de sus obligaciones y pongan el riesgo los propios beneficios que el Seguro Social Obligatorio de largo plazo ofrece", y ***c)*** (sic) *En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS - IP No. 288 de 10 de abril de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa IP No 37 de 19 de enero de 2007, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de jumo de 2000; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 72/2007 de 17 de agosto de 2007, que confirma las actuaciones del ente regulador. Con el mismo criterio la ex*

SIREFI emitió la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 39/2007 de 23 de abril de 2007 y SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007.

Que sobre el principio de proporcionalidad aplicado a las sanciones para los Cargos 1 y 2, se establece los siguientes extremos:

***a)** Es indiscutible que el incumplimiento de la Administradora al deber establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 que modifica el plazo establecido en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. - 259 de 23 de junio de 2000, lo cual se constituye en infracción debidamente tipificada, **b)** La infracción se encuentra plenamente probada, pues la Administradora no ha iniciado Proceso Ejecutivo Social conforme a procedimiento contra el Empleador que incurrió en mora, es decir una vez culminada la gestión de cobro administrativo y **c)** Las pruebas aportadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, fueron debidamente ponderadas por la Entidad Reguladora al realizar un análisis de manera detallada entre el hecho imputado y las obligaciones exigidas a la AFP, lo cual se puede evidenciar- en el análisis del presente caso de autos…"*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 28 de noviembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 404-2011 de 7 de noviembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***I. DE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR LOS PROCESOS EJECUTIVOS SOCIALES DENTRO DE LOS 120 DÍAS:***

Toda vez que según normativa el art. 9 del D.S. 25722 de 31 de marzo de 2000 dispone que las AFP's tienen la obligatoriedad para iniciar la acción procesal una vez AGOTADA LA GESTIÓN DE COBRO SIN QUE EL EMPLEADOR HUBIERA PAGADO LAS CONTRIBUCIONES AL S.S.O. EN MORA ESTA (sic) *OBLIGADA A INICIAR EL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL, según dispone el art. 23 de la Ley 1732 (Ley de Pensiones) y artículo 95 del Decreto Supremo 24469.*

Al respecto cabe aclarar a su autoridad que si bien la gestión de cobro podrá ser interrumpida, cuando la AFP tenga constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del empleador, debiéndose iniciar de inmediato el proceso ejecutivo social, quedando claro que la obligación para el inicio de la acción procesal obedece al agotamiento de la gestión de cobro administrativa (60 días calendario) suspendiéndose dicho plazo solo en el evento de que la AFP tuviera conocimiento del posible cierre de las oficinas del empleador, en cuyo caso se deberá iniciar el proceso ejecutivo social sin la necesidad de agotar previamente la gestión de cobro.

Por otro lado el Decreto Supremo No. 25722 en su Art. 9° relativa a la obligatoriedad de

iniciar la Acción Procesal, permitió la regulación a través de la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 259 de 23 de junio de 2000 emitida por su institución, misma que aprueba el procedimiento de gestión de cobro.

Este Art. 9º referido, señala textualmente lo siguiente: "Una vez concluida la gestión de cobro, sin que el empleador hubiera pagado las contribuciones al S.S.O. en mora las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los arts. 23 de la Ley 1732 de Pensiones y 95 del Decreto Supremo 24469"

En ese sentido el marco normativo es bastante claro y contundente al señalar que el inicio del Proceso Ejecutivo Social procede una vez que se ha concluido la gestión de cobro y que hasta ese momento estaba establecida en 60 días calendario. En importantísimo señalar que el marco normativo no establece el plazo que tiene la AFP para iniciar el Proceso Ejecutivo Social, sino por el contrario determina que debe iniciarse, una vez agotada (sic) *el cobro administrativo.*

El marco normativo que obliga a las AFP para iniciar la cobranza judicial con la instauración del respectivo Proceso Ejecutivo Social no ha sido modificado, abrogado, ni derogado por ningún otro marco normativo, por el contrario solo fue ampliado con relación estricta y única en el plazo de 60 a 120 días por el art. 1 del Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001.

a) <u>CON RELACIÓN AL ART. 9 DEL DECRETO SUPREMO No. 25722.-</u>

Este artículo claro y contundente que durante los años que tiene de vigencia se lo aplicó en forma legal, extrañamente por la Resolución recurrida se convirtió en motivo de controversia, pero con el ánimo de mantener su espíritu y determinación en forma clara, nos permitimos definir el mismo en forma detalla (sic)*:*

ARTÍCULO 9 (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR LA ACCIÓN PROCESAL).- "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al S.S.O. en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el art. 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469

La Gestión de Cobro, podrá ser interrumpida, cuando la AFP tenga constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del empleador, debiéndose iniciar de inmediato el proceso ejecutivo Social"

Ante las confusas interpretaciones que vuelve a realizar su institución en forma innecesaria en la presente Resolución recurrida, nos obliga a desglosarlo para que en forma clara se pueda interpretar lo que legislador plasmó a momento de emitirlo, análisis que nos vemos obligados a realizarlo de la siguiente manera:

- *Está claro que al mencionar lo siguiente:*

  *I. "LA AFP **<u>TRANSCURRIDOS</u>** LOS SESENTA (60) DÍAS CALENDARIO…*

Al respecto la palabra Transcurrido según el Diccionario Océano Practico de la Lengua Española establece: "Pasar, correr. Se aplica especialmente al tiempo. Paso o carrera del tiempo."

Como se podrá analizar el legislador pretendió regular con esta denominación que una vez Transcurridos, (PASADOS, SUCEDIDOS, OCURRIDOS, CUMPLIDOS, ACONTECIDOS, palabras sinónimas con mismo significado), el plazo de 60 días calendario, TAL COMO ESTABLECE LA NORMA, NUESTRA AFP DEBERÁ OBLIGATORIAMENTE INICIAR LA COBRANZA JUDICIAL, PUESTO QUE COMO SE ESTABLECE CON CLARIDAD MERIDIANA UNA VEZ TRANSCURRIDOS, PASADOS, SUCEDIDOS, OCURRIDOS, CUMPLIDOS, ACONTECIDOS EL PLAZO DE 60 DÍAS SE CUENTA CON LA FACULTAD DE PROCEDER CON EL INICIO DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.

Sin olvidar que esta denominación tal cual establece el diccionario de la lengua española, refiere al paso del tiempo, por lo que se aplica el inicio de la Cobranza Judicial una vez que el tiempo (60 días) haya transcurrido, pasado, ocurrido, sucedido, cumplido, acontecido, tiempo en el cual da luz verde para iniciar el PES (Proceso Ejecutivo Social)

Siguiendo con este análisis responsable y correcto, pasamos a mencionar:

- *II. …..DE LA FECHA DE INICIO DE LA MORA……*

  Como bien se interpreto líneas arriba nuestra AFP debe iniciar el proceso ejecutivo una vez transcurridos, pasados los 60 días CONTANDO DESDE LA FECHA EN QUE EL EMPLEADOR INCURRIÓ EN MORA, situación por demás clara.

- *III. …..O AGOTADA LA GESTIÓN DE COBRO…..*

  Como su autoridad podrá apreciar el Legislador otorgo dos caminos en este articulado:

  1.- TRANSCURRIDOS (pasados, sucedidos, ocurridos, cumplidos, acontecidos) LOS SESENTA (60) DÍAS CALENDARIO…..

  2.- O AGOTADA LA GESTIÓN DE COBRO....

  Con una claridad meridiana el espíritu de la norma establece que el inicio del cobro judicial debe iniciarse una vez transcurrido los 60 días o una vez agotada (TERMINADA, ACABADA, CONCLUIDA, EXTINGUIDA) la gestión de cobro, entendida esta como aquella diligencia, actividad, tramite, procedimiento administrativo previo a la acción judicial con el objeto de obtener la cancelación de las contribuciones en mora del empleador.

  En ese sentido el inicio de la cobranza JUDICIAL POR IMPERIO DE LA LEY DEBE INICIARSE BAJO ESOS DOS PARÁMETROS DESCRITOS OBEDECIENDO EL ESPÍRITU DEL MISMO, QUE COMO ANALIZARA SU AUTORIDAD DETERMINA LAS DOS FACULTADES PARA EL INICIO DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.

- *IV. A mayor abundamiento y para una mejor comprensión mencionamos*

que el art. 7 del D.S. 25722 establece el procedimiento de Cobro de Contribuciones en Mora, misma que a la letra dice: "Para el cobro de Contribuciones en mora al S.S.O., las AFP aplicaran los siguientes procedimientos, EN EL ORDEN QUE SIGUE: LA GESTIÓN DE COBRO Y EL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL"

Visiblemente esta norma determina el ORDEN Y LA PRELACION DE SUCESOS, comprendida esta como la serie o sucesión de las cosas, en ese sentido el orden establecido o la sucesión con la que se debe proceder según esta disposición será con el inicio de la GESTIÓN DE COBRO Y UNA VEZ AGOTADA ESTA PROCEDER CON EL INICIO DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.

- *V. Adicionalmente, esta* (sic) *por demás entender que en ningún acápite, texto, línea, párrafo, título, subtítulo, etc., se señala que el inicio de la Cobranza Judicial debe ser realizada "dentro de los 60 días" y menos aún que el día 60 se* (sic) *considerado como fecha tope para presentarlo al Juzgado, ya que como mencionamos la norma señala ".... **Transcurridos…… Agotada..."** lo que significa pasados o finalizados.*

  Por lo señalado, su autoridad en ningún momento puede sancionarnos por una interpretación subjetiva de su institución, errónea y equivocada que lesiona y vulnera nuestros derechos y nuestros intereses legítimos, utilizando una definición forzada y que pretende darle un alcance inexistente a lo que en forma clara, precisa y sencilla establece el Art. 9° del D.S. 25722, incumpliendo de esta manera su institución lo prescrito por este artículo.

b) <u>SOBRE EL ART. 1 DEL DECRETO SUPREMO 26131.-</u>

Con la pretensión de lograr una valedera y responsable interpretación buscando la ejecución y evidenciando el verdadero espíritu de la norma, claramente se demuestra que este articulo (sic) *amplía el plazo hasta (120) ciento veinte días calendario.*

Al respecto su autoridad de manera errónea interpreta esta disposición mencionando que el plazo para el inicio del proceso ejecutivo social debe estar comprendido "en ese periodo" ampliatorio de hasta 120 días, interpretación falaz que contradice las disposiciones legales ya mencionadas y analizadas, ya que con una llana definición se llega a determinar que la ampliación de hasta 120 días calendario está abocada para ejecutar LA GESTIÓN DE COBRO, tomando en cuenta que esta disposición solo amplía el plazo de 60 días a 120 días, aclarando que esta disposición no derogo (sic), *menos abrogó el art. 9 del D.S. 25722.*

*Es evidente que nuestra AFP está obligada a iniciar la cobranza Judicial **transcurridos** los 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las contribuciones al S.S.O. en mora, situación que como se analizó líneas arriba, de manera clara y expresa nos faculta y otorga la potestad para proceder con el inicio de la COBRANZA JUDICIAL UNA VEZ CONCLUIDA Y AGOTADA LA GESTIÓN DE COBRO.*

Esta correcta interpretación permite que el inicio del Proceso Ejecutivo Social se ejecute una vez comprobada que la gestión de cobranza ha concluido con su tramitación, gestión persuasiva previa que coadyuva a la Cobranza Judicial y otorga

mayores elementos de convicción para iniciar la acción judicial, convencidos de la negativa y/o ocultamiento posible o malicioso del empleador para no cumplir con la obligación de cancelar lo adeudado. Asimismo, permite iniciar el proceso ejecutivo social usando la coacción y ejecutando cada medida precautoria contra el deudor a fin de garantizar los resultados del juicio.

Tal como manifestamos correctamente, este artículo en cuestión no regula la iniciación o presentación de una nueva NOTA DE DEBITO ***"dentro"*** *de los 120 días establecidos por norma, más bien nos faculta a interponer y presentar las demandas una vez* ***transcurrido o concluidos los 120 días de la Gestión de Cobro.***

Para que su autoridad nos sancione por el incumplimiento de los Art. 9º del D.S. 25722 y Art. 1º del D.S. 26131, la disposición legal debería establecer en forma expresa, clara, precisa y contundente el plazo perentorio y fatal que debemos tener para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

La definición del plazo de acuerdo al diccionario enciclopédico del Derecho Usual Tomo IV Pág. 269 señala: "El plazo es el espacio de tiempo concedido con las partes para comparecer, responder, probar, alegar, consentir o negar en juicio".

Asimismo, el vocablo "plazo" en la actividad judicial y procedimental sirve para señalar el momento dese (sic) *el cual determinada obligación puede ser exigible, y otras para estatuir la caducidad de un derecho o su adquisición.*

Como su autoridad verá, la interpretación que da su institución al darle la calidad de fatalidad al plazo para iniciar dentro de los 120 días el PES, no se ajusta a la definición de este instituto jurídico, considerando que el plazo fatal y perentorio de acuerdo al Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del Dr. Manuel Osorio Gallardo, señala:

*"**Plazo falta*** (sic) ***o improrrogable:** el que no admite ampliación por ley ni por autoridad"*

*"**Plazo extintivo:** el que produce la pérdida o extinción de un derecho"*

*"**Plazo perentorio:** llámase* (sic) *así aquel que caduca automáticamente por determinación de la ley sin que sea necesaria declaración judicial alguna. El vencimiento del término perentorio hace caducar el ejercicio del acto procesal respectivo".*

Nuestro ordenamiento jurídico boliviano aplica las definiciones mencionadas y descritas en la redacción de los Códigos de Procedimientos concretamente para el caso que nos ocupa en el Código de Procedimiento Civil, al cual estamos obligados a utilizar de acuerdo al Art. 23 de la Ley N° 1732 (Ley de Pensiones), cuando determina los plazos fatales, como se puede apreciar meridianamente en los siguientes Artículos que nos permitimos transcribir para una mejor ilustración a nuestro argumento a ojos de la instancia jerárquica:

"Ar. (sic) *337 (Modo de Plantearlas).- Las excepciones previas deberán plantearse*

*todas juntas dentro de **5 días fatales** desde la citación con la demanda…."*

*"Art. 509 (Modo y Plazo para Oponerlas).- I. Las excepciones indicadas en el artículo 507 deberán oponerse todas juntas debidamente documentadas en los casos correspondientes dentro de **5 días fatales** desde la citación"*

*"Art. 780 (Plazo para Interponer la Demanda).- La demanda deberá interponerse dentro del **plazo fatal de 90 días** a contar de la fecha en que se notifique…."*

Como verá su autoridad esta práctica procesal es utilizada dentro de la costumbre de nuestro ordenamiento jurídico como fuente del derecho, por lo que cuando un plazo es fatal y perentorio tiene que estar expresamente señalado en la norma tal como lo descrito en los artículos precedentes y mencionando la fatalidad como característica de esta clase de plazos que determinan su caducidad dentro del procedimiento.

c) <u>SOBRE UN INMINENTE RIESGO A LA CADUCIDAD.-</u>

La mala y forzada interpretación que realizó su institución a los Art. 9° del D.S. 25722 y Art. 1° del D.S. 26131, daría origen a que nuestra pretensión en la demanda, nazca para el derecho caduco, ya que estaría otorgando una facultad a los juzgadores de rechazar cada una de nuestras demandas por no estar comprendidas dentro de esos 120 días.

Ejecutando un breve análisis, tal como su autoridad reconoce, la caducidad es entendida como la pérdida de un derecho por no haberlo ejercido dentro de un plazo perentorio, perdiendo la facultad de plantear la acción correspondiente. Asimismo, es la pérdida de un derecho subjetivo por el transcurso del tiempo establecido en la ley para ejercitarlo o finalmente la extinción de la instancia judicial porque las dos partes abandonan el ejercicio de la acción procesal.

Si se aceptara la errónea interpretación pretendida por su institución, todos los casos en los que se hubiere presentado demandas nuevas a los 121 días, otorgarían sin duda al juzgador la facultad para rechazar las mismas, aduciendo que nuestro derecho habría caducado por la no presentación dentro del plazo de los 120 días.

Asimismo se corre el riesgo de que el Juzgador en lugar de admitir nuestra pretensión con la dictación del auto intimatorio de pago, este corra con un simple traslado a la parte contraria a fin de emitir auto definitivo, rechazando nuestra pretensión y considerando a la misma como no presentada, por el hecho de que este derecho nació extinguido por el transcurso del tiempo, al haberse iniciado a los 121 días calendario. Es más, a nuestras demandas se les exigiría la fecha del inicio de la mora del empleador a fin de que se contabilice el plazo de 120 días, vencidos los cuales esta acción no sería aceptada, por pretender considerar a este plazo como perentorio y fatal, situación totalmente distinta a lo expresamente definido y establecido por los Art. 9° y 1° de los D.S. 25722 y 26131 respectivamente.

Es importante hacer referencia lo expresado por su Autoridad en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 404-2011 de 07 de noviembre de 2011, que corresponde

a un procedimiento sancionatorio que viene sustanciándose sobre la misma controversia ahora suscitada, y en el que su Autoridad ha señalado en la página 5, párrafo 3º línea 3era. Expresamente: "....sin que la norma establezca que la obligación se extinga o caduque luego del plazo señalado, por lo que la AFP ***no está imposibilitada de iniciar el PES posterior al plazo determinado por norma."*** *(Las negrillas son nuestras)*

Ante esta su afirmación claramente se determina que no está en discusión la ampliación de los 120 días calendario, tampoco esta disposición establece o menciona que nuestra obligación caducaría luego del plazo señalado. En ese sentido y como muy bien lo señala su autoridad confirmando que nuestra interpretación es correcta, al mencionar:

...."por lo que la AFP ***no*** *está imposibilitada de iniciar el PES posterior al plazo determinado por norma."*

De esta clara afirmación se establece y se concluye con lo siguiente:

- *IMPOSIBILIDAD.- Entendida como aquella falta de Posibilidad para existir una cosa o para hacerla.*
- *POSIBILIDAD, comprendida como la aptitud, ocasión para ser o existir las cosas, o facultad para hacer o no una cosa.*

Del análisis precedente, se desprende que Su Autoridad ha reconocido claramente y de forma acertada que nuestra AFP GOZA SEGÚN LA NORMATIVA DE LA POSIBILIDAD DE INICIAR EL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL UNA VEZ TRANSCURRIDO EL PLAZO DE 120 DÍAS CALENDARIO ES DECIR COMO LA DETERMINA SU INSTITUCIÓN ***POSTERIOR AL PLAZO DETERMINADO POR NORMA PARA LA GESTIÓN DE COBRO POR LA VIA ADMINISTRATIVA.***

En ese mismo sentido y tomando en cuenta la aseveración de su autoridad al mencionar que la AFP ***NO está imposibilitada de iniciar el PES posterior al plazo determinado por norma,*** *se procede a iniciar y presentar nuestras pretensiones o demandas ejecutivas sociales una vez agotados los 120 días, dando entero y estricto cumplimiento a lo establecido en el art. 1 del D.S. 26131 y 9 del D.S. 25722.*

Es importante hacer notar que la APS ingresa en incongruencia cuando en la página 12 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 404-2011 señala que ***"b)*** *La infracción se encuentra plenamente probada, pues la Administradora no ha iniciado Proceso Ejecutivo Social conforme a procedimiento contra el empleador que incurrió en mora,* ***es decir una vez culminada la gestión de cobro administrativo"*** *(las negrillas y el subrayado son nuestros). Cuando a todo lo largo del presente Procedimiento Administrativo y por la interpretación normativa que se comparte con la APS, se ha demostrado el inicio del PES una vez agotada la instancia de Cobro Administrativo sin ningún resultado.*

Por todo lo ampliamente expuesto, no corresponde bajo ningún criterio la aplicación de la sanción impuesta a nuestra AFP, por coincidir su institución en la misma

interpretación realizada por nuestra empresa a los Artículos 9° del D.S. 25722 y Art. 1° del D.S.26131.

Finalmente y verificando que las Resoluciones recurridas se encuentran en la página Web de su institución anunciamos que no seremos responsables si las Empresas deudoras al SSO, utilizan estas disposiciones para plantear caducidad en nuestras demandas, situación que generará daño irreversible a los afiliados. Es importante que tomen en cuenta que los argumentos nefastos utilizados para imponer la sanción a nuestra empresa y no nuestro accionar, es lo que permitirá brindar oportunidad a los empleadores para que burlen o pretendan soslayar el pago de los importes adeudados por mora al SSO, ya que se trataría de una mala interpretación y aplicación de la norma.

II. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD:

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración -Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora En ese sentido se expresa el jurisconsulto Walker San Miguel Rodríguez en la página 60 de su libro "El Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia" cuando señala que "...la tipicidad entendida como la necesidad que una conducta punible haya sido debidamente descrita por una norma legal, es un imperativo del derecho Administrativo Sancionador y opera en conjunto con el principio de legalidad (...). Por consiguiente, no sólo ha de ser necesaria la descripción de un hecho definido como (...) infracción o contravención, sino que además debe establecerse claramente en la norma legal la sanción que ha de aplicarse a cada tipo de infracción".

Entendiendo correctamente el alcance de la tipicidad como un elemento imperativo del derecho Administrativo Sancionador, y a la luz del principio de la verdad material no se puede dejar de analizar el hecho de que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros Afiliados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por los empleadores, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; situación fáctica por demás distinta al hecho de que dichos Procesos Ejecutivos Sociales hubiesen sido iniciados o no, dentro del plazo previsto por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 31 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000. Y es justamente en ese sentido que se enmarca la Resolución Administrativa IP No. 37 de 19 de enero de

2007 que a entender de la APS se constituye en el antecedente de una conducta reincidente, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000; y no así por los artículo 23 y 31, inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

III. DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN:

Su Autoridad ha determinado sancionar a nuestra AFP en ambos cargos enmarcando nuestra conducta dentro de lo previsto por el artículo 286 inciso a) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, lo que significa que hubieran concurrido en la supuesta infracción dos elementos necesarios:

- *a) La preterintencionalidad y,*
- *b) Que como resultado de la misma no haya existido Beneficio propio o de Personas Relacionadas al Infractor.*

En ese sentido su Autoridad ha pretendido justificar la concurrencia de la preterintencionalidad señalado en la página 11 de la Resolución impugnada que "...se ha evidenciado que por la infracción de regulado se han ocasionado perjuicios a los afiliados que se encontraban bajo dependencia laboral de los empleadores, quienes precisaban que sus aportes se encuentren en su Cuenta Individual, y que la falta de recuperación oportuna de sus aportes y primas por la AFP genera un perjuicio al momento de cubrir una prestación por las contingencias que se presenten toda vez que no se adquirieron la cuotas correspondientes para ser consideradas a momento de otorgarse el beneficio del SSO".

Dichos argumentos que no son suficientes como para determinar fehacientemente una conducta antijurídica preterintencional por parte de nuestra AFP, considerando que la preterintencionalidad de acuerdo al concepto expresado por el Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas, en su Tomo IV es la "Superación del propósito por los Hechos. Circunstancia atenuante (v.) de la responsabilidad criminal cuando se causa un mal superior al querido o planeado... 1.Concepto técnico. Jiménez de Asúa expresa que la preterintención - sinónimo menos difundido- consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido...".

En el caso de Autos, para que el regulador pueda establecer que nuestra conducta ha sido más grave que la prevista, primero debe establecer cual (sic) *ha sido la conducta prevista por parte de nuestra AFP; y no basarse en supuestos que no han sido comprobados como el señalar que se pudo o puede afectar al Asegurado en el acceso a una prestación o benefició.*

Asimismo es importante señalar que el perjuicio o daño que se hubiera ocasionado a nuestros Afiliados, a entender de la APS, no puede ser simplemente enunciado, pues

en cumplimiento y a la luz del principio de verdad material, debe ser demostrado y cuantificado, ya que en términos de lo establecido por el artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 las sanciones administrativas impuestas por el regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o los Afiliados al SSO.

En el caso de Autos, se debe dejar claramente establecido que no se ha calificado la existencia de daño objetivo a ninguno de nuestros Afiliados, quedando dichos argumentos, en simples enunciados y/o suposiciones que no causan estado o efecto legal alguno; y lo que es peor aun (sic)*, ingresan en incongruencia con los argumentos que pretenden justificar la calificación de la sanción.*

IV. DE LA REITERACIÓN Y LA REINCIDENCIA COMO ELEMENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN: *En la página 12 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 404-2011 su Autoridad ha señalado que: "En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 288 de 10 de abril de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa IP No. 37 de 19 de enero de 2007,* ***la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000;*** *impugnación resuelta por el SIREFI a través de la resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 72/2007 de 17 de agosto de 2007, que confirma las actuaciones del ente regulador..." (Las negrillas son nuestras).*

Por lo anterior es preciso traer a colación lo expresado por el tratadista argentino Roberto Dromi en la página 302 de su obra titulada "Derecho Administrativo" quien ha señalado que las sanciones administrativas "...siempre deben basarse en una ley. Se requiere un título jurídico propio y concreto, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración la aplicación de ellas... La Administración no puede crear, por propia iniciativa, sanciones contra los administrados, por cuanto la determinación de las conductas punibles y las respectivas sanciones son de atribución exclusiva del legislador, competencia indelegable que le pertenece constitucionalmente. También se excluye la aplicación analógica de las sanciones, pues lo contrario significaría transformar el órgano administrador en órgano legislador...". En ese entendido dicha reincidencia en la conducta no puede ser utilizada como fundamento para justificar la calificación y la imposición de la sanción contra nuestra Administradora, toda vez que dichas infracciones han sido objeto de un procedimiento administrativo sancionatorio totalmente diferente en su oportunidad, y por lo tanto ya han causado estado, es decir que han quedado firmes en sede administrativa, además de que dichas sanciones impuestas han sido debidamente honradas por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

No se puede alegar reincidencia en este tipo de acciones, toda vez que las actividades de cobranza se refieren básicamente a procesos separados, con vida jurídica propia, con peculiaridades, tiempos y acciones totalmente separados. De lo contrario y de aplicarse ese criterio totalmente equivocado, en un futuro se puede verificar otra infracción en otro caso de proceso ejecutivo, lo que implicaría una nueva reincidencia, bajo esa lógica simplista, situación totalmente absurda.

Sobre la base de lo expresado en el párrafo anterior, es oportuno también advertir que dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que señala claramente que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años." Motivo por el cual no pueden ser invocadas de manera indefinida o indeterminada, hecho que no solo causa cauda (sic) *detrimento a nuestra AFP en su condición de sujeto regulado, sino también un estado permanente de indefensión e inseguridad jurídica.*

V. CONCLUSIÓN.-

Por lo anteriormente expresado, se concluye que:

- *Su Autoridad no* (sic) *demostrado la existencia de una conducta preterintencional por parte de nuestra AFP*
- *Tampoco ha demostrado el perjuicio que hubiéramos ocasionado a nuestros Afiliados en la otorgación y/o acceso a prestaciones y beneficios del SSO; y menos a los Fondos que administramos.*
- *De la interpretación del marco normativo, se tiene que la iniciación del PES corresponde una vez concluido el plazo o la gestión de cobro administrativo.*
- *Futuro de Bolivia S.A., ha iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales a los empleadores con mora, una vez concluida la Gestión de Cobro en atención a lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722, artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131; así como el artículo 9 del Procedimiento de Gestión de Cobro aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 259 de 23 de junio de 2000; después de evidenciar que como consecuencia de ella, no se logro* (sic) *la recuperación efectiva de la mora al SSO.*

VI. PETITORIO.-

Por todo (sic) *los argumentos de hecho y derecho que han sido expresados; y, toda vez que han sido vulnerados nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, el artículo 66 y subsiguientes de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, y los artículos 44 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002; solicito a su Autoridad disponer la nulidad de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DF/N° 250-2011 y APS/DJ/DPC/N° 404-2011 por vulnerar las mismas los principios que deben regir el debido procedimiento administrativo, atentando a la seguridad jurídica y sometimiento pleno a las leyes…"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En cumplimiento a la Orden de Fiscalización DF/OF/36/2010 realizada a la Base de Datos de Mora y Recaudaciones de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con referencia al primer cuatrimestre de la gestión 2010 (en lo referido a la Gestión de cobranza de adeudos al Seguro Social Obligatorio de largo plazo), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pronunció los dos cargos que constan en la notificación APS/DJ/1577/2011 de 1º de julio de 2011 y referidos a:

Cargo Nº 1:

Incumplimiento a los artículos 23º y 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, 95º y 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, 1º del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 (que modifica el 9º del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000) y Quinto, inciso b), de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que en nueve (9)casos de Empleadores en mora no habría iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que los Empleadores incurrieron en mora.

Cargo Nº 2:

a) Para doce (12) casos de Empleadores en mora, no habría realizado la Gestión de Cobro Administrativo y de aclaración, ni habría remitido comunicaciones escritas.

b) Incumplimiento a los artículos 23º y 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, 95º y 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, 1º del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 (que modifica el 9º del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000) y Quinto, inciso b), de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que para once (11) de esos mismos Empleadores en mora, no habría iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que los Empleadores incurrieron en mora.

Con referencia al inciso a) del Cargo N° 2, mediante el artículo Segundo, parágrafo II, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 250-2011 de 22 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispuso su desestimación, por lo que en definitiva **la controversia consiste en el no inicio de Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que los Empleadores incurrieron en mora, para nueve y doce casos (cargos N° 1 y N° 2, respectivamente)**.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1 Inicio de Procesos Ejecutivos Sociales.-

2.1.1 Oportunidad para el inicio.-

La recurrente alega que:

> *"…Con una claridad meridiana el espíritu de la norma establece que el inicio del cobro judicial debe iniciarse una vez transcurrido los 60 días o una vez agotada (TERMINADA, ACABADA, CONCLUIDA, EXTINGUIDA) la gestión de cobro, entendida esta como aquella diligencia, actividad, tramite, procedimiento administrativo previo a la acción judicial con el objeto de obtener la cancelación de las contribuciones en mora del empleador* (…)
>
> *Es evidente que nuestra AFP está obligada a iniciar la cobranza Judicial* ***transcurridos*** *los 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las contribuciones al S.S.O. en mora, situación que como se analizó líneas arriba, de manera clara y expresa nos faculta y otorga la potestad para proceder con el inicio de la COBRANZA JUDICIAL UNA VEZ CONCLUIDA Y AGOTADA LA GESTIÓN DE COBRO* (…)
>
> *La mala y forzada interpretación que realizó su institución a los Art. 9° del D.S. 25722 y Art. 1° del D.S. 26131, daría origen a que nuestra pretensión en la demanda, nazca para el derecho caduco, ya que estaría otorgando una facultad a los juzgadores de rechazar cada una de nuestras demandas por no estar comprendidas dentro de esos 120 días…"*

En principio, debe dejarse constancia que las normas que rigen la oportunidad de interposición de los Procesos Ejecutivos Sociales, estas son el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, no son de reciente implementación por lo que los alegatos en este sentido expresados por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, sólo pueden tender a eludir el cumplimiento de sus obligaciones como Administradora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Para confirmar tal extremo, corresponde transcribir las normas señaladas en sus artículos pertinentes, conforme sigue a continuación:

- **Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000:**

"…ARTÍCULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL).

La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones

al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469…"

- **Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001:**

"*…ARTÍCULO 1.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario,* ***la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal*** *prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722,…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, cualquier ambigüedad que se sugiera en la redacción del artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, ha quedado total y definitivamente esclarecida desde el 30 de marzo de 2011, en oportunidad del Decreto Supremo N° 26131, cuando además de ampliarse a 120 días el plazo referido a los Procesos Ejecutivos Sociales, se aclara que el mismo es inherente en concreto, a la obligación de iniciar **EN ESE PERIODO**, las acciones procesales correspondientes.

Ahora es pertinente citar el precedente administrativo de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, mismo que se transcribe en lo pertinente, a continuación:

> *"…Tal como la norma lo indica, el legislador estableció un plazo máximo de 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora del empleador, para la interposición del Proceso Ejecutivo Social, correspondiendo ahora establecer con precisión el momento en el que el empleador se constituye en mora, para determinar desde cuando se empieza a computar el plazo para iniciar el citado proceso.*
>
> *En este contexto, el artículo 21, párrafo segundo de la Ley de Pensiones N° 1732 dispone "Estos pagos se realizaran dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrán exceder de treinta (30)días calendario a partir del día en que devengan los sueldos salarios de sus trabajadores o empleadores. Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente Ley…"*
>
> *Por lo que queda claro que el empleador se constituye en mora, pasado treinta días (1mes) de devengado el sueldo, por lo que a partir del primer día siguiente se empieza a computar el plazo para el inicio del proceso Ejecutivo Social.*
>
> *Asimismo corresponde referirnos a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 259 de fecha 23 de junio de 2000 (Norma General para la Gestión de Cobro) que determina los procedimientos y plazos para el inicio y gestión de cobros, donde se advierte que los tres meses involucrados en la gestión de cobro, se encuentran inmersos en el plazo de 90 días de iniciada la mora, por lo que no* ***existiría precedente jurídico o norma que ampare una gestión mayor a dicho plazo y un inicio del Proceso Ejecutivo Social mayor a los 120 días, cual se ha podido evidenciar de la norma transcrita up supra****…"*

Queda claro que, en los casos que conforman los cargos impuestos, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** debió así como realizar las gestiones de cobro, iniciar los correspondientes Procesos Ejecutivos Sociales dentro del plazo de los 120 días, por cuanto y conforme lo determina el artículo 7º, parágrafo II, del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, la gestión de cobro no se considera una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social, determinando que la obligación de inicio de Proceso Ejecutivo Social surja antes de vencerse el plazo de 120 días.

Por tanto e independientemente de que la Administradora de Fondos de Pensiones hubiera agotado o no la generalidad de gestiones necesarias para el cobro, ésta debió cumplir con su obligación de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo establecido, a más tardar a los 120 días después de que el empleador entró en mora, más aún cuando la norma no establece como un requisito para tal inicio, la conclusión de la gestión de cobro.

El plazo de los 120 días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, corresponde a la obligación impuesta **a las Administradoras de Fondos de Pensiones como representantes de sus Afiliados** en el Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, en razón a que el objeto de tal proceso no está en sólo lograr una sentencia favorable, sino principalmente en la recuperación de las contribuciones en mora de manera oportuna, de manera tal que los asegurados no resulten perjudicados a tiempo de acceder a una prestación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por lo que en definitiva, el plazo de los 120 días corresponde al plazo máximo en que las administradoras deben dar inicio al Proceso Ejecutivo Social, hecho que de ninguna manera implica la extinción del derecho para interponer el Proceso Ejecutivo Social ante la vía jurisdiccional.

Entonces, el incumplimiento del plazo previsto para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, se entiende clara e inequívocamente como una infracción a la normativa regulatoria en materia de Pensiones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

2.1.2 Inexistencia de riesgo de caducidad.-

La recurrente señala también que:

> "*…La mala y forzada interpretación que realizó su institución a los Art. 9º del D.S. 25722 y Art. 1º del D.S. 26131, daría origen a que nuestra pretensión en la demanda, nazca para el derecho caduco, ya que estaría otorgando una facultad a los juzgadores de rechazar cada una de nuestras demandas por no estar comprendidas dentro de esos 120 días…*"

Entendida la caducidad como la "*pérdida de validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla*" (Cabanellas en su Diccionario), resulta conveniente diferenciar los institutos siguientes:

a) **El derecho social de los Afiliados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, representados obligatoria y necesariamente por los entes administradores, a cobrar la deuda de los Empleadores morosos**, derecho establecido por el artículo 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones), y que hace entonces a la relación jurídica Afiliado⇆Empleador, de la cual eventualmente puede participar

también la jurisdicción, cuando ante la falta de pago voluntario, se deba acudir a la vía forzosa que importa el Proceso Ejecutivo Social, conforme lo permiten los artículos 23º de la Ley de Pensiones, y 95º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

Al tenor del merituado artículo 23º de la Ley de Pensiones, al no encontrarse entre las excepciones que no pueden oponerse contra el mismo, este derecho a su vez no puede extinguirse por su prescripción, lo que importa un otro derecho, ahora a favor de los afiliados.

Sobre el carácter sustancial de esto último en función a lo alegado por la recurrente, se transcribe lo expuesto por Cortés Giménez, citado por Cabanellas (obra citada):

> "…*La* ***caducidad o decadencia puede ser convencional o legal****; mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración; prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en tanto la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática*…"

En tal sentido, debe quedar claro que:

- Ni la norma pertinente (esta es la Ley de Pensiones Nº 1732 y sus restantes disposiciones reglamentarias), ni el contrato que tiene suscrito la ahora recurrente, establecen que las obligaciones asumidas por el ente administrador están sujetas a caducidad alguna.
- Al caso pudiera serle aplicable más bien la figura de la prescripción, empero de ser el caso, le correspondería alegarla al Empleador moroso, la que sin embargo y a su vez tampoco correspondería.

b) La obligación administrativa impuesta a los entes administradores del Seguro Social Obligatorio de largo plazo (AFP´s) por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), en sentido de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo de 120 días posteriores al ingreso en mora del empleador, obligación que importa la relación jurídica AFP´s⇆APS. Es entonces, una relación totalmente distinta a la señalada en el inciso a) supra.

En este sentido, el Recurso Jerárquico que se analiza ha confundido el derecho social que hace a sus representados (inciso 'a' supra), con la distinta obligación administrativa a ella impuesta (inciso 'b').

En definitiva, el requisito para la procedencia de los Procesos Ejecutivos Sociales **es la existencia de una deuda en mora,** por lo que la pretensión sobre una eventual caducidad como una posibilidad procesal no corresponde y se encuentra desprovista de fundamentación legal.

2.2 No vulneración del principio de tipicidad.-

La recurrente señala también, que:

> "…*nuestra AFP… ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por los empleadores, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; situación fáctica por demás distinta al hecho de que dichos Procesos Ejecutivos Sociales hubiesen sido iniciados o no, dentro del plazo previsto por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 31 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000. Y es justamente en ese sentido que se enmarca la Resolución Administrativa IP No. 37 de 19 de enero de 2007 que a entender de la APS se constituye en el antecedente de una conducta reincidente, la cual resuelve sancionar a la AFP…*"

Por el principio de tipicidad y en atención a la máxima *nulla poena sine lege previa* (*no existe crimen sin ley previa que lo consagre*), se consagra la garantía jurídica para el supuesto actor de un delito -imputado, juzgado o procesado-, de ser juzgado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma.

A este respecto, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de 20 de enero de 2011, establece que:

> "…*Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:*
>
> *La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración:* ***1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***
>
> *Congruentemente con lo anterior, tenemos que el* ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*
>
> *El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.*
>
> *Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de*

la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa"…"

Ahora bien; la imputación de los cargos refiere la conducta de la ahora recurrente, como violatoria del artículo 23º de la Ley Nº 1732 (de Pensiones), el que señala:

"…*Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito (sic) *del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*
No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación…"

En este contexto, la ahora recurrente sí ha incurrido en la conducta que se ha imputado como violatoria de tal artículo, por cuanto, si bien **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** inició los Procesos Ejecutivos Sociales para los casos involucrados en los cargos al emitir las correspondientes Notas de Débito por ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, realizó ello fuera del plazo establecido de hasta 120 días, dando lugar a la infracción mencionada, no pudiéndose por ello interpretar el precitado artículo 23º de manera excluyente, sino de manera conjunta con los artículos 9º del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 y 1º del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, mismos que establecen la obligación de las Administradoras de Fondos de pensiones de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo legal arriba señalado.

En lo referente al artículo 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732 (de Pensiones), el mismo señala:

"…***Artículo 31 (de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones)*** (…)

d) *Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…*"

Subsumido a los casos sancionados, resulta que el mismo también ha sido incumplido, toda vez que la no interposición de los Procesos Ejecutivos Sociales dentro del plazo establecido, constituye la causa del retraso en el cobro a los empleadores de las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones.

Se debe aclarar que, el hecho controvertido no radica en si se iniciaron o no los Procesos Ejecutivos Sociales, sino en el no habérselos iniciado dentro del plazo de hasta 120 días, conforme a lo determinado por la fiscalización realizada por la autoridad recurrida, por lo que al presente resulta impertinente alegar el cumplimiento tardío y extemporáneo de los artículos 23º y 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, en relación con el 1º del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 y con el 9º del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000.

Por tanto y en definitiva, la sanción impuesta por el Ente Regulador ha observado el Principio de Tipicidad previsto por el artículo 73º de la Ley Nº 2341 (de procedimiento Administrativo) de 23 de abril de 2002.

2.3 Elementos para la aplicación de la sanción.-

2.3.1 Existencia de preterintencionalidad.-

Por otra parte y en relación a los fundamentos que sobre la preterintencionalidad constan en la resolución recurrida, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** alega que "*no son suficientes como para determinar fehacientemente una conducta antijurídica* ***preterintencional*** *por parte de nuestra AFP*", y agrega que:

> "*…para que el regulador pueda establecer que nuestra conducta ha sido más grave que la prevista, primero debe establecer cuál ha sido la conducta prevista por parte de nuestra AFP;…*"

En principio y como lo señala el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006:

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

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

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

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

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), ***sino también por una actitud culposa u omisiva****…"*

En tal sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha sido suficientemente clara y específica, cuando en la nota de cargos APS/DJ/1577/2011 de fecha 1° de julio de 2011, señala para el Cargo N° 1 que "*en nueve (9)casos de Empleadores en mora* -**FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**- ***no habría iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales*** *dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que los Empleadores incurrieron en mora*"; y en lo concerniente al Cargo N° 2, que "*la AFP* ***no habría iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales*** *dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que los Empleadores incurrieron en mora*".

Consiguientemente, para ambos cargos y contrariamente a lo señalado por la recurrente, el Ente Regulador se pronunció pertinentemente sobre cuál la conducta prevista -**en este caso omisiva**- en la que ha incurrido **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, y que da lugar a otra más grave que la prevista cual importa el retraso injustificado en el inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales, entonces en contra de los intereses de los Afiliados a los que la Administradora de Fondos de Pensiones representa.

En definitiva, ello hace inatendible el alegato de la recurrente en este sentido.

2.3.2 Intrascendencia de la existencia o no, del perjuicio o daño.-

La recurrente **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, señala también que:

> "…*el* ***perjuicio o daño*** *que se hubiera ocasionado a nuestros Afiliados, a entender de la APS, no puede ser simplemente enunciado, pues en cumplimiento y a la luz del principio de verdad material, debe ser demostrado y cuantificado,* (…)
>
> *…no se ha calificado la existencia de* ***daño*** *objetivo a ninguno de nuestros Afiliados, quedando dichos argumentos, en simples enunciados y/o suposiciones que no causan estado o efecto legal alguno; y lo que es peor aun* (sic), *ingresan en incongruencia con los argumentos que pretenden justificar la calificación de la sanción*…"

No obstante, resulta pertinente transcribir el artículo 286º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones), el que señala:

> "…*ARTÍCULO 286. (CALIFICACION DE GRAVEDAD). Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:* (…)
>
> *b)* ***Gravedad media****; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y* ***causen daño****.*
>
> *c)* ***Gravedad leve****; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Toca ahora relacionar tal artículo con las sanciones impuestas por la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 250-2011 de 22 de agosto de 2011, que en concreto establece:

> "…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)* (…)
> ***SEGUNDO.- I.*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en bolivianos equivalente a $us2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA),*…"

De ello, se concluye, que las sanciones impuestas corresponden a multas por infracciones calificadas de **gravedad leve** al tenor del artículo 291º, inciso c) -que señala "*Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses*"- del mismo Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y el que como se ha visto, no tiene entre sus presupuestos la calificación del "*daño objetivo*" como pretende la recurrente, sino la inexistencia de "*beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor*"; el extremo halla confirmación en lo señalado por la autoridad recurrida a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 250-2011 de 22 de agosto de 2011, cuando concretamente a fojas 67 señala que:

> "…*para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo análisis de los hechos y la prueba existente* (…)
>
> ***Al no advertirse daño en el presente caso****, implica un análisis de la conducta diferente*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, resulta que en el presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de

Pensiones y Seguros no ha fundamentado la resolución recurrida en la existencia de daño o perjuicio alguno, como mal expresa la Administradora de Fondos de Pensiones recurrente.

Cabe hacer notar que a la expresión de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en sentido de que "*peor aun* (sic)*, ingresan en incongruencia con los argumentos que pretenden justificar la calificación de la sanción*", la misma no justifica ni fundamenta en qué consistiría aquello.

En todo caso, careciendo de interés jurídico (en función de la sanción impuesta a la ahora recurrente), el extremo señalado por la entidad recurrente no amerita de mayor consideración.

2.4 La reiteración o reincidencia como agravante de la conducta.-

Por último, señala la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, que:

> "…*No se puede alegar reincidencia en este tipo de acciones, toda vez que las actividades de cobranza se refieren básicamente a procesos separados, con vida jurídica propia, con peculiaridades, tiempos y acciones totalmente separados. De lo contrario y de aplicarse ese criterio totalmente equivocado, en un futuro se puede verificar otra infracción en otro caso de proceso ejecutivo, lo que implicaría una nueva reincidencia, bajo esa lógica simplista, situación totalmente absurda.*
>
> *Sobre la base de lo expresado en el párrafo anterior, es oportuno también advertir que dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341… Motivo por el cual no pueden ser invocadas de manera indefinida o indeterminada, hecho que no solo causa cauda* (sic) *detrimento a nuestra AFP en su condición de sujeto regulado, sino también un estado permanente de indefensión e inseguridad jurídica*…"

Al respecto se tiene que la reincidencia ha sido considerada por el Ente Regulador, dentro del marco del artículo 287° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el que a la letra señala que:

> "…*Las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:* (…)
>
> *b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para* ***conductas reiterativas*** *de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

precedente administrativo en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 de 4 de mayo de 2011:

> *"…el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material* (...)
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) naturaleza de los perjuicios causados,* ***c) la reincidencia en la comisión****…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que, el Ente Regulador a momento de determinar las multas en bolivianos, equivalentes a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) para el Cargo N° 1, y a $us2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) para el Cargo N° 2, ha determinado que en el caso de autos los hechos imputados se encuentran previamente calificados como infracciones y que la normativa incumplida se encuentra claramente identificada, ya que en el presente caso las infracciones fueron probadas.

Ahora bien, en cuanto a lo alegado por la recurrente, en sentido que "*no se puede alegar reincidencia en este tipo de acciones, toda vez que las actividades de cobranza se refieren básicamente a procesos separados, con vida jurídica propia, con peculiaridades, tiempos y acciones totalmente separados*" y que "*dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341… Motivo por el cual no pueden ser invocadas de manera indefinida o indeterminada*", este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2009 de 17 de

diciembre de 2009, ya se ha pronunciado sobre la reiteración y reincidencia, señalando lo siguiente:

> *"…Según el Diccionario de sinónimos y antónimos © 2005 Espasa-Calpe* ***REITERACIÓN*** *es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos:* ***REINCIDENCIA,*** *repetición, insistencia, ratificación, redundancia, recaída y reproducción.*
>
> *Según lo transcrito, debiera considerarse que reiteración y reincidencia comparten una misma acepción.*
>
> *Sin embargo, a efectos de adquirir una cabal comprensión sobre estos términos, se hace necesario ahondar en el tema acudiendo al auxilio de la doctrina, sobre los criterios de graduación, y así determinar la legalidad de la aplicación de la sanción y las agravantes impuestas a la conducta del regulado.*
>
> *Desde la comprobación de los hechos que constituyen el ilícito administrativo hasta la imposición de una sanción concreta existen determinadas etapas. Como dice Nieto García (Derecho Administrativo Sancionador, 4ª ed. Tecnos Madrid 2005, p. 317) "La Administración, en efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias, ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción, b) Subsunción del tipo en una clase de infracción, c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase. Estas fases, son la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación", interesando al tema de análisis los dos últimos.*
>
> *Siguiendo a Juan Manuel Sánchez Terán (Los Criterios de Graduación, Ed. Lex Nova S.A. Valladolid 2007, p. 322) "...existe una serie de instituciones que se caracterizan por constituir la reacción especifica del ordenamiento jurídico frente a unas situaciones en que ha fracasado la finalidad preventiva y represiva ordinaria de las sanciones, por lo que se precisa un especial agravamiento de las que se impongan a fin de que el cumplimiento de la norma no sea vulnerado.*
>
> *La reincidencia, tiene su origen en el Derecho Penal, y figura en todos los Códigos Penales como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, pasando al Derecho Administrativo Sancionador con el mismo sentido respecto a la responsabilidad administrativa.*
>
> ***Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito, siempre que sea de la misma naturaleza.***
>
> *Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:*
>
> ***i. La concurrencia con otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable.***

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

Queda claro que la reincidencia importa la existencia de un proceso administrativo de características similares que tenga la calidad de cosa Juzgada, y es ello lo que ha referido la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 404-2011 de 7 de noviembre de 2011, cuando señala que:

> "*…se hace alusión a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007 para complementar el presente análisis, la cual determinó que: "el no iniciar los procesos ejecutivos sociales de acuerdo al ordenamiento jurídico, implica un efecto pernicioso de riesgo moral para el sistema, implicando que los empleadores, pese a vulnerar los derechos de los Afiliados y afectar el propio sistema, tengan la posibilidad de pretender soslayar el pago de sus obligaciones y pongan el riesgo los propios beneficios que el Seguro Social Obligatorio de largo plazo ofrece", y* **c)** (sic) *En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS - IP No. 288 de 10 de abril de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa IP No 37 de 19 de enero de 2007, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de jumo de 2000; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 72/2007 de 17 de agosto de 2007, que confirma las actuaciones del ente regulador. Con el mismo criterio la ex SIREFI emitió la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 39/2007 de 23 de abril de 2007 y SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007…*"

Ahora bien; como tales antecedentes importan suficientemente los requeridos criterios de concurrencia con otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable, y de que la previa Resolución Sancionatoria haya alcanzado firmeza en sede administrativa, mal se puede sugerir como lo hace **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, que "*No se puede alegar reincidencia en este tipo de acciones, toda vez que las actividades de cobranza se refieren básicamente a procesos separados*" o que "*dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas*", por cuanto, sí se está hablando de *otras infracciones* no contempladas en el presente proceso, empero conocidas a efectos de las precitadas Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007, SG SIREFI RJ 72/2007 de 17 de agosto de 2007, SG SIREFI RJ 39/2007 de 23 de abril de 2007 y SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007, necesariamente tienen que ver con procesos separados, como que el efecto extintivo que importa la prescripción, hace a infracciones o sanciones, según el caso, sobre las que debiera existir inactividad por parte de la Administración, extremo del que no consta antecedente ofrecido y producido por la recurrente que pudiera darle razón, limitándose ella a la simple mención señalada.

Más por el contrario, dada la preexistencia de las varias Resoluciones Jerárquicas a las que se ha hecho referencia, y para cuyo trámite debió cumplirse con la exigencia del artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), es decir, el "*cumplimiento de la obligación o de la sanción*" debe entenderse que en los procesos administrativos similares señalados no ha operado prescripción alguna en los términos del artículo 79° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), determinando sea inatendible la pretensión de la recurrente en este sentido.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 404-2011 de 7 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 250-2011 de 22 de agosto de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DF/Nº 408-2011 DE 08 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 019/2012 DE 10 DE ABRIL DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 019/2012

La Paz, 10 de abril de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 408-2011 de 8 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 277-2011 de 6 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 004/2012 de fecha 15 de febrero de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 031/2012 de fecha 7 de marzo de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 29 de noviembre de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** representada legalmente por la señora Marioly Aguilera Rosado, conforme lo acredita el Testimonio de Poder N° 627/2008 otorgado en fecha 24 de noviembre de 2008, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DF/Nº 408-2011 de 8 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 277-2011 de 6 de septiembre de 2011.

Que, en fecha 2 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 408-2011 de 8 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 277-2011 de 6 de septiembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 7 de diciembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, mismo que fue notificado el 9 de diciembre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DF/2052/2011 DE 22 DE JULIO DE 2011.-

Mediante nota APS/DJ/DF/2052/2011 de fecha 22 de julio de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con los siguientes cargos:

"…***II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS***.

Cargo N° 1. Afiliación desde Rezagos en inobservancia a los requisitos establecidos por norma.

El numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, establece:

"Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:

3.1 Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago (el subrayado es nuestro).

- *Número de Documento de Identidad.*
- *Apellido Paterno.*
- *Apellido Materno o de casada.*
- *Al menos un nombre".*

De la revisión efectuada a la documentación y Base de Datos proporcionada por la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A., se advirtió que en catorce (14) casos la AFP afilió desde rezagos, consignando de forma incorrecta

datos correspondientes a la información mínima determinada por norma, toda vez que los datos señalados no coinciden entre el registro de rezagos y el de afiliación; demostrando de esta manera falta de diligencia en las actividades de administración y registro de Asegurados a la seguridad social (sic) *de largo plazo; existiendo por lo tanto indicios de incumplimiento al numeral 3.1. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008 y a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

A continuación se detallan los casos referidos anteriormente:

N°	NUA	N° ID	N° SOLICITUD	FECHA REZAGO	PERIODO	Dato observ.	S/g Rezagos	S/g Afiliación
1	038724868	4572141	0001700243	31-12-09	oct-09	N° CI	4572141	45722141
2	038704869	6262270	0001717202	28-02-10	ene-10	AP.PAT.	Olivera	Oliveira
3	038716801	6417381	0001717318	28-02-10	ene-10	AP. MAT.	Quispe	Quispecahuana
4	038701376	7132033	0001717460	28-02-10	ene-10	NOMBRE	Luis	Luiz
5	038726026	9648506	0001709063	24-02-10	ene-10	N° CI	9548406	9648506
6	038726038	7746480	0001709064	24-02-10	ene-10	N° CI	7446480	7746480
7	038726051	9763934	0001709061	24-02-10	ene-10	N° CI	9783934	9763934
8	038735398	7682294	0001656328	30-03-10	ene-10	NOMBRES	MIRTA ANGELA	MIRTHA ANYELA
9	038735416	7734781	0001656329	30-03-10	ene-10	NOMBRE	JENNY	YENNY
10	038735428	9627950	0001635138	30-03-10	ene-10	NOMBRE	BEIMAR	BEYMAR
11	038735453	1029878	0001635142	30-03-10	ene-10	AP.PAT..	PANOSO	PANOZO
12	038741210	3657428	0001626826	22-03-10	ene-10	N°CI	1766633	3657428
13	38747662	8218538	0001727766	15-03-10	ene-10	N° CI	82185389	8218538
14	038758076	6242842	0001729685	05-03-10	ene-10	NOMBRE	ROBERTO	NORBERTO

…"

2. NOTA DE DESCARGOS PREV-OP 1166/08/2011 DE 22 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante nota PREV-OP 1166/08/2011, recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 23 de agosto de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta los siguientes descargos:

"…En respuesta a su nota de referencia, sobre la notificación de cargos en relación al caso de afiliación desde Rezagos tenemos los siguientes comentarios:

- *Como se puede apreciar en los registros de afiliaciones de los casos observados, los datos consignados en los Formularios de Afiliaciones no son los mismos que los declarados en los registros de rezagos esto debido a que el empleador cometió un error en el momento de confeccionar el Formulario de Pago de Contribuciones.*

- *La generación de rezagos es una de las maneras para llegar a los empleadores y a los afiliados, para iniciar las gestiones correspondientes y conseguir registrar a estos afiliados en el Sistema.*

- *En la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 13 de 02 de enero de 2008, establece en el inciso 3.2. que la información mínima a que debe consignar el Formulario de*

Registro es la que consigne el documento de identidad más las que proporcione el empleador en las gestiones realizadas o la consignada en el FPC cuando ésta presente los datos personales completos (en este caso los datos de la planilla de pago de contribuciones no son completos debido a que no se cuenta con toda la información del afiliado Ej. Fecha de nacimiento del afiliado).

- *Como se explicó en* (sic) *primer párrafo existían errores por parte del empleador en el llenado del Formulario de Pago de Contribuciones por lo que se tomó como base de la afiliación la Cedula* (sic) *de Identidad del afiliado, ya que en todos los casos observados sé* (sic) *cuenta con el documento de identidad proporcionado por los empleadores y afiliados.*

- *La información generada desde rezago se la toma como referencia para realizar las gestiones necesarias con los empleadores y afiliados y generar un registro de afiliación de manera correcta…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 277-2011 DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 277-2011 de 6 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

La AFP al admitir que: "... los datos consignados en los Formularios de Afiliaciones no son los mismos que los declarados en los registros de rezagos..." reconoce que las diferencias entre la información que consigna el registro en rezago (Base de Datos de Rezagos) y los documentos de identidad de los casos observados no permitía la afiliación de éstos a través de rezagos.

Es decir, de acuerdo a lo expresado por BBVA Previsión AFP S.A., existen casos en los que la Administradora procedió a afiliar aunque contaba con datos en el Formulario de Registro al Seguro Social Obligatorio que no coincidían con el Registro de Rezago, expresando además que esta falta de coincidencia tuvo su origen en que el Empleador cometió un error en el momento de elaborar el Formulario de Pago de Contribuciones, el mismo que no fue detectado en su momento por la AFP, pues de haber dado cumplimiento a lo (sic) *norma referida anteriormente que establece: "Las AFP deberán contar por cada Afiliado* ***con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro en rezago****" (las negrillas y el subrayado son nuestros); la Administradora se hubiera dado cuenta del error consignado en el Formulario.*

- *"La generación de rezagos es una de las maneras para llegar a los empleadores y a los afiliados, para iniciar las gestiones correspondientes y conseguir registrar a estos afiliados en el Sistema".*

Al respecto, *si bien es posible que la generación de rezagos sea una de las maneras para llegar a los Empleadores y a los Afiliados, e iniciar las gestiones correspondientes*

con el objeto de registrarlos en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, esto no significa que la afiliación de dependientes nuevos desde rezagos sea realizada a discreción de las AFP y sin considerar la norma, debido a que la Administradora tiene la obligación y responsabilidad de cumplir con todos los requisitos establecidos en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, caso contrario debería aplicar la modalidad de una afiliación normal (en la que se requiere la firma del Afiliado en el Formulario de Registro al SSO), para posteriormente proceder al levantamiento del rezago.

Los registros de Rezagos que no fueron acreditados por no cumplir con los criterios de identificación con una Cuenta Individual ***deben ser gestionados y aclarados por las AFP en plazos prudentes y oportunos.*** *Por lo tanto la generación de rezagos no puede considerarse un medio para llegar a Empleadores y Afiliados y conseguir afiliarlos en el Sistema, tal como afirma BBVA Previsión AFP S.A., pues justamente por tratarse de un procedimiento con características especiales, se emitieron normas específicas como la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 y SPVS/IP/N0 012 ambas de 02 de enero de 2008, las cuales establecen los procedimientos y plazos para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación.*

Por lo tanto, es responsabilidad de la Administradora efectuar el registro respectivo aplicando los controles necesarios que garanticen la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones en las Cuentas Individuales que correspondan; sin embargo, a pesar de que los casos observados no cumplían con los requisitos establecidos en la normativa vigente para su afiliación desde rezagos, la AFP procedió a su registro bajo este criterio.

- *"En la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 13 de 02 de enero de 2008, (sic) establece en el inciso 3.2. que la información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más las que proporcione el empleador en las gestiones realizadas o la consignada en el FPC cuando ésta presente los datos personales completos (en este caso los datos de la planilla de pago de contribuciones no son completos debido a que no se cuenta con toda la información del afiliado Ej. Fecha de nacimiento del afiliado)".*

El segundo punto del numeral 3.2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, instruye:

3.2 La AFP deberá obtener la siguiente documentación para concretar el registro:

(...)

La información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más la que proporcione el empleador a través de las gestiones realizadas o la consignada en el FPC, ***cuando esta*** *(sic)* ***presente los datos personales completos de los Afiliados****".*

De acuerdo a la norma referida anteriormente, para el registro de dependientes nuevos desde rezagos, por orden de prelación la AFP debe cumplir primeramente con lo establecido en el artículo 3 y el numeral 3.1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2011 que determinan: "Las AFP podrán registrar a

Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:

3.1 Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago (el subrayado es nuestro).

Por lo tanto, conforme a la afirmación realizada por la AFP, se puede evidenciar que BBVA Previsión AFP S.A., incumplió con el punto 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, al no haber observado la diferencia de datos existentes entre la Solicitud de Registro y la Base de Datos de Rezagos y por este motivo haber aplicado directamente el punto 3.2 del artículo 3 de la referida Resolución Administrativa.

Asimismo, el argumento de BBVA Previsión AFP S.A., de acuerdo a los puntos expuestos, se refieren a la aplicación tanto del punto 3.1 así como del punto 3.2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008 para el registro de Afiliados Dependientes nuevos, omitiendo de esta manera el primer paso del procedimiento establecido en el punto 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008 que se refiere claramente al registro de Afiliados Dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones y las condiciones que deben cumplir los datos que corresponden al registro de rezagos, a diferencia del punto 3.2 del mismo artículo Referido a que ***una vez cumplido el punto 3.1,*** *recién la Administradora deberá contar con documentación adicional a objeto de* ***concretar*** *el registro ya realizado y consecuentemente la obtención del NUA.*

En ese sentido, como los rezagos correspondientes a los casos observados ***no consignaban*** *los mismos datos que la información contenida en la documentación adicional (documento de identidad) obtenida por la AFP; se confirma que no procedía su registro desde rezagos.*

La AFP señala que: "se tomó como base de la afiliación la Cédula (sic) de Identidad del afiliado", procedimiento aplicado para la afiliación normal de dependientes; sin embargo, al ser este Cargo imputado por la afiliación desde rezagos, correspondía que la AFP verifique que el número del documento de identidad registrado en la Base de Datos de Rezagos (dato reportado por el empleador en el Formulario de Pago de Contribuciones que contiene el aporte en rezagos) ***coincida exactamente*** *con el documento de identidad del Afiliado.*

- *"La información generada desde rezago se la toma como referencia para realizar las gestiones necesarias con los empleadores y afiliados y generar un registro de afiliación de manera correcta".*

BBVA Previsión AFP S.A. al expresar el argumento anterior, contradice lo instruido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, ya que éste claramente establece que para la afiliación desde rezagos se ***debe contar con los mismos datos consignados tanto en el registro en rezago (Base de Datos de Rezagos), así como en la información obtenida por la Administradora,*** *aspecto que fue omitido por dicha Entidad en la afiliación de los casos identificados en el Cargo imputado.*

Asimismo, el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, establece el procedimiento para ***"El Registro de Afiliados Dependientes con Cotizaciones en Rezagos",*** *debiendo considerar la AFP esta norma como referencia para generar un registro de afiliación de manera correcta, siendo necesario que la misma verifique oportunamente la información con la que cuenta para registrar a Afiliados dependientes nuevos desde rezagos, pues es obligación de las AFP aplicar los controles necesarios que aseguren la adecuada identificación y registro de las cotizaciones en rezago, acreditando los recursos aportados por los empleadores en la Cuenta Individual de los Afiliados, en tanto estos cuenten con la identificación adecuada y el respaldo satisfactorio, así también la AFP tiene la obligación de que en aquellos registros que no cumplen con los requisitos de identificación y respaldos necesarios, mantenerlos registrados en la cuenta de Cotizaciones en Rezago.*

En virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no presentó los descargos suficientes que desvirtúen la imputación del presente Cargo, se ratifica el incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A a lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 013 de 02 de enero de 2008, por lo que corresponde establecer sanción.

CONSIDERANDO:

Que a efectos de definir la responsabilidad por el hecho y la gravedad de la sanción, al presente se tiene por comprobada la infracción al constatar que BBVA Previsión AFP S.A. en el procedimiento de "Acreditación de Cotizaciones en Rezagos", incumplió el numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.

Que asimismo, se tiene que al incumplir el artículo referido anteriormente el cual establece el procedimiento para el "Registro de Afiliados Dependientes con Cotizaciones en Rezagos" la Administradora demuestra falta de cuidado exigible e inobservancia al artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, la cual establece los procedimientos y plazos que deben cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones, para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación, registrándolos en las Cuentas Individuales que correspondan y aplicando los controles necesarios que garanticen la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones.

Que sobre la base de lo anterior y a efectos de la configuración de la tipificada preterintencionalidad, corresponde expresar que respecto al Cargo N° 1, la actuación de BBVA Previsión AFP S.A., produjo una consecuencia más grave que la prevista, entonces culposa, la cual se vio expresada con el hecho de que la Administradora al Afiliar desde Rezagos lo hizo sin aplicar los controles necesarios que aseguren la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones en rezagos en la Cuenta Individual del Afiliado, refiriéndonos en este caso, a la información mínima que debe consignar el registro de un Afiliado. Asimismo, por el hecho de afiliar incorrectamente desde rezagos posibilita que estos aportes sean acreditados a un homónimo…"

En base a tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el* ***Cargo N° 1****, con multa en bolivianos equivalente a $us. 840,00 (OCHOCIENTOS CUARENTA 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.*

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 10 de octubre de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 277-2011 de 6 de septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

"…***III FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

El Artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 013 de 02 de enero de 2008, en el artículo 2 manifiesta:

"(Registro de Afiliados dependientes con cotizaciones en rezago).

Las AFP podrán registrar Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:

3.1. Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago.

- *Número de documento de identidad.*
- *Apellido Paterno.*
- *Apellido Materno o de casada.*
- *Al menos un nombre.*

3.2. La AFP deberá obtener la siguiente documentación para concretar el registro:

- *Fotocopia del documento de identidad en buen estado, pudiendo ser éste Carnet de Identidad, RUN, Pasaporte, Carnet de Extranjero o Tarjeta Prontuario. En caso de que la Tarjeta Prontuario tuviera enmendaduras, la AFP deberá tramitar una certificación por escrito de la misma, emitida por la Dirección Nacional o Departamental de Identificación Personal de la Policía Nacional. Asimismo, serán válidos los listados que certifique la*

Policía Boliviana y la Corte Nacional Electoral.

- *Formulario de Registro firmado por el empleador del Afiliado con contribuciones en rezagos (empleador cuyos datos estén consignados en alguno de los FPC por medio del cual se hubieran pagado las contribuciones en rezagos) y por un funcionario autorizado de la AFP.*
- *La información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más la que proporcione el empleador a través de las gestiones realizadas o la consignada en el FPC, cuando esta* (sic) *presente los datos personales completos de los Afiliados.*
- *En caso que el Formulario de Registro consigne la firma del Afiliado, no será necesario contar con la carta del empleador.*
- *Carta del empleador con la firma, sello y aclaración de firma, por medio de la cual se comunica que el Afiliado trabajó o trabaja en esa empresa, indicando los nombres y apellidos, número de documento de identidad y los períodos que se encontrarían en rezagos, la dirección de la empresa y lugar de trabajo (ciudad o provincia).*
  La citada carta podrá sustituirse por una fotocopia legalizada de la planilla de pago de remuneraciones, en la cual figuren los datos del Afiliado ya indicados, la misma que deberá contar con la firma, aclaración de firma y sello de la empresa…"

De la lectura del mismo se establece que la AFP tiene la facultad de registrar a los "Asegurados dependientes nuevos" siguiendo el procedimiento descrito en el mismo artículo sin ninguna otra condición o presupuesto legal administrativo establecido, es decir que puede realizar el registro mediante la solución de rezagos. Los cuales, de acuerdo a la normativa vigente, no tienen que ser idénticos entre el rezago y la documentación de identificación del Asegurado, porque por ello se encuentran pendientes de acreditación.

Esta Administradora ha seguido el procedimiento descrito en el artículo 3 y como prueba de ello acompaña la documentación otorgada por la Policía Boliviana a través del Departamento de Identificación y los formularios de registro suscritos por los Asegurados, documentos a través de los cuales se demuestra la identidad correcta de la persona y el registro de información que identifica a cada uno de ellos diferenciándolos del resto.

En virtud a la documentación obtenida se procedió a su registro y acreditación de sus aportes a través de rezagos conforme a norma y que la infracción establecida por la APS es infundado en razón a que observa la diferencia de letras que tienen la misma consonancia como ser de Luis por Luiz, Mirtha por Mirta, Jenny por Yenny, Beimar por Beymar; criterios que en la actualidad han sido superados por las disposiciones legales y que como ejemplo la Dirección Departamental de Registro Civil se les permite realizar el cambio de letras a través de un simple procedimiento administrativo.

La información contenida en la base de datos de los Asegurados que la APS observa, cuentan con la conformidad y aceptación de los mismos, prueba de ello es que a la fecha no ha existido ninguna solicitud de actualización de datos en su registro.

Es más, como se explicó los errores fueron producidos por la declaración errada del empleador en los el Formulario de Pago de Contribuciones.

En la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 13 de 02 de enero de 2008, establece en el inciso 3.2, que la información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más las que proporcione el empleador en las gestiones realizadas o la consignada en el FPC cuando ésta presente los datos personales completos, en los casos observados, los datos de la planilla de pago de contribuciones no son completos debido a que no se cuenta con toda la información del Asegurado Ej. La fecha de su nacimiento.

Para proceder al registro de los casos observados que fueron mal declarados por el empleador, se tomó como base de su registro la Cédula de Identidad de cada uno de ellos, documento que acredita su derecho a la identidad, que es emitido por autoridad competente y de los cuales se presume su plena legalidad, idoneidad y fidelidad, en el contenido de la información.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA DE LA SANCIÓN ESTABLECIDA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF N° 277/2011 de 06 de septiembre de 2011,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. al haber dado estricto cumplimiento al procedimiento descrito en el Artículo de la Resolución Administrativa SPVS-IP 13/2008, ejerciendo la facultad otorgada para el registro de Asegurados a través de rezagos, debido a que los registros cumplen con los requisitos establecidos en el numeral 3.1 de la misma, conforme se demuestra en la documentación adjunta…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/N° 408-2011 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 408-2011 de 8 de noviembre de 2011, resolvió:

"…***ÚNICO.-*** *Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 277 - 2011 de 06 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, modificándose lo resuelto de la siguiente manera:*

"PRIMERO.- I.- *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el* ***Cargo N° 1,*** *con multa en bolivianos equivalente a $us. 720,00 (SETECIENTOS VEINTE 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al numeral 3.1. del artículo tercero de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, con respecto a los siguientes casos con* ***NUA: 038704869, 038701376, 038726026, 038726038, 038726051, 038735398, 038735416, 038735428, 038735453, 038741210, 38747662*** *y* ***038758076.***

II.- *Asimismo, desestimar sanción para los siguientes casos con* ***NUA: 038724868*** *y* ***038716801****…"*

Los fundamentos presentados en la parte considerativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que BBVA Previsión AFP S.A., mediante memorial de 07 de octubre de 2011 recepcionado en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS el 10 de octubre de 2011, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 277-2011, expresando los siguientes argumentos:

> *"El Artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 013 de 02 de enero de 2008, en el artículo 2 manifiesta:*
> *(…)*
>
> *De la lectura del mismo se establece que al AFP tiene la facultad de registrar a los "Asegurados dependientes nuevos" siguiendo el procedimiento descrito en el mismo artículo sin ninguna otra condición o presupuesto legal administrativo establecido, es decir que puede realizar el registro mediante la solución de rezagos. Los cuales, de acuerdo a la normativa vigente,* ***no tienen que ser idénticos entre el rezago y la documentación de identificación del Asegurado, porque por ello se encuentran pendientes de acreditación*** *(las negrillas son nuestras).*

Respecto a esta afirmación, la norma referida anteriormente es clara al expresar que: "Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago.

- *Número de documento de identidad" (el subrayado es nuestro).*

(...)

Por lo tanto, el argumento de la Administradora es claramente contrario a lo establecido en la norma, pues la misma afirma que cuenta con la facultad de seguir un procedimiento que no consigna ninguna condición o presupuesto legal, no teniendo que existir por lo tanto, similitud entre el rezago y la documentación de identificación del Afiliado. A este efecto, no puede considerarse válido el argumento de la AFP, expresado anteriormente, debido a que la información obtenida por la AFP ***también debe consignarse*** *en el registro en rezago.*

Continúa el Recurso de Revocatoria expresando lo siguiente:

> *"Esta administradora ha seguido el procedimiento descrito en el artículo 3 y como prueba de ello acompaña la documentación otorgada por la Policía Boliviana a través del Departamento de Identificación y los formularios de registro suscritos por los Asegurados, documentos a través de los cuales se demuestra la identidad correcta de la persona y el registro de información que identifica a cada uno de ellos diferenciándolos del resto".*

Con relación a esta afirmación, es importante mencionar que el Cargo imputado no estuvo dirigido a establecer si la identidad de la persona fue correcta o incorrecta, más bien estuvo orientada a establecer si existió coincidencia entre la información consignada en el registro de rezago y entre aquella con la que la Administradora procedió a registrar a Afiliados independientes nuevos, mucho más si la Administradora afirma que contaba con documentación que en su momento, le permitía determinar la identificación correcta de las personas.

La documentación otorgada por la Policía Boliviana a través del Departamento de Identificación remitida en este recurso, está referida a Carnets de Identidad, los cuales presentan la misma información en nombres, apellidos, fecha de nacimiento y número de documento de identidad que el Formulario de Registro, aspectos que en ningún momento la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS cuestionó, debido a que la imputación del Cargo está referida a que la Administradora afilió desde rezagos incumpliendo los requisitos establecidos por norma.

Revisada la información contenida en los reportes de rezagos; documentación que acompaña al Recurso de Revocatoria remitido por BBVA Previsión AFP S.A., se ratifica la existencia de datos en el registro de rezagos que no coinciden plenamente con la información registrada por la Administradora en la Base de Datos de Afiliaciones, tal como se detalla en el siguiente cuadro:

N°	NUA	Dato observ.	s/g Rezagos	S/g Afiliación
2	038704869	AP.PAT.:	Olivera	Oliveira
4	038701376	NOMBRE:	Luis	Luiz
5	038726026	N° CI	9548406	9648506
6	038726038	N° CI	7446480	7746480
7	038726051	N° CI	9783934	9763934
8	038735398	NOMBRES:	MIRTA ANGELA	MIRTHA ANYELA
9	038735416	NOMBRE:	JENNY	YENNY
10	038735428	NOMBRE:	BEIMAR	BEYMAR
11	038735453	AP.PAT.:	PANOSO	PANOZO
12	038741210	N°CI	1766633	3657428
13	38747662	N° CI	82185389	8218538
14	038758076	NOMBRE:	ROBERTO	NORBERTO

Por tanto, en estos casos, se comprueba que la AFP incumplió con el requisito establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS4P N° 013 de 02 de enero de 2008, para el registro de Afiliados dependiente nuevos desde rezagos.

BBVA Previsión AFP S.A., expresa:

> *"En virtud a la documentación obtenida se procedió a su registro y acreditación de sus aportes a través de rezagos conforme a norma y que la infracción establecida por la APS es infundado* (sic) *en razón a que observa la diferencia de letras que tienen la misma consonancia como ser de Luis por Luiz, Mirtha por Mirta, Jenny por Yenny, Beimar por Beymar: criterios que en la actualidad han sido superados por las disposiciones legales y que como ejemplo la Dirección Departamental de Registro Civil se les permite realizar el cambio de letras a través de un simple procedimiento administrativo."*

No se puede justificar el incumplimiento de la Administradora al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 013 de 02 de enero de 2008, con el argumento de que a pesar de que existe diferencia de letras en los nombres de los Afiliados, el hecho de que tengan la misma consonancia, fue argumento suficiente para proceder a su registro y acreditación de sus aportes a través de rezagos.

Al respecto, el parágrafo I del artículo 9 del Código Civil establece que: "Toda persona tiene derecho al nombre que con arreglo a ley le corresponde. El nombre comprende el nombre propio o individual y el apellido paterno y materno".

Por este motivo, la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 013 de 02 de enero de 2008, establece que la información mínima con la que cuente la AFP, también debe consignarse en el registro de rezago, esto con el objeto de asegurar por todos los medios, que un determinado registro corresponda a una sola persona en particular. El considerar que para un registro sólo es necesario el que los nombres tengan la misma consonancia, puede dar lugar a que se trate de dos personas totalmente diferentes, realizando por tanto un registro sin que exista una adecuada identificación y con el perjuicio de que se restrinjan derechos a un Afiliado, emergentes de su registro.

En este sentido, es importante también considerar otros perjuicios que generan a partir de una aplicación un procedimiento incorrecto, como el hecho de que al no realizar un registro adecuado, la persona que sufra algún perjuicio por el uso indebido que de su nombre haga otra persona, puede pedir judicialmente el reconocimiento de su derecho o la cesación del uso lesivo del mismo, por lo que no se puede afirmar que la infracción que la Entidad Reguladora imputa a la Administradora, es infundada.

Por tanto, el argumento de la Administradora, no justifica de ninguna manera argumento al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 013 de 02 de enero de 2008.

Continúa el Recurso de Revocatoria:

> *"La información contenida en la base de datos de los Asegurados que la APS observa, cuentan con la conformidad y aceptación de los mismos, prueba de ello es que a la fecha no ha existido ninguna solicitud de actualización de datos en su registro.*
> *Es más, como se explicó los errores fueron producidos por la declaración errada del empleador en los (sic) el Formulario de Pago de Contribuciones".*

Al respecto, de la verificación de los Formularios de Registro correspondientes a los ***NUA: 038701376, 038741210, 038747662 y 038758076,*** *se evidenció que los mismos no registran la firma de los Afiliados. Por tanto la afirmación de la Administradora referente a que la información contenida en la Base de Datos* ***"cuentan con la conformidad y aceptación de los mismos",*** *no es válida, ya que el Afiliado al no haber suscrito el Formulario de Registro, no pudo haber tenido conocimiento de dicho registro y menos expresar su conformidad; consecuentemente tampoco podría haber realizado ninguna solicitud de actualización de datos respecto a este registro.*

Asimismo, la Administradora al afirmar que los errores fueron producidos por la declaración errada del Empleador en el Formulario de Pago de Contribuciones, aspecto que es por demás evidente debido a que los aportes observados se encontraban en rezagos, acepta que la información presenta inconsistencias.

BBVA Previsión AFP S.A., expresa también el siguiente argumento:

> *"En la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 13 de 02 de enero de 2008, establece en el inciso 3.2, que la información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más las*

que proporcione el empleador en las gestiones realizadas o la consignada en el FPC cuando ésta presente los datos personales completos, en los casos observados, los datos de la planilla de pago de contribuciones no son completos debido a que nos e cuenta con toda la información del Asegurado Ej. La fecha de su nacimiento".

De lo referido anteriormente por la Administradora, se puede evidenciar que la Administradora, considera correcta la aplicación del numeral 3.2. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, omitiendo de esta manera el primer paso del procedimiento establecido en el punto 3.1 del artículo 3 de la referida Resolución Administrativa, que se refiere claramente al registro de Afiliados Dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones y las condiciones que deben cumplir los datos que corresponden al registro de rezagos, a diferencia del ***punto 3.2*** *del mismo artículo referido a que* ***una vez cumplido el punto 3.1,*** *recién la Administradora deberá contar con documentación adicional a objeto de* ***concretar*** *el registro ya realizado y consecuentemente la obtención del NUA, tal como se puede verificar de la trascripción de la referida norma:*

3.2 La AFP deberá obtener la siguiente documentación ***para concretar el registro:***
(...)
La información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más la que proporcione el empleador a través de las gestiones realizadas o la consignada en el FPC, ***cuando esta*** *(sic)* ***presente los datos personales completos de los Afiliados"*** *(el subrayado y las negrillas son nuestras).*

Por otro lado, si bien es correcto que en el tercer párrafo del numeral 3.2 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 013 de 02 de enero de 2008, se establece que la información mínima que debe consignar el formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más la que proporcione el Empleador, la AFP omitió el objeto de la mencionada Resolución Administrativa que establece "los procedimientos y plazos que deben cumplir las Administradoras… para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación, registrándolos en las cuentas Individuales que correspondan y aplicando los controles necesarios que garanticen la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones" en las Cuentas Individuales que correspondan.

Sin embargo, a pesar de que los casos observados no cumplían con los requisitos establecidos en la norma, para su afiliación desde rezagos, la Administradora procedió igualmente a su registro bajo criterios propios. Por tanto, de acuerdo al orden de prelación de normas, la Administradora omitió aplicar el procedimiento descrito en el numeral 3.1, el cual se imputa en el presente Cargo, afirmando haber aplicado el numeral 3.2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.

"Para proceder al registro de los casos observados que fueron mal declarados por el empleador, se tomó como base de su registro la Cedula (sic) de Identidad de cada uno de ellos, documento que acredita su derecho a la identidad, que es emitido por autoridad competente y de los cuales se presume su plena legalidad, idoneidad y fidelidad, en el contenido de la información".

De acuerdo a este argumento, referente a que se tomó como base de registro la Cédula de Identidad, la Administradora aplicó un procedimiento para la afiliación Normal de dependientes; sin embargo, al imputarse este Cargo por Afiliación desde Rezagos, correspondía que la AFP verifique que el número del documento de identidad declarado por el Empleador en el Formulario de Pago de Contribuciones y que fue registrado en la Base de Datos de Rezagos por la misma AFP, coincida exactamente con el documento de identidad del Afiliado.

Asimismo, BBVA Previsión AFP S.A., estaría aceptando haber levantado rezagos en aquellos casos en los que el documento de identidad coincidía; sin embargo, esta explicación resulta incoherente al tener la evidencia que los ***NUA 038747662, 038741210, 038726051, 038726038 y 038726026,*** *presentan diferencias en los números de documento de identidad presentados como declaración jurada por el Empleador en el Formulario de Pago de Contribuciones. Con relación a los restantes casos imputados, se aclara que los registros en rezagos no consignaban el mismo apellido o nombre que el documento de identidad obtenido por la Administradora.*

Por tanto, en mérito a los argumentos y los antecedentes expuestos y anteriormente, se ratifica el incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, para doce (12) de los catorce (14) casos sancionados mediante Resolución Administrativa APS / DJ/ DF N° 277-2011 de 06 de septiembre de 2011, debido a que en el caso correspondiente al ***NUA 038724868,*** *se invirtieron los datos correspondientes a las columnas denominadas:* ***"s/g Rezagos" y "s/g Afiliación",*** *correspondiendo realizar la consignación correcta de los números de documento de identidad, conforme al siguiente detalle:*

N°	NUA	N° ID	N° SOLICITUD	FECHA REZAGO	PERIODO	Dato observ.	s/g Rezagos	S/g Afiliación
1	038724868	4572141	0001700243	31-12-09	oct-09	N° CI	45722141	4572141

Por tanto, considerando que para este caso se imputó el Cargo con datos imprecisos se desestima la sanción.

Asimismo, con relación al ***NUA 038716801,*** *se imputó el Cargo con los siguientes datos:* ***Juan Percy Quispecahuana Callisaya,*** *siendo que el* ***NUA 038716801*** *pertenece al Afiliado:* ***Richar David Rojas Alba;*** *por lo que también corresponde desestimar la sanción para este caso…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 29 de noviembre de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 408-2011 de 8 de noviembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II.- EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N°.*** (Sic) ***408-2011 QUE "CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/N° 277-2011" DE 09 DE NOVIEMBRE DE 2011***

Todos los argumentos expresados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) para confirmar parcialmente la Resolución Administrativa

APS/DJ/DF/N° 277-2011, se refieren al incumplimiento del numeral 3.1 de la Resolución Administrativa SPVS N° 013 de 02 de enero de 2008.

La citada disposición administrativa que regula el registro de afiliados dependientes con cotizaciones en rezago a la letra manifiesta:

> ***"(Registro de Afiliados dependientes con cotizaciones en rezago).*** *Las AFP podrán registrar Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento: 3.1. Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago.*
>
> - *Número de documento de identidad.*
> - *Apellido Paterno.*
> - *Apellido Materno o de casada.*
> - *Al menos un nombre.*

De la lectura del mismo se concluye claramente:

a) *El registro de Afiliados dependiente con cotizaciones en rezago.*
b) *El rezago del Afiliado deberá consignar al menos con la información del número de documento de identificación, los Apellidos paterno y materno y el nombre del afiliado.*
c) *El registro realizado deberá señalar al menos con la información del número de documento de identificación, los Apellidos paterno y materno y el nombre del afiliado.*

La interpretación que la APS hace con referencia al numeral 3.1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 013 de 02 de enero de 2008, es equivocada y atenta contra el principio de legalidad reconocido Constitucionalmente, porque la norma administrativa no manifiesta de manera expresa lo que la APS a su criterio e interpretación dice que la AFP ha incumplido al expresar: "no puede considerarse válido el argumento de la AFP, expresado anteriormente, debido a que la información obtenida por la AFP también debe consignarse en el registro de rezago"... "...es importante mencionar que el Cargo imputado no estuvo dirigido a establecer si la identidad de la persona fue correcta o incorrecta, más bien estuvo orientada a establecer si existió coincidencia entre la información consignada en el registro de rezago y entre aquella con la que la Administradora procedió a registrar a Afiliados dependientes nuevos, mucho más si la Administradora afirma que contaba con documentación que en su momento, le permitía determinar la identificación correcta de las persona"..." Revisada la información contenida en los reportes de rezagos; documentación que acompaña al Recurso de Revocatoria remitido por BBVA Previsión AFP S.A. se ratifica la existencia de datos en el registro de rezagos que no coinciden plenamente con la información registrada por la Administradora en la Base de Datos de Afiliaciones"

El registro de los Afiliados de los casos observados por (sic) *APS contiene información de los documentos de identificación, apellidos y nombres, cumpliendo el presupuesto*

establecido en la normativa administrativa, misma que de manera expresa no manifiesta que deben ser idénticos al rezago o que el rezago debe coincidir necesaria o imprescindiblemente con el documento de identificación.

Vigente el principio de legalidad, la APS no puede sancionar por supuestos en base a una interpretación extensiva de la Resolución Administrativa concluyendo que existe una supuesta infracción cometida por la AFP porque no existe una información idéntica en la información del rezago y la información del registro realizado. El principio de legalidad obliga a que en virtud de la disposición administrativa y nada más que ella se debe fundamentar cualquier sanción, y en la norma en que se sustenta no expresa lo que la APS pretende entender e interpretar. De la aplicación de este principio, la AFP no debe ser procesada ni condenada por acto u omisión que al tiempo de someterse no está previamente calificado de manera expresa e inequívoca, como infracción punible en la Resolución Administrativa, mismo principio que se encuentra complementado con el precepto constitucional que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Al no establecer la norma de manera clara e inequívoca que la información debe coincidir exactamente con el documento de identidad, no existe disposición administrativa que norme en el sentido que la APS pretende interpretarla, y al no existir norma la APS no puede sancionar a la AFP.

La Resolución Sancionatoria carece de legalidad en virtud a que la conducta que se le imputa a la AFP como infracción de la norma administrativa no se encuentra descrita en la norma en la que se sustenta la R.A. confirmada, atentando contra el principio de legalidad.

La verdad material de los hechos es que la AFP registró a los Asegurados, observados por la APS con documentos que respaldan la identidad de las mismas y que la propia APS reconoce como idóneos y correctos, al manifestar; "La documentación otorgada por la Policía Boliviana a través del Departamento de Identificación remitida en este recurso, está referida a Carnets de Identidad, los cuales presentan la misma información en nombres, apellidos, fecha de nacimiento y número de documento de identidad que el Formulario de Registro...

Por lo expuesto se tiene que la AFP registró a los "Asegurados dependientes nuevos" siguiendo el procedimiento descrito en el mismo artículo sin ninguna otro (sic) *condición o presupuesto legal administrativo establecido por la propia disposición administrativa. Los cuales, de acuerdo a la normativa vigente, no tienen que ser idénticos entre el rezago y la documentación de identificación del Asegurado, porque por ello se encuentran pendientes de acreditación.*

Esta Administradora siguió el procedimiento descrito en el artículo 3 conforme se demostró con la prueba acompañada al Recurso de Revocatoria y en virtud a la documentación obtenida, se registró y acreditó sus aportes a través de rezagos y que la infracción establecida por la APS es infundada en razón a que observa la diferencia de letras que tienen la misma consonancia como ser de Luís por Luiz, Mirtha

por Mirta, Jenny por Yenny, Beimar por Beymar; diferencias que la disposición administrativa no regula.

La Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 13 de 02 de enero de 2008, establece en el inciso 3.2, que la información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más las que proporcione el empleador en las gestiones realizadas o la consignada en el FPC cuando ésta presente los datos personales completos, en los casos observados, los datos de la planilla de pago de contribuciones no son completos debido a que no se cuenta con toda la información del Asegurado Ej. La fecha de su nacimiento.

Para proceder al registro de los casos observados (declarados erróneamente por el empleador) se tomó como base de su registro la Cédula de Identidad de cada uno de ellos, documento que acredita su derecho a la identidad, que es emitido por autoridad competente y de los cuales se presume su plena legalidad, idoneidad y fidelidad, en el contenido de la información.

V. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/ N° 408-2011 "CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 277-2011" DE 09 DE NOVIEMBRE DE 2011,*** *por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. al haber dado estricto cumplimiento al procedimiento descrito en el Artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 13/2008, registrando a los Asegurados a través de rezagos, debido a que los registros cumplen con los requisitos establecidos en el numeral 3.1 de la misma, conforme se demostró en la documentación adjunta al Recurso de Revocatoria y cuyo registro está correctamente realizado, cumpliendo nuestra labor de buen padre de familia, conforme la propia APS lo reconoce que no existe error en el registro y la documentación de respaldo…"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) emitió la Orden de Fiscalización

DF/OF/30/2010, referida a la verificación del registro de Afiliados dependientes nuevos que registran uno o más periodos en Rezagos, durante el período comprendido entre los meses de enero y mayo de la gestión 2010.

Resultado de dicha fiscalización, se realizaron las recomendaciones que salen en el Informe de Seguimiento DF/S/037-2010 de 10 de septiembre de 2010.

En fecha 17 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió el Informe Técnico-Legal DF/DJ/T 003-2011, por el que se concluye y recomienda el inicio del Proceso Sancionatorio, dando lugar a la nota de cargos APS/DJ/DF/2052/2011 de 22 de julio de 2011, que impone el Cargo Nº 1 -único- a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por incumplimiento a la normativa de rezagos correspondiente a los Afiliados con NUA 038704869, 038701376, 038726026, 038726038, 038726051, 038735398, 038735416, 038735428, 038735453, 038741210, 038747662, 038758076, 038724868 y 038716801 (Con el advertido que los dos últimos Afiliados han sido desestimados a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 408-2011 de 8 de noviembre de 2011).

Conforme a la nota APS/DJ/DF/2052/2011 de fecha 22 de julio de 2011, el Cargo en concreto está referido a que:

> "…*la AFP afilió desde rezagos, consignando de forma incorrecta datos correspondientes a la información mínima determinada por norma, toda vez que los datos señalados no coinciden entre el registro de rezagos y el de afiliación; demostrando de esta manera falta de diligencia en las actividades de administración y registro de Asegurados a la seguridad social* (sic) *de largo plazo; existiendo por lo tanto indicios de incumplimiento al numeral 3.1. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008 y a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997…*"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1 Valores jurídico-administrativos que se alegan infringidos.-

2.1.1 Principio de Legalidad.-

La recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** señala que:

> "…*la APS no puede sancionar por supuestos en base a una interpretación extensiva de la Resolución Administrativa concluyendo que existe una supuesta infracción cometida por la AFP porque no existe una información idéntica en la información del rezago y la información del registro realizado. El principio de legalidad obliga a que en virtud de la disposición administrativa y nada más que ella se debe fundamentar cualquier sanción, y en la norma en que se sustenta* ***no expresa lo que la APS pretende entender e interpretar****. De la aplicación de este principio, la AFP no debe ser procesada ni condenada por acto u omisión que al tiempo de someterse no está previamente calificado de manera expresa e inequívoca, como infracción punible en*

la Resolución Administrativa, mismo principio que se encuentra complementado con el precepto constitucional que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Sobre el principio aludido, la doctrina administrativa expresada por Dromi, señala que:

"…*El principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebírselo como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia. Se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto: 1) delimitación de su aplicación (reserva legal); 2) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto, y 4) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración.*

El procedimiento tiende no sólo a la protección subjetiva del recurrente, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y la justicia en el funcionamiento administrativo. Como consecuencia de este principio, el procedimiento se caracteriza por ser instructorio, de impulsión de oficio y con objetivos de verdad material…"

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 14654/2004-R de 13 de septiembre de 2004, ha señalado que:

"…*El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos…*"

De otra parte, el artículo 4º, inciso c), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2022 (de Procedimiento Administrativo) establece que:

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

c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: *La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;…*"

Aplicados ahora tales criterios al caso de autos, se tiene que la norma que la recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** acusa de no expresar "*lo que la APS pretende entender e interpretar*" es la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 (Gestiones para Cotizaciones en Rezago) de 2 de enero de 2008, cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

"…***ARTÍCULO 3º.- (REGISTRO DE AFILIADOS DEPENDIENTES CON COTIZACIONES EN REZAGOS).*** *Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:*

3.1 Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago.

- *Número de documento de identidad.*
- *Apellido paterno.*
- *Apellido Materno o de casada.*
- *Al menos un nombre…*"

En criterio de la recurrente:

"…*El registro de Afiliados de los casos observados por APS contiene información de los documentos de identificación, apellidos y nombres, cumpliendo el presupuesto establecido en la normativa administrativa, misma que* ***de manera expresa no manifiesta que deben ser idénticos al rezago o que el rezago debe coincidir necesaria o imprescindiblemente con el documento de identificación***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

No obstante, la norma que hace a la controversia (el artículo 3º, numeral 3.1, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 2 de enero de 2008), establece con claridad que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben contar con la información mínima "*que* ***también debe consignar el registro de rezago***", es decir que contrariamente a lo pretendido por la recurrente, es por exigencia normativa que **la información que conste en el registro del rezago debe ser la misma del registro del afiliado**, no siendo dable la existencia de dos registros con información distinta el uno del otro.

Asimismo, no es responsable sugerir que las Administradoras de Fondos de Pensiones se limiten a coleccionar determinados datos sin que importe la veracidad de los mismos, aduciendo que no exista una exigencia legal precisa, por cuanto de lo que se trata, de acuerdo al precitado numeral 3.1, es de contar con información que corresponda al objeto de la norma (este es, aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación), entonces que sea fidedigna y con la trascendencia jurídica que ello importa; si la norma exige que del Afiliado se conozca el número de documento de identidad, el apellido paterno, el apellido materno o de casada, y al menos un nombre, tales datos deben ser fidedignos y verificables por quien ejerce la responsabilidad para ello, entonces con observancia al artículo 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 d enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones).

En definitiva y contrariamente a lo alegado por la recurrente, no existe aquí infracción al Principio de Legalidad y menos aún al Principio de Tipicidad.

2.1.2 Principio de Verdad Material.-

Señala también la recurrente, que:

"…*La verdad material de los hechos es que la AFP registró a los Asegurados, observados por la APS con documentos que respaldan la identidad de las mismas* (sic) *y que la propia APS reconoce como idóneos y correctos, al manifestar; "La documentación otorgada por la Policía Boliviana a través del Departamento de Identificación remitida en este recurso, está referida a Carnets de Identidad, los*

cuales presentan la misma información en nombres, apellidos, fecha de nacimiento y número de documento de identidad que el Formulario de Registro..."

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

El artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2022 (de Procedimiento Administrativo) establece que:

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

d) Principio de verdad material: *La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil…*"

En tal sentido y al de autos, es verdad material el que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en su oportunidad, registró a los Asegurados observados con documentos que respaldaban la identidad de los mismos y que, en tanto se encontraban franqueados por autoridad competente resultaban idóneos y correctos con referencia a los extremos que certifican, empero también hace a tal realidad el que la ahora recurrente asignó a los Afiliados correspondientes los NUA 038704869, 038701376, 038735398, 038735416, 038735428, 038735453 y 038758076, siendo que consignaban un número de cédula de identidad diferente entre la Base de Datos de Rezagos y la documentación existente que se le presentaba; asimismo, asignó los NUA 038726026, 038726038, 038726051, 038741210 y 038747662 pese a que existía diferencia entre la información consignada entre la Base de Datos de Rezagos y la información contenida en la documentación de los Afiliados.

En tal sentido, tan evidentes diferencias en la información debieron dar lugar a que en tales casos, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** impulse y aplique el procedimiento que le correspondía, por cuanto, si se habla de veracidad en la información acreditada, es esa veracidad material la que debió determinar la conducta de la recurrente.

En definitiva, no existe transgresión al principio de verdad material dispuesto por la Ley, y en todo caso, tal principio no puede oponerse al de sometimiento pleno a la Ley señalado por el inciso c) del mismo artículo 4º, literal c), de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.

2.2 Inexistencia de la información mínima.-

En lo fundamental, el recurso refiere que:

"…*BBVA PREVISIÓN AFP S.A. al haber dado estricto cumplimiento al procedimiento descrito en el Artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 13/2008, registrando a los Asegurados a través de rezagos, debido a que los registros cumplen con los*

requisitos establecidos en el numeral 3.1 de la misma, conforme se demostró en la documentación adjunta al Recurso de Revocatoria y cuyo registro está correctamente realizado, cumpliendo nuestra labor de buen padre de familia, conforme la propia APS lo reconoce que no existe error en el registro y la documentación de respaldo…"

A efectos de su análisis y de la revisión de obrados, se tiene que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 277-2011 de 6 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por incumplimiento a lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 2 de enero de 2008.

En este sentido, corresponde una vez más traer a colación la normativa y regulación atinente al caso, misma que señala:

Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008:

"…***ARTÍCULO 3º.- (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN).*** *Un rezago se entenderá por identificado con una Cuenta Individual sólo si cumple con lo siguiente:…*

…*C. Para Afiliados con registro en la AFP cuyo primer aporte por acreditarse en la Cuenta Individual se encuentre en Cotizaciones en Rezagos, siempre que coincida exactamente el número de documento de identidad, alguno de los nombres y alguno de los apellidos sin importar el orden…*"

Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008:

"…***ARTÍCULO 3º.- (REGISTRO DE AFILIADOS DEPENDIENTES CON COTIZACIONES EN REZAGOS).*** *Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:*

3.1. Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago.

- *Número de documento de identidad.*
- *Apellido Paterno.*
- *Apellido Materno o de casada.*
- *Al menos un nombre.*

3.2. La AFP deberá obtener la siguiente documentación para concretar el registro:

- *Fotocopia del documento de identidad…*
- *Formulario de Registro firmado por el empleador del Afiliado con contribuciones en rezagos (empleador cuyos datos estén consignados en alguno de los FPC por medio del cual se hubieran pagado las contribuciones en rezagos) y por un funcionario autorizado de la AFP.*

  La información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la

*que consigne el documento de identidad más la que proporcione el empleador a través de las gestiones realizadas o la consignada en el FPC, cuando esta (*sic*) presente los datos personales completos de los Afiliados.*

En caso que el Formulario de Registro consigne la firma del Afiliado, no será necesario contar con la carta del empleador.

- *Carta del empleador con la firma, sello y aclaración de firma, por medio de la cual se comunica que el Afiliado trabajó o trabaja en esa empresa…*"

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) refiere que la interpretación de la Entidad Reguladora es equívoca, porque la norma no manifiesta de manera expresa que la información obtenida debe ser idéntica al rezago, que el rezago debe coincidir con el documento de identificación o que la información debe coincidir exactamente con el documento de identidad, por lo que al no existir una información idéntica en el rezago y el registro realizado, no corresponde la sanción, ya que el numeral 3.1. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS Nº 013 de 2 de enero de 2008, establece que el Afiliado dependiente cuente con cotizaciones en rezago, que el rezago del Afiliado consigne **al menos** con la información del número de documento de identificación, los apellidos paterno y materno y el nombre del afiliado y el registro realizado señale **al menos** la información del número de documento de identificación, los apellidos paterno y materno y el nombre del afiliado.

Asimismo, señala que realizó el registro de los Asegurados hoy motivo de sanción, con documentos que respaldan la identidad de los mismos, ya que contienen información de los documentos de identificación, apellidos y nombres, siguiendo el procedimiento establecido para el efecto, los cuales no tienen que ser idénticos, ya que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, observa por la diferencia de letras que tienen la misma consonancia.

De acuerdo a los antecedentes que cursan en el presente caso de autos, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** asignó los NUA 038704869, 038701376, 038735398, 038735416, 038735428, 038735453 y 038758076, siendo que consignaban un número de carnet de identidad diferente entre la Base de Datos de Rezagos y la documentación existente.

De la misma manera asignó los NUA 038726026, 038726038, 038726051, 038741210 y 038747662, pese a que existía diferencia entre la información consignada entre la Base de Datos de Rezagos y la información contenida en la documentación de los Asegurados.

Al respecto, tal como señala el punto 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 013 de 2 de enero de 2008 (ya analizado ut supra), señala que las AFP podrán registrar a **Afiliados dependientes nuevos** que cuenten con una o más cotizaciones en rezagos, considerando por cada Afiliado la **información mínima** que **también** debe consignar en el **registro de rezagos;** señalando los datos que debe considerarse para contar con información mínima, el número de documento de identidad, apellido paterno, apellido materno o de casada y al menos un nombre.

Si bien **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** realizó el registro de los Afiliados en la Base de Datos con la información proporcionada por el empleador, no consideró lo señalado en el punto 3.1. del artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 2 de enero de 2008, por tanto lo aseverado por la AFP no corresponde, toda vez que dicho artículo establece claramente la **información mínima** que debe considerar la AFP para el registro de Afiliados dependientes nuevos con cotizaciones en rezagos.

La recurrente señala también que:

> "…*La Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 13 de 02 de enero de 2008, establece en el inciso 3.2, que la información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más las que proporcione el empleador en las gestiones realizadas o la consignada en el FPC cuando ésta presente los datos personales completos, en los casos observados, los datos de la planilla de pago de contribuciones no son completos debido a que no se cuenta con toda la información del Asegurado Ej. La fecha de su nacimiento.*
>
> *Para proceder al registro de los casos observados (declarados erróneamente por el empleador) se tomó como base de su registro la Cédula de Identidad de cada uno de ellos, documento que acredita su derecho a la identidad, que es emitido por autoridad competente y de los cuales se presume su plena legalidad, idoneidad y fidelidad, en el contenido de la información*…"

Dicho argumento no es válido, toda vez que el punto 3.2. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013, señala la documentación que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben considerar para concretar el registro, luego de verificar la información mínima de cada Afiliado considerando el registro en rezagos.

Por lo tanto, al considerar la identificación de aportes en rezago que presenten un número de documento de identidad, nombre o apellido diferente (siendo que este se haya originado por malas declaraciones del Empleador), confirma que no se contaba con la información suficiente para la afiliación de los NUA's sancionados, debido a que según lo establecido en el literal C del artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008, debe existir **coincidencia exacta** en el número de documento de identidad, alguno de los nombres y alguno de los apellidos, para proceder a la afiliación desde rezagos.

A este respecto, no consta en el expediente que la recurrente hubiera elevado ninguna consulta al Ente Regulador, o que le hubiera solicitado la autorización para el levantamiento de aportes en rezagos.

En ese entendido, se concluye que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** incumplió lo establecido en el numeral 3.1. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 2 de enero de 2008.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 408-2011 de 8 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 277-2011 de 6 de septiembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2012

TOMO II

BOLIVIA

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
Calle Bolivar Nº 688

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

Depósito Legal:

Edición 2013

La Paz - Bolivia

INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS — PAG.

20. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2012 DE 10 DE ABRIL DE 2012** **705**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

21. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2012 DE 16 DE ABRIL DE 2012**..... ..... **773**
RECURRENTE: BANCO ECONÓMICO S.A.

22. **MEFP/VPCF/Nº 022/2012 DE 18 DE ABRIL DE 2012**..... **807**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

23. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 023/2012 DE 02 DE MAYO DE 2012** **853**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

24. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2012 DE 11 DE MAYO DE 2012** **893**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

25. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2012 DE 11 DE MAYO DE 2012** **941**
RECURRENTE: NOEMY ENRRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS

26. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2012DE 15 DE MAYO DE 2012** **959**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

27. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 027/2012 DE 22 DE MAYO DE 2012** **1021**
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI

28. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 028/2012 DE 23 DE MAYO DE 2012** **1047**
RECURRENTE: SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.

29. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 029/2012 DE 23 DE MAYO DE 2012** **1087**
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.

30. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2012 DE 05 DE JUNIO DE 2012** **1121**
RECURRENTE: AON BENFIELD ARGENTINA S.A.

31. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012** **1157**
RECURRENTE: ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES S.A.

32. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012** **1175**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

33. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 033/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012** **1205**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

34. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 034/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012 1235
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

35. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2012 DE 11 DE JUNIO DE 2012 1253
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO

36. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 036/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012 1297
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

37. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2012 DE 29 DE JUNIO DE 2012 1317
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

38. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 038/2012 DE 29 DE JUNIO DE 2012 1341
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 DE 07 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 020/2012 DE 10 DE ABRIL DE 2012

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2012

La Paz, 10 de abril de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 de 7 de noviembre de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ Nº 055-2011 de 25 de febrero de 2011, esta última emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 005/2012 de 27 de febrero de 2012 e Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 032/2012 de 09 de marzo de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de noviembre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 de 7 de noviembre de 2011, que en

Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 055-2011 de 25 de febrero de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de diciembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 9 de diciembre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS AP/DJ/DPC/2983/2010 DE 14 DE OCTUBRE DE 2010.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, mediante nota AP/DJ/DPC/2983/2010 de 14 de octubre de 2010, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

"Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2001 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que en trescientos ochenta y cinco (385) casos hasta la emisión de la presente Nota de Cargos, no ha iniciado Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los ciento veinte 120 días calendario, computables a la fecha en la que el empleador entro en mora.

El detalle de los casos se encuentra en el Anexo I.

III.- <u>NORMATIVA INFRINGIDA</u>:

- ***Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.***

"ARTICULO 23 DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL. *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación, y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, solo admitirán recurso de apelación.

ARTICULO 31 OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. *Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:...*

d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieran sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones."

- ***Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.***

"ARTICULO 95 (COBRO DE COTIZACIONES POR PROCESO EJECUTIVO SOCIAL). *La AFP está obligada y autorizada para ejercitar la personería jurídica de sus Registrados y se encuentra obligada a efectuar el cobro de las Cotizaciones, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, primas y de las Comisiones, más los intereses que no hubiesen sido pagados por el Empleador a la AFP. Para efectuar dicho cobro procederá la ejecución social, y el cobro antes referido procederá aun cuando el Registrado se hubiese traspasado de AFP.*

ARTICULO 142 (CUIDADO EXIGIBLE). *A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia."*

- ***Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000.***

"ARTICULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCION PROCESAL) *La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469."*

- ***Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.***

"ARTICULO 1.- AMPLIACION DE LA GESTION DE COBRO. *Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."*

- ***Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000.***

"QUINTO.-(PROCEDIMIENTO DE COBRO Y DE ACLARACION DE LA PRESUNCION DE MORA)*...*

b)...la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva."

En este sentido se concede el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, ***computables a partir*** *del día siguiente de notificada la entidad, para que presente sus descargos."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.AP.VP.COB.2057/2010 de fecha 29 de noviembre de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta descargos alegando lo siguiente:

"En su nota detalla 385 casos, para cuyo efecto su Autoridad remitió los números de identificación de las empresas observadas, omitiendo la Razón Social, situación que es importante, debido a que existen empresas que tienen más de una sucursal. Por tal motivo procedimos a identificar sus observaciones por cada sucursal relacionada al número de NIT, GOB, SUP o RUC, en este contexto, nuestra Administradora realizó la evaluación por tipo y número de identificación, existiendo un número mayor de sucursales, por tanto se detalla el análisis de 449 casos, con las siguientes casuísticas:

1. Empleadores observados sin deuda a la fecha de envió del AGM: *Se identificaron 28 casos (Sucursales) que fueron reportadas en fecha 20 de septiembre de 2010 como regularizadas y las mismas se encuentra en el Archivo Histórico de Mora, con el correspondiente código de regularización correspondiente.*

Para este efecto adjuntamos los resúmenes de mora correspondientes, de acuerdo a detalle del Anexo 1, no obstante, en caso de considerarlo, estas empresas pueden ser validadas por su Autoridad en el AHM de la fecha mencionada y/o en último remitido en fecha 19 de noviembre del presente.

2. Empleadores observados sin deuda al envío de la presente nota: *Del total de los casos revisados, se verificó que 122 casos (Sucursales), procedieron a regularizar su deuda.*

De los mismos adjuntamos en el Anexo 2, el detalle de los mismos con sus correspondientes resúmenes de mora, asimismo en caso de considerarlo, la misma puede ser validada en el último AGM remitido en fecha 20 de noviembre de 2010.

3. Empleadores observados con deuda menor a 120 días a la fecha de la nota: de envío de la presente nota (sic): *Se identificó que 20 casos, donde los empleadores tiene deuda en mora, pero todas ellas son menores a los 120 días.*

En este sentido y para su verificación correspondiente, adjunto remitimos en el Anexo 3, el detalle de mismos y los resúmenes de mora respectivos, sin embargo, los mismos pueden ser validados en el último AGM remitido en fecha 19 de noviembre del presente.

4. Empleadores observados con deuda mayor a 120 días, con documentación en proceso de regularización: *Se identifico 57 casos, donde los empleadores realizaron la presentación de la documentación, el pago de la deuda y/o se encuentran en etapa de conciliación (TGN) que es de conocimiento de su Autoridad, los mismos que se encuentran en proceso de regularización, detalle que se adjunta en el Anexo 4.*

5. Empleadores observados, en Proceso Judicial: *Se identifico que 222 casos de empleadores que tienen su deuda en mora con Proceso Ejecutivo Social Iniciado y/o con las ampliaciones realizadas.*

De los mismos se adjunta copia de demanda de acuerdo al detalle descrito en el Anexo 5…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 055-2011 DE 25 DE FEBRERO DE 2011.-

Que mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 055-2011 de 25 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resolvió:

"PRIMERO.- *Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, con respecto a doscientos setenta y cuatro (274) casos detallados en los Cuadros N° 2, 4, 6, 8 y 10.*

SEGUNDO.- *Desestima sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con respecto a los casos detallados en los Cuadros N° 1, 3, 5, 7, 9 y 11.*

TERCERO.- *La obligación de Futuro de Bolivia S.A.* (sic) *de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda bajo su entera y absoluta responsabilidad, conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.*

CUARTO.- I. *La multa señalada en la Disposición Primera, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 2 de junio de 2011, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 055-2011 de 25 de febrero de 2011, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico:

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 405-2011 DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Que mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 405-2011 de 7 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"PRIMERO.- *Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 055-2011 de 25 de febrero de 2010 emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, modificándose la parte resolutiva de la siguiente manera:*

"PRIMERO.- *Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us 100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a:*

a) Los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, con respecto a doscientos cuarenta y tres (243) casos detallados en los Cuadros N° 2, 4, 6, 8 y 10.

Se levanta la sanción con respecto a treinta y un (31) casos, correspondientes a los cuadros antes mencionados de acuerdo al siguiente detalle:

N°	Sucursal	Nombre o Razón Social
1	22193	COLEGIO MARÍA AUXILIADORA
2	23846	ALZUGARAY TALLERES MECÁNICOS SRL.
3	24040	SEGURO SOCIAL UNIVERSITARIO
4	26123	HOTEL CANCILLER
5	27217	COMPAÑÍA BOLIVIANA DE INGENIERÍA SRL
6	29868	INTERSYSTEMS SRL
7	30008	VIAJES JAPÓN
8	42077	CRECER
9	43567	PROYECTO CAMINOS VECINALES CC W
10	44860	DETEKTA S.R.L.
11	46788	TAPIA HERMANOS TRANPORTE NACIONAL E INTERNACIONAL
12	47515	SERVICIO DEPARTAMENTAL DE GESTIÓN SOCIAL SEDEO
13	48013	PROG. DESARROLLO EMP. PARA EMPRESAS S.R.L.
14	49492	SERVICIO DEPARTAMENTAL AGROPECUARIO SEDAG
15	50193	ESTACIÓN DE SERVICIOS ROJAS
16	50635	UNIVERSIDAD SIMÓN J. PATIDO
17	50689	SUBPREFECTURA MARBAN
18	50722	SUB GOBIERNO AUTÓNOMO DEPARTAMENTAL DEL BENI MOX
19	53179	H . S. N .
20	53980	SERVICIO DEPARTAMENTAL DE DEPORTE SEDEDE
21	53983	SUBPREFECTURA BALLIVIAN
22	54991	CAPELLO SALÓN UNISEX
23	55767	ESTACIÓN DE SERVICIO RYG CINCUNVALACION
24	55785	CAJA NACIONAL DE SALUD
25	56478	CONSEJO INTERINSTITUCIONAL DE DESARROLLO
26	56550	ENRIQUE VIVEROS TALA VERA
27	56563	ANA MARÍA GONZALES
28	56586	ARMINDA DORADO HORNEZ COMERCIAL KARINA
29	56599	PRENDAMAS
30	53535	MINISTERIO DÉ DESARROLLO HUMANO
31	31358	INSIGNIA SRL

b) El artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, por los casos señalados en los Cuadros N° 2, 4, 6, 8 y 10 que presentan periodos de cotización a partir de mayo de 2008.

***SEGUNDO.- I.** Desestima sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con respecto a los casos detallados en los Cuadros N° 1, 3, 5, 7, 9 y 11.*

***II.** Asimismo, en virtud al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se desestima la imputación correspondiente al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, por todos los casos que presentan periodos de cotización anteriores a mayo de 2008.*

***TERCERO.-** La obligación de Futuro de Bolivia S.A. AFP de recuperar la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones."*

***SEGUNDO.-** El detalle de los afiliados con prestación o pago, por los cuales la AFP incumplió con el procedimiento de recuperación de aportes y otorgó la prestación, sin contar con los aportes que le correspondían al Afiliado en su Cuenta Individual, se encuentra en Anexo adjunto a la presente Resolución Administrativa, mismo que asciende a cinco mil ochocientos cinco (5805) casos…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…<u>De los Fundamentos Técnicos - Jurídicos de fondo</u>

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado el 02 de junio de 2011 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente

AL PUNTO DE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS QUE GARANTIZAN EL DEBIDO PROCESO Y CONSTITUYEN VICIOS PROCEDIMENTALES

a) Falta de justificación en el nuevo Auto de Apertura de Término de Prueba.-

Al respecto corresponde señalar que esta Autoridad antes de emitir un pronunciamiento final sobre el caso, precisa contar con todos aquellos elementos que considere necesarios para formar convicción de los hechos y aquellos necesarios para fundamentar sus decisiones, en ese entendido la emisión de Autos tiene por objeto lo señalado anteriormente.

Es importante también aclarar que, la necesidad de la apertura del término de prueba en el proceso administrativo sancionatorio, responde a la acción de poder contrastar los elementos que componen el cargo imputado y/o las connotaciones que este tuviera con el caso, así como los efectos y consecuencias adversas que este acarrea.

En ese comprendido, considerando que la calificación de la sanción aplicada importa el elemento daño y por los argumentos planteados por el regulado, se hizo necesario contar con otros elementos relacionados al caso, a considerarlos a momento de mantener o modificar lo dispuesto en la R.A.055-2011.

El regulado hace mención a lo determinado en el parágrafo II del artículo 29 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; dicha norma establece la posibilidad de que el Ente Regulador pueda aperturar el periodo prudencial de prueba cuando este (sic) *lo considere pertinente. Sin embargo, la AFP olvida que la norma citada precedentemente no es la única utilizada en el proceso administrativo sancionatorio, toda vez que, considerando la etapa en la que se encuentra actualmente el proceso y viendo la necesidad de poder contar con elementos probatorios que justifiquen la emisión del acto, se ha aplicado el artículo 62 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, el cual señala expresamente que la Autoridad Administrativa de oficio podrá determinar la apertura de un término de prueba realizando al efecto las diligencias correspondientes.*

Asimismo es necesario dejar en claro que, la relación de los aspectos requeridos en los Autos es facultad del Ente Regulador, con el fin de poder determinar los hechos y asumir la decisión final en base a la prueba y la evaluación de los argumentos. Lo anterior significa el cumplimiento de los Principios del Debido Proceso y el de la Verdad Material.

Por lo expuesto, se concluye que los Autos emitidos se justifican por la necesidad de su emisión en el presente proceso administrativo sancionatorio, toda vez que a través de estos se ha evaluado y comprobado apropiadamente los argumentos y fundamentos de descargo insertos en Recurso de Revocatoria. Asimismo, a través de la información remitida por el regulado se pudo realizar el análisis minucioso que atinge al caso, considerando el número de casos involucrados y las implicancias de cada uno de ellos. Ello también ha significado que Futuro de Bolivia S.A. AFP pueda asumir su defensa de manera amplia.

En virtud a lo expuesto, la justificación y el fundamento de los Autos emitidos se halla respaldado, por lo que de ninguna manera invalidan las actuaciones del proceso, en el sentido que cumplen con el Debido Proceso y el respeto al legítimo derecho a la defensa del regulado, sin limitar o restringir los derechos del regulado, quien en ejercicio del mismo ha dado respuesta a cada uno de los requerimientos.

***b) Vulneración al Principio de Tipicidad.-** La AFP señala que en la R.A.055-2011 no se habría demostrado ni configurado como infracción lo dispuesto por el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*Con carácter previo a la evaluación de lo anterior corresponde hacer mención al Principio de **Tipicidad**, expresado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 50/2005 de 08 de diciembre de 2005, que señala lo siguiente:*

"Se puede definir al Derecho Penal Sancionatorio como el conjunto de normas mediante las cuales las autoridades administrativas imponen sanciones, a través de un

*procedimiento legalmente establecido a aquellas personas que, teniendo un **deber** para con la Administración Pública y/o con la sociedad a la que prestan un servicio o realizan alguna actividad en su favor, no lo cumplen al mismo tiempo, tampoco se puede alentar el incumplimiento de obligaciones administrativas que tienen los operadores para con los usuarios o beneficiarios, resultantes de contratos, licitaciones o emergentes de la propia Ley que norma estas relaciones...*

*Así, la Ley de Procedimiento Administrativo consagra claramente los principios que rigen el procedimiento sancionatorio, entre los que se encuentra el **Principio de Tipicidad** que señala que **son infracciones** administrativas las **acciones u omisiones** expresamente **definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias** y que solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente **establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.**" (Las negrillas son nuestras)*

*De lo expuesto anteriormente se tiene que, el Ente Regulador ha cumplido con el Principio de Tipicidad al considerar en la imputación de cargos, la acción antijurídica incurrida por el regulado y la normativa vulnerada, está referida al **deber de interponer la acción procesal para el inicio del Proceso Ejecutivo Social** conforme a norma; disposición legal que se halla debidamente tipificada administrativamente como un deber.*

Asimismo se aclara que, el deber de la AFP radicaba en la interposición de la demanda ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, obligación determinada en la norma y reglamento, y cuya obligatoriedad es ineludible, pues la omisión del deber implica incumplimiento por el regulado.

La consecuencia de la falta de la presentación de la demanda por el regulado ante los Juzgados, como condición sine quo non para el Proceso Ejecutivo Social, implica en el ámbito administrativo de pensiones infracción, por la falta de recuperación de los montos adeudados por el Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO), por el concepto de Contribuciones.

Esta inactividad del regulado conduce a la falta de la recuperación de la deuda al SSO, y con la cual se calculan y financian las prestaciones, es por tal motivo la importancia de que la gestión cobro judicial deba ser realizada conforme manda la norma, a fin de evitar perjuicio al Asegurado o sus Derechohabientes en cuanto a la cobertura de los casos por falta de recuperación oportuna, según corresponda, de las Cotizaciones y primas.

Por tanto, cuando la AFP no ha iniciado el PES, ha omitido el imperativo de perseguir el cobro de lo adeudado a través de la ejecución social, debiéndolo haber efectuado conforme a procedimiento establecido.

*Para una mejor ilustración del **deber** establecido por norma que inobserva la AFP, se detalla a continuación:*

- ***Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.***

ARTÍCULO 23 DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL. ***Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro*** *de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

La sustanciación se realizará ante los Jueces *de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.*

ARTÍCULO 31 OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes ***obligaciones:...***

d) Cobrar *las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieran sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones." (Las negrillas son nuestras)*

- ***Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.***

"ARTÍCULO 95 (COBRO DE COTIZACIONES POR PROCESO EJECUTIVO SOCIAL). La AFP está obligada y autorizada para ejercitar la personería jurídica de sus Registrados y se encuentra ***obligada a efectuar el cobro*** *de las Cotizaciones, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, primas y de las Comisiones, más los intereses que no hubiesen sido pagados por el Empleador a la AFP. Para efectuar dicho cobro procederá la ejecución social, y el cobro antes referido procederá aun cuando el Registrado se hubiese traspasado de AFP.(las negrillas son nuestras)*

- ***Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000.***

"QUINTO.- (PROCEDIMIENTO DE COBRO Y DE ACLARACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE MORA)*...*

b)...la Administradora ***iniciará las acciones legales*** *que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva."(Las negrillas son nuestras)*

Con carácter previo a continuar con el análisis, es necesario dejar establecido que la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y su reglamentación, facultan al Ente Regulador para velar por la seguridad, solvencia, liquidez, rentabilidad en las actividades realizadas por las AFP relacionadas con los fondos de pensiones, la otorgación de las prestaciones así como la recaudación de las Contribuciones.

En ese contexto y en lo que hace a la gestión de cobro judicial, es el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, prevé los aspectos relativos al PES desde el inicio hasta la ejecución, este entendido como el mecanismo jurisdiccional para la recuperación de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO, señalando que, la sustanciación del PES se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, esto significa desde la presentación de la demanda.

Por lo anterior, esta Autoridad tiene la facultad y competencia para supervisar y controlar la oportunidad, pertinencia y diligencia que ejercen sobre las AFP en la tramitación de los PES como representantes de los Asegurados y los fondos que administran. De esta manera, el Ente Regulador puede efectuar las revisiones pertinentes al trabajo llevado a cabo por las AFP en la tramitación de dichos procesos ***desde su inicio,*** *enmarcándose a verificar que no exista negligencia o inoperancia por parte de la AFP, que conlleve un efecto negativo en la recuperación de los recursos, tomando en cuenta practicas procesales que rigen el sistema judicial vigente.*

En virtud a lo expuesto anteriormente, no es admisible el argumento de la falta de tipicidad, por cuanto la conducta imputada por la entidad competente se encontraba como un deber preestablecido por norma, a la cual el regulado se encontraba en la obligación de cumplirla desde el principio (demanda) conforme a procedimiento.

Asimismo se recuerda que, la interposición de las acciones legales no está supeditada al arbitrio del regulado, sino conforme manda el procedimiento establecido en normativa, es decir que una vez realizada la gestión de cobro administrativo (salvo excepción prevista por norma), la AFP debe proceder a la cobranza judicial de la deuda, con la interposición oportuna de la acción procesal contra el Empleador deudor al SSO.

En lo referente al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469, antes de realizar el análisis correspondiente es pertinente tomar en cuenta lo que establece la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, que es como sigue:

"La figura del "Buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que establece: "Así, de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 citado, la SPVS, para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los procesos ejecutivos sociales, debe considerar ese concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo, ***las fechas de presentación de los memoriales*** *de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y* ***otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente y, por ello le son imputables las responsabilidades respectivas."****(Las negrillas son nuestras)*

De lo anterior se entiende que, detrás de la expresión "diligencia del buen padre de familia" se expresa la obligación de la AFP de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en todo aquello que realice, extremando todas las medidas legales establecidas por norma, con la finalidad de que no se ocasione perjuicio alguno a causa de su inacción, en lo particular en el inicio del PES como mecanismo legal para la recuperación de los adeudos al SSO, imperativo que se hace factible después de la gestión administrativa de cobro.

En ese sentido, la normativa establece niveles de diligencia específicos para la AFP, como ser en la recuperación de adeudos al SSO, para que los Asegurados no sufran las consecuencias de su inoperancia; lo cual acarrea ***responsabilidad*** *para el regulado. Por lo que es necesario recordar que, los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de*

noviembre de 1996 de Pensiones y los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, de manera integral imponen el ***deber*** *de la AFP de iniciar el PES, esto viene a significar a través de la acción procesal, para la recuperación de las Contribuciones en mora al SSO, en su condición de buen padre de familia y como representantes de los Afiliados.*

Para complementar lo anteriormente señalado se debe considerar también lo señalado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ***(SIREFI),*** *la cual categóricamente establece el "Marco Legal del Plazo para la Iniciación de los Procesos Ejecutivos", instaurados por las AFP, señalando lo siguiente:*

"La Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 establece en su Artículo 23 que: "Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo. Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones..."

Por su parte el Artículo 31, literal d) de la citada Ley, con relación a las obligaciones de las AFP, establece; "Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieran sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones."

El Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, señala en su Artículo 95 que: "La AFP está obligada y autorizada para ejercitar la personería jurídica de sus Registrados y se encuentra obligada a efectuar el cobro de las Cotizaciones, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, Primas y de las Comisiones, más los intereses que no hubiesen sido pagados por el Empleador a la AFP. Para efectuar dicho cobro procederá la ejecución social, y el cobro antes referido procederá aun cuando el Registrado se hubiese traspasado de AFP."

El Artículo 9 del Decreto Supremo No. 25722 de 31 de marzo de 2000, dispone que: "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el Artículo 23 de la Ley de Pensiones y el Artículo 95 del Decreto Supremo No. 24469. La Gestión de Cobro..."

Por su parte el Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, establece en su Artículo 1 que: "Se amplía hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el Artículo 9 del Decreto Supremo No. 25722 de 31 de marzo de 2001."...

Una vez dictado el Decreto Supremo No. 26131, que amplía el plazo de la gestión de cobro hasta 120 días, ***se evidencia que el plazo para iniciar el proceso ejecutivo social se***

encuentra comprendido <u>dentro</u> de ese periodo ampliatorio de hasta 120 días." *(Las negrillas y subrayado son nuestros)*

También encuentra relación con el presente acto administrativo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007, la cual expresa lo siguiente:

"...se pudo evidenciar que la AFP logró la recuperación de los adeudos del empleador posteriormente en algunos casos, sin embargo, la SPVS sancionó a la AFP no por no lograr la recuperación de los aportes, sino por no haber iniciado el proceso ejecutivo social en forma oportuna.

Por ello se debe señalar como se estableció en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 72/2007 de 17 de agosto de 2007 que: "…pese a haber sido recuperado el monto de los aportes por parte de la AFP como lo fue en los hechos, no se debe olvidar que la falta de oportunidad en la recuperación de estos adeudos no solamente afecta al Seguro Social Obligatorio afectando su carácter coercible que debe tener para asegurar que los empleadores cumplan con sus obligaciones, sino también la omisión del inicio de los procesos ejecutivos sociales afecta también la sostenibilidad del propio sistema que se basa principalmente en los aportes de los propios afiliados que son retenidos por los empleadores y que deben ser remitidos a las AFP sin que pueda existir justificativo para no proceder en ese sentido. Asimismo, ***el no iniciar los procesos ejecutivos sociales de acuerdo al ordenamiento jurídico, implica un efecto pernicioso de riesgo moral para el sistema,*** *implicando* ***que los empleadores,*** *pese a vulnerar los derechos de los Afiliados* ***y afectar el propio sistema,*** *tengan la posibilidad de pretender* ***soslayar el pago de sus obligaciones y pongan el*** (sic) ***riesgo los propios beneficios que el Seguro Social Obligatorio de largo plazo ofrece.***" *(Las negrillas son nuestras)*

Por lo expuesto, los argumentos de no haber tipicidad en cuanto a la normativa imputada y aplicada para la sanción, son incorrectos, considerando el deber y la responsabilidad que tiene la AFP de cumplir con el procedimiento y deberes establecidos por norma, los cuales fueron vulnerados por el regulado al, establecerse que como causa se tuvo la falta de inicio del PES y como consecuencia el efecto pernicioso para el sistema mismo y sus integrantes.

c) Vulneración del Principio de Congruencia.- *En cuanto a esta parte del acto administrativo corresponde señalar que, el Ente Regulador a momento de aplicar la sanción en el presente caso ha tomado en cuenta la norma, el hecho antijurídico y claro está la Resolución Jerárquica a la que se hace referencia anteriormente, toda vez que como se explicó en el análisis al punto b), la norma imputada se encuentra interrelacionada al hecho imputado, es decir que, a momento de elaborar el cargo se ha considerado el concurso ideal de tipos penales administrativos, ya que con una sola conducta se han infringido varias normas que se encuadran en la tipicidad de la infracción imprimida por el regulado, toda vez que este ha vulnerado el deber de iniciar el PES con la acción procesal, para el cobro de adeudos al SSO contra el Empleador en mora.*

Si bien la AFP en esta etapa recursiva señala que, los casos sancionados cuentan con un PES instaurado por lo que el hecho imputado no tendría relación alguna con las

infracciones supuestamente cometidas; sin embargo se debe dejar en claro que los casos objeto de imputación fueron iniciados mucho después de finalizada la gestión administrativa de cobro, es decir que los casos fueron demandados después del inicio formal del presente proceso administrativo sancionatorio; por tanto la obligación de interponer la acción procesal no puede ser efectuada en cualquier momento, considerando los perjuicios que ello acarrea, como lo es el que Empleador soslaye el pago de sus obligaciones y pongan el riesgo los propios beneficios que el SSO ofrece e indirectamente la sostenibilidad del mismo sistema de seguridad social.

A su vez, la AFP hace mención a la normativa referente a recargos y su consideración en la resolución sancionatoria, señalando que la misma es incongruente con el caso en razón a que por los Principios de Sometimiento pleno a la Ley y de Jerarquía Normativa, no es el regulado quien por la falta de recuperación oportuna ha originado un recargo y consecuentemente daño al Afiliado y/o sus Derechohabientes, siendo el responsable directo el Empleador como agente de retención al momento de incumplir éste sus pagos a las AFP.

Al respecto, de cierta manera resulta evidente lo señalado por la AFP cuando ésta atribuye la obligación al Empleador, como agente de retención, de realizar los aportes de los Afiliados al SSO, quien al no pagar las deducciones realizadas, incurre en mora, siendo el Empleador quien en lo posterior tiene que financiar las prestaciones y pagos en el SSO a favor del Afiliado o sus Derechohabientes.

En ese comprendido, aquel Empleador que se encuentre en mora y que no hubiera regularizado la misma en la etapa administrativa, se halla sujeto a ser procesado por la AFP en el ámbito jurisdiccional a través del PES, a fin de recuperarse los montos adeudados. Sin embargo cuando el Empleador, salvo voluntad del mismo, no encuentra la pretensión legal formalizada por el demandante en la justicia ordinaria (acción procesal de la AFP - coerción legal) solo se halla ante una obligación señalada por la Ley para el pago de la mora, pero no reclamada por el principal interesado, quien es la AFP. Es por eso que, la importancia del inicio formal del PES, además de dar lugar a la etapa de cobro judicial, da lugar a la intimación al pago de la deuda contra el Empleador y la garantía con la aplicación de medidas precautorias sobre sus bienes. En ese sentido, la trascendencia del inicio del PES, opera con la primera actuación judicial; lo contrario significa un actuar ineficiente y prejuicioso (sic), *limitando la posibilidad de sobremanera al pago de la deuda. Asimismo, se debe considerar que el movimiento del aparato jurisdiccional está supeditado a la acción del demandante al no ser esta de oficio. En ese sentido, si la AFP no inicia la acción procesal de manera oportuna implica retrasar la recuperación de la deuda, poniendo en riesgo y consecuentemente perjuicio al Afiliado, a quien le fue deducido del total ganado los aportes para la seguridad social.*

Por otro lado, si bien la AFP refiere que las acreditaciones por periodos en mora posteriores a la otorgación de prestaciones y pagos pueden ser devueltos a los Afiliado o sus Derechohabientes; sin embargo la AFP no considera que el impacto de una falta de recuperación oportuna de adeudos en plazo, genera que el Afiliado tenga un límite en lo que se refiere al número de cuotas que se debieron adquirir, al valor cuota del momento,

para financiar una prestación, sin perjuicio de aquellos casos en los que por esos periodos faltantes de recuperación se hubiera rechazado un beneficio del SSO.

Cuando la AFP hace la interpretación de la nota SPVS/IP/DPSSO/65/2008 de 01 de enero de 2008, concluye señalando que el recargo se origina por la falta de pago del Empleador lo que origina descobertura, por lo que el daño sería ocasionado por el Empleador que incurrieron en mora al momento de ocurrido el siniestro, y de ninguna manera puede ser atribuido a la AFP. Al respecto, nuevamente se aclara que es cierto que el recargo y sus consecuencias prejuiciosas en contra del Asegurado o sus Derechohabientes no son responsabilidad de la AFP; sin embargo es necesario tener en cuenta que la recuperación de los adeudos si depende de la gestión eficiente y diligente del regulado, quien una vez desarrollada la gestión administrativa debe iniciar el PES, previendo justamente lo que señala la AFP, evitar que el Afiliado se encuentre descoberturado a momento de sufrir una contingencia, por falta de recuperación de la mora.

No iniciar el PES, da margen a que el Empleador pueda soslayar la obligación de pagar la deuda.

Por lo expuesto precedentemente, los actos fundamentados emitidos por el regulador encuentran congruencia al establecer que con el inicio de la gestión de cobro judicial diligente constriñe al Empleador a cumplir con sus obligaciones en mora y evita la generación de recargos, y consecuentemente el pago íntegro y oportuno de la prestación.

Falta de Proporcionalidad e imparcialidad en la imposición de la sanción económica.- *Antes de realizar el análisis del caso, con respecto al Principio de Proporcionalidad en cuanto a la sanción aplicada, el inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece lo siguiente:*

"p) Principio de Proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento."

Asimismo, el punto III., 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que el regulador, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente: a) Es indiscutible que el incumplimiento de la Administradora al deber establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, lo cual se constituye en infracción debidamente tipificada, b) La infracción se encuentra plenamente probada, pues la Administradora no ha iniciado Proceso Ejecutivo Social conforme a procedimiento contra el Empleador que incurrió en mora, es decir una vez culminada la gestión de cobro administrativo y c) Las pruebas aportadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, fueron debidamente probadas por la Entidad Reguladora al realizar un análisis de manera detallada entre el hecho imputado y las obligaciones exigidas a la AFP, lo cual se puede evidenciar en el análisis del presente caso de autos. Pero además se tiene que, como efecto del inicio del presente proceso administrativo sancionatorio, la actitud del regulado, fue la de demandar aquellos periodos que faltaban procesarse jurisdiccionalmente y que se encontraban en mora por el Empleador, es decir posterior al inicio del presente proceso sancionatorio.

Asimismo, respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se concluye en lo siguiente: a) Existió intencionalidad en el hecho producido, toda vez que la AFP como administradora de los fondos tenía conocimiento de aquellos Empleadores que se encontraban en mora (al contar con la base de datos de control de la mora y reportar al regulador periódicamente), pero pese a ello no ha iniciado el PES en

su momento, y fue después de la acción del regulador que inicio recién todos los PES en mora, inclusive aquellos periodos que datan de los inicios del SSO. Asimismo, la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP fue premeditada, toda vez que el regulado deliberadamente (conociendo la norma y al haber sido sancionado anteriormente) omitió dar inicio al PES que le impone la norma, b) Existe evidencia de los perjuicios causados por el incumplimiento de la Administradora, tal como se señaló anteriormente al ocasionar que la misma al no dar inicio a la acción procesal por recuperación de aportes ha ocasionado perjuicio a los Afiliados que se encontraban bajo dependencia laboral de los Empleadores, quienes precisan que sus aportes se encuentren en su Cuenta Individual, y que la falta de recuperación oportuna de sus aportes y primas por la AFP genera un perjuicio a momento de cubrir una prestación por las contingencias que se presenten toda vez que no se adquirieron la cuotas correspondientes para ser consideradas a momento de otorgarse el beneficio del SSO. Asimismo, haciendo alusión nuevamente a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007, la cual determinó que: "el no iniciar los procesos ejecutivos sociales de acuerdo al ordenamiento jurídico, implica un efecto pernicioso de riesgo moral para el sistema, implicando que los empleadores, pese a vulnerar los derechos de los Afiliados y afectar el propio sistema, tengan la posibilidad de pretender soslayar el pago de sus obligaciones y pongan el riesgo los propios beneficios que el Seguro Social Obligatorio de largo plazo ofrece.". Asimismo, se advierte daño en el caso correspondiente al NUA 27787448 por la generación de recargos, el mismo que por falta de la recuperación oportuna de sus aportes y primas no llegó a cumplir con los requisitos del artículo 8 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 por lo tanto se generó recargos al Empleador para el pago de la prestación y c) En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS - IP No. 288 de 10 de abril de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa IP No. 37 de 19 de enero de 2007, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 72/2007 de 17 de agosto de 2007, que confirma las actuaciones del ente regulador. Con el mismo criterio la ex SIREFI emitió la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 39/2007 de 23 de abril de 2007 y SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007.

En virtud a lo señalado anteriormente la multa aplicada es proporcional con el hecho imputado.

En lo referente a la ***imparcialidad,*** *Futuro de Bolivia S.A. AFP hace una comparación con la otra AFP advirtiendo cuantitativamente el número de casos; sin embargo es necesario aclarar que, con la información remitida por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, esta Autoridad realizó la respectiva revisión e identificó a los Empleadores con Mora mayor a ciento veinte (120) días, sin el inicio del correspondiente Proceso Ejecutivo Social, para lo cual se utilizó el Archivo General de Mora reportado por la AFP, en atención a lo dispuesto en la Resolución Administrativa N° SPVS-IP-005 de 06 de enero de*

2003 y la Circular SPVS-IP-DC-096/2000 de 24 de agosto de 2000, por lo cual se tomó como objeto este universo y no por el número de casos. En ese sentido, si bien el número de casos difiere entre ambas AFP sin embargo no es menos cierto que el reporte utilizado corresponde a un solo corte en el envió de información del AGM, siendo importante para la infracción imputada la información remitida y las consecuencias generadas.

Asimismo, respecto a los criterios utilizados para la determinación del daño en lo referente a la otorgación de prestaciones, corresponde señalar que, las observaciones realizadas por el regulado con respecto a la otra AFP no corresponden al tratarse de un proceso administrativo sancionatorio separado, donde las comparaciones que se realizan no tienen incidencia en la infracción incurrida por la AFP y sus implicancias. Por tanto, es equivocado señalar que no hubo imparcialidad en el tratamiento del presente caso, toda vez que el Ente Regulador consideró todos los elementos que forman integralmente el presente proceso, omitiendo realizar comparaciones cualitativas o cuantitativas con otros procesos y de otras entidades.

AL PUNTO DE LA SUPUESTA EXTRALIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE COMPETENCIA Y CONSIGUIENTE NULIDAD DEL ARTÍCULO TERCERO DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA 055/2011.

La Disposición Tercera de la R.A.055-2010, establece lo siguiente:

***"TERCERO.-** La obligación de Futuro de Bolivia S.A. de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda bajo su entera y absoluta responsabilidad, conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones."*

Al respecto, corresponde señalar que dicha obligación está relacionada a la obligatoriedad que establece la normativa imputada, la cual expresa la obligación de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en todo aquello que realice aquel que está obligado a hacer o no hacer algo, extremando todas las precauciones, con la finalidad de que no se ocasione perjuicio alguno a causa de las acciones u omisiones de la AFP, en lo particular en el inicio del PES, computables a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora, situación que fue incumplida por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

*En ese entendido, la normativa vigente establece niveles de diligencia específicos para la AFP, así en la recuperación de adeudos al SSO existe la necesidad de que la AFP lleve a cabo sus actuaciones con el suficiente grado de preparación y cuidado hasta la finalización del PES, buscando lograr su recuperación total, como el representante de los Asegurados y los Fondos que administra y representa y no sufran las consecuencias de su inoperancia; y llevaría consigo consecuencias -jurídicas que acarrean **responsabilidad** para el regulado.*

*Bajo ese comprendido, la AFP debe iniciar el PES para la recuperación judicial de las Contribuciones en mora al SSO, y **son las entidades obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad,** realizando sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que no necesariamente significa garantizar la recuperación efectiva de los adeudos.*

De lo anterior, se concluye que, existen elementos para modificar la Disposición Tercera de la R.A.055-2011, decisión que será expresada en la parte resolutiva del presente acto administrativo.

AL PUNTO DE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR LOS PROCESOS EJECUTIVO SOCIALES EN LOS 120 DIAS.

Con carácter previo es pertinente transcribir la normativa que establecer el plazo para el inicio de la gestión judicial de cobro, la cual se detalla a continuación:

- ***Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.***

  "ARTÍCULO 1.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. *Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario,* ***la obligación que tienen las AFP de iniciar,*** *en ese periodo,* ***la acción procesal*** *prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."*

- ***Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000.***

  "QUINTO.- (PROCEDIMIENTO DE COBRO Y DE ACLARACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE MORA)*...*

b)...la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva."

De lo anterior se comprende que, el plazo establecido para que la AFP inicie el Proceso Ejecutivo Social, es dentro de los ciento veinte (120) días y no como erróneamente lo entiende el regulado, es decir después.

A mayor fundamento del acto administrativo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007, señala lo siguiente:

"Una vez dictado el Decreto Supremo No. 26131, que amplía el plazo de la gestión de cobro hasta 120 días, ***se evidencia que el plazo para iniciar el proceso ejecutivo social se encuentra comprendido dentro de ese periodo ampliatorio de hasta 120 días."*** *(Las negrillas y el subrayado son nuestros)*

Por lo anterior, el argumento de la AFP es inconsistente en razón a que tiene una interpretación errónea de la norma que genera como consecuencia el incumplimiento de la obligación dentro del plazo establecido.

Asimismo es importante aclarar al regulado que el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, de ninguna manera contraviene al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, toda vez que únicamente complementa la norma superior, al referir que la Administradora iniciara las acciones legales, de conformidad a la legislación vigente.

Por tanto del análisis normativo, encuentra un orden y prelación para su debido cumplimiento, sin que se advierta contradicción alguna.

AL PUNTO DE LA PRESCRIPCIÓN ADMINISTRATIVA.

Al respecto, cabe señalar que del análisis y evaluación realizado a los casos para los cuales la Administradora habría incumplido a lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el plazo establecido en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, y considerando la prescripción citada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, sustentado en la Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 79 que a la letra expresa: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripciones de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento del cobro...", se ha interpretado los fundamentos y ha llegado al convencimiento de que la prescripción administrativa debe ser considerada en el presente proceso, de acuerdo a los siguientes criterios:

1. *Los periodos de cotización con prescripción administrativa son todos aquellos con anterioridad a mayo/2008.*

2. *Los periodos a partir de mayo/2008 y que hayan vulnerado lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, serán sujetos del proceso sancionatorio previa revisión de la documentación que hubiese sido proporcionada por el regulado.*

*Es importante señalar que, la obtención del periodo **mayo/2008**, que representa como hito para la determinación de la prescripción administrativa tiene la siguiente analogía:*

El artículo 1° del Decreto Supremo N° 26131 de 31 de marzo de 2001, señala: "Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000".

El artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000, consigna: "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el Empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469.

La Gestión de Cobro, podrá ser interrumpida, cuando la AFP tenga constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del Empleador, debiéndose iniciar de inmediato el Proceso Ejecutivo Social".

De lo detallado en norma, el plazo que tiene la AFP para iniciar el Proceso Ejecutivo Social por el periodo de cotización mayo/2008 es hasta el día 29 de octubre de 2008.

Por tanto y considerando que Futuro de Bolivia recepcionó la nota Cite: AP/DJ/2984/2010 en fecha 18 de octubre de 2010, mediante la cual la Ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP realizó la primera citación con cargos en relación a la falta de inicio de PES, y considerando que las infracciones prescriben en el término de dos (2) años, se deduce que ***aquellos periodos de cotización que fueron infringidos con posterioridad al 18 de octubre de 2008, no tienen efecto de prescripción*** *y por tanto se consideran bajo este último aspecto a los periodos posteriores a mayo 2008.*

Bajo dicho criterio se procedió mas (sic) *adelante a realizar el análisis de todos los casos comprometidos en el presente proceso administrativo, de donde se tiene la ratificación o desestimación de determinados casos, se ve detallado en adelante(…).''*

*(...).**De la Imprescriptibilidad de la acción administrativa.***

Por otro lado y en esta parte del presente acto, corresponde también realizar el análisis con respecto a la aplicación o no de la prescripción en cuanto a la infracción a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000.

En ese sentido con carácter previo, es pertinente acudir a lo determinado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, la cual en lo pertinente expresa lo siguiente:

''... la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las ***infracciones instantáneas*** *y las infracciones* ***permanentes.***

En las ***infracciones instantáneas,*** *la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*

En las ***infracciones permanentes,*** *la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

''En consecuencia, cuando se trata de ***infracciones permanentes****, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto.''*

En virtud a lo expuesto anteriormente se tiene que, aquella normativa imputada en el cargo que no comprendía expresamente la infracción al plazo, tiene que ver con el imperativo impuesto por la norma (deber obligación) a la AFP de iniciar y llevar el PES, como mecanismo jurídico para la recuperación de la mora. Aspecto que no se advierte

que la AFP haya dado cumplimiento estricto y oportuno con respecto a los periodos en mora.

De acuerdo al entendimiento precedente se tiene que, con el reporte del AGM de septiembre/2010 remitido por la AFP, fue con el cual esta Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros - APS inicio el presente proceso, donde se constaron los periodos que se encontraban en mora (….)

Ahora bien, se tiene que con respeto a los periodos en mora identificados, además de no haber sido procesados judicialmente hasta el inicio del presente proceso administrativo, la AFP en ningún momento afirmó tener al menos emitida la Nota de Débito (Título Ejecutivo), instrumento legal, elemental y obligatorio con el cual el demandante inicia el PES. El señalado documento, se constituye en la condición sine quo non para este tipo de procesos sociales, en razón a que expresa cualitativamente y cuantitativamente la obligación soslayada por el Empleador (mora mas (sic) intereses adeudados) y la pretensión del demandante. Lo anterior lleva a deducir que, el regulado no contaba ni siquiera con el documento imprescindible para poder plantear la acción procesal, lo que se constituye de gran manera en una de las pruebas fehacientes en cuanto a la omisión del regulado de dar cumplimiento a la obligación impuesta por norma, y demuestra a su vez el carácter continuo de la infracción, al no haber cesado la misma hasta la presentación de la demanda judicial, la cual tuvo necesariamente que precisar la emisión de la Nota de Débito.

Asimismo, no es atenuante el que a la fecha la AFP haya iniciado los PES en mora al SSO, considerando que los mismos fueron después del inicio del presente proceso administrativo sancionatorio, ello obviamente con un giro actual del título ejecutivo (Nota de Débito).

Por lo expuesto, al ***no haber operado la prescripción*** *se mantiene la sanción aplicada con respecto a los casos señalados en la R.A.055-2010 por infracción a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000.*

AI PUNTO DEL SUPUESTO DAÑO OCASIONADO A LOS AFILIADOS Y/O DERECHOHABIENTES EN PRESTACIONES Y RECARGOS

En esta parte del análisis corresponde establecer que, la ***infracción permanente*** *por normas que obligan al regulado al inicio del PES,* ***no prescriben*** *en razón a la obligatoriedad que se tiene* ***hasta el mismo inicio*** *del proceso judicial, tal como lo determina la Resolución Jerárquica* (sic) *SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008.*

"La evaluación del daño ocasionado como consecuencia de la falta de inicio del PES (…)"

"(…) De la evaluación de lo anterior se establece que como consecuencia de la infracción incurrida por el regulado, se tiene que por la falta del inicio del PES ha generado recargos, ocasionando daño al Afiliado."

Resumen conclusivo de la infracción permanente.

De la evaluación y el análisis realizado a la documentación de descargo remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante Nota FUT.AP.COB.1147 de 12 de julio de 2011 y mediante el Recurso de Revocatoria de 02 de junio de 2011, interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la R.A.055-2011, referente a casos de Recargos y Afiliados con prestaciones que fueron afectados por la Administradora debido a Empleadores en mora con más de 120 días sin inicio del correspondiente PES, extraídos de la Central de Riesgos de Pensiones - CRP, se tienen las siguientes conclusiones:

- ***Se identificó 192 casos, para los cuales la AFP no habría iniciado el Proceso Ejecutivo Social hasta la de emisión de la nota de cargo.***
- ***Se identificó 51 casos, para los cuales la AFP no habría iniciado el Proceso Ejecutivo Social hasta la de emisión de la nota de cargo.*** *Para estos 51 empleadores, existen periodos de cotización que fueron levantados en virtud a los descargos presentados por la AFP. Sin embargo los mismos 51 empleadores, presentan periodos de cotización que quedan ratificados en virtud al incumplimiento normativo, cuyo detalle se señala en el informe.*
- *Existe un (1) caso repetido que forma parte de los 51 casos señalados en el punto anterior.*
- *Se identificaron 30 casos, para los cuales la AFP presentó descargo, que permiten levantar el cargo para dichos casos.*
- *Considerando a todos los empleadores por los cuales se ratifican cargos, se identificó 5805 casos de asegurados con prestaciones de la SSO.*
- *Asimismo, se identificó un (1) caso de Recargo, por el cual la AFP no habría iniciado la Gestión Judicial por recuperación de aportes generando daño al Asegurado.*

Detalle	*Empleadores*	*Asegurados con Prestación*	*Recargos*
Casos Sancionados en la RA 055/2011	***274***	***6149***	
1) Caso Duplicado	***1***		
2) Casos Levantados	***30***	***344***	
3 Casos Ratificados Parcialmente	***51***		***1***
4) Casos Ratificados	***192***	***5805***	

CONSIDERANDO:

Que es importante señalar que, en la etapa recursiva todo argumento o aseveración vertida por el regulado que afecte sus intereses debe necesariamente encontrarse respaldada y fundamentada, a efectos de que ésta Autoridad pueda evaluar y analizar el aspecto planteado para posteriormente emitir el pronunciamiento correspondiente, todo conforme lo mandan los artículos 37 y 38 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de

septiembre de 2003, que señala que los recursos se presentarán por escrito y de manera fundamentada, toda vez que el carácter impugnatorio implicaría la lesión a derechos e intereses del regulado. En ese sentido, aquellos argumentos sin cumplir la norma mencionada anteriormente advierten por si su manifiesta improcedencia, consecuentemente su no tratamiento.

Que finalmente de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar totalmente la R.A.055-2010, en consecuencia, se debe confirmar parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias: cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 28 de noviembre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 405-2011 de 7 de noviembre de 2011, con los siguientes argumentos:

"…I.RATIFICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN NUESTRO RECURSO DE REVOCATORIA Y EN LA NOTA DE DESCARGOS:

En principio ratificamos todos los argumentos expuestos en nuestra Nota de Descargos, así como en el Recurso de Revocatoria presentados oportunamente, no obstante sin perjuicio de ello, a continuación exponemos los siguientes argumentos para que esa instancia jerárquica pueda tener mayores elementos para determinar la improcedencia de la sanción y, en tal mérito, proceder a su revocatoria como corresponde.

II. DE LA AUSENCIA DE ELEMENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DE UNA INFRACCIÓN COMO GRAVEDAD MÁXIMA, Y LA DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA MISMA:

Para entrar al fondo del argumento planteado es importante transcribir la parte pertinente de lo establecido por el Art. 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 que señala:

*"**ARTÍCULO 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).** Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*

*a) Gravedad máxima: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos **hayan sido provocados por el trasgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros"**(las negrillas son nuestras).*

De la lectura e interpretación del inciso a) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 2007 se desprende con meridiana claridad que los elementos o criterios que se deben concurrir necesariamente para la calificación de una infracción como de Gravedad Máxima son:

a) La Premeditación o Dolo.
b) La existencia de Beneficio Propio o de Terceros
c) Daño a terceros

Como pasaremos a fundamentar, la ex la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP), como la ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), no han configura (sic) *los elementos y/o criterios previamente enunciados para configurar el tipo penal administrativo sancionador como una infracción que amerite ser catalogada como "Gravedad Máxima":*

a) AUSENCIA DE PREMEDITACIÓN Y/O CONDUCTA DOLOSA:

Es importante recurrir a la doctrina a efectos de establecer las nociones del dolo, y en ese sentido Terragni, al momento de conceptualizar la idea del dolo, le asigna la idea de "conocimiento y voluntad de realizar el hecho a que se refiere el tipo de la ley penal". Comprende no sólo la persecución del resultado, por sí, sino también el conocimiento y la voluntad de haber puesto en marcha los medios para realizar la acción de esa manera orientada". Por su parte el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni señala que:…el dolo es el núcleo central y básico de todos los tipos subjetivos, al punto que en la mayoría de ellos con él se agota éste. Dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de éste en el caso concreto. En su concepción legal más sintética…el dolo es "el fin de cometer un delito".

De la doctrina uniforme en cuanto a la idea del Dolo, se desprende que la ex AP como la ahora APS, debieron demostrar en idóneo procedimiento administrativo que nuestra AFP ***actuó con voluntad consciente de producir un daño a terceros****. Este aspecto esencial NUNCA HA SIDO DEMOSTRADO MATERIALMENTE ya que la decisión del regulador simplemente se basa en supuestos, que no son admisibles en materia legal como bien señala Carlos Morales Guillén en las páginas 671 y 672 su obra "Código Civil, Concordado y Anotado" al referir que "… el dolo no se presume y debe ser probado (…), cuyo aforismo (cit.Scaevola) expresa: Dolum non nisi perspicuis, iudiciis probari convenit (el dolo no se presume, hay que demostrarlo ante los tribunales)". En ese sentido la jurisprudencia boliviana es uniforme conforme se desprende de las citas hechas por el propio Carlos Morales Guillén:*

1. *"Para que exista dolo…debe justificarse que una de las partes empleó maquinaciones para encubrir algún defecto de la cosa …" (G.J. Nº 1109, p.65)*
2. *"El dolo no se presume y es necesaria su comprobación" (G.J. Nº1265, p.17)*

Por otra parte y refiriéndonos a la premeditación en nuestra conducta como un elemento para la calificación de la sanción, la APS ha referido en la página 16 de

la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 que: "Asimismo, la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP fue premeditada, toda vez que el regulado deliberadamente (conociendo la norma y al haber sido sancionado anteriormente) omitió dar inicio al PES que le impone la norma". Ante dicha aseveración es necesario precisar que la premeditación ***es la acción que consiste en pensar una cosa detenida y cuidadosamente antes de realizarla, es decir consiste en planear y organizar detenidamente la forma de cometer un delito y que constituye una circunstancia que agrava la responsabilidad criminal de la persona acusada.***

Uno de los más importantes autores sobre derecho administrativo como el Dr. Roberto Dromi, claramente grafica como la base del sistema garantista aplicable al Derecho Administrativo está constituida filosóficamente y prácticamente con los principios o asimas (sic) *primigenios del Derecho Penal que constituyen el garantismo penal, y hace referencia a 10 axiomas, de los cuales nosotros para fines ilustrativos hacemos referencia a los siguientes: 1) nulla poena sine crimine, que ha sido denominado "principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito"; 2) nulla necessitas sine iniuria, que refiere al "principio de lesividad o de la ofensiva del acto": 3) nulla actio sine culpa, que remite al "principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal" 4) nulla accusatio sine probatione, que hace al "principio de la carga de la prueba o de verificación" y 5) nulla probatio sine defensione, "sobre el principio del contradictorio, de la defensa, o de refutación".*

En virtud a los expuesto, la Resolución Administrativa de referencia excede de una manera arbitraria al mencionar que nuestra Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. habría incurrido en una conducta premeditada y dolosa al supuestamente haber omitido el inicio al PES que le impone la norma, sin la demostración objetiva de los hechos imputados.

b) <u>AUSENCIA DE BENEFICIO PROPIO O DE TERCEROS:</u>

Otro elemento esencial que debe concurrir para la calificación de una infracción de gravedad máxima, es el beneficio propio o de terceros; y como su Autoridad podrá colegir luego de la compulsa de los antecedentes en el caso de autos, nuestro regulador no ha demostrado ni determinado, de manera objetiva, que nuestra AFP se hubiera beneficiado de alguna manera, o haya beneficiado a terceros.

De lo expresado precedentemente se colige que la APS, al no tener elementos probatorios que demuestren un supuesto beneficio propio o de terceros, como elemento esencial que debe concurrir para la calificación y sanción de una infracción con gravedad máxima, la potestad sancionatoria de la que esta investida la APS, ha sido ejercida contraviniendo el derecho que tenemos a la seguridad jurídica, además de vulnerar los principios de verdad material, proporcionalidad y presunción de inocencia establecidos en los artículos 4 y 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y que están protegidos por los preceptos

constitucionales consagrados en los artículos 115, parágrafo II, y 116, parágrafo I, de nuestra Constitución Política del Estado.

c) <u>AUSENCIA DE DAÑO A TERCEROS:</u>

*De forma por demás extemporánea, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en parte de sus considerandos en la página 16 de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 405-2011, al pretender justificar la aplicación de una sanción con gravedad máxima, señala que: "Existe evidencia de los perjuicios causados por incumplimiento de la Administradora, tal como se señaló anteriormente al ocasionar que la misma al no dar inicio a la acción procesal por recuperación de **aportes ha ocasionado perjuicio a los Afiliados que se encontraban bajo dependencia laboral de los Empleadores, quienes precisan que sus aportes se encuentren en su Cuenta Individual, y que la falta de recuperación oportuna de sus aportes y primas por la AFP genera un perjuicio al momento de cubrir una prestación por las contingencias que se presenten toda vez que no se adquirieron las cuotas correspondientes para ser consideradas al momento de otorgarse el beneficios del SSO**" (las negrillas son nuestras).*

El perjuicio o daño que se hubiera ocasionado a terceros (debiendo entender por ellos a nuestros Afiliados) no puede ser simplemente enunciado, pues en cumplimiento y a la luz del principio de verdad material, debe ser demostrado y cuantificado, ya que en términos de lo establecido por el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 las sanciones administrativas impuestas por el regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o los Afiliados al SSO.

En el caso de Autos, y siendo que el regulador pretende configurar la existencia de daño o perjuicio, como uno de los elementos esenciales que necesariamente deben concurrir en la configuración del tipo penal administrativo para la imposición de una sanción calificada como gravedad máxima; se debe dejar claramente establecido que no se ha calificado la existencia de daño objetivo a ninguno de nuestro Afiliados, quedando dichos argumentos, en simples enunciados y/o suposiciones que no causan estado o efecto legal alguno.

*Ahora bien, es la propia Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros quien reconoce en la página 18 de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 405-2011, "…la AFP debe iniciar el PES para la recuperación judicial de la Contribuciones en mora al SSO, y **son las entidades obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad**, debiendo realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, <u>lo que no necesariamente significa garantizar la recuperación efectiva de los adeudos</u>"(el subrayado es nuestro). Bajo ese mismo presupuesto, es inconcebible que se pretenda establecer la existencia de daño o perjuicio, cuando el inicio y la sustanciación de un PES si bien persigue la recuperación de los Adeudos al SSO; no implica la recuperación inmediata de los mismos ni los puede garantizar, esto por las peculiaridades con las que se desarrollan*

los PES, la situación de las empresas demandas, la defensa que estas puedan ejercer y los descargos que puedan presentar.

A lo ya citado debe considerarse de manera inexcusable, que el marco normativo para la otorgación de prestaciones y beneficios del SSO ha previsto justamente que a efectos de no causar perjuicio o daño a un Afiliado, sus derechohabientes y herederos; se puedan iniciar la otorgación de prestaciones y/o beneficios conforme se detalla a continuación:

- *De acuerdo a lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 474 de 25 de junio en su Artículo 3º (SOLICITUD DE JUBILACIÓN Y OBLIGACIONES DE LA AFP) se tiene que "En los casos en los que se hubiera determinado que existen Contribuciones en mora, el Solicitante podrá llenar y firmar la Solicitud de Jubilación, y continuar con el trámite de jubilación siempre y cuando con los Aportes existentes en la Cuenta Individual del Afiliado más su Compensación de Cotizaciones cuando corresponda, cumpla con los requisitos de jubilación:* ***en estos casos, la recuperación de Contribuciones en mora será acreditada a la Cuenta Individual del Afiliado, pudiendo acceder el solicitante a dichos recursos vía retiros Mínimos, una vez que firme el Contrato de Jubilación"*** *(las negrillas son nuestras).*

- *La Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 229 de 04 de marzo de 2008, normativa vigente para la otorgación del pago de Retiros Mínimos a fecha de notificación de los cargos por falta de inicio de Procesos Ejecutivos Sociales, establecía en su artículo 5 que en el proceso de revisión del Estado de Cuenta Individual del Afiliado "Las observaciones identificadas, diferentes a las de mora, deberán ser subsanadas por la AFP…" Comprendiendo cabalmente el regulador que subsanar o regularizar la mora del empleador implica un proceso mucho más complejo y que escapa del control del regulado, es por ello que en el artículo 20, numeral 20.1 de la citada resolución se establece que: "En los casos que el Afiliado o Derechohabiente hubiera accedido a la modalidad de Retiros Mínimos hasta agotar el Saldo en Cuenta Individual, sin embargo, en fecha posterior a la firma del contrato hubieran existido nuevas acreditaciones por contribuciones en mora recuperadas o nuevos aportes realizados, este saldo podrá ser devuelto al Afiliado o Derechohabiente, a través de una nueva Solicitud de Retiros Mínimos, siempre y cuando cumpla con los requisitos, condiciones y siguiendo el procedimiento establecido…"Marco normativo del cual se desprende que la mora del empleador no perjudica al Afiliado y/o derechohabiente al acceso al saldo de la cuenta individual; ya que una vez honrada y acredita* (sic) *a la Cuenta individual, es sujeta a la devolución respectiva.*

  Bajo ninguna circunstancias (sic) *el regulador puede aplicar sanciones en base a "indicios" o "presunciones" o en virtud a simples declaraciones sin respaldo objetivo que las pruebe en aplicación del principio de verdad material. El actuar de esa forma implica una vulneración palmaria al principio de legalidad que debe regir el procedimiento administrativo. Dicho accionar vulnera además nuestros derechos constitucionales e incluso ingresa a un ámbito de mellar la reputación y buen nombre de la persona natural o jurídica que las sufre, como es el caso de Autos.*

III. DE LA REITERACIÓN Y LA REINCIDENCIA COMO ELEMENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 286 inciso a) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, la reiteración no es un elemento concurrente para la calificación de la infracción como de Gravedad Máxima, ya que estos han sido claramente definidos o reglados, y en ese sentido el tratadista argentino Roberto Dromi en la página 302 de su obra titulada "Derecho Administrativo" ha señalado que las sanciones administrativas "…siempre deben basarse en una ley. Se requiere un título jurídico propio y concreto, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración la aplicación de ellas… La Administración no puede crear, por propia iniciativa, sanciones contra los administrados, por cuanto la determinación de las conductas punibles y las respectivas sanciones son de atribución exclusiva del legislador, competencia indelegable que le pertenece constitucionalmente. También se excluye la aplicación analógica de las sanciones, pues lo contrario significaría transformar el órgano administrador en órgano legislador…". Por lo que el argumento esgrimido por la ex AP y la actual APS carece de la legalidad necesaria para la imposición de la sanción pecuniaria.

En la página 17 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 se señala que: "En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 288 de 10 de abril de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa IP No. 37 de 19 de enero de 2007, ***la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000****; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución* (sic)*Jerárquica SG SIREFI RJ 72/2007 de 17 de agosto de 2007, que confirma las actuaciones del ente regulador" (las negrillas son nuestras).*

Dicha reincidencia en la conducta no puede ser utilizada como fundamento para justificar la calificación y la imposición de la sanción contra nuestra Administradora, toda vez que dichas infracciones han sido objeto de un procedimiento administrativo sancionatorio totalmente diferente en su oportunidad, y por lo tanto ya han causado estado, es decir que han quedado firmes en sede administrativa, además de que dichas sanciones impuestas han sido debidamente honradas por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

No se puede alegar reincidencia en este tipo de acciones, toda vez que las actividades de cobranza se refieren básicamente a procesos separados, con vida jurídica propia, con peculiaridades, tiempos y acciones totalmente separados. De lo contrario y de aplicarse ese criterio totalmente equivocado, en un futuro se puede verificar otra infracción en otro caso de proceso ejecutivo, lo que implicaría una nueva reincidencia, bajo esa lógica simplista, situación totalmente absurda.

Sobre la base de lo expresado en el párrafo anterior, es oportuno también advertir que dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que señala claramente que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años." Motivo por el cual no pueden ser invocadas de manera indefinida o indeterminada, hecho que no solo causa cauda (sic) *detrimento a nuestra AFP en su condición de sujeto regulado, sino también un estado permanente de indefensión e inseguridad jurídica.*

Por todo lo precedentemente vertido, cabe señalar que los argumentos de reiteración y reincidencia no deben servir, ni deben ser utilizados como elementos concurrentes para la imposición de una sanción agravada que se califique como de Gravedad Máxima, siendo necesario en este punto recordar el precepto constitucional establecido en el artículo 117, parágrafo II de la Constitución Política del Estado, el mismo que señala: "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho". En ese marco constitucional la ex AP y la actual APS han vulnerado el principio de jerarquía normativa establecido por el artículo 4. inciso h) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, así como los principios administrativos de legalidad, tipicidad e irretroactividad establecidos en los artículos 72, 73 y 77 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

IV. DE LOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:
a) Falta de justificación en el nuevo Auto de Apertura de Término de Prueba.-

Con relación a los argumentos vertidos por nuestra AFP en el memorial de interposición de Recurso de Revocatoria, la APS ha expresado que "…se ha aplicado el artículo 62 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, el cual señala expresamente que la Autoridad Administrativa de oficio podrá determinar la apertura de un término de prueba realizando al efecto las diligencias correspondientes". Sin embargo omite deliberadamente lo expresado en el parágrafo II del referido artículo 62, que a la letra prescribe que "II. El plazo para la prueba, ***en esta instancia, será de diez (10) días, salvo lo expresamente determinado conforme a reglamentación especial para cada sistema de organización administrativa*** *aplicable a los órganos de la Administración Pública comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley" (las negrillas son nuestras). La reglamentación a la que se hace referencia quedó establecida por el parágrafo II del artículo 29 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que: "La providencia que ordene la producción de las pruebas será expresa y deberá ser notificada a las partes interesadas con indicación del plazo fijado para la producción de las mismas y la fecha y hora de las audiencias, cuando corresponda. El plazo de prueba será de veinte (20) días hábiles administrativos,* ***prorrogables por diez (10) días adicionales, por una sola vez y por motivos justificados****"(sic), las negrillas y el subrayado son nuestros.*

De lo expresado por la norma citada, se tiene que el procedimiento administrativo esta reglado en cuanto a los plazos, los mismos que son de cumplimiento obligatorio y no pueden ser modificados por el arbitrio del regulador, pues estaría usurpando las

funciones que le competen al órgano ejecutivo y legislativo, constituyéndose en regulador y legislador, viciando de nulidad el procedimiento Administrativo.

Situación similar a la ya descrita se ha suscitado dentro de la sustanciación del recurso de revocatoria presentado por nuestra AFP, ya que en esta etapa el regulador ha vulnerado los plazos del procedimiento reglado, excediendo su competencia conforme a la siguiente explicación:

- *La APS emite un Primer Auto de Apertura de Término de Prueba en fecha 17 de junio de 2011, el mismo que fue notificado a nuestra AFP en la misma fecha, siendo que en esta etapa del procedimiento administrativo, en conformidad a lo establecido por los artículos 30 y 50, parágrafo I del Decreto Supremo Nº 27175 de 13 de septiembre de 2003, el Superintendente Sectorial –en este caso la APS- solo podía disponer la apertura de un término de prueba, dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso y considerando además, que dicho periodo de prueba no debería exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura. Marco normativo vulnerado, por cuanto nuestro recurso fue presentado en fecha 02 de junio de 2011, debiéndose en todo caso emitir el auto como máximo hasta el 09 de junio de 2011.*

- *Aunque en esta etapa del procedimiento administrativo no se admite una prorroga* (sic) *o apertura de nuevo Auto de Prueba, la APS emite un segundo Auto de Apertura de Término de Prueba en fecha 08 de agosto de 2011, el mismo que se nos notifica el 15 de agosto de 2011.*

- *Y por último, para completar una serie de actos administrativos viciados de nulidad, mediante Auto de fecha 23 de Septiembre de 2011 que nos fue notificado el 30 de septiembre de 2011, se pone a la vista el expediente y se conceden cinco (5) días para revisar el expediente y formular alegatos. Siendo que este actuado administrativo, en conformidad a lo establecido por el artículo 50, parágrafo III del Decreto Supremo Nº 27175 de 13 de septiembre de 2003, solo aplica en el caso de que existiesen dos o más recurrentes, situación que no se adecua al caso de Autos.*

b) <u>Vulneración del Principio de Tipicidad.</u>

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración –Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

En ese sentido se expresa el jurisconsulto Walker San Miguel Rodríguez en la página 60 de su libro "El Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia" cuando señala que "…la tipicidad entendida como la necesidad que una conducta punible haya sido debidamente descrita por una norma legal, es un imperativo del derecho Administrativo Sancionador y opera en conjunto con el principio de legalidad (…). Por consiguiente, no sólo ha de ser necesaria la descripción de un hecho definido como (…) infracción o contravención, sino que además debe establecerse claramente en la norma legal la sanción que ha de aplicarse a cada tipo de infracción".

Entendiendo correctamente el alcance de la tipicidad como un elemento imperativo del derecho Administrativo Sancionador, y a la luz del principio de la verdad material no se puede dejar de analizar el hecho de que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros Afiliados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por los empleadores, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; situación fáctica por demás distinta al hecho de que dichos Procesos Ejecutivos Sociales hubiesen sido iniciados o no, dentro del plazo previsto por el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 31 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000. Y es justamente en ese sentido que se enmarca la Resolución Administrativa IP No. 37 de 19 de enero de 2007 que a entender de la APS se constituye en el antecedente de una conducta reincidente, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000; y no así por los artículo 23 y 31, inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

c) <u>Vulneración del principio de Congruencia.</u>

*El regulador no ha tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado a través de la línea jurisprudencial sentada acertadamente por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que: "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, **deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición**, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras).*

Solo por citar algunos de los preceptos incongruentes de la Resolución Administrativa impugnada se tiene que el regulador sanciona a Futuro de Bolivia (sic) *por una infracción calificada como de Gravedad Máxima, en cuyo caso deben concurrir los*

siguientes elementos esenciales: dolo y/o premeditación, el beneficio propio o de tercero, y el daño.

- *En cuanto al primer elemento, el regulador expresa en la página 16 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 que "Existió intencionalidad en el hecho producido, toda vez que la AFP como administradora de los fondos tenía conocimiento de aquellos empleadores que se encontraban en mora* ***(al contar con la base de datos de control de la mora y reportar al regulador periódicamente)****, pero pese a ello no ha iniciado el PES en su momento, y fue después de la acción del regulador que inició recién todos los PES en mora, inclusive aquellos períodos que datan de los inicios del SSO…". La incongruencia radica en el hecho que la intencionalidad no es un elemento concurrente para la calificación de esta sanción y es una conducta diferente a la del dolo y la premeditación. Además, como asevera el regulador, el reporte de la mora conocido como AGM (Archivo General de Mora) es reportado periódicamente, por lo que la ex AP y la actual APS siempre tuvieron conocimiento de la existencia de aportes en mora, por lo que una sanción incongruente y de las características de la R.A. 055-2011 y 405-2011, no liberaran al regulador de su responsabilidad en el marco de la Ley 1778.*

- *Queda por demás reiterar que no ha existido por parte del regulador una demostración objetiva que permita establecer que como consecuencia de nuestro accionar, se ha obtenido beneficio propio o se hubiera beneficiado a terceros.*

- *Tampoco hay demostración ni calificación evidente de daño a nuestros Afiliados; más bien es el propio regulador el que señala en la página 13 de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 que "…de cierta manera resulta evidente lo señalado por la AFP cuando ésta atribuye la obligación al Empleador, como agente de retención, de realizar los aportes de los Afiliados al SSO, quien al no pagar las deducciones realizadas, incurre en mora, siendo el Empleador quien en lo posterior tiene que financiar las prestaciones y pagos en el SSO a favor del Afiliado o sus Derechohabientes", aseveración que además es concordante con lo señalado más adelante en la página 18 cuando la APS señala que …la AFP debe iniciar el PES para la recuperación judicial de la Contribuciones en mora al SSO, y* ***son las entidades obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad****, debiendo realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que no necesariamente significa garantizar la recuperación efectiva de los adeudos". De todo lo anterior, fácilmente se puede colegir que no ha existido perjuicio o daño a los Afiliados, por cuanto y en tanto, estos han podido acceder a sus beneficios y prestaciones de acuerdo a marco normativo vigente en su momento, con la posibilidad real de acceder a los saldos que se acrediten de manera posterior por el pago de los aportes en mora. Dicha posibilidad se mantiene subsistente de acuerdo al marco normativo establecido por la nueva Ley de Pensiones Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 y su normativa reglamentaria.*

- *En la Pág. 233 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011, luego de la evaluación de la empresas con recargo, su Autoridad a señalado que: "De la evaluación de lo anterior se establece que como consecuencia de la infracción incurrida por el regulado, se tienen que **por la falta del inicio del PES ha generado recargos, ocasionando daño al Afiliado**" (las negrillas y el subrayado son nuestros). Aseveración poco acertada y que lesiona por completo nuestros derechos subjetivos, por cuanto es el Empleador el único y directo responsable en el evento de que sus dependientes no cumplan los requisitos de cobertura establecidos en el artículo 8 de la Ley de Pensiones Nº 1732, ya sea por obviar el pago, o por hacerlo fuera del plazo establecido por ley, lo que lo hará pasible a un recargo por el inciso a) o b) del artículo 33 de la referida Ley.*

De todo lo expresado su Autoridad podrá colegir que la pretensión sobre la cual se quiere justificar la aplicación de una sanción con gravedad máxima, no solo carece de fundamento, sino que vulnera flagrantemente el principio de congruencia, pues el propio Regulador entiende con meridiana claridad que la iniciación de los PES no garantiza la recuperación efectiva de la mora; y que los recargos que se originan por la falta de pago del empleador, al haber ocasionado éste que sus dependientes no cumplan los requisitos de cobertura, son responsabilidad exclusiva y única del Empleador y no de nuestra Administradora.

d) Falta de proporcionalidad en la imposición de la sanción económica.

Asimismo es importante puntualizar que tampoco existe proporcionalidad en el monto de la sanción, ya que se cita como base para la imposición de la misma entre otros a la reincidencia, -que como ya se explicó, no es elemento concurrente para la calificación de la sanción- citando para ello la Resolución Administrativa IP No. 37 de 19 de enero de 2007, que sanciona a nuestra AFP con una Multa de $us 3.000,00 (Tres Mil 00/100 Dólares Americanos). Para luego dar un salto incomprensible a una sanción de $us100.000,00 (Cien Mil 00/100 Dólares Americanos), aspecto que también vulnera el principio de congruencia desarrollado en el inciso anterior.

La falta de proporcionalidad en la imposición de sanciones debe ser observada en etapa de recurso jerárquico y debe ser corregida por la instancia superior jerárquica. "…puesto que debe existir una correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde de acuerdo a su grado de participación." (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 16/2003 de 18 de septiembre de 2003)

V. EXTRALIMITACION DEL ÁMBITO DE COMPETENCIA Y CONSIGUIENTE NULIDAD DEL ARTÍCULO TERCERO DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA 055/2011:

En artículo TERCERO de la parte resolutiva de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 055-2011 se estableció: "La obligación de Futuro de Bolivia S.A. (sic) *de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda bajo su entera responsabilidad, conforme lo determina el artículo 188 de la Ley Nº 65 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones".*

*Después del análisis de los argumentos esgrimidos por nuestra AFP, los mismos que ratificamos en su integridad, la APS ha concluido en la página 18 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 que "…existen elementos para modificar la Disposición Tercera de la R.A.055-2011…". Dicha modificación se plasmó de la siguiente manera: "**TERCERO.-** La obligación de Futuro de Bolivia S.A. de recuperar la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda conforme lo determina el artículo 188 de la Ley Nº 65 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones".*

*Dicha modificación sigue lesionando nuestros derechos e intereses legítimos por cuanto como señaló el regulador en los considerados relativos a este punto, …la AFP debe iniciar el PES para la recuperación judicial de la Contribuciones en mora al SSO, y **son las entidades obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad**, debiendo realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que no necesariamente significa garantizar la recuperación efectiva de los adeudos"; y, es precisamente en ese sentido que el Artículo 188 de la Ley 065 establece: "I. Los procesos Ejecutivos Sociales instaurados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, con anterioridad a la promulgación de la presente Ley, **deberán ser concluidas** por éstas bajo su entera y absoluta responsabilidad. II. Las Administradoras de Fondos de Pensiones, deberán informar periódicamente al Organismo de Fiscalización, el estado de los procesos conforme a reglamento."(Las negrillas son nuestras).*

Como su Autoridad podrá colegir, nuestra responsabilidad alcanza y solo puede alcanzar, hasta la conclusión de los procesos judiciales, traducida en la obtención de una sentencia o auto de vista debidamente ejecutoriados, aplicando en el proceso, todas las medidas precautorias posibles para tratar de obtener la recuperación de la mora, pero sin garantizar dicho cometido.

Por estos motivos, el Artículo Tercero de la Resolución ahora impugnada por el presente recurso jerárquico, es nulo de pleno derecho, puesto que su Autoridad estaría excediendo su competencia al disponer aspectos que no están contemplados en la norma, debiendo limitarse al contenido de la misma.

VI. DE LA SUPUESTA REGULARIZACIÓN "EXTEMPORANEA":

A la luz del principio de verdad material, no se puede establecer la existencia de una regularización extemporánea, ya que el concepto citado en el Diccionario Manual de la Lengua Española (Larousse Editorial S.L.) refiere al respecto:

1 *Que se realiza u ocurre en un momento inoportuno: un comentario extemporáneo.*
2 *Que es impropio del tiempo en que se produce u ocurre: un calor extemporáneo.*

En el caso de autos, debe considerarse que la cobranza administrativa así como la judicial, persiguen la recuperación de los aportes en mora al SSO, y considerando que dicho pago no está garantizado por la interposición de un PES; no se puede establecer cuál es el momento oportuno de la recuperación de los aportes en mora. Lo contrario sería menoscabar el pago, tildándolo de impropio, o que a no tendría sentido para los fines del SSO.

Por otra parte, la iniciación del PES independientemente que se haya interpuesto dentro de un plazo determinado o fuera de él, es un aspecto de forma que constituye un medio alternativo conforme a lo expresado en la Sentencia Constitucional 0041/2006 de 24 de mayo de 2006, la misma que refiere:

"conforme establecen las normas previstas por los arts. 23 LP y 7 del DS 25722 de 31 de marzo de 2000, las AFPs, pueden aplicar dos procedimientos alternativos para el cobro de contribuciones en mora: a) la Gestión de cobro, en la vía administrativa y b) el proceso Ejecutivo Social, ante las instancias judiciales. Estas no son excluyentes entre sí, tampoco una constituye requisito para el uso de la otra vía".

En el caso de Autos, y toda vez que nuestra AFP como fruto de la gestión de cobranza Administrativa logró la presentación de bajas, y o rectificaciones de formularios, regularizó los conceptos de Mora al SSO, porque los mismos no correspondían a una deuda real; por lo que a la Luz del Principio de verdad material, no correspondía instaurar un PES, puesto que este no estaría persiguiendo la recuperación de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO tal como prescribe el Art. 23 de la Ley Nº 1732 de Pensiones, y el art. 95 de su decreto reglamentario (sic)*, el Decreto Supremo Nº 24469.*

VII. DE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR LOS PROCESOS EJECUTIVOS SOCIALES DENTRO DE LOS 120 DÍAS:

Toda vez que según normativa el art. 9 del D.S. 25722 de 31 de marzo de 2000 dispone que las AFP's tienen la obligatoriedad para iniciar la acción procesal una vez AGOTADA LA GESTIÓN DE COBRO SIN QUE EL EMPLEADOR HUBIERA PAGADO LAS CONTRIBUCIONES AL S.S.O. EN MORA ESTA OBLIGADA A INICIAR EL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL, según dispone el art. 23 de la Ley 1732 (Ley de Pensiones) y artículo 95 del Decreto Supremo 24469.

Al respecto cabe aclarar a su autoridad que si bien la gestión de cobro podrá ser interrumpida, cuando la AFP tenga constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del empleador, debiéndose iniciar de inmediato el proceso ejecutivo social, quedando claro que la obligación para el inicio de la acción procesal obedece al agotamiento de la gestión de cobro administrativo (60 días calendario) suspendiéndose dicho plazo solo en el evento de que la AFP tuviera conocimiento del posible cierre de las oficinas del empleador, en cuyo caso se deberá iniciar el proceso ejecutivo social sin la necesidad de agotar previamente la gestión de cobro.

Por otro lado el Decreto Supremo No. 25722 en su Art. 9º relativa a la obligatoriedad de iniciar la Acción Procesal, permitió la regulación a través de la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 259 de 23 de junio de 2000 emitida por su institución, misma que aprueba el procedimiento de gestión de cobro.

Este Art. 9º referido, señala textualmente lo siguiente: "Una vez concluida la gestión de cobro, sin que el empleador hubiera pagado las contribuciones al S.S.O. en mora las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los arts. 23 de la Ley 1732 de Pensiones y 95 del Decreto Supremo 24469…"

En ese sentido el marco normativo es bastante claro y contundente al señalar que el inicio del Proceso Ejecutivo Social procede una vez que se ha concluido la gestión de cobro y que hasta ese momento estaba establecida en 60 días calendario. En importantísimo señalar que el marco normativo no establece el plazo que tiene la AFP para iniciar el Proceso Ejecutivo Social, sino por el contrario determina que debe iniciarse, una vez agotada el cobro administrativo.

El marco normativo que obliga a las AFP para iniciar la cobranza judicial con la instauración del respectivo Proceso Ejecutivo Social no ha sido modificado, abrogado, ni derogado por ningún otro marco normativo, por el contrario solo fue ampliado con relación estricta y única en el plazo de 60 a 120 días por el art. 1 del Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001.

a) <u>CON RELACION AL ART. 9 DEL DECRETO SUPREMO No. 25722.-</u>

Este artículo claro y contundente que durante los años que tiene de vigencia se lo aplicó en forma legal, extrañamente por la Resolución recurrida se convirtió en motivo de controversia, pero con el ánimo de mantener su espíritu y determinación en forma clara, nos permitimos definir el mismo en forma detalla (sic)*:*

ARTÍCULO 9 (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR LA ACCIÓN PROCESAL).- "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al S.S.O. en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el art. 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469.

La Gestión de Cobro, podrá ser interrumpida, cuando la AFP tenga constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del empleador, debiéndose iniciar de inmediato el proceso ejecutivo Social"

Ante las confusas interpretaciones que vuelve a realizar su institución en forma innecesaria en la presente Resolución recurrida, nos obliga a desglosarlo para que en forma clara se pueda interpretar lo que legislador plasmó a momento de emitirlo, análisis que nos vemos obligados a realizarlo de la siguiente manera:

- *Está claro que al mencionar lo siguiente:*

  *I."LA AFP **<u>TRANSCURRIDOS</u>** LOS SESENTA (60) DIAS CALENDARIO…*

  Al respecto la palabra Transcurrido según el Diccionario Océano Práctico de la Lengua Española establece: "Pasar, correr. Se aplica especialmente al tiempo. Paso o carrera del tiempo."

  Como se podrá analizar el legislador pretendió regular con esta denominación que una vez Transcurridos, (PASADOS, SUCEDIDOS, OCURRIDOS, CUMPLIDOS, ACONTECIDOS, palabras sinónimas con mismo significado), el plazo de 60 días calendario, TAL COMO ESTABLECE LA NORMA, NUESTRA AFP DEBERÁ OBLIGATORIAMENTE INICIAR LA COBRANZA JUDICIAL, PUESTO QUE COMO SE

ESTABLECE CON CLARIDAD MERIDIANA UNA VEZ TRANSCURRIDOS, PASADOS, SUCEDIDOS, OCURRIDOS, CUMPLIDOS, ACONTECIDOS (sic) *EL PLAZO DE 60 DIAS SE CUENTA CON LA FACULTAD DE PROCEDER CON EL INICIO DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.*

Sin olvidar que esta denominación tal cual establece el diccionario de la lengua española, refiere al paso del tiempo, por lo que se aplica el inicio de la Cobranza Judicial una vez que el tiempo (60 días) haya transcurrido, pasado, ocurrido, sucedido, cumplido, acontecido, tiempo en el cual da luz verde para iniciar el PES (Proceso Ejecutivo Social)

Siguiendo con este análisis responsable y correcto, pasamos a mencionar:

- *II. ...DE LA FECHA DE INICIO DE LA MORA…*

  Como bien se interpreto líneas arriba nuestra AFP debe iniciar el proceso ejecutivo una vez transcurridos, pasados los 60 días CONTANDO DESDE LA FECHA EN QUE EL EMPLEADOR INCURRIO EN MORA, situación por demás clara.

- *III. ...O AGOTADA LA GESTION DE COBRO…*

  Como su autoridad podrá apreciar el Legislador otorgo dos caminos en este articulado:

  1. *TRANSCURRIDOS (pasados, sucedidos, ocurridos, cumplidos, acontecidos) LOS SESENTA (60) DIAS CALENDARIO……*

  2. *O AGOTADA LA GESTION DE COBRO….*

  Con una claridad meridiana el espíritu de la norma establece que el inicio del cobro judicial debe iniciarse una vez transcurrido los 60 días o una vez agotada (TERMINADA, ACABADA, CONCLUIDA, EXTINGUIDA) la gestión de cobro, entendida esta (sic) *como aquella diligencia, actividad, tramite* (sic)*, procedimiento administrativo previo a la acción judicial con el objeto de obtener la cancelación de las contribuciones en mora del empleador.*

  En ese sentido el inicio de la cobranza JUDICIAL POR IMPERIO DE LA LEY DEBE INICIARSE BAJO ESOS DOS PARAMETROS DESCRITOS OBEDECIENDO EL ESPÍRITU DEL MISMO, QUE COMO ANALIZARÁ SU AUTORIDAD DETERMINA LAS DOS FACULTADES PARA EL INICIO DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.

- *IV. A mayor abundamiento y para una mejor comprensión mencionamos que el art. 7 del D.S. 25722 establece el procedimiento de Cobro de Contribuciones en Mora, misma que a la letra dice: "Para el cobro de Contribuciones en mora al S.S.O., las AFP aplicaran los siguientes procedimientos, EN EL ORDEN QUE SIGUE: LA GESTIÓN DE COBRO Y EL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL."*

Visiblemente esta norma determina el ORDEN Y LA PRELACIÓN DE SUCESOS, comprendida ésta como la serie o sucesión de las cosas, en ese sentido el orden establecido o la sucesión con la que se debe proceder según esta disposición será

con el inicio de la GESTION DE COBRO Y UNA VEZ AGOTADA ESTA PROCEDER CON EL INICIO DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.

- *V. Adicionalmente, esta* (sic) *por demás entender que en ningún acápite, texto, línea, párrafo, título, subtítulo, etc., se señala que el inicio de la Cobranza Judicial debe ser realizada "dentro de los 60 días" y menos aún que el día 60 se* (sic) *considerado como fecha tope para presentarlo al Juzgado, ya que como mencionamos la norma señala* ***"...Transcurridos… Agotada…"*** *lo que significa pasados o finalizados.*

  Por lo señalado, su autoridad en ningún momento puede sancionarnos por una interpretación subjetiva de su institución, errónea y equivocada que lesiona y vulnera nuestros derechos y nuestros intereses legítimos, utilizando una definición forzada y que pretende darle un alcance inexistente a lo que en forma clara, precisa y sencilla establece el Art. 9° del D.S. 25722, incumpliendo de esta manera su institución lo prescrito por este artículo.

b) SOBRE EL ART. 1 DEL DECRETO SUPREMO 26131.-

Con la pretensión de lograr una valedera y responsable interpretación buscando la ejecución y evidenciando el verdadero espíritu de la norma, claramente se demuestra que este artículo amplía el plazo hasta (120) ciento veinte días calendario.

Al respecto su autoridad de manera errónea interpreta esta disposición mencionando que el plazo para el inicio del proceso ejecutivo social debe estar comprendido "en ese periodo" ampliatorio de hasta 120 días, interpretación falaz que contradice las disposiciones legales ya mencionadas y analizadas, ya que con una llana definición se llega a determinar que la ampliación de hasta 120 días calendario está abocada para ejecutar LA GESTIÓN DE COBRO, tomando en cuenta que esta disposición solo amplía el plazo de 60 días a 120 días, aclarando que esta disposición no derogó, menos abrogó el art. 9 del D.S. 25722.

Es evidente que nuestra AFP está obligada a iniciar la cobranza Judicial ***transcurridos*** *los 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las contribuciones al S.S.O. en mora, situación que como se analizó líneas arriba, de manera clara y expresa nos faculta y otorga la potestad para proceder con el inicio de la COBRANZA JUDICIAL UNA VEZ CONCLUÍDA Y AGOTADA LA GESTIÓN DE COBRO.*

Esta correcta interpretación permite que el inicio del Proceso Ejecutivo Social se ejecute una vez comprobada que la gestión de cobranza ha concluido con su tramitación, gestión persuasiva previa que coadyuva a la Cobranza Judicial y otorga mayores elementos de convicción para iniciar la acción judicial, convencidos de la negativa y/o ocultamiento posible o malicioso del empleador para no cumplir con la obligación de cancelar lo adeudado. Asimismo, permite iniciar el proceso ejecutivo social usando la coacción y ejecutando cada medida precautoria contra el deudor a fin de garantizar los resultados del juicio.

Tal como manifestamos correctamente, este artículo en cuestión no regula la iniciación o presentación de una nueva NOTA DE DÉBITO ***"dentro"*** *de los 120 días establecidos por norma, más bien nos faculta a interponer y presentar las demandas una vez* ***transcurrido o concluidos los 120 días de la Gestión de Cobro.***

Para que su autoridad nos sancione por el incumplimiento de los Art. 9° del D.S. 25722 y Art. 1° del D.S. 26131, la disposición legal debería establecer en forma expresa, clara, precisa y contundente el plazo perentorio y fatal que debemos tener para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

La definición del plazo de acuerdo al diccionario enciclopédico del Derecho Usual Tomo IV Pág. 269 señala: "El plazo es el espacio de tiempo concedido con las partes para comparecer, responder, probar, alegar, consentir o negar en juicio".

Asimismo, el vocablo "plazo" en la actividad judicial y procedimental sirve para señalar el momento dese el cual determinada obligación puede ser exigible, y otras para estatuir la caducidad de un derecho o su adquisición.
Como su autoridad verá, la interpretación que da su institución al darle la calidad de fatalidad al plazo para iniciar dentro de los 120 días el PES, no se ajusta a la definición de este instituto jurídico, considerando que el plazo fatal y perentorio de acuerdo al Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del Dr. Manuel Osorio Gallardo, señala:

*"****Plazo falta o improrrogable****: el que no admite ampliación por ley ni por autoridad"*
*"****Plazo extintivo:*** *el que produce la pérdida o extinción de un derecho"*
"Plazo perentorio*: llámese así aquel que caduca automáticamente por determinación de la ley sin que sea necesaria declaración judicial alguna. El vencimiento del término perentorio hace caducar el ejercicio del acto procesal respectivo".*

Nuestro ordenamiento jurídico boliviano aplica las definiciones mencionadas y descritas en la redacción de los Códigos de Procedimientos concretamente para el caso que nos ocupa en el Código de Procedimiento Civil, al cual estamos obligados a utilizar de acuerdo al Art. 23 de la Ley N° 1732 (Ley de Pensiones), cuando determina los plazos fatales, como se puede apreciar meridianamente en los siguientes Artículos que nos permitimos transcribir para una mejor ilustración a nuestro argumento a ojos de la instancia jerárquica:

"Art. 337 (Modo de Plantearlas).- Las excepciones previas deberán plantearse todas juntas dentro de ***5 días fatales*** *desde la citación con la demanda…"*

"Art. 509 (Modo y Plazo para Oponerlas).- I Las excepciones indicadas en el artículo 507 deberán oponerse todas juntas debidamente documentadas en los casos correspondientes dentro de ***5 días fatales*** *desde la citación…"*

*"Art. 780 (Plazo para Interponer la Demanda).- La demanda deberá interponerse dentro del **plazo fatal de 90 días** a contar de la fecha en que se notifique…"*

Como verá su autoridad esta (sic) *práctica procesal es utilizada dentro de la costumbre de nuestro ordenamiento jurídico como fuente del derecho, por lo que cuando un plazo es fatal y perentorio tiene que estar expresamente señalado en la norma tal como lo descrito en los artículos precedentes y mencionando la fatalidad como característica de esta clase de plazos que determinan su caducidad dentro del procedimiento.*

c) SOBRE UN INMINENTE RIESGO A LA CADUCIDAD.-

La mala y forzada interpretación que realizó su institución a los Art. 9° del D.S. 25722 y Art. 1° del D.S. 26131, daría origen a que nuestra pretensión en la demanda, nazca para el derecho caduco, ya que estaría otorgando una facultad a los juzgadores de rechazar cada una de nuestras demandas por no estar comprendidas dentro de esos 120 días.

Ejecutando un breve análisis, tal como su autoridad reconoce, la caducidad es entendida como la pérdida de un derecho por no haberlo ejercido dentro de un plazo perentorio, perdiendo la facultad de plantear la acción correspondiente. Asimismo, es la pérdida de un derecho subjetivo por el transcurso del tiempo establecido en la ley para ejercitarlo o finalmente la extinción de la instancia judicial porque las dos partes abandonan el ejercicio de la acción procesal.

Si se aceptara la errónea interpretación pretendida por su institución, todos los casos en los que se hubiere presentado demandas nuevas a los 121 días, otorgarían sin duda al juzgador la facultad para rechazar las mismas, aduciendo que nuestro derecho habría caducado por la no presentación dentro del plazo de los 120 días.

Asimismo se corre el riesgo de que el Juzgador en lugar de admitir nuestra pretensión con la dictación del auto intimatorio de pago, este corra con un simple traslado a la parte contraria a fin de emitir auto definitivo, rechazando nuestra pretensión y considerando a la misma como no presentada, por el hecho de que este derecho nació extinguido por el transcurso del tiempo, al haberse iniciado a los 121 días calendario. Es más, a nuestras demandas se les exigiría la fecha del inicio de la mora del empleador a fin de que se contabilice el plazo de 120 días, vencidos los cuales esta acción no sería aceptada, por pretender considerar a este plazo como perentorio y fatal, situación totalmente distinta a lo expresamente definido y establecido por los Art. 9° y 1° de los D.S. 25722 y 26131 respectivamente.

*Es importante hacer referencia lo expresado por su Autoridad en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 404-2011 de 07 de noviembre de 2011, que corresponde a un procedimiento sancionatorio que viene sustanciándose sobre la misma controversia ahora suscitada, y en el que su Autoridad ha señalado en la página 5, párrafo 3° línea 3era. Expresamente: "…sin que la norma establezca que la obligación se extinga o caduque luego del plazo señalado, por lo que la AFP **no está***

imposibilitada de iniciar el PES posterior al plazo determinado por norma." *(Las negrillas son nuestras)*

Ante esta su afirmación claramente se determina que no está en discusión la ampliación de los 120 días calendario, tampoco esta disposición establece o menciona que nuestra obligación caducaría luego del plazo señalado. En ese sentido y como muy bien lo señala su autoridad confirmando que nuestra interpretación es correcta, al mencionar:

*"…por lo que la AFP **no** está imposibilitada de iniciar el PES posterior al plazo determinado por norma."*

De esta clara afirmación se establece y se concluye con lo siguiente:

- *IMPOSIBILIDAD.- Entendida como aquella falta de Posibilidad para existir una cosa o para hacerla.*

- *POSIBILIDAD, comprendida como la aptitud, ocasión para ser o existir las cosas, o facultad para hacer o no una cosa.*

Como se apreciará, su autoridad reconoce claramente y de forma acertada que nuestra AFP GOZA SEGÚN LA NORMATIVA DE LA POSIBILIDAD DE INICIAR EL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL UNA VEZ TRANSCURRIDO EL PLAZO DE 120 DIAS CALENDARIO ES DECIR COMO LA DETERMINA SU INSTITUCIÓN ***POSTERIOR AL PLAZO DETERMINADO POR NORMA PARA LA GESTIÓN DE COBRO POR LA VÍA ADMINISTRATIVA.***

En ese mismo sentido y tomando en cuenta la aseveración de su autoridad al mencionar que la AFP ***NO está imposibilitada de iniciar el PES posterior al plazo determinado por norma****, se procede a iniciar y presentar nuestras pretensiones o demandas ejecutivas sociales una vez agotados los 120 días, dando entero y estricto cumplimiento a lo establecido en el art. 1 del D.S. 26131 y 9 del D.S. 25722.*

Por todo lo ampliamente expuesto, no corresponde bajo ningún concepto la aplicación de la sanción impuesta por coincidir su institución en la misma interpretación realizada por nuestra empresa a los Artículos 9° del D.S. 25722 y Art.1° del D.S. 26131.

Finalmente y verificando que las Resoluciones recurridas se encuentran en la página Web de su institución anunciamos que no seremos responsables si los deudores utilizan estas disposiciones para plantear caducidad en nuestras demandas, situación que generará daño irreversible a los afiliados. Es importante que tomen en cuenta que los argumentos nefastos utilizados para imponer la sanción a nuestra empresa y no nuestro accionar, es lo que permitirá brindar oportunidad a los empleadores para que burlen o pretendan soslayar el pago de los importes adeudados por mora al SSO, ya que se trataría de una mala interpretación y aplicación de la norma.

VIII. DE LA PRESCRIPCIÓN:

Al referirse a la prescripción, su Autoridad en la pág. 20 ha señalado que la prescripción debe ser considerada de acuerdo a:

"1. Los periodos de cotización con prescripción administrativa son todos aquellos con anterioridad a mayo/2008.
2. Los periodos a partir de mayo/2008 y que hayan vulnerado lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, serán sujetos al proceso sancionatorio previa revisión de la documentación que hubiese sido proporcionada por el regulado"

Del referido punto 2, se tiene que el regulador está corroborando nuestros fundamentos en el sentido de que no existe una correcta tipificación de la infracción que se nos ha imputado y sancionado con relación a los artículos 23 y 31, inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones.

Por otra parte su Autoridad ha señalado la existencia de infracciones permanentes por periodos en mora posteriores a mayo de 2008, los mismos que corresponden a PES iniciados con mucha anterioridad y para los cuales no existe la necesidad de iniciar un nuevo PES considerando lo expresado en la Sentencia Constitucional 0041/2006 de 24 de mayo de 2006 que señala:

"Para el caso de que la AFP, resolviese utilizar la vía del proceso ejecutivo social, por disposición de la norma prevista por el art. 23 LP, el proceso se sustanciará de acuerdo a las disposiciones del Código de procedimiento civil. ***Ahora bien para aquellos en los que, estando en proceso de ejecución una obligación de prestaciones o cumplimientos continuos, se produzcan nuevos vencimientos de plazo de otras cuotas, la norma prevista por el art. 495 del CPC establece que la ejecución dispuesta en la Sentencia podrá ampliarse respecto a esas nuevas cuotas vencidas, a cuyo efecto el Juez de la causa debe expedir una conminatoria para que el obligado acredite el cumplimiento de esos adeudos en el plazo de tercero*** (sic) ***día exhibiendo los recibos que acrediten haberse extinguido la obligación, en caso de incumplimiento se amplía la ejecución dispuesta en Sentencia****"(las negrillas son nuestras).*

IX. DE LA INCONGRUENCIA ENTRE LOS CONSIDERANDOS Y EL LEVANTAMENIENTO DE CARGOS EN LA MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA R.A. 055-2011:

Sin entrar en el análisis de fondo caso por caso, y como muestra de la injusticia que se está llevando a cabo contra nuestra AFP vulnerando el principio de congruencia que seguramente será motivo de nulidad de obrados, basta con señalar que de acuerdo a la R.A. 055-2011 se nos sanciona por doscientos setenta y cuatro (274) casos detallados en los cuadros 2, 4, 6, 8 y 10. En la R.A. 405-2011, que modifica parcialmente la anterior, se nos sanciona por doscientos cuarenta y tres (243) casos detallados en los cuadros 2, 4, 6, 8 y 10. Sin embargo en lo que respecta al cuadro Nº

2 que detalla originalmente 108 empresas, y de la lectura de los considerandos de la ahora impugnada Resolución Administrativa, se tiene que se (sic) *la APS ha levantado cargos a setenta y tres (73) empresas, se ha levantado cargos de manera parcial en diecinueve (19) casos; y, se han ratificado los cargos en dieciséis (16) casos conforme se detalla en el siguiente cuadro:*

N°	Identificación	Numero Identificación	Nombre	Observación
1	GOB	9950	Ministerio de Desarrollo Humano	Se levanta cargos
2	NIT	137529023	Central Local de Cooperativas Mineras Caracoles	Parcialmente
3	NIT	137529023	Bolivian Gold S.R.L.	Se levanta cargos
4	NIT	1030571027	Dirección de Grandes Proyectos Viales	Se levanta cargos
5	SUP	2100	Crisol	Se levanta cargos
6	NIT	1001867026	Intertec Representaciones	Se levanta cargos
7	NIT	1018161028	Ministerio de Gobierno Migración y Recaudación	Se levanta cargos
8	RUC	8380783	Cooperativa de Ahorro y Crédito Santa Lucia	Se levanta cargos
9	NIT	1020107026	FIE	Parcialmente
10	RUC	5186430	Mini Shoping Yotau	Se levanta cargos
11	RUC	630322	Mario Rojas Saucedo	Se levanta cargos
12	RUC	7872127	Foronda Ltda.	Se levanta cargos
13	RUC	7674988	Comercial de Lam	Se levanta cargos
14	NIT	1030571027	Prefectura del departamento de Santa Cruz	Parcialmente
15	SUP	322	Programa de Desarrollo Alternativo Sacaba PDAS	Se levanta cargos
16	RUC	8791791	Monasterios Romay José Horacio	Se levanta cargos
17	NIT	127683022	Hotel Capitol	Se levanta cargos
18	RUC	8854394	Mora y Araujo, Rapp y Asociados S.A.	Se levanta cargos
19	RUC	8802904	Rommer Mendoza Escalante	Se levanta cargos
20	NIT	1020345023	Quimiza Ltda.	Se levanta cargos
21	GOB	353	Prefectura del Departamento de Cochabamba	Se levanta cargos
22	NIT	1017771022	CIDEM Centro de Info y Des de la Mujer	Se levanta cargos
23	RUC	9179119	SIDERSOL Ltda.	Se levanta cargos
24	NIT	1016581025	Asoc. De Copropietarios Edificio Sisa	Se levanta cargos
25	RUC	5116430	Junio Cruz	Se levanta cargos
26	RUC	7692927	Isignia S.R.L.	Se levanta cargos
27	RUC	9058070	Limachi Merlo Genaro	Se levanta cargos
28	RUC	8607443	Delta Pavers SRL	Se levanta cargos
29	NIT	200301011	Agencia Despachante de Aduana Roca	Se levanta cargos
30	NIT	939805010	Estación de Servicio 6 de Agosto	Se levanta cargos
31	RUC	1488040	Beltrán Galleguillos Mariah M.	Se levanta cargos
32	NIT	3162836010	Hsiu Chin Hsien Shu Pollo A la Brasa Akon	Se levanta cargos
33	NIT	1023139023	Editora Opinión S.A.	Se levanta cargos

34	NIT	1027651022	Chou She Tai	Se levanta cargos
35	NIT	3823690016	Rojas Vega Jenny Ofelia Importadora Rojas vega	Se levanta cargos
36	NIT	1012643025	Metales Dar SRL	Se levanta cargos
37	RUC	9626158	Comunicarte representaciones SRL	Se levanta cargos
38	NIT	121325027	H & E Internacional SRL	Se levanta cargos
39	NIT	3238116012	Torneria Plan 3000	Se levanta cargos
40	NIT	1486231018	Tomas José Flores Paniagua	Se levanta cargos
41	NIT	124445021	Agropecuaria Santa Anita	Se levanta cargos
42	NIT	1014465020	Diegas SRL	Se levanta cargos
43	RUC	9172939	Trans Sanguino	Se levanta cargos
44	RUC	8336679	Radio San Jose F.M. 107,5	Se levanta cargos
45	NIT	3886662016	Cardona Quevedo Víctor Leonid Import Export RC	Se levanta cargos
46	NIT	1028473020	Gas Transboliviano S.A.	Se levanta cargos
47	NIT	3366227019	Unidad Educativa Particular Palestina	Se levanta cargos
48	NIT	1014629020	Arquitectura y Urbanismo Arq SRL	Se levanta cargos
49	NIT	1592189012	Cochamanidis Canelas Juan Carlos	Se levanta cargos
50	NIT	1029835020	Verna y Asociados Ltda.	Se levanta cargos
51	RUC	8331693	Comagri SRL	Se levanta cargos
52	NIT	1024957025	Petrovisa	Se levanta cargos
53	NIT	1009227023	Ejercito de Salvación	Se levanta cargos
54	NIT	1021133025	Comunidad Cristiana Universitaria de Bolivia	Parcialmente
55	NIT	160621012	Ibáñez de Portugal Juana Olga	Se levanta cargos
56	NIT	1018161028	Ministerio de Gobierno Migración y Recaudación	Se levanta cargos
57	NIT	1018161028	Ministerio de Gobierno Migración y Recaudación	Se levanta cargos
58	NIT	1023299028	Coboce Hormigón	Se levanta cargos
59	NIT	1017311025	Segeco	Se levanta cargos
60	NIT	1021311021	NAHI	Se levanta cargos
61	NIT	129635027	Martins Bas José Agropecuaria Miraflores	Se levanta cargos
62	NIT	1023299028	Coboce Irpa Irpa	Se levanta cargos
63	NIT	1013635025	Consultora y Servicios Global SRL	Se levanta cargos
64	NIT	121787023	SERNAP TIPNIS	Se levanta cargos
65	NIT	1007239021	INPROCO SRL	Ratifica Cargos
66	NIT	1027623029	Maestranza y Rectificaciones V.M.W. Ltda.	Parcialmente
67	NIT	1023151020	Importadora Campero S.R.L.	Ratifica Cargos
68	NIT	126055028	COMPSIS SRL	Parcialmente
69	NIT	1014057028	Seguro Social Universitario	Se levanta cargos
70	NIT	1025373023	Calera Oriental L.T.D.A:	Parcialmente
71	NIT	1001565025	Smart Consulting SRL	Ratifica Cargos
72	NIT	1020017022	San Pedro	Ratifica Cargos
73	SUP	6737	Edificio Mariah Reyna	Ratifica Cargos
74	NIT	1023029025	Club Hípico Nacional	Ratifica Cargos

75	NIT	4473588012	Maat St Almaraz	Ratifica Cargos
76	NIT	1017743027	CESGA SRL	Parcialmente
77	NIT	1007253021	Proyecto de Aprovechamiento Integral y Sostenible	Ratifica Cargos
78	NIT	151176024	INGEPLAS Ingeniería del Plástico SRL	Ratifica Cargos
79	NIT	1018077029	Ibnis Dinamarca	Ratifica Cargos
80	NIT	4148522016	Hotel Canciller	Se levanta cargos
81	NIT	3127580012	Delta H. D. Grupo Vigilancia	Parcialmente
82	NIT	1660391011	La Faye Blacutt Andre	Parcialmente
83	NIT	1590620023	FUNDECYD	Parcialmente
84	GOB	15	Programa de Apoyo al Control Social de la Producción	Parcialmente
85	NIT	1703779010	Arminda Dorado Hornez Comercial Karina	Se levanta cargos
86	NIT	1006787020	AASSANA	Parcialmente
87	NIT	1020723024	Imbustrade Ltda.	Ratifica Cargos
88	NIT	1006199022	Casa Zonia S.R.L.	Ratifica Cargos
89	NIT	1004525025	Fundación Loyola	Ratifica Cargos
90	NIT	149318027	Estación de Servicio Pana Gas S.R.L.	Se levanta cargos
91	NIT	1021557024	Irmas´s Boutique SRL	Parcialmente
92	NIT	1025101028	Capello Salon Unisex	Se levanta cargos
93	NIT	3311850017	Ana Mariah Gonzales	Parcialmente
94	NIT	1009399026	Colegio Mariah Auxiliadora	Se levanta cargos
95	NIT	1006843022	Promotora de eventos S.A. PROESA	Se levanta cargos
96	NIT	1021505024	Agenal Ltda.	Parcialmente
97	NIT	1023103028	Ovando S.A.	Parcialmente
98	NIT	1004243025	Intersystem SRL	Se levanta cargos
99	NIT	1029741023	Viajes Japón	Se levanta cargos
100	NIT	1004241028	Deteka S.R.L.	Se levanta cargos
101	NIT	125657027	Fundación Total	Ratifica Cargos
102	NIT	131379025	CELM S.A:	Ratifica Cargos
103	NIT	966739011	Grunbaum Nagiel Max Melech	Parcialmente
104	NIT	2803485015	Estación de Servicio Rojas	Se levanta cargos
105	NIT	164436021	Cooperativa Minera Aurífera 1° de enero Ltda.	Parcialmente
106	NIT	1015867026	Triangulo Oriental SRL	Ratifica Cargos
107	NIT	3057651012	Estación de Servicio Ryng Circunvalación	Se levanta cargos
108	SUP	8605	Enrique Viveros Talavera	Se levanta cargos

Como su Autoridad fácilmente podrá Colegir (sic) *considerando el número de casos levantados contra los originalmente sancionados, se tendría un resultado de solo doscientos un (201) empresas, dato que no guarda relación ni congruencia con la parte resolutiva modificada mediante la R.A. 405-2011; diferencia que seguramente será más significativa si se entra al detalle particular de caso por caso en los demás cuadros, considerando la aceptación de la prescripción.*

X. PETITORIO.-

Por todo los argumentos de hecho y derecho que han sido expresados; y, toda vez que han sido vulnerados nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, el artículo 66 y subsiguientes de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, y los artículos 44 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002; solicito a su Autoridad disponer la nulidad de las Resoluciones Administrativas AP/DJ/DPC/Nº 055-2011 y APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 por vulnerar las mismas los principios que deben regir el debido procedimiento administrativo, atentando a la seguridad jurídica y sometimiento pleno a las leyes."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.

1.1. Antecedentes.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DOLARES NORTEAMERICANOS) por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones y el artículo 5 inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al evidenciar que en 243 casos la Administradora de Fondos de Pensiones no hubiera dado inicio a los Procesos Ejecutivos Sociales.

1.2. De la vulneración al Principio de Tipicidad.-

La recurrente señala que existiría una vulneración al principio de tipicidad en razón a que Futuro de Bolivia S.A. AFP no cumplió con su obligación de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO, independientemente de que estos hayan sido iniciados fuera del plazo de los 120 días, por lo tanto no debió sancionarse por incumplimiento al artículo 23 y 31 inc. d) de la Ley de Pensiones.

Por lo que corresponderá revisar el principio de tipicidad, para luego entrar a analizar su aplicación dentro del proceso de autos.

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

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

> *"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:*
>
> *La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración:* ***1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***
>
> *Congruentemente con lo anterior, tenemos que el* ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*
>
> *El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.*
>
> *Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa"…"*

Ahora bien, subsumiendo el análisis del cumplimiento estricto del Principio de Tipicidad, amerita la transcripción y pronunciamiento respecto a la norma tipificada y consiguientemente sancionada, es así que tenemos:

- **El artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece:**

  "*…Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

  La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito (sic) *del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*

No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación…"

- **El inciso d) del artículo 31 (de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala:**

  *"…**d)** Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"*

De la norma precedentemente transcrita se llegan a las siguientes conclusiones:

Respecto al **Artículo 23 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se evidencia que la imputación dada sí hace a la infracción cometida, debido a que conforme se evidencia en el expediente administrativo, la AFP no inició el Proceso Ejecutivo Social, ni menos presentó las Notas de Débito ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, en el plazo establecido, hecho que ha dado lugar a que se infrinja el citado artículo 23. La recurrente no debe olvidar que el precitado artículo, no debe ser interpretado de manera aislada, sino de manera conjunta con el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que establecen la obligación de la AFP de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales una vez transcurridos los 120 días.

Ahora bien, en cuanto al incumplimiento del **inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, a su vez se evidencia la aplicación correcta del Principio de Tipicidad, al configurarse la infracción cuando la AFP no inicia los Procesos Ejecutivos Sociales, dentro de los plazos establecidos.

Que si bien la AFP señala que inició los Procesos Ejecutivos Sociales, no se debe olvidar que estos fueron iniciados como consecuencia de la revisión realizada por la APS, en la que se determinó que habían transcurrido más de los 120 días para el inicio a los Procesos Ejecutivos Sociales.

Por lo que ahora no se puede entender que ésta siga refiriendo que habría dado cumplimiento al artículo 23 y al inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, cuando se ha evidenciado que los mismos fueron iniciados en forma extemporánea, es decir fuera del plazo de los 120 días establecidos para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, hecho que ha dado lugar a que se incumpla con lo señalado en el

artículo 23 y al inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, concordantes con lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, así como con el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000.

Quedando claro entonces que en el presente caso no existe una vulneración al principio de tipicidad.

Por otro lado, la recurrente a fs. 20 de su memorial fundamenta que en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 405-2011 de 7 de noviembre de 2011, el Ente Regulador hubiera corroborado sus fundamentos, en cuanto a que no existiría una correcta tipificación de la infracción que se ha imputado y sancionado, con relación a los artículos 23 y 31 inc. d) de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, al señalar que:

"…la prescripción debe ser considerada en el presente proceso de acuerdo a los siguientes criterios:

1. *Los periodos de cotización con prescripción administrativa son todos aquellos con anterioridad a mayo/2008.*
2. *Los periodos a partir de mayo/2008 y que hayan vulnerado lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, serán sujetos al proceso sancionatorio previa revisión de la documentación que hubiese sido proporcionada por el regulado"*

De lo anteriormente expresado por el Ente Regulador, se tiene que, de ninguna manera este hecho, puede ser interpretado como que la APS hubiera afirmado que existiría una incorrecta tipificación de la infracción con relación a los artículos 23 y 31 inc. d) de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, más al contrario la APS a fs. 219 del expediente administrativo, ha expresado que las infracciones establecidas en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, lo siguiente:

"…De acuerdo al entendimiento precedente se tiene que, con el reporte del AGM de septiembre/2010 remitido por la AFP, fue con el cual esta Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros - APS inició el presente proceso, donde se constaron los periodos que se encontraban en mora(…)"

Ahora bien, se tiene que con respecto a los periodos en mora identificados, además de no haber sido procesados judicialmente hasta el inicio del presente proceso administrativo, la AFP en ningún momento afirmó tener al menos emitida la Nota de Debito (sic) *(Título Ejecutivo), instrumento legal, elemental y obligatorio con el cual el demandante inicia el PES. El señalado documento, se constituye en la condición sine quo non para este tipo de procesos sociales, en razón a que expresa cualitativamente y cuantitativamente la obligación soslayada por el Empleador (mora mas* (sic) *intereses adeudados) y la pretensión del demandante. Lo anterior lleva a deducir que, el regulado*

no contaba ni siquiera con el documento imprescindible para poder plantear la acción procesal, lo que se constituye de gran manera en una de las pruebas fehacientes en cuanto a la ***omisión del regulado de dar cumplimiento a la obligación impuesta por norma, y demuestra a su vez el carácter continuo de la infracción, al no haber cesado la misma hasta la presentación de la demanda judicial, la cual tuvo necesariamente que precisar la emisión de la Nota de Debito*** (sic)***..."***

Quedando claro entonces que lo referido por la recurrente no cuenta con asidero legal en cuanto a la tipificación y a la prescripción argüida, ya que la APS de forma enfática determinó que las infracciones de los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, tenían carácter **permanente** y por lo tanto se cumple el principio de tipicidad y no opera la prescripción.

1.3. De la obligación de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los 120 días.-

La recurrente señala que la norma establece un plazo para la gestión de cobro, y no así para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, el cual -a decir de sus argumentos- debe ser realizado una vez agotada la gestión de cobro.

En atención al argumento vertido, esta instancia jerárquica no puede entender que a más de diez años de haberse emitido la norma de cobranza, la AFP siga haciendo incorrectas aplicaciones de la norma, intentando eludir así el cumplimiento de sus obligaciones como Administradora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y representante de los Afiliados.

Por lo que, corresponderá transcribir las normas para un mejor conocimiento de la recurrente tal como se procede:

- **El Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 establece:**

  "ARTÍCULO 7.- (PROCEDIMIENTOS DE COBRO DE CONTRIBUCIONES EN MORA). *Para el cobro de Contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social.*

  La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social."

  "ARTICULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL). *La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469."*

- **El Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 amplia la gestión de cobro tal como sigue:**

  "ARTICULO 1.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. *Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la*

acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."

Asimismo, importará traer a colación el precedente administrativo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, que determinó:

"…Tal como la norma lo indica, el legislador estableció un plazo máximo de 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora del empleador, para la interposición del Proceso Ejecutivo Social, correspondiendo ahora establecer con precisión el momento en el que el empleador se constituye en mora, para determinar desde cuando se empieza a computar el plazo para iniciar el citado proceso.

En este contexto, el artículo 21, párrafo segundo de la Ley de Pensiones N° 1732 dispone "Estos pagos se realizaran dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrán exceder de treinta (30)días calendario a partir del día en que devengan los sueldos salarios de sus trabajadores o empleadores. Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente Ley…"

Por lo que queda claro que el empleador se constituye en mora, pasado treinta días (1mes) de devengado el sueldo, por lo que a partir del primer día siguiente se empieza a computar el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

Asimismo corresponde referirnos a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 259 de fecha 23 de junio de 2000 (Norma General para la Gestión de Cobro) que determina los procedimientos y plazos para el inicio y gestión de cobros, donde se advierte que los tres meses involucrados en la gestión de cobro, se encuentran inmersos en el plazo de 90 días de iniciada la mora, por lo que no ***existiría precedente jurídico o norma que ampare una gestión mayor a dicho plazo y un inicio del Proceso Ejecutivo Social mayor a los 120 días, cual se ha podido evidenciar de la norma transcrita up supra…"***

De lo transcrito queda claro que la AFP, debe realizar las gestiones de cobro dentro del plazo de los 120 días y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, tiene ***la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social*** o incluso antes, conforme lo determina el parágrafo segundo del artículo 7 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, al determinar que la gestión de cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.

Situación que a su vez nos lleva al precedente anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 018/2012 que determina:

"El plazo de los 120 días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, corresponde a la obligación impuesta ***a las Administradoras de Fondos de Pensiones como representantes de sus Afiliados*** *en el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, en razón a que el objeto de tal proceso no está en sólo lograr una sentencia favorable, sino principalmente en la recuperación de las contribuciones en mora de*

manera oportuna, de manera tal que los asegurados no resulten perjudicados a tiempo de acceder a una prestación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por lo que en definitiva, el plazo de los 120 días corresponde al plazo máximo en que las administradoras deben dar inicio al Proceso Ejecutivo Social, hecho que de ninguna manera implica la extinción del derecho para interponer el Proceso Ejecutivo Social ante la vía jurisdiccional.

Entonces, el incumplimiento del plazo previsto para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, se entiende clara e inequívocamente como una infracción a la normativa regulatoria en materia de Pensiones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones."

1.4. En cuanto a la reincidencia.-

La AFP señala que la APS no podría considerar como reincidencia el proceso seguido contra la Resolución Administrativa SPVS–IP N° 288 de 10 de abril de 2007, por medio del cual se confirmó la Resolución Administrativa IP N° 37 de 19 de enero de 2007, debido a que éste correspondería a otro proceso y además señala la AFP, que el mismo se encuentra firme en sede administrativa.

Al respecto y conforme se colige de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 que emitió este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se tiene que:

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

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

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

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

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

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

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

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

Por lo que, subsumiendo al caso de autos, tenemos que en ambos procesos se dan las mismas condiciones y características, más aún cuando el proceso anterior tenga la calidad de cosa Juzgada, por lo tanto ha hecho que la conducta de la recurrente sea calificada como reincidente.

Sin embargo, la reincidencia conforme se evidencia del expediente administrativo, no ha sido el elemento configurador por el que la Autoridad Fiscalizadora ha calificado la infracción de gravedad máxima, como expone la recurrente, sino como justificativo para la imposición de sanción al tenor del artículo 287 Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, que determina:

"Las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:

a) Amonestación, aplicable a la primera vez si la infracción es calificada con gravedad levísima.
*b) **Multas o sanciones pecuniarias,** establecidas en su monto por la Superintendencia, para **conductas reiterativas** de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media…"* (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

1.5. En cuanto a la apertura del término de prueba.-

La recurrente señala que la APS habría viciado de nulidad el proceso administrativo al determina la ampliación del término de prueba sin respaldo legal que la justifique.

Es inverosímil creer que la recurrente refiera que al haberse aperturado un mayor término de prueba, el Ente Regulador habría incurrido en vicios de procedimiento, ya que es innegable, que el derecho a la defensa, a un juicio justo y debidamente fundamentado, bajo el principio de verdad material, beneficia al recurrente, no pudiendo la Administración Pública, segar su decisión por la ausencia de un plazo específico, más aún si ha regido sus actos bajos los principios que proclama la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que en el presente caso, si bien la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones aperturó nuevo término de plazo, este hecho fue justamente para contar con mayores elementos de convicción a la hora de tomar una serena convicción, dentro del proceso sancionador seguido a la AFP, evitando pretender que toda la prueba a considerar sea únicamente la aportada por la recurrente, más aún si para el fallo que otorga se basa en la supuesta inexistencia de prueba.

No debe olvidar entonces la recurrente que la Autoridad Reguladora tiene la obligación -conforme anota Comadira- de seguir el procedimiento administrativo en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, independientemente de cómo estas hayan sido alegadas y en su caso, probadas por las partes.

Por lo que la APS, en cumplimiento de los principios rectores de la Administración Pública, a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, ha aperturado término de prueba, situación que no viola o transgrede el procedimiento administrativo, más aún cuando el mismo no transgrede el derecho o interés legítimo de la recurrente, sino por el contrario cuida de manera celosa su derecho a la defensa.

Que al respecto el Tribunal Constitucional de Bolivia a través de la Sentencia Constitucional 0427/2010-R de 28 de junio de 2010 señala:

> "…*El principio de verdad material previsto por el art. 4 inc. d) de la LPA, determina que la administración pública investigará la verdad material, en virtud de la cual, la decisión de la Administración debe ceñirse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido literal del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo* ***obligación de la administración la averiguación total de los hechos, no restringiendo su actuar a simplemente algunas actuaciones de carácter administrativo formal que no son suficientes para asumir decisiones****. La tarea investigativa de la administración pública, en todos los casos sometidos al ámbito de su jurisdicción, debe basarse en* ***documentación, datos y hechos ciertos con directa relación de causalidad, que deben tener la calidad de incontrastables, en base a cuya información integral la autoridad administrativa con plena convicción y sustento, emitirá el pronunciamiento que corresponda respecto al tema de fondo en cuestión***…"

Por lo que la recurrente no puede pretender anunciar que el presente proceso, se habría llevado con vicios procedimentales al haberse aperturado término de prueba, o poner a la vista el expediente y conceder un plazo adicional al regulado a efectos de que éste presente alegatos, cuando dichos actos son en beneficio del mismo recurrente y se justifican por la falta de prueba. Acciones que sin lugar a dudas no sólo benefician al recurrente, sino

que hacen que el mismo pueda hacer un mejor uso de su derecho a la defensa, no existiendo por ende ninguna causa de nulidad o anulabilidad sobre el tema en particular.

1.6. En cuanto a la Caducidad.-

La recurrente señala que la mala interpretación del artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722, concordante con el Art 1 del Decreto Supremo N° 26131, darían origen a que el Juez del Trabajo y de Seguridad Social, declare caduca la demanda del Proceso Ejecutivo Social, cuando la misma sea interpuesta fuera del plazo de los 120 días.

Al respecto, se tiene que el artículo 23 de la Ley de Pensiones, claramente señala que los Procesos Ejecutivos Sociales se sustancian ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, conforme a las disposiciones **del Código de Procedimiento Civil para el Proceso Ejecutivo.**

Que a su vez, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 486 señala que se procederá ejecutivamente, siempre que en virtud de un título que tuviere fuerza de ejecución, se demandare al deudor moroso, el pago **o cumplimiento de una obligación exigible.**

De lo expuesto se tiene que el único requisito para la procedencia de los Procesos Ejecutivos Sociales, **es la existencia de una deuda en mora,** por lo tanto, la pretendida alusión de caducidad no corresponde y se encuentra desprovista de fundamentación legal.

Que el plazo de los 120 días, para el inicio del Proceso Ejecutivo Social corresponde a una disposición establecida en el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, misma que determinó imponer una obligación **para las AFP's como representantes de sus Afiliados,** justamente en razón a que el objeto del Proceso Ejecutivo Social, no es sólo lograr una sentencia, sino la recuperación de las contribuciones en mora de manera oportuna, es decir que los asegurados no se vean en un futuro perjudicados a la hora de acceder a una prestación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Por lo que el plazo de los 120 días, corresponde al plazo máximo en que las administradoras deben dar inicio al Proceso Ejecutivo Social, hecho que de ninguna manera implica la extinción del derecho para interponer el Proceso Ejecutivo Social ante la vía jurisdiccional.

Sin embargo de ello, el no cumplimiento del plazo previsto de los 120 días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social por las AFPs, se entenderá clara e inequívoca para ellas, como infracción a la normativa regulatoria en materia de Pensiones.

Situación que a su vez nos lleva al precedente anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 018/2012 que determina:

> "Entendida la caducidad como la "*pérdida de validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla*" (Cabanellas en su Diccionario), resulta conveniente diferenciar los institutos siguientes:
>
> a) ***El derecho social de los Afiliados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, representados obligatoria y necesariamente por los entes administradores, a cobrar la deuda de los Empleadores morosos****, derecho establecido por el artículo 31°, inciso d), de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones), y que hace entonces a*

la relación jurídica Afiliado⇆Empleador, de la cual eventualmente puede participar también la jurisdicción, cuando ante la falta de pago voluntario, se deba acudir a la vía forzosa que importa el Proceso Ejecutivo Social, conforme lo permiten los artículos 23º de la Ley de Pensiones, y 95º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

Al tenor del merituado artículo 23º de la Ley de Pensiones, al no encontrarse entre las excepciones que no pueden oponerse contra el mismo, este derecho a su vez no puede extinguirse por su prescripción, lo que importa un otro derecho, ahora a favor de los afiliados.
Sobre el carácter sustancial de esto último en función a lo alegado por la recurrente, se transcribe lo expuesto por Cortés Giménez, citado por Cabanellas (obra citada):

*"…La **caducidad o decadencia puede ser convencional o legal**; mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración; prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en tanto la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática…"*
En tal sentido, debe quedar claro que:

Ni la norma pertinente (esta es la Ley de Pensiones Nº 1732 y sus restantes disposiciones reglamentarias), ni el contrato que tiene suscrito la ahora recurrente, establecen que las obligaciones asumidas por el ente administrador están sujetas a caducidad alguna.

Al caso pudiera serle aplicable más bien la figura de la prescripción, empero de ser el caso, le correspondería alegarla al Empleador moroso, la que sin embargo y a su vez tampoco correspondería

***b)La obligación administrativa impuesta a los entes administradores del Seguro Social Obligatorio de largo plazo (AFP´s) por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), en sentido de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo de 120 días posteriores al ingreso en mora del empleador**, obligación que importa la relación jurídica AFP´s⇆APS. Es entonces, una relación totalmente distinta a la señalada en el inciso a) supra.*

En este sentido, el Recurso Jerárquico que se analiza ha confundido el derecho social que hace a sus representados (inciso 'a' supra), con la distinta obligación administrativa a ella impuesta (inciso 'b').

*En definitiva, el requisito para la procedencia de los Procesos Ejecutivos Sociales **es la existencia de una deuda en mora,** por lo que la pretensión sobre una eventual caducidad como una posibilidad procesal no corresponde y se encuentra desprovista de fundamentación legal..."*

1.7. En cuanto a la calificación de una infracción de gravedad máxima.-

La recurrente señala que no existiría una infracción de gravedad máxima, debido a que no se configuran los elementos constitutivos de la misma, como ser: a) dolo, b) beneficio propio o de terceros, o c) daño a terceros.

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

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

Entonces de la lectura de la norma tenemos, que la calificación de la gravedad, implica que el comportamiento (acción u omisión) respecto a la infracción, cuente con elementos identificadores que permitan la calificación de la gravedad de la sanción.

Los elementos configuradores de la gravedad máxima son:

> a) Que la acción u omisión se haya producido con premeditación o de forma dolosa,
> b) Que haya resultado beneficio propio o de terceros o causado daño a terceros.
>
> Por ello se analizará cada uno de los elementos para la determinación de la gravedad máxima:
>
> **a) En cuanto a la premeditación o dolo.-**
>
> Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define el dolo como: " *En acepción genérica engaño fraude, simulación "…En el Derecho Penal constituye dolo la resolución **libre consiente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por ley…**"*
> Francisco Carrara a su vez, define al dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.
>
> Para Jiménez de Asúa, existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, **con conciencia de que se quebranta el deber**, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente

entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

En cuanto a la intencionalidad, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala *referente a la intención deliberada, hecho a sabiendas, con propósito reflexivo (…) Así, el acto intencional es previsto y querido Intencionalmente mediando conciencia y voluntad al obrar con una finalidad o propósito (intencionalmente).*

De lo expuesto tenemos que tanto el dolo y la intencionalidad se entienden como sinónimos, ya que para que exista una acción u omisión dolosa o intencional, debe existir el elemento constitutivo de la voluntad, es decir (elemento volitivo) de cometer una infracción a sabiendas de su ilicitud o reprochabilidad.

Ahora bien, la APS en su análisis determinó la existencia de dolo señalando lo siguiente:

> *"…a) Existió intencionalidad en el hecho producido toda vez que la AFP como administradora de los fondos tenía conocimiento de que los empleadores que se encontraban en mora (al contar con la base de datos de control de la mora y reportar al regulador periódicamente), pero pese a ello no han iniciado el PES en su momento y fue después de la acción del regulador que inicio recién todos los PES en mora inclusive aquellos periodos que datan de los incisos del SSO. Asimismo la conducta de Futuro fue premeditada, toda vez que el regulado deliberadamente conociendo la norma y al haber sido sancionado anteriormente, omitió dar inicio al PES que le impone la norma…"*

De lo transcrito se tiene que la APS, confunde la obligación que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en los plazos previstos en la norma, con el elemento del dolo, siendo que en ningún momento el Ente Regulador ha demostrado de manera fehaciente, que en los 243 casos, la AFP no hubiera dado inicio a los Procesos Ejecutivos Sociales **de manera premeditada o dolosa**, situación que emerge de la falta de fundamentación que otorga la APS, transgrediendo el derecho del regulado de conocer las razones por las que se le impone la sanción y su cuantía.

b) En cuanto a la existencia de beneficio propio, o de terceros, o daño causado a terceros.-

La APS determinó lo siguiente:

> *"…b) Existe evidencia de* ***los perjuicios causados*** *por el incumplimiento de la Administradora, tal como se señalo* (sic) *anteriormente al ocasionar que la misma al no dar inicio a la acción procesal por recuperación de aportes ha ocasionado perjuicio a los Afiliados que se encontraban bajo dependencia laboral de los Empleadores, quienes precisan que sus aportes se encuentren en su Cuenta Individual, y que la falta de recuperación oportuna de sus aportes y primas por la AFP genera un perjuicio a momento de cubrir una prestación por las contingencias que se presenten toda vez que no se adquirieron la cuotas correspondientes para ser consideradas a momento de otorgarse el beneficio*

del SSO. Asimismo, haciendo alusión nuevamente a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007 la cual determinó que: "el no iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales de acuerdo al ordenamiento jurídico, implica un efecto pernicioso de riesgo moral para el sistema, implicando que los empleadores, pese a vulnerar los derechos de los Afiliados y afectar el propio sistema, tengan la posibilidad de pretender soslayar el pago de sus obligaciones y pongan el riesgo los propios beneficios que el Seguro Social Obligatorio de largo plazo ofrece.". Asimismo, se advierte daño en el caso correspondiente al NUA 27787448 por la generación de recargos, el mismo que por falta de la recuperación oportuna de sus aportes y primas no llego a cumplir con los requisitos del artículo 8 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 por lo tanto se genero (sic) *recargos al Empleador para el pago de la prestación."*

Si bien en el presente caso la APS, fundamenta su resolución en el sentido de que existiría daño o perjuicio, no se debe olvidar que el daño debe ser real y material, no pudiendo la APS determinar daño por ideas generales, encontrándose obligada a precisar la repercusión evidente que se tiene por falta de recuperación de aportes, en cifras y casos concretos.

Respecto al daño ocasionado por la AFP al Afiliado con NUA 27787448 se tiene lo siguiente:

La APS, fundamenta el mismo en sentido de que:"*…la falta de recuperación oportuna de sus aportes, el afiliado no llegó a cumplir los requisitos de cobertura para acceder a una Pensión por Invalidez….*"

Que, si bien se individualizó el caso, se determinó –de manera general- el perjuicio, por lo que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas bajo el cumplimiento de la búsqueda de la verdad material, mediante nota MEFP/VPSF/UR-SIREFI N° 013/2012 de fecha 09 de febrero de 2012, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, información complementaria, la cual fue atendida por la Entidad Reguladora mediante nota APS/DJ/DPC/1173/2012 de 16 de febrero de 2012, señalando lo siguiente:

"...1) Documentación e información Concerniente al Asegurado con NUA 27787448:

a. *De acuerdo al Formulario de Solicitud de Pensión por Invalidez N° 002735 la fecha de solicitud de Pensión por Invalidez que generó la descobertura es el 23 de septiembre de 2002.*
b. *Remitimos la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 076 de 30 de enero de 2006, Dictamen N° 012/2006, Resolución Administrativa SPVS-IP N° 077 de 30 de enero de 2006, y el Formulario de fecha de Invalidez N° 005/2006, (documentación adjunto* (sic) *a la presente nota en Anexo N° 1).*
c. *De acuerdo a información proporcionada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota Cite: FUT AP VP COB 1147/2011 de 12 de julio de 2011, los*

periodos que originaron la descobertura del Asegurado que generó el Recargo son: ***marzo/1998, abril/1998, julio/1998, agosto/1998, noviembre/1998, diciembre/1998, noviembre/1999, febrero/2000, mayo/2000, agosto/2000, septiembre/2000, enero/0201*** (sic), ***agosto/2001 y septiembre/2001..."***(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito y de la evaluación realizada al NUA 27787448, se tiene que:

1. El trámite de Pensión de Invalidez del Afiliado Freddy Gonzales Rodrigo, fue descoberturado por la falta de pago de la Caja Nacional de Salud (Empleador) durante los periodos: marzo/1998, abril/1998, julio/1998, agosto/1998, noviembre/1998, diciembre/1998, noviembre/1999, febrero/2000, mayo/2000, agosto/2000, septiembre/2000, enero/2001, agosto/2001 y septiembre/2001, tal como determinó la Entidad Reguladora en fs. 932.

2. La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 de 7 de noviembre de 2011 a fs. 0965 señaló que para el empleador "Caja Nacional de Salud" sucursal 26023: "*El regulado no presentó documentación de respaldo, sin embargo, considerando la prescripción citada en el memorial, se levanta el cargo por los periodos en mora* ***anteriores a mayo/2008.*** *Así también se levanta el cargo por los periodos de abril/2010 y mayo/2010 debido a que los mismos se consideraron como mora menor a 120 días, y se ratifica el cargo por los periodos de Cotización junio/2009, diciembre/2009 y marzo/2010…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

3. Asimismo, a fs. 938, la Entidad Reguladora determinó que la Caja Nacional de Salud (sucursal 26023), "…*presenta periodos de cotización que fueron levantados por descargos presentados por la AFP, sin embargo presenta periodos de cotización que fueron ratificados por incumplimiento normativo*…"

De lo expresado, se tiene que si bien la Entidad Reguladora consideró para la sucursal 26023 de la Caja Nacional de Salud (Empleador del Afiliado con NUA 27787448) una infracción permanente, la cual se configura con el hecho de no iniciar el Proceso Ejecutivo Social de manera oportuna, el mismo corresponde a los meses de junio/2009, diciembre/2009 y marzo/2010.

Sin embargo, los periodos que ocasionaron la descobertura del trámite son anteriores a mayo/2008, periodos que tal como lo señaló la Entidad Reguladora, prescribieron.

Por lo tanto, es evidente que existe una incongruencia en el análisis realizado por la Entidad Reguladora, ya que no se ha podido evidenciar que el presente proceso fue viciado de anulabilidad, al no fundamentar el Ente Regulador, uno de los elementos configuradores que se requieren para calificar la infracción de gravedad máxima, cual es la acción u omisión dolosa o premeditada, hecho que da lugar a la indefensión del regulado, quien se ve desprovisto de la debida fundamentación,

como una garantía que otorga el procedimiento administrativo conforme lo determinan los principios de legalidad, proporcionalidad y debido proceso.

1.8. En cuanto a la incongruencia entre los considerandos y el levantamiento de cargos de la Resolución Administrativa 055-2011.-

La recurrente señala que existiría una incongruencia, ya que se los hubiera sancionado por doscientos cuarenta y tres (243) casos detallados en los cuadros 2, 4, 6, 8 y 10, sin embargo, en lo que respecta al cuadro Nº 2 que detallaba originalmente ciento ocho (108) empresas, la APS: a) levantó setenta y tres (73) casos de manera total a setenta, b) Levantó diecinueve (19) cargos de manera parcial y c) Ratificó en dieciséis (16) casos.

Por lo que considerando los casos levantados contra los originalmente sancionados se tendrían -a decir de la AFP- sólo doscientos un (201) empresas, dato que no guarda relación, ni congruencia con la parte resolutiva de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº 405-2011 de 7 de noviembre de 2011.

Compulsado el expediente y realizada la revisión del mismo, se tiene que la Entidad Reguladora:

- Mediante nota AP/DJ/DPC/2983/2010 de 14 de octubre de 2010, notificó a la AFP con cargos al advertir que en trescientos ochenta y cinco (385) casos la AFP no habría iniciado el Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días desde que el empleador incurrió en mora.

- Mediante nota de descargos FUT.AP.VP.COB. 2057/2010 de 29 de noviembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP señaló que los 385 casos corresponden a números de identificación de las empresas observadas, las cuales tienen más de una sucursal, por lo que existirían 449 casos observados.

- De los 449 casos señalados por la AFP, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 055-2011 de 25 de febrero de 2011, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP por doscientos setenta y cuatro (274) casos.

- Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 de 7 de noviembre de 2011, sancionó por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 259 de 23 de junio de 2000, con respecto a doscientos cuarenta y tres (243) casos detallados en los Cuadros Nº 2, 4, 6, 8 y 10 y levantó treinta y un (31) casos.

  Asimismo, sancionó por incumplimiento al artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, por los casos señalados en los cuadros Nº 2, 4, 6, 8 y 10, que presentan periodos de cotización a partir de mayo de 2008.

Al respecto, si bien la Entidad Reguladora identificó y levantó algunos casos de manera parcial o total por prescripción, líneas más adelante se entendería que los mismos no habrían prescrito al ser considerados infracciones permanentes.

Por lo que no se entiende, ni se específica que **periodos** hubieran ocasionado la infracción permanente, dando así lugar a una confusión e indefensión por parte de la recurrente, al no saber de manera cierta, si los periodos levantados por prescripción, serían los mismos por los cuales líneas más adelante se estaría sancionando.

Por lo que la Entidad Fiscalizadora, se encuentra obligada a realizar un profundo análisis, sin que dé lugar a la incongruencia, contradicción o confusión por parte de su regulado, debiendo determinarse a ciencia cierta los cargos levantados parcial o totalmente con identificación de los periodos, situación que no sucedió a cabalidad en el caso de autos, generando confusión en el administrado.

1.9. En cuanto al incumplimiento al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 405-2011 de 7 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento a:

> *"…b) El artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, por los casos señalados en los Cuadros N° 2, 4, 6, 8 y 10 que presentan periodos de cotización a partir de mayo de 2008…"*

De la compulsa realizada al expediente administrativo y a los actos administrativos del caso de autos, se evidencia que la Entidad Reguladora no señaló expresamente en qué casos habría existido incumplimiento al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000.

Por lo que corresponde que la APS detalle los casos en los cuales existió dicho incumplimiento.

1.10. De la baja y/o rectificaciones para la supuesta regularización de mora.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico señaló lo siguiente:

> *"…En el caso de Autos, y toda vez que nuestra AFP como fruto de la gestión de cobranza Administrativa logró la presentación de bajas, y o rectificaciones de formularios, regularizó los conceptos de Mora al SSO, porque los mismos no correspondían a una deuda real; por lo que a la Luz del Principio de verdad material, no correspondía instaurar un PES, puesto que este no estaría persiguiendo la recuperación de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO tal como prescribe el Art. 23 de la Ley N° 1732 de Pensiones, y el art. 95 de su decreto reglamentario* (sic), *el Decreto Supremo N° 24469…"*

Para evidenciar dicha situación se solicitó a la APS, que informe si el argumento señalado por la AFP condice con la verdad, el cual fue atendido por la Entidad Reguladora mediante nota APS/DJ/DPC/1173/2012 de 16 de febrero de 2012, señalando lo siguiente:

> *"…la AFP dentro de los ciento veinte (120) días debe iniciar la correspondiente acción procesal en caso de que el Empleador no hubiera presentado documentación de respaldo válido para la regularización de la mora o en su defecto no hubiera realizado el pago de la mora. La Administradora pretende desvirtuar el cargo, siendo que la mora fue regularizada vencido* (sic) *los ciento veinte (120) días otorgados por el Decreto Supremo Nº 26131.*
>
> *Asimismo en el proceso de regulación de la mora dentro de la etapa de Cobranza Administrativa, el Empleador cuenta con 120 días desde el inicio de la mora para regularizar la misma, debido a la obligación que tiene la Administradora de iniciar la acción hasta el día ciento veinteavo (120), por tanto, se cuenta con este lapso de tiempo para que la AFP realice las gestiones correspondientes.*
>
> *En virtud a lo expuesto, y a objeto de llegar a la verdad material, se consideró necesario en su momento efectuar el análisis y verificación de la documentación señalada por Futuro de Bolivia S.A. AFP en su impugnación, como elementos necesarios para su correspondiente evaluación, para lo cual con Auto de 17 de junio de 2011, se instruyó a la Administradora remitir a esta Autoridad el(los) documento(s) que respalden lo señalado por cada caso descrito en su Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 055-2011 de 25 de febrero de 2011.*
>
> *Esta documentación fue evaluada y en los casos que correspondían se levantaron cargos o se ratificaron los mismos en conformidad a lo anteriormente señalado.*
>
> *Asimismo es importante señalar que dentro del grupo de 108 casos descritos como deuda regularizada de forma extemporánea, 94 casos fueron ratificados dentro de la continuidad del hecho, (detalle Anexo 2 adjunto a la presente nota) y en base a los descargos documentados por la AFP se obtuvo el siguiente cuadro resumen:*

Origen de la regularización de mora según verificación documental	Nº de casos ratificados	Porcentaje
Baja	3	3%
Baja de Sucursal	3	3%
Otro	11	12%
Realizó el pago en otra AFP	1	1%
Rectificación	15	16%
Documentación de suspensión de aportes	2	2%
Documentación insuficiente	2	2%
Mora Pagada después de los 120 días	57	61%
Total General	**94**	**100%**

En el cuadro anterior, se evidencia que el 61% de los casos que fueron regularizados de manera extemporánea, corresponden a pagos realizados por el Empleador fuera de los 120 días que la norma establece. Este hecho desvirtúa lo señalado por la AFP, debido a que no todos los casos se cierran en presentación de documentación, motivo por el que el inciso b, del artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº

259 de 23 de junio de 2000, prevé esta eventualidad y señala que las AFP deben iniciar las acciones legales que corresponda, de conformidad a la normativa vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en ***mora efectiva…"*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, tal como lo establece el artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 259 de 23 de junio de 2000, una vez identificadas las contribuciones en mora y determinadas aquellas que presumiblemente se encuentren en esta situación, las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen la obligación de aplicar el Procedimiento de Gestión de Cobro y de aclaración en el plazo establecido para el efecto, para que el empleador presente documentación que permita aclarar la presunta mora o descartarla, y si corresponde iniciar las acciones legales que correspondan, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva.

En ese entendido, si bien dentro de los 94 casos ratificados en el Cuadro Nº 2, existen casos que cuentan con Baja, Baja de Sucursal, Rectificaciones, Pagos en la otra AFP, etc., los cuales no corresponden a una mora efectiva -tal como lo asevera la AFP-, es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP no realizó ninguna gestión de manera oportuna para determinar tal situación, sino hasta la emisión de la nota de cargos por parte de la Entidad Reguladora.

Asimismo, se identificó que dichos casos cuentan con infracción permanente, sin embargo, tal como se señaló en líneas más arriba, no se detalla de manera específica, si los cargos levantados parcial o totalmente corresponden a periodos distintos a los que se consideran como infracción permanente, por lo que corresponde que la Entidad Reguladora realice nuevamente el análisis de los mismos.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado una correcta aplicación a los Principios de congruencia, de sometimiento pleno a la Ley, debido proceso conforme se tiene explicado en el Considerando anterior, aspecto que necesariamente debe ser enmendado.

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

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados de la recurrente.

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 405-2011 de 7 de noviembre de 2011, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
BANCO ECONÓMICO S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 777/2011 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 021/2012 DE 16 DE ABRIL DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2012

La Paz, 16 de abril de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **Banco Económico S.A.,** legalmente representada por el Ing. Justo Yepez Kakuda, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI Nº 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 033/2012 de fecha 12 de marzo de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 2 de diciembre de 2011, el **Banco Económico S.A.,** legalmente representada por el Ing. Justo Yepez Kakuda, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 36/2000 de 24 de enero de 2000, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera clase Nº 40 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dra. Edith Castellanos Salas, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI Nº680/2011 de 21 de septiembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 9 de diciembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Banco Económico S.A.,** mismo que fue notificado el 13 de diciembre de 2011.

Que, mediante Auto de fecha 12 de diciembre de 2011, se hizo un llamamiento al tercer Interesado **Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA.**" para que en el término de diez (10) días administrativos presente alegatos.

Que, el 14 de enero de 2012, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del Banco Económico S.A.

CONSIDERANDO:

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

1.-RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 009/2011 DE 18 DE MARZO DE 2011.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 009/2011 de 18 de marzo de 2011, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2010* ***inclusive****, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica …*"

2. ANTECEDENTES.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"Primero.-*** *Instruir al* ***Banco Económico S.A.*** *previsionar el monto del cheque Nº 05079-9, en la cuenta 257 "Otras previsiones", en un 100%, por la posible contingencia resultante de la resolución judicial que resuelva la controversia, dentro del proceso ordinario civil en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., en el plazo de 7 días hábiles administrativos, debiendo remitir copias de los comprobantes contables correspondientes.*
>
> ***Segundo.-*** *Desestimar el cargo notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14163/2009 de fecha 30 de junio de 2009, al Gerente General del Banco Económico S.A., señor Justo Yepez Kakuda por el supuesto Incumplimiento al parágrafo 2, artículo 3, sección 4, contenido en el Capítulo VIII, Título I, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, aprobada por la Resolución SB Nº 105/2004, "REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO DE ATENCIÓN DE RECLAMOS Y CONSULTAS (SARC)", vigente a la fecha de las respuestas remitidas por el Banco Económico S.A., mediante*

cartas GR 925/08 de 23 de mayo de 2008, Certificación G.R. 080/2008 de 20 de junio de 2008, GG217/2008 de 8 de agosto de 2008 y Carta SGNO-2101/2008 de 31 de octubre de 2008, con relación a la respuesta sobre la forma en que se realizó el pago del cheque intransferible Nº 05079-9 del Banco de Crédito de Bolivia S.A.

***Tercero.-** Instruir a la Dirección de Derechos del Consumidor, el análisis y evaluación de los informes ASFI/DSR I/R-79617/2010 y ASFI/DAJ/R-87436/2010 de 10 y 30 de agosto de 2010, que sustentan la presente Resolución, a efectos de establecer si corresponde el inicio de un proceso administrativo contra el Banco Económico S.A., respecto al Reglamento para el Funcionamiento del Servicio de Atención a Reclamos de Clientes (SARC), por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.*

***Cuarto.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del **Banco Económico S.A.,** debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto."*

Por memorial de fecha 22 de septiembre de 2010, Banco Económico S.A., interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010 de 3 de septiembre de 2010.

Que el Recurso de Revocatoria interpuesto por Banco Económico S.A., fue resuelto a través de Resolución Administrativa ASFI Nº 890/2010 de 20 de octubre de 2010 misma que resuelve confirmar parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, modificando el Resuelve Primero de la siguiente manera:

***"PRIMERO.-** Instruir al Banco Económico S.A. previsionar el monto del cheque Nº 05079-9 por la suma de Bs 7,478,092.24, en la cuenta 257 "Otras Previsiones", de la siguiente manera;*

a) 20% del importe del cheque Nº 05079-9 dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con la presente Resolución;
b) 20% del importe del cheque, dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con la sentencia de primera instancia, si dicho fallo a ser dictado por el Juez Primero de Partido en lo Civil, del Distrito Judicial de Cochabamba, le fuera desfavorable y declarare probada la demanda interpuesta por SERPREC LTDA.
c) 30% del importe del cheque, dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con el Auto de Vista si éste confirmara la sentencia de primera instancia.
d) 30% restante, hasta alcanzar el 100% del importe del cheque, durante el término en que se sustancie el Recurso de Nulidad o Casación por ante el Tribunal Supremo de Justicia".

A su turno, recurrida la Resolución Administrativa ASFI Nº ASFI Nº 890/2010 de 20 de octubre de 2010, y corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 009/2011 de 18 de marzo de 2011, cuyos fundamentos más

importantes esgrimidos son:

"…1.1. EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO DE LA SANCIÓN.-

En fecha 3 de septiembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010, misma que determinó en primera instancia lo siguiente:

*"(…)**Primero.-** Instruir al **Banco Económico S.A.** previsionar el monto del cheque N° 05079-9, en la cuenta 257 "Otras previsiones", en un 100%, por la posible contingencia resultante de la resolución judicial que resuelva la controversia, dentro del proceso ordinario civil en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., **en el plazo de 7 días hábiles administrativos, debiendo remitir copias de los comprobantes contables correspondientes(…)***

***Cuarto.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del **Banco Económico** S.A., debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las **72 horas de llevado a cabo dicho acto."** (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 9 de septiembre de 2010, en la ciudad de La Paz a horas 15:20 notificó al Banco Económico con la Resolución Administrativa ASFI N°786/2010 como consta en el expediente Administrativo a Fs. 123.

*Que, en fecha 17 de septiembre de 2010, a través de Cite UGR-146/2010 el Banco Económico remite el Acta del Directorio del Banco Económico S.A. **del día jueves 9 de septiembre de 2010**, a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Informando lo siguiente:*

"(…)Al respecto, es importante informarle que no se envío anteriormente la información descrita, debido a que el acta de la sesión del Directorio en la que se consideró el tema, fue aprobada el día de ayer jueves 16/09/2010, la parte pertinente de dicha aprobación también adjuntamos a la presente, por lo que agradecemos dicho aspecto (fecha de aprobación del acta) para fines del cómputo del plazo concedido."

De lo transcrito se tiene que efectivamente el Banco Económico S.A., no habría remitido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero las actas de Directorio en el plazo de setenta y dos (72) horas, como determinó la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010, sin embargo este hecho no puede considerarse o constituirse en un incumplimiento a la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 debido a que el Artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, es claro y determina en su parágrafo primero lo siguiente:

"Los Recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento". (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Quedando claro que uno de los requisitos esenciales, para la presentación del Recurso de Revocatoria es justamente el cumplimiento de la obligación, que en el presente caso y de la documentación adjunta al expediente a Fs. 140 a 143 se tiene que la previsión realizada por el Banco Económico S.A., ***se efectivizó en fecha 17 de septiembre de 2010 (dentro de los 7 días establecidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero)***

Por lo que tenemos:

a) *El Banco Económico S.A. cumplió con la determinación adoptada a través de la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010, misma que determino la previsión del cien por ciento (100%) por la posible contingencia resultante de la resolución judicial que resuelva la controversia, dentro del proceso ordinario civil en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda.,*
b) *Que la misma se realizo dentro de los siete (7) días establecidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero)*

Por lo que se puede colegir, ***el cumplimiento de la obligación fundamental*** *en el plazo previsto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no existiendo por ende razón para que el recurso de revocatoria fuera declarado improcedente.*

2. EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PREVISIÓN.-

El recurrente señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, habría instruido al Banco Económico S.A., realizar una previsión gradual en contraposición a lo determinado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010 de 23 de febrero de 2010, así como resultaría ser contraria a la ley, y que los criterios usados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para determinar la graduación de la previsión estarían fuera de su competencia.

Previo al análisis de fondo nos remitiremos a lo establecido en el Manual de Cuentas de Bancos y Entidades Financieras

"Manual de cuentas
CÓDIGO 250.00
GRUPO PREVISIONES

DESCRIPCIÓN *Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por*

juicios contra la entidad, previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes.

Las previsiones que representan correcciones de valor de Inversiones temporarias, Cartera, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables e Inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo.

Pasivos
250.00 Previsiones
CÓDIGO 257.00
GRUPO PREVISIONES
CUENTA OTRAS PREVISIONES

DESCRIPCIÓN *En esta cuenta se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.*

DINÁMICA DÉBITOS 1. Por el valor contabilizado cuando se resuelve la incertidumbre.

CRÉDITOS 1. Por el valor estimado de otras previsiones.

SUBCUENTAS
257.01 OTRAS PREVISIONES"

Conforme se tiene anotado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión ***y registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad.***

Ahora bien ingresando en el análisis de fondo planteado tenemos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, refirió en su Resolución Administrativa ASFI/N° 890/2010 a Fs. 287 lo siguiente:

"Que, sin embargo debe considerarse que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras no define de manera específica la constitución del 100% de la previsión en un solo momento para este tipo de contingencias dejando más bien cierta discrecionalidad al regulador para imponerla siempre y cuando esté debidamente fundamentada".

De lo transcrito se tiene que la ASFI ha aplicado erróneamente la norma en contraposición a lo referido en el Manual de Cuentas, ya que esta de manera clara establece que cuando exista un riesgo legal debe constituirse una previsión y esta debe ser del importe estimado es decir del cien por ciento (100%) del valor para cubrir dicho riesgo, sin dar lugar a la discrecionalidad alegada.

Sin embargo, corresponde revisar que se entiende por facultad discrecional, por lo que corresponde revisar la amplia doctrina y en especial al Dr. Jaime Pozo Chamorro, quienes

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

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

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

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

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia Constitucional No. 0258/2007 de fecha 10 de abril de 2007, lo siguiente:

"(…)Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional ***es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas,*** *según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada (…).*

*Esta **discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma** y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que `La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento (...)".*

*De lo expuesto anteriormente se tiene que en el presente caso no puede tomarse como argumento para la una imposición de previsión gradual, la facultad discrecional, ya que la propia norma, cual es el Manual de Cuentas, determina de manera imperativa y categórica, que cuando exista un Riesgo Legal, debe constituirse una previsión y está debe ser **del importe estimado** del valor para cubrir dicho riesgo, por lo tanto no cabe lugar a que la autoridad pueda hacer valoraciones subjetivas de la norma, cuando esta ya determina el camino a seguir, situación a su vez que restringe la discrecionalidad en la que argumenta su pronunciamiento, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

*Que, el hecho, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hubiera determinado una previsión gradual amparándose en que hubiera valorado los siguientes criterios de proporcionalidad, i) la otorgación de 10 poderes a Jaime Enrique Quiroga; ii) la participación de SERPREC del 17.5% en el proyecto que originó el pago del cheque Nº 05079-9; iii) la declaratoria de prescripción del reclamo de SERPREC LTDA.; iv) la existencia de un proceso ordinario doble; así como el principio de non reformatio in peius, está fuera de toda lógica jurídica, toda vez, que como ya se tiene dicho, existe la norma legal que determina como se debe proceder, siendo el Manual de Cuentas hace referencia –como tantas veces ya se transcribió- a registrar el **importe estimado para cubrir el riesgo de la posible pérdida, mismo que no puede ser divido en partes como pretende la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.***

Es más, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al valorar dichos hechos, ha extralimitado su competencia, al no corresponder los mismos, a la naturaleza del proceso administrativo, sino más bien al ámbito jurisdiccional, que se encuentra en controversia en dicha vía, hecho que se puede constatar de la imputación presentada al Juez Segundo de Instrucción en lo penal a Fs. 350, por los delitos de falsedad material, ideológica, uso de instrumento falsificado y estelionato, por lo que al no existir un pronunciamiento final por la Autoridad competente, esta documentación no puede ser motivo de valoración, ni de fundamentación, y menos pueden ser objeto de juicios de valor por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Respecto a los criterios de proporcionalidad, estos son aplicables sólo en los procesos sancionadores, donde se impone una sanción y no así cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adopte una medida preventiva, como es el caso de autos, por lo que para mayor abundamiento nos remitimos a lo establecido ya por la Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226) cuando refiere:

"el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en

primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (....)

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

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

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

De lo transcrito precedentemente se tiene que:

Los criterios usados como proporcionalidad a la decisión adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no condicen con los criterios ya establecidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI para la aplicación de una sanción y menos de una medida preventiva, entendida como una figura jurídica diferente.

Que a su vez, la determinación adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de que el Banco Económico S.A., deba realizar una previsión no se debe a la imposición de una sanción, sino como ya se dijo en Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº08/2010 de 23 de febrero de 2010, se debe a:

"(…) Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y ***constituye una medida preventiva****, que no debe* ***confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes*** *(…)****".*** *(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*

Congruentemente con lo anterior, se concluye que el haber adoptado una medida preventiva, en ningún caso implica la imposición de una sanción y menos que se pueda aplicar los criterios de proporcionalidad.

Que, en el presente caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debió emitir criterio en cuanto a lo expresamente determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010 de 23 de febrero de 2010, misma que resolvió anular los numerales 2 y 4, bajo los siguientes argumentos:

"Es así que, al evidenciarse la existencia de un riesgo legal (a raíz de las controversias surgidas entre el Banco Económico S.A. y SERPREC LTDA. con relación al cheque 05079-9 y al incumplimiento de la normativa), éste riesgo debe ser cubierto, y la determinación de la previsión por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, permite el cumplimiento de dicho fin.

Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva, que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes.

Sin embargo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del uso de las atribuciones conferidas por Ley, debe asegurar que el riesgo legal sea satisfecho, pudiendo adoptar la medida preventiva de Previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado.

Por lo analizado precedentemente, corresponde anular el numeral 4 de la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunciarse nuevamente sobre este punto, considerando los aspectos expuestos y dando correcta aplicación a la normativa."

Situación, que implica que no se ha seguido el debido proceso, debiendo en consecuencia anularse el presente proceso, obligando a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunciarse en estricta sujeción legal.

Que, finalmente, se debe dejar en claro, que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en ningún momento se pronuncio sobre la previsión que debía imponerse, como asevera el recurrente, dejando la facultad a la Autoridad llamada por Ley, sea la que ejecute la misma, pero en estricta sujeción a la normativa específica y bajo el debido proceso administrativo.

3. EL BANCO ECONÓMICO, ASÍ COMO JAIME ENRIQUE QUIROGA, ALEGAN QUE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO, AL HABERSE PRONUNCIADO SOBRE ESTOS ASPECTOS HA ACTUADO DE ACUERDO A LOS PRINCIPIOS DE VERDAD MATERIAL, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, VALORACIÓN DE LA PRUEBA ADMISIBLE EN DERECHO.-

Se tiene que efectivamente uno de los principios que rige el procedimiento administrativo, es el principio de verdad material, sin embargo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en busca de la citada verdad material, no puede pronunciarse, y dilucidar aspectos que van más allá de su competencia y que los mismos se encuentran dilucidándose por autoridad jurisdiccional.

Así, el Banco Económico S.A., debe considerar el ámbito de competencia que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para lo cual, se trae a colación, el

precedente señalado por la entonces, Superintendencia General del SIREFI en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005 de 12 de septiembre que determinó lo siguiente:

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

Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia (norma Fundamental dispone en su artículo 122:

*"**La sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley"".***

Por lo referido es imprescindible circunscribirnos a la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que pasamos a observar la normativa, facultades y atribuciones que la ley Nº 3076, de 20 de junio de 2005, artículo 1-IV otorga:

"La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros"

De igual manera, la Ley 1488 de 14 de abril de 1993, en sus Artículos 153 y 154 establecen que: " La Superintendencia de Bancos es el órgano rector del sistema financiero que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera, En cuanto a las atribuciones están "vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, normar el control interno y externo de toda intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo , exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y demanda."

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004 ha establecido con referencia al principio de legalidad lo siguiente:

*"…El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las **autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que***

***les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos**. Este principio está reconocido en el art. 4 inc c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: `La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc i) de la LPA, al establecer que `El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables.*

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: I. La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley…."

De lo transcrito, queda claro que no corresponde a la vía administrativa determinar y pronunciarse en cuanto a hechos controvertidos en sede jurisdiccional, debido a que justamente la Autoridad administrativa, no tiene la competencia para ello, debiendo las partes afectadas acudir a la Autoridad que corresponda para determinar estos aspectos y así satisfacer sus pretensiones.

Que, bajo esa línea de razonamiento, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, refirió sobre la otorgación de 10 poderes a Jaime Enrique Quiroga y la participación del 17.5% en el proyecto donde se originó el pago del cheque Nº 05079-9, a efectos de la determinación de la existencia o no de prescripción en materia administrativa en relación a los cargos 1, 2, 3 y 5 y no así para determinar otros hechos controvertidos que corresponden ser dilucidados por autoridades jurisdiccionales…."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 680/2011 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Que en cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº009/2011 de 18 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión dl Sistema Financiero emite nueva Resolución Administrativa ASFI Nº 680-2011 de 21 de septiembre de 2011 determinando:

> ***"…Primero.-** Revocar lo establecido en el punto 4 de la Resolución ASFI Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, disponiendo que el Banco Económico S.A. **estime y cuantifique el monto de la previsión** en función a la posible contingencia resultante de la Resolución Judicial que resuelva la controversia, planteada por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., debiendo informar a ASFI en el plazo de 15 días hábiles administrativos el alcance de la previsión asumida y la metodología utilizada para ese fin.*
>
> ***SEGUNDO.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Económico S.A., debiendo entregarse a este*

Organismo Fiscalizados copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 13 de octubre de 2011 Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA." presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2010 de 21 de septiembre de 2011, argumentando lo siguiente:

Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero nuevamente incurre en la vulneración a los principios de debido proceso, principio de verdad material, principio de discrecionalidad al determinar que el Banco Económico S.A., estime y cuantifique el monto de la previsión ya que esta es una obligación de la ASFI y no así del Banco Económico S.A. la de determinar una previsión conforme a la normativa vigente, hecho que ha dado lugar a que se le infrinjan sus derechos a Serprec S.A. que a su vez la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha momento de emitir nuevo pronunciamiento se habría alejado de los criterios establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 009/2011 de 18 de marzo de 2011.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 777/2011 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determino:

"…Primero.- Anular la Resolución ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión Financiero, debiendo dictarse nueva Resolución Administrativa conforme determina el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, en base a los lineamientos establecidos por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 009/2011 de 18 de marzo de 2011…"

Con los siguientes argumentos:

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la valoración de los argumentos expuestos por el recurrente Magno Guillermo Mayori Machicao, con relación a los fundamentos contenidos en la Resolución ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, esta Autoridad de Supervisión evidencia defectos en el procedimiento aplicado en la formulación de citada Resolución, por cuanto del análisis técnico traducido en el Informe ASFI/DSR I/R-92935/2011 de 6 de septiembre de 2011, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos I de ASFI , no ha contemplado una evaluación íntegra de todos los antecedentes que preceden este caso.

Que, por lo anteriormente expuesto la instancia jerárquica estableció claramente en la citada Resolución Jerárquica, los lineamientos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debió seguir al momento de formular la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, debiendo haber circunscrito su

decisión al procedimiento y fundamentación de los aspectos observados en la Resolución Ministerial Jerárquica N° MEFPNPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, ya que en definitiva estos aspectos incidieron en que la Autoridad Jerárquica anule el anterior procedimiento administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, el referido artículo 36 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con los artículos 55 y 56 del Decreto Supremo N° 27113 Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, sobre las anulabilidades señala que:

"I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.

No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

III. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo".

Que, el artículo 37 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, determina que:

"I. Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.

La autoridad administrativa deberá observar los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar".

Que, en ese mismo sentido el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante D.S. 27113 de 23 de julio de 2003, establece que: "Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas".

CONSIDERANDO:

Que, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 literal c) señala que: "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

Que, la Ley determina que los órganos de la Administración Pública deben velar por la correcta aplicación de los ***procedimientos administrativos*** *establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.*

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

En ese contexto la legalidad de un acto administrativo debe circunscribirse a valorar todos y cada uno de los actos procesales llevado a cabo dentro un proceso administrativo, en ese orden, los fundamentos presentados por el recurrente representa un acto procesal válido y legítimo.

Que, en este sentido el Tribunal Constitucional en su SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, ha establecido con referencia al Principio de Legalidad lo siguiente: "El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de le Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que establece:" La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que el Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicable (sic)".

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: "La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a los disposiciones de la presente Ley."

Que, en ese orden es menester mencionar (sic)las consideraciones expuestas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, con relación ***al derecho a la defensa y debido proceso*** *el cual señala; "Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su artículo 16 consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo*

individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos.

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

Que, en lo que respecta a la ***Nulidad y Anulabilidad del Acto Administrativo****, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 03/2005 de 12 de enero de 2005, señala que: ..."el tratamiento de las nulidades en materia administrativa se encuentra previsto en el Capítulo V del Libro Segundo de la LPA, Artículos 35 al 38. En ese contexto normativo, se tiene causales para la nulidad de pleno derecho en el Artículo 35 y, por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en el Artículo 36.*

Queda claro que la LPA, en concordancia con la doctrina, reconoce la nulidad y anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrase viciadas de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, por sus alcances y efectos, la doctrina estableció diferencias fundamentales entre ambos institutos, como la convalidación y saneamiento que se puede hacer de los actos anulables, a diferencia de aquellos sancionados con nulidad de pleno derecho, aspecto que hace que su tratamiento sea distinto y que su invocación combinada sea incompatible. Por otra parte, la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo, establecidos a priori por la ley, con las causales de nulidad señaladas en la Ley. Por ello, la doctrina y jurisprudencia no permiten confundir ambos institutos como tampoco accionarlos conjuntamente. Es decir si un acto administrativo es nulo no puede ser, a la vez, anulable e inversamente si es anulable no es nulo, por lo que no se puede solicitar la nulidad y anulabilidad de un acto Administrativo al mismo tiempo."

CONSIDERANDO:

Que, en el presente caso, se establece que la determinación adoptada por esta Autoridad de Supervisión en la formulación de la Resolución ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, prescindió totalmente del procedimiento establecido por la Resolución Ministerial Jerárquica No. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011 y el procedimiento administrativo definido por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y sus Reglamentos para el Sistema de Regulación Financiera, por cuanto la citada Resolución ASFI N° 680/2011, no adecuó su decisión a la etapa del proceso administrativo correspondiente a la determinación de dicha Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, en este sentido, al haberse aplicado incorrectamente el procedimiento administrativo en la emisión de la Resolución ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, realidad que se contrapone a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica N° MEFPNPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de legalidad que determina el sometimiento de la administración a la Ley y al debido proceso administrativo y principalmente en resguardo y protección de las garantías constitucionales previstas en la Constitución Política del Estado Plurinacional, en lo concerniente al debido proceso y el derecho a la defensa que le asiste a toda persona natural o jurídica, es deber de ASFI, en el marco de su competencia administrativa establecida por la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y la Ley Nª 2341 de Procedimiento Administrativo y sus Decretos Reglamentarios, a fin de corregir los vicios detectados en la tramitación de la Resolución recurrida, anular la Resolución ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, correspondiendo que este Órgano de Supervisión dicte nueva Resolución en cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica N° 009/2011 de 18 de marzo de 2011, en el plazo que establece el Reglamento del Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, debiendo considerar para ese fin los lineamientos establecidos por la mencionada Resolución Ministerial Jerárquica…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 2 de diciembre de 2011, el Banco Económico S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, argumentado lo siguiente:

"…II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.-

No correspondía anular la Resolución ASFI N° 680/2011, en virtud al principio jurídico de que ningún acto o trámite será declarado NULO si la NULIDAD NO ESTUVIESE EXPRESAMENTE DETERMINADA POR LEY, al respecto debemos tener en cuenta el siguiente marco legal:

Art. 35 (NULIDAD DEL ACTO): Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341.-

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio.
b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible.
*c) Los que hubiesen sido dictados **prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido**, (lo subrayado es nuestro)*
d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado.
e) Cualquier otro establecido expresamente por ley.

II. Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente ley.

Dentro de este marco legal, la Resolución ASFI No. 680/2011, NO contiene ninguna causal de nulidad, ya que su autoridad ha dictado la misma con plena competencia, con el objeto de definir un tema relativo a la previsión y de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley 2341 y su Decreto Reglamentario, incluso fundamentando su decisión no solo con la normativa interna sino con la normativa INTERNACIONAL relativas a las NIC 37, respetando plenamente la Constitución Política del Estado Plurinacional en especial los principios contenidos en el Art. 232.

Por lo expuesto y de la lectura del marco legal, se tiene que la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002 y su Decreto Reglamentario No. 27175 son los que establecen las causales de NULIDAD de los actos administrativos y los procedimientos que se deben seguir y aplicar en el trámite de un proceso administrativo. En consecuencia, es la ley la que establece y define los procedimientos y las causales de nulidad por infracción total o prescindencia absoluta del procedimiento establecido conforme señala el Art. 35 inciso c) de la ley No. 2341 y, de ninguna manera una Resolución Ministerial Jerárquica (que es un mero acto administrativo que no tiene rango de ley ni de Decreto) puede definir procedimientos.

Esta precisión jurídica y terminológica, la realizamos toda vez que la parte considerativa de la Resolución No. 777/2011 en su página 10 indica a manera de fundamentación lo siguiente:

"Que, en el presente caso, se establece que la determinación adoptada por esta autoridad de Supervisión en la formulación de la Resolución ASFI No. 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, prescindió totalmente del procedimiento establecido por la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI 009/2011y el procedimiento administrativo definido por la ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo" (lo subrayado es nuestro).

De ahí que la misma Resolución Administrativa No. 777/2011 está viciada de nulidad absoluta ya que indica y se fundamenta en que la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI 009/2011 habría definido procedimientos que no fueron cumplidos en la formulación de la Resolución ASFI No. 680/2011, cuando en realidad lo que ha resuelto la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI 009/2011 a tiempo de anular hasta la Resolución ASFI No. 786/2010 es que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emita nueva Resolución administrativa considerando los fundamentos de la

Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI 009/2011 (ver página 109 y 110 de la Resolución).

De esta manera señora Directora la nueva Resolución ASFI No. 777/2011 que impugnamos, ha violado el principio de especificidad ya que ningún trámite o acto será declarado nulo si la nulidad no estuviese expresamente determinada por ley.

En el presente caso, se ha anulado la Resolución ASFI No. 680/2011 por no haber seguido del procedimiento establecido por la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI 009/2011, cuando en realidad la Resolución Ministerial Jerárquica como tenemos expuesto, no ha establecido ningún procedimiento, lo que SI ha establecido y contiene es una diversidad de fundamentos y consideraciones contenidas en sus 110 páginas y de ninguna manera esas fundamentaciones pueden equiparse a procedimientos, ya que reiteramos, los procedimientos los define el legislador en este caso en la Ley No. 2341 y no el órgano administrativo por más superior que el fuere.

Al no existir causal de nulidad, su autoridad debió haber confirmado la Resolución ASFI No. 680/2011 que ha fundamentado la forma y condiciones legales para establecer una previsión por riesgo legal en función a la posible contingencia resultante de la Resolución Judicial que resuelva la controversia judicial, entre el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao en representación de Serprec Ltda., y el Banco Económico S.A., entidad que ha seguido los lineamientos de la Resolución Ministerial Jerárquica No. MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI 009/2011 y ha estimado, cuantificado y ha asumido la previsión de acuerdo a la siguiente metodología:

1. *En primer lugar ha tenido en cuenta la opinión emitida por el área legal contenida en el informe del proceso ordinario - caso Serprec de fecha 4 de agosto de 2011, que contiene una relación pormenorizada del proceso judicial, la prueba producida por el Banco Económico S.A., la excepción de pago documentado en la persona del apoderado de Serprec Ltda., la excepción de prescripción trienal, la confesión del apoderado y Socio Accidental de Serprec Ltda., el informe Pericial que da cuenta que el importe del cheque No. 05079-9 ingreso efectivamente a la contabilidad de Serprec, concluyendo que el juicio ordinario civil - doble, representa riesgo legal mínimo para el Banco Económico S.A.*
2. *En segundo lugar ha tenido en cuenta, las correcta y fundadas consideraciones técnicas contenidas en la Resolución ASFI No. 680/2011 de 21 de septiembre de 2011 (paginas 16, 17 y 18) referidas a los términos establecidos en la norma internacional de contabilidad No. 37 y el libro 4 "Contabilidad Superior de Enrique Fowler Newton, 1988 relativos a la probabilidad, posibilidad y remota". La ultima (sic) definición de remota: "de probabilidad muy escasa, cercana a cero" aplicable en el presente caso ya que el informe legal concluye en que representa un riesgo legal mínimo para el Banco Económico S.A.*
3. *En tercer lugar siguiendo los criterios de prudencia que caracteriza al Banco Económico S.A., en la metodología empleada se está considerando el porcentaje de participación de Serprec en la Sociedad Accidental Serprec - Quiroga, según contrato de fecha 30 de septiembre de 2003.*

En este sentido, considerando que a opinión de Asesoría Legal del Banco, el juicio ordinario civil doble, representa un riesgo legal mínimo para la institución, se ha decidido constituir una previsión tomando en cuenta el porcentaje de participación que mantiene Serprec en la Sociedad Accidental "Serprec - Quiroga", con relación al monto del cheque.

Integrantes	***% de Participación***
Jaime E. Quiroga Ángulo	*82.5%*
Serprec Ltda.	*17.5%*

Este último aspecto que remarcamos en recuadro, constituye una VERDAD MATERIAL NÍTIDA e INNEGABLE reconocida en los fundamentos de las diferentes Resoluciones Ministeriales Jerárquicas donde están plenamente acreditados los siguientes puntos:

1. *SERPREC ha otorgado 10 poderes al Ing. Quiroga de los cuales 7 estaban vigentes al momento del cobro del cheque, ya que los otros 3 fueron otorgados de manera posterior al 24 de septiembre de 2004 (cuando se produjo el hecho), lo que demuestra de manera innegable que el Ing. Enrique Quiroga Ángulo ya desde el año 2000 era apoderado de SERPREC Ltda., y que operó para el área financiera de esta empresa (ver numeral 3 de la pagina 88 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 y numeral 3 de la pagina 6 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011).*

2. *Las indicadas Resoluciones Ministeriales Jerárquicas en su fundamentación y lineamientos reconocen la existencia legal de la Asociación Accidental en la que SERPREC como contratista tiene una participación del 17.5% y Jaime Enrique Quiroga como financiador tiene una participación del 82.5%, estableciendo también que el manejo y emisión de facturas estuvo a cargo de SERPREC (persona jurídica), por lo que no puede alegar desconocimiento del cheque, toda vez que en fecha 24 de septiembre de 2004 SERPREC emitió la factura 00196 a favor de la H. Municipalidad de Cochabamba (ver numerales 4 y 5 de la pagina 89 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 y numeral 4 de la pagina 7 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011).*

Aplicando los fundamentos y lineamientos de las Resoluciones Jerárquicas antes indicadas con cita de páginas que sirven de fundamento REAL y MATERIAL y obedeciendo la instrucción contenida en la Resolución ASFI No. 680/2011 el Banco Económico S.A., estableció una previsión legal que es resultante de la participación del 17.5% de Serprec sobre el monto del cheque por Bs 7.478.092,24, obteniéndose de esa manera un importe de Bs. 1.308.666,14 que es el monto máximo al que puede aspirar SERPREC ya que no puede ir más allá de su propia participación. Al haber anulado sin causal de nulidad la Resolución ASFI No. 680/2011, su autoridad ha ido contra sus propios actos y los fundamentos REALES y MATERIALES de las Resoluciones Jerárquicas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas causando de esta manera perjuicio a los derechos y garantías del Banco Económico S.A., lo que hace viable y procedente el presente Recurso Jerárquico.

III. PETITORIO

En mérito al marco legal expuesto, los fundamentos invocados con precisiones jurídicas, con cita de expresión de agravios, en representación del BANCO ECONÓMICO S.A., interpongo RECURSO JERAQUICO contra la Resolución ASFI No. 777/2011 dentro del plazo legal que señala el Art. 53 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 pidiendo que se anule y deje sin efecto la Resolución Administrativa ASFI 777/2011 de fecha 11 de noviembre de 2011 por no existir causal de nulidad y confirme en su totalidad la Resolución ASFI 680/2011 de fecha 21 de septiembre de 2011 que ha respetado el sentido, contenido, fundamentos y lineamientos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI 009/2011 dictada por el Ministro de Economía y Finanzas Publicas el 18 de marzo de 2011, correspondiendo que esa instancia Superior Jerárquica advierta a la ASFI, que sus resoluciones no definen procedimientos, sino que establecen lineamientos para llegar a una decisión. "

7. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 27 de diciembre de 2011, **Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA.**" presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"…I. ANTECEDENTES

En fecha 13 de diciembre he sido notificado con el Auto de fecha 12 de diciembre de 2011 emitido por su Autoridad por cual se dispone se ponga en conocimiento de SERPREC Ltda. en su condición de tercero interesado el recurso jerárquico interpuesto por el Banco Económico S.A. contra la Resolución ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, misma que dispone en su parte resolutiva lo siguiente:

***"PRIMERO.- ANULAR** la Resolución ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debiendo dictarse nueva Resolución Administrativa conforme determina el Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, en base a los lineamientos establecidos por la Resolución Ministerial Jerárquica N° MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de fecha 18 de marzo 2011.*"

II. CONSIDERCIONES JURÍDICO LEGALES

Es necesario señalar en primer lugar que el Recurso Jerárquico interpuesto por el Banco Económico S.A. no se ajusta de manera alguna a procedimiento, toda vez que ha sido interpuesto contra una resolución que anuló la Resolución ASFI N° 680/2011 que había sido emitida sin cumplir lo establecido por la Resolución Ministerial Jerárquica N° MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de fecha 18 de marzo 2011, puesto que la Resolución ASFI N° 680/2011 había dispuesto lo siguiente:

***"PRIMERO.-** Revocar lo establecido en el punto 4 de la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, disponiendo que el Banco Económico S.A. **estime y cuantifique el monto de la previsión** en función a la posible contingencia resultante de la Resolución Judicial que resuelve la controversia, planteada por el señor Magno Guillermo Mayori*

Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A. debiendo informar a la ASFI en el plazo de 15 días hábiles administrativos el alcance de la previsión asumida y la metodología utilizada para ese fin. Se observa que dicha resolución no cumplió lo establecido por la Resolución Ministerial señalada tanto en lo concerniente al aspecto procedimental como en el fondo del tema que es la previsión, tal como se demostrará a continuación:

II.1 Incumplimiento de la Resolución Ministerial en el aspecto procedimental

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de fecha 18 de marzo 2011, dispuso lo siguiente:

"Anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ***emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica."***

En tal sentido corresponde precisar que dicha Resolución Ministerial anuló una Resolución que no resolvía un recurso de revocatoria, sino anuló una Resolución emitida por la ASFI que debió haberse sujetado a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/201 de fecha 23 de febrero de 2010, pero que sin embargo no lo hizo y por lo tanto luego que tuvimos que exigir a través de los recursos correspondientes, se emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 que dispuso que la ASFI emita nueva Resolución Administrativa que considere los fundamentos de la citada Resolución Ministerial Jerárquica.

En tal sentido la Resolución ASFI N° 680/2011 debió haber cumplido dicha disposición y no emitir una Resolución que revoque otra, tal extremo resultó totalmente incongruente con lo dispuesto por la citada Resolución Ministerial Jerárquica y por lo tanto la Resolución ASFI N° 680/201 incumplió con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011, contradiciendo desde todo punto de vista el orden procedimental puesto que de ninguna manera correspondía que la Resolución ASFI N° 680/2011 revoque Resolución alguna. Es así que la Resolución ASFI N° 777/2011 dispuso la anulación de la Resolución ASFI N°680/2011 a fin de eliminar vicios procesales y ajustar a procedimiento indicando lo siguiente:

"Que, en el presente caso, se establece que la determinación adoptada por esta Autoridad de Supervisión en la formulación de la Resolución ASFI No. 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, prescindió totalmente del procedimiento establecido por la Resolución Ministerial Jerárquica No. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011 y el procedimiento administrativo definido por la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y sus Reglamentos para el Sistema de Regulación Financiera, por cuanto la citada Resolución ASFI No. 680/2011, no adecuó su decisión a la etapa del proceso administrativo correspondiente a la determinación de dicha Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, en este sentido, al haberse aplicado incorrectamente el procedimiento administrativo en la emisión de la Resolución ASFI No. 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, realidad que se contrapone a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica

No. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de legalidad que determina el sometimiento de la administración a la Ley y al debido proceso administrativo y principalmente en resguardo y protección de las garantías constitucionales previstas en la Constitución Política del Estado Plurinacional, en lo concerniente al debido proceso y el derecho de defensa que le asiste a toda persona natural o jurídica, es deber de la ASFI, en el marco de su competencia administrativa establecida por la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y sus Decretos Reglamentarios, a fin de corregir los vicios detectados en la tramitación de la Resolución recurrida, anular la Resolución ASFI No. 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, correspondiendo que este Órgano de Supervisión dicte nueva Resolución en cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica No. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, en el plazo que establece el Reglamento del Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, debiendo considerar para ese fin los lineamientos establecidos por la mencionada Resolución Ministerial Jerárquica."A los argumentos señalados, que son por demás claros, corresponde añadir la consideración de un principio procesal universal, que se refiere a que las normas que rigen un procedimiento (ya sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo) son de interés público y por lo tanto corresponde encausar todo procedimiento que no se ajuste a lo dispuesto en la Ley a fin de no atentar contra garantías constitucionales como el debido proceso y el derecho a la defensa. Por tanto el recurso jerárquico interpuesto por el BECO (sic) es tan incongruente como la Resolución ASFI No. 680/2011, debido a que no se ajusta a procedimiento y por lo tanto corresponde que sea declarado improcedente.

II.2 Incumplimiento de la Resolución Ministerial en el aspecto de fondo

La Resolución ASFI N°680/2011 de ninguna manera consideró los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica y más bien dio lugar a que el Banco Económico S.A. mediante nota CITE GG N° 241/2011 de 12 de octubre de 2011 establezca una previsión del 17.5% sobre el monto del cheque debido a la participación de SERPREC Ltda., en ese mismo porcentaje en la Asociación Accidental que tuvo con Jaime Enrique Quiroga.

Ante semejante aberración, corresponde relievar que esta forma de previsión ya fue por demás desvirtuada por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la citada Resolución Ministerial Jerárquica No. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, que ***establece suficientes sustentos técnicos y legales que desvirtúan que la previsión deba recaer en el 17,5% del monto del cheque debido a la participación de SERPREC Ltda., en una Asociación Accidental con Jaime Enrique Quiroga.***

Asimismo corresponde señalar que de ninguna manera la Resolución Ministerial Jerárquica señalada dispuso que la ASFI tenga que establecer ***que el propio Banco Económico S.A. estime y cuantifique el monto de la previsión*** *en función a la posible contingencia resultante de la Resolución Judicial que resuelve la controversia, planteada por SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., tal extremo hubiera significado pronunciarse contra la normativa vigente porque en este caso le corresponde a la ASFI determinar la previsión en el 100% del monto del cheque intransferible, toda vez que las previsiones*

*escalonadas o graduales o aquellas sujetas a un porcentaje de la participación de SERPREC LTDA., en una asociación accidental ya fueron desvirtuadas por el propio Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.**(sic)administrativo, sino más bien al ámbito jurisdiccional, que se encuentra en controversia en dicha vía..."***

*Como puede apreciarse entre otros tantos sustentos expuestos en la citada Resolución Ministerial, la ASFI se apartó completamente de lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 al haber emitido la Resolución ASFI N° 680/2011, y además no ha considerado **que el cheque intransferible N° 05079-9 por Bs 7.478.092,24, ha sido girado a favor de SERPREC Ltda. (adjudicataria de la obra) y no a la Asociación Accidental, y que el Banco Económico S.A. ha pagado a un tercero el monto total de dicho cheque infringiendo los Arts. 603° y 626° del Código de Comercio, y los Artículos 29° y 36° del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central, por lo que es responsable de ese mal pago conforme lo dispuesto por el Art. 628 del Código de Comercio, y en consecuencia debe devolver el monto total del cheque en favor de SERPREC Ltda., más los daños y perjuicios que califique el Juez.***

***En virtud de lo señalado el Banco Económico S.A. no puede dejar de previsionar al menos el 100% del monto del cheque intransferible que pagó en incumplimiento de la Ley,** aunque el monto resultante del proceso sea mayor tomando en cuenta los daños y perjuicios, pero nunca podrá ser menor que el monto del cheque. Por lo tanto correspondía que la ASFI se pronuncie disponiendo que el Banco Económico S.A. previsione el 100% del monto del cheque intransferible que fue pagado a un tercero y no como lo hizo mediante la Resolución ASFI N° 680/2011. Por todo lo señalado se tiene que la ASFI incumplió lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011, quedando desde todo punto de vista desvirtuados los argumentos del BECO (sic) en su ilegal recurso jerárquico. Fueron lo suficientemente claros y categóricos los argumentos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en las Resoluciones Ministeriales que emitió en este proceso sin fin, en el que gracias a la ASFI nos vemos sometidos a la perpetuidad entre idas y venidas en las que la ASFI es el principal protagonista de inventarse formas de previsionar y de darle siempre una salida preferencial al BECO en detrimento de quienes solamente pedimos que se cumpla la normativa vigente. Generándole con ello no solo perjuicio y violación a nuestros derechos subjetivos sino daño al Estado porque al Estado le supone un costo el que la ASFI ocupe tiempo y dinero en dilatar procesos que ya debieron haberse concluido hace mucho*

No obstante lo señalado, solamente a efectos de desvirtuar los argumentos del BECO en su recurso jerárquico corresponde señalar lo siguiente: La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 señaló textualmente que:

> *"...la ASFI ha aplicado erróneamente la norma en contraposición a lo referido en el Manual de Cuentas, ya que esta de manera clara establece que cuando exista un riesgo legal debe constituirse una previsión y esta debe ser del importe estimado es decir del cien por ciento (100%) del valor para cubrir dicho riesgo, sin dar lugar a la discrecionalidad alegada..." Asimismo, la citada Resolución Jerárquica ya determinó lo siguiente:*

"...***en el presente caso no puede tomarse como argumento para una imposición de previsión gradual, la facultad discrecional, ya que la propia norma, cual es el Manual de Cuentas, determina de manera imperativa y categórica, que cuando exista un Riesgo Legal, debe constituirse una previsión y está debe ser del importe estimado del valor para cubrir dicho riesgo, por lo tanto no cabe lugar a que la autoridad pueda hacer valoraciones subjetivas de la norma..." y***

"... Que, el hecho, que la ASFI hubiera determinado una previsión-gradual amparándose en que hubiera valorado los siguientes criterios de proporcionalidad, i) la otorgación de 10 poderes a Jaime Enrique Quiroga; ii) LA PARTICIPACIÓN DE SERPREC DEL 17.5% EN EL PROYECTO ORIGINÓ EL PAGO DEL CHEQUE N° 05079-9; iii) la declaratoria de prescripción del reclamo de SERPREC LTDA.; iv) la existencia de un proceso ordinario doble; así como el principio de non reformatio in peius, NO CORRESPONDE, toda vez, que como ya se tiene dicho, existe la norma legal que determina como se debe proceder, siendo el Manual de Cuentas hace referencia - como tantas veces ya se transcribió- a registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de la posible pérdida, MISMO QUE NO PUEDE SER DIVIDO EN PARTES como pretende la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Es más, la ASFI, al valorar dichos hechos, ha extralimitado su competencia, al no corresponder los mismos, a la naturaleza del proceso (sic) *tiempo para defender, inclusive obrando en contra de la normativa vigente, los intereses de quienes se han visto involucrados en actividades contrarias a la estabilidad del país y han protegido la venta irregular de las acciones del BECO (sic).*

La ASFI violó en todo momento su función y misión como entidad reguladora, que es la de mantener un mercado financiero, sano seguro y transparente, y desechar desde todo punto de vista que el mismo regulado se califique una previsión puesto que ***ante semejantes extremos entonces no sería de extrañarse que la ASFI disponga que una entidad regulada se califique sus propias multas.***

III.PETITORIO

En mérito a todos los fundamentos jurídicos y legales expuestos, solicito que se emita Resolución declarando improcedente el recurso jerárquico interpuesto fuera de procedimiento por el Banco Económico S.A."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES DEL RECURSO INTERPUESTO.-

Que antes de ingresar al análisis de fondo, es importante recordar al recurrente así como al tercer interesado que el presente recurso **versa sobre** la competencia que tendría la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para anular en Recurso de Revocatoria su propio acto y si la causal de nulidad determinada por el ente regulador se encuentran en la economía jurídica administrativa y finalmente la legitimación que tiene el recurrente de presentar un Recurso Jerárquico contra una resolución anulada.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

La Resolución Administrativa ASFI Nº 777/2011 de 11 de noviembre de 2011 determinó anular la Resolución Administrativa ASFI Nº 680/2011 de 20 de septiembre de 2011, en razón a que este hubiera prescindido totalmente del procedimiento establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo Nº 2341 y de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011.

El Banco Económico señala que la ASFI no puede anular la Resolución Administrativa ASFI Nº 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, en razón a que ni la Ley del Procedimiento Administrativo, ni su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175, establecen como causal la de nulidad, el haberse apartado de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011, vulnerando así –según expresa el recurrente- el principio de especificidad.

Al respecto se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dispuso anular la Resolución Administrativa **Nº 680/2011 de 21 de septiembre de 2011** con el fundamento establecido en el artículo 35 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 53 del Decreto Supremo Nº 27113 que reglamenta a la Ley de Procedimiento Administrativo; hecho que a su vez puede ser constatado de la lectura de la Resolución Administrativa ASFI Nº 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, a fs. 732 cuando determina la nulidad, con el siguiente texto:

> "…***al haberse aplicado incorrectamente el procedimiento administrativo en la emisión de la Resolución ASFI Nº 680/2011 de 21 de septiembre de 2011,*** *realidad que se contrapone a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica Nº MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de legalidad que determina el sometimiento de la administración a la Ley y al debido proceso administrativo y principalmente en resguardo y protección de las garantías constitucionales previstas en la Constitución Política del Estado Plurinacional, en lo concerniente al debido proceso y el derecho a la defensa que le asiste a toda persona natural o jurídica…,"*

Como, bien establece el aludido acto administrativo, el fundamento anulatorio se basa en que no habría seguido el procedimiento previamente establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo, estando a su vez inmerso dentro de dicho procedimiento, las determinaciones dadas por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011.

No debe olvidarse que en el presente caso, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011, expresó los fundamentos generales en los que debía regirse la autoridad inferior al momento de emitir nuevo pronunciamiento, ello emergente de la

anulación determinada por los vicios procedimentales en los que incurrió la Autoridad Fiscalizadora.

Por lo que, en el presente caso el recurrente debe tener claro que las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, sí son vinculantes y no sólo revisten un carácter enunciativo para la autoridad inferior, más por el contrario, la Autoridad recurrida tiene la obligación de cumplirlas inmediatamente, tal cual versa el parágrafo II artículo 60 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.

Que, conforme a lo compulsado se ha podido a establecer que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dispuso la anulación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 345/2010 de 10 de mayo de 2010, al evidenciar un defecto procesal que definitivamente hubiera conllevado nuevamente a una anulación del procedimiento en instancia a quem, cuando se hubiera realizado el control de legalidad del acto, al existir **nuevamente violaciones al debido proceso.**

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

2.1. COMPETENCIA DE LA ASFI PARA ANULAR SUS PROPIOS ACTOS.-

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, en su Capítulo V refiere, a la Nulidad y la Anulabilidad, en sus cuatro artículos (Del 35 al 38), determinando que:

DE LA NULIDAD Y ANULABILIDAD.-

"ARTICULO 35°. (Nulidad del Acto).-

I. *Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:*

- ***a)*** *Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;*
- ***b)*** *Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;*
- ***c)*** *Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;*
- ***d)*** *Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y,*
- ***e)*** *Cualquier otro establecido expresamente por Ley.*

II. *Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley.*

ARTICULO 36°. (Anulabilidad del Acto).

I. *Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.*

II. *No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*

III. *La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.*

IV. *Las anulabilidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley.*

ARTICULO 37°. (Convalidación y Saneamiento).

I. *Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.*

II. *La autoridad administrativa deberá observar los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar.*

III. *Si la infracción consistiera en la incompetencia jerárquica, la convalidación podrá realizarla el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto.*

IV. *Si la infracción consistiese en la falta de alguna autorización, el acto podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de ella por el órgano competente.*

ARTICULO 38°. (Efectos de la Nulidad o Anulabilidad).

I. *La nulidad o anulabilidad de un acto administrativo, no implicará la nulidad o anulabilidad de los sucesivos en el procedimiento, siempre que sean independientes del primero.*

II. *La nulidad o anulabilidad de una parte del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo acto que sean independientes de aquélla."*

Asimismo, importa traer a colación lo ya expuesto por esta instancia Jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ SIREFI N° 030/2010, sobre el instituto de las nulidades:

"…En materia administrativa se encuentra plenamente identificado en todo procedimiento legal – ya sea de forma análoga o expresa – como una solución procedimental a la subsanación de vicios encontrados en la tramitación de todo proceso. Instituto de características especiales que clasifican los vicios según la gravedad e importancia que reviste la antijuricidad, calificándolos como nulidades absolutas y nulidades relativas o anulabilidades, con diferencias específicas al momento de emitir pronunciamiento. Diferencias que deben ser claramente identificadas para su correcta aplicación, debiendo ser valoradas de acuerdo a lo que establece la doctrina y el procedimiento especial que las reglamenta.

La nulidad absoluta o de pleno derecho penaliza al acto de ineficaz desde el punto de vista intrínseco y por ello carece de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación; vale decir que no requiere de una solicitud expresa de nulidad, ya que al constituirse en un defecto de fondo, la nulidad debe ser declarada inclusive de

oficio. Asimismo la nulidad absoluta tiene un carácter erga omnes, aspecto que hace susceptible de ser opuesto por cualquier persona que detente un interés legal y en cualquier momento no siendo aplicable una acción de extinción caducidad o prescripción contra el defecto de fondo.

Contrario sensu a lo manifestado, la nulidad relativa, de forma o anulabilidad tiene efectos mucho más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos aspectos fundamentales: el primero corresponde al libre arbitrio del afectado y el segundo a la seguridad jurídica a la que pueden verse afectado. De acuerdo a estos presupuestos las partes que se consideren afectadas por un acto anulable, sólo ellos pueden pedir o aducir la declaración de nulidad del acto dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual el derecho del peticionante precluye y convalida el defecto, estableciendo entonces que el inejercicio de la acción de petición de anulabilidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto subsanatorio.

Con relación al régimen de las nulidades, el Decreto Supremo 27175, no establece procedimiento específico al respecto, en consecuencia debe aplicarse supletoriamente lo establecido por la ley marco y demás disposiciones legales análogas, teniendo el debido cuidado de no adentrarse en el ámbito de lo que se denomina como antinomia jurídica o conflicto en la aplicación de una o más normas relacionadas, debido a que la aplicación supletoria y/o análoga debe guardar absoluta coherencia con la norma especial, sin conculcar otros preceptos normativos superiores, ni los valores esenciales del derecho que resguardan las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

En este contexto, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no establece con certeza los actos nulos y anulables y que de manera expresa establece las formas en que las resoluciones en Recurso de Revocatoria deben ser emitidas, no debemos olvidar que en la aplicación del derecho existen aspectos supra legales que deben ser considerados con preferencia a momento de tomar una decisión, tales como el resguardo de las garantías y derechos fundamentales que otorga el Estado a todos sus soberanos.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa ha compulsado la posibilidad de que el órgano de regulación ***pueda anular sus propios actos estableciendo requisitos esenciales para su procedencia;*** *en este contexto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 30/2005 de 16 de agosto de 2005 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF URJ SIREFI N°030/2010 señalan:*

"…El artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo señala como principios de la actividad administrativa los siguientes: a) Principio fundamental. El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad y; c) Principio de sometimiento pleno a la ley. La administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, ***asegurando a los administrados el debido proceso.***

De la normativa señalada, se tiene que el ente regulador ***puede disponer la anulación del procedimiento cuando considere que ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma que tenga relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos en resguardo a la garantía del debido proceso administrativo****…*" (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que, de acuerdo a todo lo compulsado se llega a establecer que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho un correcto análisis de la norma al determinar la anulabilidad de oficio de la Resolución Administrativa ASFI Nº 680/2011, al evidenciar un defecto procesal, mismo que, definitivamente hubiera conllevado nuevamente a una anulación relativa del procedimiento en instancia a quem.

2.2. EN CUANTO A LA LEGITIMIDAD DEL RECURRENTE.-

El Banco Económico S.A. alega que se le habría causado un grave perjuicio a sus derechos e intereses legítimos con la determinación de la Autoridad Supervisora, al haber anulado la Resolución Administrativa ASFI Nº 680/2011, que determinaba que el propio Banco debía estimar y cuantificar el monto de la previsión instruida, en función a la posible contingencia resultante de la Resolución Judicial que vaya a resolver la controversia.

Al respecto el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003 en su artículo 15 determina:

"Artículo 15.- ***(Personas Interesadas y Legitimación).*** *Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley* ***y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos…"***

Que el artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo en su parágrafo uno refiere:

"…I los recursos administrativos proceden contra toda clase de ***resolución de carácter definitivo o actos administrativos de carácter equivalente , siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieran causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.***

II Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa "

En este entendido se tiene que para que el Recurso Jerárquico sea resuelto, el recurrente primero deberá demostrar de que manera el acto declarado nulo le estaría causando perjuicio o en su caso, se le estaría vulnerando un derecho subjetivo, situación que no sucedió en el caso de autos.

Sin perjuicio de ello y subsumiéndonos al análisis realizado, el haberse determinado la anulabilidad la Resolución Administrativa ASFI Nº 680/2011, implica que no existe acto administrativo que haya nacido a la vida, por tanto no existe decisión adoptada por parte de la administración, que pueda causar perjuicio o vulnerarse derechos, ya que justamente uno de los efectos de la nulidad y anulabilidad es que la tramitación del proceso se retrotrae hasta el vicio más antiguo.

2.3. En cuanto a la documentación presentada como prueba de reciente obtención por el Banco Económico.-

En fecha 4 de abril de 2012 el **Banco Económico S.A.,** presenta la siguiente documentación como prueba de reciente obtención:

1. Memorial de denuncia ante el Ministerio Público
2. Instrumento de poder No. 488/2009 otorgado por los Sres. JANETH PASTORACAMBEROS VDA DE BARROSO, BORIS EDGAR BARROS CAMBEROS, IVAK ANTONIO BARROSO CAMBEROS Y PABLO DAVID BARROSO CAMBEROS, ante la Notaría de Fe Pública No. 25 del Distrito Judicial de la ciudad de Cochabamba a cargo de la Dra. Mavel Luis Fernandez López de fecha 23 de noviembre del 2009.
3. Testimonio 000014 - 27/10/2009 que franquea el Juzgado 2º de Sentencia del Distrito Judicial de Cochabamba, de Sentencia pronunciada el 02/10/09 en contra de Magno Guillermo Mayori Machicao y Carlos Hernán Bolívar López, a fs. 18.
4. Dos (2) Folios Reales, Matriculas No. 3.10.1.01.0005984 y No. 3.10.1.01.0005985 correspondiente el primero a un Departamento signado como 2D - 2do Piso - Bloque VI del Condominio Horizonte y de un Estacionamiento E. B-6-2D del mismo Condominio.
5. Contrato de Construcción de Obra por Excepción No. 321/06 para puente sobre Rio Orthon, a fs. 9.
6. Certificación emitida por la Secretaria Financiera de la Prefectura de Pando de 02/10/07, sobre desembolsos efectuados a la empresa contratista (Serprec Ltda.), según informe U.C.G. No. 044/07, a fs. 39.
7. Nota de fecha 24/02/10 dirigida al Sr. Almirante Landelino Rafael Bandeiras Arce, por el Ing. Ivan Antonio Barroso Camberas, de denuncia de irregularidades en la gestión de la contratación del Puente Santa Rosa a fs. 2.
8.Testimonio 183/2010, de 16 de abril de 2010, que lleva adjunta el Acta de Asamblea de Socios de 16 de enero de 2010 y en el punto 10º se aprueba la constitución de una Asociación Accidental con la empresa SERVIAUDI SR,, a fs. 13.
9. Contratación de Servicio Externo para la Construcción del Puente "Arce", suscrito el 07 de septiembre de 2009 y debidamente reconocido por Mayori Machicao y el Sr. Johnny Benjamín Villarroel García a fs. 6.
10. Nueve (9) formularios de Identificación de Vehículos, a fs. 10.
11. Demanda Contencioso Tributaria de 13/08/08, a fs 16.
12. Informe INF. CT. III 012/2009 de Asesor Técnico de Jo. Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario del distrito judicial de La Paz de 27/02/09, a fs. 7.

De la revisión de la documentación adjunta, se tiene que la misma no hace al objeto del presente proceso, conforme se tiene anotado en el numeral 1 supra, por lo que impide a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas pueda emitir pronunciamiento.

Que, siguiendo la línea de razonamiento enunciada, el recurrente, no debe olvidar que el Recurso Jerárquico es un recurso de puro derecho y el mismo se circunscribe a realizar el examen de legalidad dentro del caso de autos, y no así de investigar actos que corresponden ser investigados y dilucidados por autoridad competente.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 767/2011 DE 07 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPCF/Nº 022/2012 DE 18 DE ABRIL DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPCF/Nº 022/2012

La Paz, 18 de abril de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**; la Resolución Administrativa ASFI Nº 767/2011 de 7 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 y ASFI Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha autoridad; y todo lo demás que convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894, de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071, de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer, resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Administrativa Nº 046 de 28 de febrero de 2012, notificada en fecha 1º de marzo de 2012, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas resolvió ampliar el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos para resolver el Recurso Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 767/2011 de 7 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 y ASFI Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

CONSIDERANDO:

Que la Comisión Especial de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros emitió el Informe SPVS/INF/Nº 01/2008 de 30 de mayo de 2008, por el que se establecieron posibles incumplimientos por parte de **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** a la Ley Nº1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros, y disposiciones conexas, hecho que determinó el

inicio de procedimiento administrativo sancionatorio contra la citada sociedad comercial corredora de seguros.

Que, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2010 de 29 de septiembre de 2010, emitida por el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se anuló el citado procedimiento administrativo "*hasta la Resolución ASFI Nº 086/2009 de fecha 10 de agosto de 2009, y en su mérito la Resolución Administrativa ASFI Nº 397/2009 de fecha 17 de noviembre de 2009, debiéndose proceder a la emisión de una nueva resolución administrativa la cual debe contener todos los requisitos exigidos por Ley para su validez*".

CONSIDERANDO:

Que con carácter previo, se deja constancia que habiéndose determinado inicialmente cuatro (4) Cargos, en la presente oportunidad no corresponde mayor pronunciamiento referido al Cargo Nº 3 por no recaer sobre el mismo el objeto de la impugnación, por lo que no existe controversia contra el mismo; asimismo, el Cargo Nº 4 se encuentra desestimado por el artículo quinto de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011, extremos de los que queda debida constancia en el expediente conforme se lo relaciona en el acápite de Antecedentes infra (penúltimo Considerando).

Que consiguientemente y a continuación, se identifican los cargos controvertidos, estos son el Nº 1 y el Nº 2, conforme salen en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011, y con la advertencia (que también saldrá en el acápite de Antecedentes) en sentido que conforme a la impugnación planteada, no hace a la controversia el carácter sustancial de los cargos sancionados (los que por ello y en todo caso quedan firmes) sino la calificación de la infracción y su consiguiente sanción:

-Cargo Nº 1, **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** habría incumplido la ilustración y/o asesoramiento de los asegurados, conforme se lo exigía el artículo 23, incisos c) y e) de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998.

- Cargo Nº 2, durante el periodo de enero de 2000 al 15 de abril de 2001, **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** habría incumplido con el penúltimo párrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa Nº 257 de 19 de junio de 2000.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ASFI/Nº 656/2011 DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011 EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO.-

La ASFI mediante Resolución ASFI/Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011, resuelve lo siguiente:

*"**PRIMERO.-** Declarar infundada la excepción de caducidad de la acción y consiguiente cosa juzgada, presentada por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. en fecha 16 de marzo de 2009.*
***SEGUNDA.-** SANCIONAR a HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. por los Cargos 1 y 2, con la imposición de multa en bolivianos equivalente a $us. 10.001 (Diez mil uno 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) de acuerdo a lo señalado por el artículo 8, inciso c) del Reglamento de Sanciones en Sector Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 153 de 4 de abril de 2001.*

***TERCERO.-** SANCIONAR a HP BROKERS Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., por el Cargo 3, con la imposición de multa en bolivianos equivalente a 60.000 UFVs, de acuerdo al artículo 16, parágrafo II, inciso a) de la Resolución Administrativa IS N° 602/2003 de 24 de octubre de 2003, que aprueba el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros.*

***CUARTO.-** La multa deberá ser depositada en la cuenta N° 10000004678352 del Banco Unión S.A. – ASFI Multas, habilitada para el efecto, en el plazo de 15 días que corren a partir de la notificación con la presente Resolución.*

A los efectos del cálculo para el pago de la multa, deberá tomarse el depósito realizado por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 25 de septiembre de 2009.

***QUINTO.-** Desestimar el cargo N° 4 contenido en la CITE: SPVS/IP/AL N° 158/2009 de 6 de febrero de 2009."*

2. RESOLUCIÓN ASFI/N° 691/2011 DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2011 EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO.-

En virtud al memorial de 19 de septiembre de 2011 presentado por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, mediante Resolución ASFI/N° 691/2011 de 26 de septiembre de 2011 se complementa la Resolución ASFI/N° 656/2011 de 8 de septiembre de 2011, en los siguientes términos:

***"PRIMERO:** A lo impetrado en los puntos 1, 2 y 3 del memorial de 19 de septiembre de 2011, se complementa la parte considerativa de la Resolución ASFI N° 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 con lo siguiente:*

Que, la tipificación de las infracciones cometidas por HP Brokers, según los cargos 1 y 2, se adecuan a las descripciones establecidas en el artículo 52 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de julio de 1998 y el artículo 12, inciso f) y h) del Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 153 de 4 de abril de 2001.

Que, en cuanto a la aplicación de las sanciones previstas en el Ley de Seguros N° 1883, se aplica lo establecido en la última parte del artículo 52 que a la letra dice: "Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento.

***SEGUNDO:** Se declara IMPROCEDENTE la complementación impetrada en el punto 4 del memorial de 19 de septiembre de 2011, presentado por el señor Artemio Lucca S."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.-

En fecha 29 de septiembre de 2011, **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** presenta recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI ASFI/Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011, complementada por la Resolución ASFI/Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

3.1. Respecto a la falta de asesoramiento durante la vigencia del contrato.-

Para el cumplimiento del punto 1, inciso 'e' (*Son obligaciones de los corredores de seguros:… e) Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas*) del artículo 23 de la Ley de Seguros Nº 1883, los esposos **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga Lucca** debieron apersonarse por ante las oficinas del bróker de seguros, o por ante el funcionario del mismo que se encontraba en el Banco Santa Cruz S.A., lo que no hicieron durante la vigencia del contrato.

3.2 Respecto a la falta de aprobación de Certificados de Cobertura que hubieran permitido realizar el reclamo.-

Los Certificados de Cobertura fueron aprobados por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el 16 de abril de 2011, mientras que la señora **Ana María Arteaga de Lucca** falleció el día siguiente (17 de abril de 2011); **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** no podía efectuar denuncia alguna contra el Banco Santa Cruz S.A. para exigir el cumplimiento de la Resolución Administrativa SPVS IS Nº 257 si la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros no había aprobado los Certificados de Cobertura de la Compañía de Seguros Alianza.

3.3. Respecto a que la documentación extrañada se encontraba en los antecedentes.-

En la contestación a la solicitud de documentos se hizo mención a que documentación solicitada cursaba en antecedentes, demostrando que no correspondía la imposición de sanción alguna al no haberse incurrido en falta o incumplimiento.

3.4. Respecto a la prescripción de las infracciones.-

Se acusa la falta de asesoramiento durante los periodos 1998, 1999, 2000 y 2001, lo que significa que hasta la fecha en que se notificó con la formulación de cargos han transcurrido más de seis años, si se toma en cuenta el fallecimiento de la señora **Ana María Arteaga de Lucca** inclusive, por consiguiente, la infracción se encontraría prescrita en aplicación del artículo 79 de la Ley Nº 2341 (*Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años*).

3.5. Respecto a la caducidad del derecho de inicio del proceso.-

Por efecto de la prescripción, ha operado la caducidad del derecho para iniciar un proceso sancionatorio, conforme lo señala el artículo 51, parágrafo II (*También pondrán fin al procedimiento administrativo… la extinción del derecho*) de la Ley Nº 2341.

3.6. Respecto a la caducidad de la acción.-

Para cualquier autoridad que considere que el procedimiento se inició con la denuncia interpuesta por el señor **Luis Artemio Lucca Suárez**, la acción habría caducado en aplicación del artículo 17 (*I. La Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación. II. El plazo máximo para dictar la resolución expresa será de seis (6) meses desde la iniciación del procedimiento, salvo plazo distinto establecido conforme a reglamentación especial para cada sistema de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley. III. Transcurrido el plazo previsto sin que la Administración Pública hubiera dictado la resolución expresa, la persona podrá considerar desestimada su solicitud, por silencio administrativo negativo, pudiendo deducir el recurso administrativo que corresponda, o en su caso jurisdiccional*…) de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.

4. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ.-

En fecha 7 de octubre de 2011, **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** presenta recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI/Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011, complementada por la Resolución ASFI/Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

4.1. Respecto a la infracción y errónea aplicación del artículo 52 de la Ley de Seguros.-

Las conductas infractoras de **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** se adecúan a las previsiones del artículo 52 de la Ley de Seguros en la parte que se refiere a la infracciones insubsanables, por cuanto no pueden ser en la actualidad susceptibles de enmienda, corrección, rectificación o subsanación, quedando solo la posibilidad legal de sancionarse con la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

4.2. Respecto a la violación del principio de legalidad.-

El artículo 52 de la Ley de Seguros es lo suficientemente claro al expresar los tipos de infracciones y las sanciones correspondientes para cada caso, pudiendo comprobarse que cuando la comisión de dichas infracciones son de naturaleza insubsanable, como en el presente tema, la única sanción que establece la ley es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

4.3. Respecto a la violación del principio de proporcionalidad.-

El principio de proporcionalidad no es una herramienta para disminuir sanciones o imponer aquellas que mejor le parezcan a la administración pública, sino para determinarlas de acuerdo a Ley, lo cual se traduce en que las infracciones cometidas por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** son insubsanables, aspecto que, inclusive bajo el principio de proporcionalidad, da lugar a que se aplique la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento.

4.4. Respecto a la violación del principio de tipicidad.-

Es por demás contundente que las infracciones cometidas por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** y referidas a los cargos números 1 y 2 son de naturaleza

insubsanable, no corregible ni enmendable, y en este caso la sanción correspondiente para este tipo de infracciones es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Es contradictorio que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a sabiendas que las infracciones cometidas por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** son insubsanables en el tiempo, pretenda utilizar normas relativas a las infracciones graves, y más aún, se aplique con preeminencia un Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, dejándose de lado la obligatoriedad en la aplicación preferente de la Ley de Seguros.

4.5. Respecto a la violación del principio de jerarquía normativa.-

La Resolución ASFI Nº 656/2011, apartándose la Constitución Política del Estado, dio aplicación preferente al Reglamento de Sanciones del Sector Seguros (Resolución Administrativa IS Nº 153 de 54 de abril de 2001) inobservando que en este caso la aplicación predominante para la clasificación de infracciones e imposición de sanciones se encuentra contenido en el artículo 52 de la Ley de Seguros, norma que es privilegiada en cuanto a su empleo al encontrarse por encima de una simple resolución administrativa que se ubica al final del orden jurídico escalonado previsto por la norma constitucional.

4.6. Respecto a la configuración de infracciones insubsanables.-

"La palabra insubsanable significa todo aquello que no puede repararse o enmendarse y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad o alguno de sus miembros.

A lo largo del presente escrito y durante todo el procedimiento sancionatorio, mi persona ha demostrado sin lugar a equivocaciones ni subjetivismos, que las Infracciones contenidas en tos Cargos 1 y 2 atribuidos contra HP Brokers SRL SON INSUBSANABLES por cuanto las mismas no pueden ser corregidas en la actualidad y mucho menos enmendadas o subsanadas.

Sin embargo, fuera de la legalidad, la ASFI en la Resolución No. 141/2009 (complementaria a la Resolución 058/2009) señala una vez más que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL serían de naturaleza "grave". EMPERO PARA QUE DICHO ARGUMENTO SEA CONVINCENTE Y RESPETE EL DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA, EN CUANTO A LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS, PUES LA ASFI DEBIÓ SEÑALAR DE MANERA FUNDAMENTADA CÓMO ES POSIBLE QUE HP BROKERS SRL PUEDA ENMENDAR O CORREGIR LOS CARGOS 1 y 2, SITUACIÓN QUE NO HA SIDO IDENTIFICADA.

Precisamente por ello, mi persona formula Aclaración y Complementación a la Resolución ASFI No. 656/2011, ***PARA QUE SE ME EXPLIQUE COMO SE PODÍAN SUBSANAR LAS INFRACCIONES DE HP BROKERS SRL****, extremo que nunca fue "respondido" por la Resolución ASFI No. 691/2011 de forma clara y categórica*".

4.7. Respecto a la infracción a la Resolución Administrativa IS 257/2000 de 19 de junio de 2000.-

Si se ha demostrado y comprobado que **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** no asistió ni asesoró a los esposos **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga de Lucca**, entonces queda evidenciado que nunca se les asistió respecto a todo lo relacionado a las coberturas contratadas, por lo que correspondería disponer la afectación de la Póliza

de errores y omisiones conforme expresa la Resolución Administrativa IS 257/2000 de 19 de junio de 2000.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 767/2011 de 7 de noviembre de 2011.-

La ASFI mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 767/2011 de 7 de noviembre de 2011, resuelve:

"***ÚNICO: CONFIRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 y la Resolución Administrativa Complementaria ASFI Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011*".

La misma ha sido objeto de una solicitud de aclaración y complementación presentada por el **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** en fecha 16 de noviembre de 2011, misma que ha merecido la Resolución Administrativa ASFI/Nº 802/2011 de 23 de noviembre de 2011, la que declara "*IMPROCEDENTE la solicitud de aclaración y complementación*", circunstancia por la que no corresponde mayor consideración al respecto.

6. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 6 de diciembre de 2011, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 767/2011 de 7 de noviembre de 2011, con los argumentos que se mencionan a continuación:

"*Habiendo sido notificado en fecha 14 de noviembre de 2011 con la Resolución ASFI No. 767/2011 de 07 de noviembre* ***y en fecha 25 de noviembre*** *de 2011 con la Resolución Complementaria ASFI No. 802/2011 de 23 de noviembre; en aplicación del Art. 52 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, tengo a bien formular Recurso Jerárquico contra los mencionados actos administrativos* ***ÚNICAMENTE en cuanto a lo que se refiere a la incorrecta calificación de las infracciones y a la imposición de la sanción aplicada a HP Brokers SRL****, en merito a los siguientes fundamentos que a continuación paso a desarrollar:*

1. VIOLACION Y ERRONEA APLICACION DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS

La ASFI, de manera escueta e inmotivada, cuando ingresa a analizar el alcance del Art. 52 de la Ley de Seguros relativo a la comisión de infracciones insubsanables simplemente se limita a señalar que "no se cuenta con el elemento esencial para la configuración de las infracciones insubsanables ya que debe ser la instancia competente la que determine el daño o perjuicio ocasionado"

Sobre esta errónea afirmación, debemos partir señalando que la ASFI curiosamente, después de varios años de procedimiento administrativo, pretende ahora desprenderse de su competencia señalando que "a través de otras vías legales o instancias debe determinarse la existencia de daño o perjuicio para que puedan configurarse las infracciones insubsanables", situación que no es jurídicamente correcta por lo siguiente:

- *De acuerdo al Art. 52 de la Ley de Seguros, en la parte correspondiente a las infracciones insubsanables, si bien es cierto que la configuración del tipo infracción hace referencia a que debe concurrir, entre otras cosas, daño económico* ***o*** *perjuicio al asegurado, no es menos cierto que la mencionada Ley* ***EN NINGÚN MOMENTO O LUGAR HA DISPUESTO QUE ESTAS SITUACIONES DEBAN SER VERIFICADAS EN EL AMBITO EXTRA ADMINISTRATIVO, ES***

DECIR, ANTE OTRO TIPO DE AUTORIDAD NO ADMINISTRATIVA**. Es más, el Art. 41, literal e), de la Ley de Seguros establece como Funciones y Objetivos del órgano regulador **"Cumplir** y hacer cumplir **la presente ley** y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos", debiendo tomarse en cuenta que el Art. 43, literal u), del mencionado texto legal indica que el regulador tiene atribuciones para **"Aplicar** las sanciones **contenidas** en la presente Ley" y si nos remitimos al Art. 52 de la Ley de Seguros la misma claramente menciona que "Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones **aplicables por la Superintendencia"

*A partir de ello, y efectuando una correcta interpretación sistemática y teleológica, entonces podemos apreciar que el legislador ha conferido al órgano regulatorio administrativo la potestad de establecer sanciones y cumplir con el texto de la Ley de Seguros, de donde se extrae que la ASFI **no puede alegar que el "daño económico o perjuicio" que forma parte de las infracciones insubsanables debe ser calificado por otras vías legales o instancias por cuanto la facultad de imponer las sanciones y verificar si las conductas de los regulados se adecuan a los tipos de infracción corresponde única y exclusivamente a la Autoridad Administrativa**. Además que debe quedar en claro que no se ha solicitado al órgano administrativo que ordene resarcimiento económico alguno, sino simplemente que establezca si la conducta de la Corredora ocasionó o no algún tipo de daño o perjuicio al asegurado **para que así pueda establecerse si se reúnen los requisitos para que las infracciones sean declaradas insubsanables.***

*En ese sentido, la ASFI de manera incorrecta pretende distorsionar los hechos del presente procedimiento administrativo intentando hacer creer falsamente que mi persona estaría buscando obtener un "resarcimiento por daños y perjuicios", aspecto que no es real ni evidente en virtud a que a lo largo de este tiempo **MI PERSONA SOLO HA VENIDO SOLICITANDO SE DE CUMPLIMIENTO CON LA LEY Y NADA MÁS, ES DECIR, REITERO, EN NINGÚN MEMORIAL O PETICIÓN SUSCRITA POR MI PERSONA SE HA IMPETRADO REPARACIÓN O RESARCIMIENTO ECONÓMICO ALGUNO** como ahora pretende hacer creer la ASFI y utilizar este argumento para dejar de pronunciarse acerca de la conducta de HP Brokers SRL.*

*Debe también observarse una **FLAGRANTE CONTRADICCIÓN** en los argumentos que expone la ASFI ya que cuando menciona el Principio de Proporcionalidad (pág. 45), primero señala expresamente que: "(…)este Órgano de la Administración Pública resolvió cada caso, ejercitando el poder que le ha sido conferido, (...) de acuerdo con el grado de culpabilidad del administrado **de acuerdo a lo contemplado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ No. 38/2005** (...); y posteriormente la ASFI trascribe la jurisprudencia administrativa contenida en la citada Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre la cual menciona también que "Por otra parte, en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador. a) La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b) La naturaleza de los perjuicios causados** y c) La reincidencia en la comisión". Entonces, y no obstante que la propia ASFI señala que "ha cumplido con sus potestades sancionatorias"*

aplicando inclusive la línea de jurisprudencia administrativa que señala que las Autoridades Administrativas ***deben*** *verificar (para aplicar sanciones)* ***LA EXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS;*** *de manera extraña e insólita (además de contradictoria) la ASFI cambia su discurso indicando que esta situación (verificación del perjuicio) sería materia de otros ámbitos y competencias legales, extremo lesivo también de la seguridad jurídica al no tener el acto administrativo la coherencia debida. En ese contexto, se debe ilustrar a la ASFI señalándole que la doctrina administrativa ha expresado que el Principio de Proporcionalidad debe ser tendente a "adecuar la sanción administrativa a la realidad* ***del perjuicio causado*** *de modo tal que nunca le resulta beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras aplicables a la actividad de que se trate" (Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ministerio de Justicia, España)*

Entonces, olvida la ASFI que en materia administrativa el órgano puede determinar válidamente si la conducta de uno de sus regulados o administrados ha provocado un daño ***o*** *un perjuicio* ***(no para su resarcimiento económico obviamente pero sí para determinar el grado de responsabilidad administrativa del mismo),*** *caso contrario la potestad sancionadora de la administración se vería reducida y sería ineficaz.* ***Para comprobar tal extremo, los órganos administrativos a través de varias resoluciones administrativas y jerárquicas inclusive han determinado si la conducta de los infractores provocaron o no un daño o un perjuicio a los fines de calificar adecuadamente las infracciones y sanciones administrativas a ser establecidas, aspecto que no ha sido investigado ni valorado por la ASFI****.*

Así, de seguir la teoría insostenible de la ASFI por la que los daños ***o*** *perjuicios (únicamente para determinar la existencia de infracción administrativa) deban ser determinados por otra vía y no la administrativa entonces no se podría sancionar a ninguna compañía por las acciones que cometan en contra de sus usuarios ya que para todos los efectos primero habría que acudir a un órgano judicial y posteriormente al administrativo, desnaturalizando la esencia de los sistemas de regulación y del propio Derecho Administrativo Sancionatorio. La ASFI, hasta ahora, no toma en cuenta que los actos administrativos que emite se convierten en precedentes para otros temas sancionatorios, por lo que debe tenerse más cuidado con los argumentos que utilice por cuanto los mismos después podrían ser usados en su contra cuando pretenda imponer sanciones a otros sujetos regulados.*

- *Por otra parte, la ASFI indica que "el daño no se habría demostrado puesto que el derecho a la cobertura del seguro se encuentra en discusión en la vía arbitral"*

En cuanto a esta aseveración, es sorprendente que la ASFI acuda a mencionar situaciones que ***no tienen relación con el presente procedimiento*** *por cuanto la vía arbitral en ningún momento esta siendo utilizada para determinarse la "cobertura del seguro" como falsamente aduce el regulador y por otra parte* ***EL HECHO DE EXISTENCIA DE COBERTURA O NO DE LA POLIZA 600055 NO TIENE RELACIÓN ALGUNA CON LOS INCUMPLIMIENTOS DE HP BROKERS SRL A QUIEN SE LE FORMULARON CARGOS POR FALTA DE ASESORAMIENTO E ILUSTRACIÓN A LOS ASEGURADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO****, situación ajena a si existió o no cobertura.*

Puede apreciarse entonces que la ASFI actúa de forma desorientada al pretender buscar cualquier tipo de argumento o justificación, sin sustento alguno, para no cumplir con su labor sancionatoria administrativa.

Ahora bien, una vez desvirtuadas las afirmaciones inconsistentes de la ASFI, y habiendo quedado en claro que el órgano regulador tiene plena capacidad y potestad jurídica para determinar la existencia de daño ***o*** *perjuicio* ***a los fines de calificar correctamente la comisión de infracciones insubsanables;*** *en el presente caso corresponde remitirnos nuevamente al* ***ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS*** *(Norma legal de aplicación preferente) el cual determina los tipos de infracciones y sanciones a ser impuestas dentro de este mercado estableciendo lo siguiente:*

"INFRACCIONES Y SANCIONES.- *Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia:*

INFRACCIONES

INFRACCIONES LEVES. *Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

INFRACCIONES GRAVES. *Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

INFRACCIONES INSUBSANABLES. *Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

SANCIONES

De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas:

AMONESTACION. *Corresponderá a la comisión de una infracción leve.*

MULTAS. *Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave.*

SUSPENSION TEMPORAL DE REALIZAR DETERMINADAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES. *Corresponderá a la comisión de una infracción grave.*

REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO. *Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicaran en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento"*

Explicado lo anterior, en el caso que se analiza, ***LA ASFI AL DICTAR LA RESOLUCIÓN No. 656/2011 ASÍ COMO LA RESOLUCIÓN 767/2011, INGRESA EN INFRACCIÓN Y ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS*** *al establecer la calificación (tipificación) de las infracciones como si se trataran de "graves" y a consecuencia de ello solo imponer sanciones pecuniarias conforme se pasa a demostrar:*

a) *Las "Infracciones Graves", insertas en el catalogo del Art. 52 de la Ley de Seguros, corresponden cuando el incumplimiento a la normativa jurídica es "enmendable o subsanable" situación que, como ha quedado demostrado,* ***no puede ser aplicable en el presente caso,*** *toda vez que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL* ***no pueden ser enmendadas, corregidas o subsanadas****.*

Precisamente, esa ha sido la determinación del Legislador cuando ha señalado, en el mencionado Art. 52 de la Ley de Seguros, lo siguiente: ***"INFRACCIONES GRAVES.*** *Corresponderán al incumplimiento* ***enmendable o subsanable*** *de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad* ***y que causen daño económico o perjuicio*** *a la misma* ***o a los asegurados,*** *tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros".*

En ese contexto, la ASFI asume o supone (porque no fundamenta nada al respecto) que las infracciones de la Corredora son "graves" ***SIN PERCATARSE QUE LAS MISMAS NO PUEDEN SER SUBSANADAS Y POR TANTO NO PODRÍA BAJO NINGUNA FORMA JURÍDICA EL PRETENDERSE CONSIDERAR COMO "GRAVES" LAS INFRACCIONES QUE NO TIENEN POSIBILIDAD DE ENMIENDA O CORRECCIÓN****, lo cual comprueba el error de calificación legal de las infracciones.*

b) *Por su parte, las* ***"INFRACCIONES INSUBSANABLES"*** *contenidas también en el Art. 52 de la Ley de Seguros corresponden cuando los incumplimientos "NO PUEDEN SER ENMENDABLES NI SUBSANABLES" y este aspecto ha quedado plenamente demostrado y corroborado en este caso a partir de que los cargos imputados a la Corredora y que fueran corroborados y verificados,* ***NO SON SUSCEPTIBLES DE ENMIENDA. CORRECCIÓN O SUBSANACIÓN.***

Es por ello que el Legislador ha sido preciso al indicar lo siguiente:

*"****INFRACCIONES INSUBSANABLES.*** *Corresponderán al* ***incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales*** *como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros"*

A partir de lo anterior, nuevamente debo señalar que existe la suficiente evidencia y sustento material que ha demostrado que ***LAS INFRACCIONES DE HP BROKERS SRL NO***

***PUEDEN SER ENMENDADAS, SUBSANADAS O CORREGIDAS**, de donde se extrae que la ASFI debió haber calificado las infracciones dentro de esta categoría jurídica (Infracciones Insubsanables) por cuanto, reitero, los ilícitos administrativos no pueden ser en la actualidad subsanados, corregidos o enmendados.*

c) *Bajo estas consideraciones, la errónea calificación legal de las infracciones a la que arribó la ASFI desembocó en que se impusiera a la Corredora* ***una sanción que no corresponde a la naturaleza correcta y acertada de dichas infracciones por cuanto ante la comisión de infracciones insubsanables solo queda la posibilidad legal de sancionarse con la revocatoria de la autorización de funcionamiento.***

- *Ahora bien, en cuanto a los demás elementos que conforman la tipificación de las infracciones insubsanables como ser la existencia de dolo* ***o*** *culpa, daño económico* ***o*** *perjuicio, se ha expresado a la ASFI, adjuntándose inclusive material probatorio que no fue valorado, que efectivamente la Corredora adecuó su conducta a la categoría de Infracción insubsanable por lo siguiente:*

  a) ***Existencia de Dolo****: El Art. 23, literales c) y e) de la Ley de Seguros y la Resolución IS No. 257/2000 han sido de pleno conocimiento de la corredora y la misma a sabiendas de sus obligaciones no cumplió con las mismas.*

  b) ***O Existencia de Culpa:*** *La corredora no puede alegar desconocimiento de la Ley de Seguros, por lo que obró negligentemente al no prestar asesoramiento ni ilustración directa a los asegurados; conducta que se aplica como culposa.*

  c) ***Existencia de Daño Económico:*** *La falta de asesoramiento acerca de las vigencias de la Póliza 600055 dio lugar a que durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000* ***NO EXISTIÓ PÓLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO*** *y no obstante de ello,* ***EL BANCO COBRÓ LAS PRIMAS DE SEGURO POR ESOS PERIODOS, situación que nunca fue comunicada por la Corredora como "asesor" del seguro.***

  Desde el 27 de octubre de 1999 la Póliza 600055 con vigencia desde el 1° de noviembre de 1999 al 1° de noviembre del 2000 fue recepcionada el 21 de marzo de 2000 contemplándose que existieron cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento ni el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura, y a pesar de ello, reitero, SIN EXISTIR PÓLIZA, Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro, ***CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS DE MIS CUENTAS BANCARIAS; situación que tampoco fue comunicada por la Corredora como "asesor" del seguro.***

  Estos aspectos fueron documentados a la ASFI, sin embargo no emitió criterio alguno al respecto en los actos administrativos impugnados.

  d) ***Perjuicio al Asegurado:*** *En cuanto al perjuicio, la doctrina especializada en Derecho de Seguros señala que "Lo cierto es que los consumidores de los servicios de seguros precisan una buena información en el proceso de comercialización del seguro, para conocer el sentido y alcance de las condiciones y cláusulas contractuales más importantes (pago de la prima, declaración de riesgo, derecho de rescisión, etc) y en cualquier caso todos los tramites a realizar en las reclamaciones de eventuales siniestros que se puedan producir" (Caballero Sánchez,*

Ernesto, "El consumidor de seguros: protección y defensa", Editorial MAPFRE S.A., Madrid 1997) En ese sentido, "la connotación que la falta de información sobre el contrato de seguro y sus características básicas o generales produce en el asegurado es eminentemente colocarlo en una situación de perjuicio al impedírsele conocimiento debido acerca de un acuerdo jurídico que sobre el recae, con lo que se disminuye la posibilidad y certeza del asegurado de realizar cualquier tipo de gestión ante la compañía de seguros que el acto contractual del seguro sea modificado irracionalmente sin noticia de las partes del contrato de seguro donde se encuentra individualizado el asegurado, figura que se da más aun en los seguros colectivos o de masas como los de vida en grupo donde existe un contrato prácticamente de adhesión redactado y presentado por una compañía de seguros que naturalmente detenta el predominio, campo donde el asegurado o consumidor se encuentra desprotegido y sin base mínima de respeto a la seguridad jurídica, hechos reclamables y sancionables por vía de supervisión administrativa creada por el estado" (Lambert-Faivre, Ivonne, "Protección de los consumidores de seguros" "Droit des Assurances", Editorial Dalloz, 10° edición, París 1998)

e) *A partir de lo anterior, y en el caso que nos ocupa, ha quedado por demás comprobado que HP Brokers SRL me ha ocasionado también un* ***perjuicio*** *por cuanto, no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones legales,* ***no asistió, asesoró ni ilustró a los asegurados acerca del contenido y alcance de la Póliza No. 600055, acerca del pago de primas y la oportunidad de las mismas, el marco del condicionado general que establece los pagos de prima por mes adelantado, las condiciones de la vigencia del seguro, etc.;*** *situaciones que impidieron a los asegurados ejercer los derechos que la Ley prevé para los mismos, en perjuicio claro y notorio de ellos (esposos Lucca-Arteaga).*

- *Inclusive,* ***no se debe perder de vista que la propia Resolución Administrativa IS No. 152/2001*** (debió decir No. 153/2001) ***(Reglamento de Sanciones de Seguros en el que se apoya la ASFI) en su Art. 2, literal d), determina también la aplicación de la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento****, donde podemos apreciar claramente que el señalado Reglamento de Sanciones determina que la revocatoria de la autorización de funcionamiento* ***se presenta por comisión de infracciones insubsanables*** *y si analizamos el caso en particular,* ***ha quedado por demás claro que las infracciones cometidas por la Corredora tienen esa naturaleza (insubsanables)*** *por lo que, si la ASFI intenta utilizar el Reglamento de Sanciones (apartándose de la Ley)* ***pues entonces también bajo esta normativa corresponde sancionar a HP Brokers SRL con la revocatoria de su autorización de funcionamiento al haber incurrido en acciones insubsanables****.*

Entonces, se puede apreciar con meridiana claridad que la ASFI no ha aplicado correctamente el Art. 52 de la Ley de Seguros en cuanto a la calificación de las infracciones cometidas por la Corredora las mismas que son insubsanables.

2. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 41 Y 43 DE LA LEY DE SEGUROS Y DEL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

Como se ha señalado, el Art. 41, literal e), de la Ley de Seguros establece como Funciones y Objetivos del órgano regulador ***"Cumplir*** *y hacer cumplir la* ***presente ley*** *y sus reglamentos,*

asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos", debiendo tomarse en cuenta que el Art. 43, literal u), del mencionado texto legal indica que el regulador tiene atribuciones para ***"Aplicar*** *las sanciones* ***contenidas*** *en la presente Ley" y si nos remitimos al Art. 52 de la Ley de Seguros la misma claramente establece que "Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones* ***aplicables por la Superintendencia"***

A partir lo anterior, y efectuando una correcta interpretación sistemática y teleológica, podemos apreciar que el legislador ha conferido al órgano regulatorio administrativo la potestad de establecer sanciones y así cumplir con el texto de la Ley de Seguros, de donde se extrae que la ASFI ***no puede alegar que el "daño económico o perjuicio" (que forma parte de la calificación de las infracciones insubsanables) debe ser establecido por otras "instancias legales" por cuanto la facultad de imponer las sanciones y verificar si las conductas de los regulados se adecuan a los tipos de infracción corresponde única y exclusivamente a la Autoridad Administrativa.*** *Además que debe quedar en claro que NO se ha solicitado al órgano administrativo que ordene "resarcimiento económico" alguno, sino simplemente que establezca si la conducta de la Corredora ocasiono o no algún tipo de daño* ***o*** *perjuicio al asegurado* ***para que así pueda establecerse si se reúnen los requisitos para que las infracciones sean declaradas insubsanables****.*

En ese sentido, la ASFI incurre en una franca violación de los artículos antes mencionados al desconocerlos abiertamente por cuanto tanto la Ley de Seguros así como la Resolución Administrativa IS No. 153/2001 (Reglamento de Sanciones en el que la ASFI se apoya) ***CONFIEREN LA POTESTAD DIRECTA AL ORGANO REGULADOR PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LOS REQUISITOS O ELEMENTOS QUE CONFORMAN LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS PARA LUEGO IMPONER LA SANCION CORRESPONDIENTE (donde se encuentra el verificar la existencia de daño o perjuicio cuando se trata de infracciones insubsanables).*** *Dicha situación se torna más evidente cuando el Art. 1° del señalado Reglamento de Sanciones (en el cual se basa la ASFI) indica que "La presente norma regula la aplicación de las sanciones previstas por la Ley de Seguros,* ***cuya imposición está a cargo de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros*** *(...)", donde el Art. 10 del señalado reglamento hace referencia a la revocatoria de la autorización de funcionamiento cuando un hecho, acto u omisión sea insubsanable. Entonces, la ASFI no puede aducir que los elementos "existencia de daño* ***o*** *perjuicio" tienen que ser determinados por "otras instancias" por cuanto ello significaría negar su propia competencia reguladora, administrativa y sancionadora.*

Lo explicado anteriormente goza de prueba documental que me permito adjuntar la misma que da cuenta que tanto la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros así como la ex Superintendencia General del SIREFI cuando les tocó resolver diversos temas sancionatorios fueron claros al determinar la existencia de daño o perjuicio en la conducta de los regulados contra los administrados y también al expresarse que para la imposición de sanciones ***debe verificarse si se produjo un perjuicio,*** *elementos emergentes de los propios órganos administrativos que la ASFI simplemente* ***omitió revisar y verificar*** *antes de lanzar sus apresuradas conjeturas infundadas,* ***lo cual también comprueba la existencia de violación al principio de verdad material y objetividad del acto administrativo.***

3. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

De la lectura de la Resolución ASFI No. 656/2011 así como de la ahora impugnada Resolución ASFI 767/2011, se puede observar que la ASFI, al Intentar justificar que las Infracciones y la sanción

impuesta contra HP Brokers SRL ingresan dentro de la categoría de "graves", pretende dar aplicación exclusiva a la Resolución Administrativa IS No. 153/2001 (Reglamento de Sanciones), desconociéndose el principio de legalidad administrativa conforme se explica a continuación:

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA POTESTAD REGLADA. *El principio de legalidad apunta a que toda la actividad de la Administración Pública se encuentre enmarcada en las determinaciones preestablecidas por la Ley, debiendo los órganos administrativos circunscribir sus actos al imperio de la legalidad para evitar la arbitrariedad. Bajo esa premisa, la Doctrina especializada en el Derecho Administrativo ha señalado lo siguiente:*

- *"El Principio de Legalidad, quizás el principio más importante del derecho administrativo* ***establece que las autoridades administrativas - y en general, el Estado como institución - deben actuar con respeto a la Constitución, y la Ley,*** *dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades. Esto implica, en primer lugar, que* ***la administración se sujeta, en especial, a la Ley,*** *entendida como norma Jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto" (Guzmán Napurf, Christian, "La administración Pública y el Procedimiento Administrativo General", Editorial ARA EIRL, Perú, 2004)*

- *"El principio de legalidad asume vital importancia en el ámbito del Derecho Público,* ***provocando que las decisiones de las autoridades administrativas deban siempre estar conforme a la Ley".*** *(Cretella Junio, José, "Curso de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1967)*

Ahora bien, como parte del principio de legalidad se tiene la denominada ***POTESTAD REGLADA*** *que en la Doctrina Administrativa ha sido desarrollada de la siguiente manera:*

- *"El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto hecho legalmente definido de manera completa* ***y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno.*** *La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto* ***y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto*** *sobre ese contenido de modo preciso y completo. (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Civitas Ediciones, Madrid, 2004)*

- ***"La Ley sustituye al criterio del órgano administrativo (...) en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto.*** *(Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003)*

Concordante con lo anterior, es oportuno remitirse también a la ***JURISPRUDENCIA*** *nacional e internacional acerca del principio de legalidad cuyos fallos establecieron lo siguiente:*

- *"Que el principio de legalidad administrativa,* ***supone la total sumisión a las leyes vigentes de carácter general, de manera que se constituye en un verdadero límite a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las nomas,*** *dicho principio y todo el accionar de la Administración Pública, se delimita además en que los actos administrativos deben enmarcarse necesaria e ineludiblemente en el marco de las atribuciones que la ley confiere a los agentes del Estado. De lo precedentemente expuesto y sin efectuar mayores consideraciones, se concluye que las resoluciones impugnadas, al haber sido pronunciadas fuera del marco de las atribuciones señaladas en las normas legales analizadas, demuestran que la autoridad recurrida ha obrado con exceso, motivo por el que los actos administrativos contenidos en las resoluciones impugnadas no pueden ser validados en esta instancia jurisdiccional" (Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Contencioso Administrativo), Sentencia 170/2008 de 11 de junio)*

- *"El principio de legalidad, en términos generales, puede concretarse en dos aspectos: el primero, que exista* ***una ley previa*** *que determine la conducta objeto de sanción y, el segundo, en la precisión que se emplee en esta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse. Aspecto este de gran importancia,* ***pues con él se busca recortar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio del poder sancionatorio que le es propio.*** *Precisión que se predica no solo de la descripción de la conducta, sino de la sanción misma" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-564 de 2000)*

- *"III.1.1.El principio de legalidad en el ámbito administrativo,* ***implica el sometimiento de la Administración al derecho,*** *para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia,* ***las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley (...)****. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso"; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables"(Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 1464/2004 de 13 de septiembre)*

- *"Es principio reconocido en todo Estado de Derecho:* ***la Administración queda sometida al ordenamiento jurídico. Siendo así, constituye imperativo de primer orden la observancia del régimen legal por parte de todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.*** *Tal paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, nos ayuda entonces a comprender, que el ejercicio del poder público conferido a la Administración, debe ser desempeñado conforme a los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la ley.* ***No existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga absoluta libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hallan debidamente regladas en las normativas respectivas".*** *(Sala de lo Contencioso*

Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia de 15 de Agosto de 2005)

Del análisis de los fundamentos antes expuestos, considero que ha quedado absolutamente claro que tanto la doctrina especializada así como la jurisprudencia nacional e internacional son diáfanos al establecer que los órganos administrativos del Estado se encuentran sometidos en sus actos, en primer lugar a la Constitución y segundo a la Ley para evitarse la desviación del poder y la toma de decisiones arbitrarias y apartadas de la legalidad; situación que se encuentra materializada en la denominada ***potestad reglada*** *la cual, como se ha observado, impide que la Administración Pública se desvíe del camino claro y concreto que* ***la Ley*** *ha establecido, es decir, que* ***el órgano administrativo no puede apartarse de aquello que las leyes le indican.*** *Por ello, bajo la potestad reglada, la actividad administrativa se encuentra* ***predeterminada en la Ley donde no se confiere facultad alguna a la Administración de elegir entre más de una decisión.***

ANALISIS DEL CASO CONCRETO. *Con la abundante explicación doctrinal y jurisprudencial antes desarrollada, ingresando en el análisis del caso concrete se puede evidenciar que la ASFI no ha considerado que* ***LA LEY DE SEGUROS,*** *(y no una simple resolución administrativa o reglamento de sanciones) debió haber sido aplicada a este caso (Cargos 1 y 2) puesto que* ***ha sido la Ley la que ha establecido el "marco previamente reglado" (praeceptum legis y sanctio legis),*** *conforme paso a detallar:*

- ***a)*** *Siguiendo los Cargos 1 y 2 que han sido imputados y comprobados contra HP Brokers SRL, ha quedado claro que las infracciones administrativas cometidas por esta Corredora* ***NO PUEDEN SER ENMENDADAS, CORREGIDAS O SUBSANADAS.*** *Para ello solo basta preguntar a la ASFI si ¿será posible que HP Brokers SRL en la actualidad pueda enmendar el hecho de no haber asesorado ni ilustrado a los asegurados de la Póliza 600055 acerca del contenido de la misma, sus coberturas, derechos y obligaciones, etc?;* ***pues obviamente que no!!*** *salvo que se pudiera retroceder en el tiempo, situación que asumo es imposible. Y así un número de hechos demostrados que determinan lo insubsanable de los ilícitos cometidos por HP Brokers SRL.*

- ***b)*** *Como se tiene anotado en el punto* ***1.*** *del presente memorial, el Art. 52 de la Ley de Seguros es lo suficientemente claro al expresar los tipos de infracciones y las sanciones correspondientes para cada caso, pudiendo comprobarse que cuando la comisión de dichas infracciones* ***SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE, COMO EN EL PRESENTE TEMA, LA ÚNICA SANCIÓN QUE ESTABLECE LA LEY (e inclusive el reglamento de sanciones) ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMXENTO Y NADA MÁS,*** *no existiendo posibilidad alguna de elegir la sanción en las infracciones insubsanables porque la Ley no otorga a la ASFI esa posibilidad.*

- ***c)*** *Bajo estricta observancia del principio de legalidad administrativa, el Art. 52 de la Ley de Seguros es por demás claro al mencionar que* ***CUANDO SE PRESENTAN INFRACCIONES INSUBSANABLES LA SANCIÓN APLICABLE ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MÁS,*** *no existiendo para este tipo de infracciones insubsanables la imposición de otro tipo de sanciones y menos su adecuación como "graves" o determinadas al mejor criterio de la Autoridad Administrativa.*

d) *Dentro de las infracciones insubsanables, ha quedado demostrado que en materia administrativa* ***EL ÓRGANO REGULADOR TIENE COMPETENCIA Y FACULTADES PARA DETERMINAR SI LA CONDUCTA INFRACTORA HA PRODUCIDO UN DAÑO ECONÓMICO O PERJUICIO AL ADMINISTRADO O USUARIO*** *a los fines de determinar la correcta* ***calificación*** *de las infracciones (no para disponer un resarcimiento económico como mal entiende la ASFI), extremo que ha sido pasado por alto por la ASFI entidad que, con el único afán de evitar pronunciarse en el fondo de la controversia, intenta desnaturalizar el procedimiento administrativo sancionatorio haciendo creer que mi persona estaría buscando un "resarcimiento monetario en la vía administrativa", extremo que es completamente falso. Además que, con los fundamentos antes desarrollados, ha quedado demostrado que la conducta de la Corredora me ha ocasionado daños al igual que perjuicios así como también se tiene comprobado que su actuación ha sido al menos culposa; elementos que dan lugar a que se configure la conducta como infracción insubsanable. Recordemos nuevamente que la doctrina administrativa ha señalado que la sanción administrativa y la proporcionalidad debe ser tendente a "adecuar la sanción administrativa a la realidad* ***del perjuicio causado*** *de modo tal que nunca le resulta beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras aplicables a la actividad de que se trate" (Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ministerio de Justicia, España)*

e) ***ENTONCES, LA LEY DE SEGUROS NO LE OTORGA UN MARGEN DE ELECCIÓN A LA ASFI POR CUANTO LA ÚNICA SANCIÓN PARA INFRACCIONES INSUBSANABLES ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MÁS.*** *En consecuencia, la ASFI aplica equivocada y distorsionadamente la Resolución Administrativa IS No. 153/2001 y vulnera el principio de legalidad al no dar cumplimiento estricto a la calificación de la infracción como insubsanable y a la imposición de la sanción para este tipo infraccional que es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.*

f) *Finalmente, y si bien es cierto que la Ley de Seguros en su Art. 52 señala también que las sanciones administrativas se aplicarán en rangos establecidos por reglamento como señala la ASFI;* ***no se debe perder de vista que la propia Resolución Administrativa IS No. 153/2001 (Reglamento de Sanciones de Seguros en el que se apoya la ASFI) en su Art. 2, literal d), determina también la aplicación de la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento;*** *por lo que, si la ASFI intenta utilizar el Reglamento de Sanciones (apartándose de la Ley)* ***pues entonces también bajo esta normativa corresponde sancionar a HP Brokers SRL con la revocatoria de su autorización de funcionamiento al haber incurrido en acciones insubsanables. Nótese nuevamente aquí que ni la Ley de Seguros ni el Reglamento de Sanciones le confieren a la ASFI el poder elegir la sanción (menos calificar la infracción como "grave") puesto que, reitero una vez mas, cuando una infracción es insubsanable (como en este caso) solo corresponde sancionar con la revocatoria de la autorización de funcionamiento****, situación que no ha sido analizada por la ASFI.*

4. VIOLACION DE PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE TIPICIDAD

La Resolución ASFI No. 656/2011 así como la Resolución ASFI 767/2011 incumplen los principios de proporcionalidad y de tipicidad para tratar de justificar la calificación de las infracciones de HP Brokers SRL como "graves" y mantener la aplicación de la errónea sanción.

Por tal motivo, me permito, nuevamente, demostrar a continuación la existencia de violación de dichos principios.

SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. *Como se tiene anotado precedentemente, la Resolución ASFI No. 767/2011, para justificar la aplicación de la errónea sanción impuesta a la Corredora, hace referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre (que utiliza también la ASFI pero de manera contradictoria) la misma que señala lo siguiente:*

> *"El juicio de proporcionalidad - que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa. Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser:* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida" "Por otra parte, en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b) La naturaleza de los perjuicios causados*** *y c) La reincidencia en la comisión"*

Si aplicamos ***correctamente*** *el contenido jurisprudencial antes mencionado* ***AL CASO EN PARTICULAR,*** *se puede apreciar que inclusive así se encuentra comprobado que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL son de naturaleza* ***INSUBSANABLE*** *y que la sanción aplicable debió ser la revocatoria de la autorización de funcionamiento por lo siguiente:*

- *Según el parámetro* ***a)*** *de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que "los hechos deben encontrarse previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable".*

  En el caso en particular, respecto a los Cargos 1 y 2, ha quedado por demás claro que los hechos que se configuran en las conductas infractoras de HP Brokers SRL se encuentran calificadas como infracciones en el Art. Art. 23, literales c) y e), de la Ley de Seguros, siendo dicha norma la aplicable a esta situación.

- *Según el parámetro* ***b)*** *de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que "el hecho sancionado se encuentre plenamente probado". En el caso en particular, y luego de siete (7) años de negárseme la investigación de mis denuncias, se llega a emitir la Resolución ASFI No. 656/2011 la cual,* ***una vez más, HA PROBADO Y DEMOSTRADO PLENAMENTE*** *la comisión de las infracciones por parte de HP Brokers SRL, al menos en lo que respecta a los Cargos 1 y 2 que son insubsanables (aunque no ha aplicado la sanción correcta) Según el parámetro c) de la Resolución Jerárquica 38/2005 se determina que "el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al*

objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida" donde en este tema la ASFI no toma en cuenta ni pondera que las circunstancias en las cuales comete las infracciones HP Brokers SRL encuadran dentro de las infracciones insubsanables conforme se explicó en el punto 1. del presente escrito, además de haber existido un perjuicio contra los asegurados.

- *Así, la ASFI incumple también con este parámetro de proporcionalidad toda vez que* ***AL ENCONTRARSE DEMOSTRADO Y COMPROBADO*** *que HP Brokers SRL ha incurrido en infracciones* ***INSUBSANABLES*** *las cuales no se pueden corregir ni enmendar en el tiempo (hechos imputados),* ***OMITE ESTABLECER LA SANCIÓN ÚNICA Y LEGALMENTE APLICABLE QUE CORRESPONDE A ESTOS HECHOS*** *(responsabilidad exigida) que consiste en la revocatoria de la autorización de funcionamiento de acuerdo al Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte que corresponde a las Infracciones Insubsanables,* ***e inclusive de conformidad al Art. 10 del Reglamento de Sanciones de Seguros aprobado por Resolución Administrativa IS No. 153/2001 que pretende utilizar la ASFI por encima de la Ley.***

- *Finalmente, nótese que la mencionada Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 también determina (en su párrafo segundo - otra literal* ***b)*** *que* ***la Autoridad administrativa debe considerar,*** *para aplicar las sanciones,* ***la naturaleza de los perjuicios causados.*** *En este punto, es importante recordar nuevamente que la ASFI en abierta contradicción dice en la Resolución ASFI No. 767/2011 (pág. 45) haber cumplido con esta previsión jurisprudencial y más adelante señala que "no puede determinar la existencia de perjuicio porque correspondería a otra instancia" cuando contradictoriamente, primero había expresado que su labor se ha circunscrito al juicio de proporcionalidad establecido en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 la cual, reitero una vez más, señala que el órgano sancionador* ***debe verificar la existencia de perjuicio*** *para adecuar y calificar la sanción administrativa.*

Entonces, es por demás claro que la Autoridad que aplica una sanción ***SE ENCUENTRA OBLIGADA A IMPONER LA PENA CONSAGRADA EN LA LEY*** *de acuerdo al comportamiento del infractor, lo cual trasladado al presente caso deriva en que al ser* ***INFRACCIONES INSUBSANABLES*** *las que fueran cometidas por HP Brokers SRL* ***LA SIMETRÍA CORRECTA DE LA SANCIÓN ES UNA SOLA: LA REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO CONFORME ESTABLECE EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS;*** *no quedando posibilidad de desviarse o desnaturalizar el sentido estricto que la Ley ha diseñado en cuanto a las sanciones* ***por la comisión de infracciones insubsanables.*** *Precisamente por ello, la Doctrina Administrativa ha entendido que el Principio de Proporcionalidad debe ser concebido "como una eficaz herramienta en la lucha* ***contra la discrecionalidad de la Administración*** ***y contra su poder soberano para decidir la sanción fuera de los parámetros de la Ley****" (Quirós Lobo, José Mario, "Principios del Derecho Sancionador", Editorial Comares, España, 1996)*

Por ello, la propia Ley de Procedimiento Administrativo en su Art. 75 indica sin lugar a equivocaciones que "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las Infracciones tipificadas ***no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas****"; precepto legal que, aplicado también a este tema, deriva en que la ASFI con la equivocada sanción económica Impuesta contra HP Brokers SRL no hace más que "beneficiar" a esta compañía* ***POR ENCIMA DE VERIFICAR QUE LAS INFRACCIONES COMETIDAS NI***

SIQUIERA A LA FECHA PUEDEN SER CUMPLIDAS POR SER INSUBSANABLES, *lo que agrava inclusive la condición de HP Brokers SRL.*

En consecuencia, resulta evidente que ***EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD NO ES UNA HERRAMIENTA PARA DISMINUIR SANCIONES O IMPONER AQUELLAS QUE MEJOR LE PAREZCAN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SINO PARA DETERMINARLAS DE ACUERDO A LA LEY,*** *lo cual en este caso, se traduce en que se tiene abundantemente expresado y corroborado que las infracciones cometidas por HP Brokers SRL* ***SON INSUBSANABLES*** *aspecto que, inclusive bajo el Principio de Proporcionalidad, da lugar a que se aplique la sanción correspondiente (para la categoría de infracciones insubsanables) cual es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.*

Adicionalmente, no podemos olvidar que dentro de la doctrina administrativa relativa al Principio de Proporcionalidad la misma, de manera uniforme, ha indicado que dicho principio debe dar a lugar a "adecuar la sanción administrativa a la realidad ***del perjuicio causado*** *de modo tal que nunca le resulta beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras aplicables a la actividad de que se trate" (Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ministerio de Justicia, España)*

Entonces, olvida la ASFI que en materia administrativa el órgano puede determinar válidamente si la conducta de uno de sus regulados o administrados, entre otros elementos, ha provocado un daño o un perjuicio ***(no para su resarcimiento económico obviamente pero si para determinar la responsabilidad administrativa del mismo),*** *caso contrario la potestad sancionadora de la administración se vería reducida y sería ineficaz. Para comprobar tal extremo, los órganos administrativos a través de varias resoluciones administrativas y jerárquicas inclusive han determinado si la conducta de los infractores provocaron o no un daño* ***o*** *un perjuicio a los fines de calificar adecuadamente las infracciones y sanciones administrativas a ser establecidas, aspecto que no ha sido investigado ni valorado por la ASFI.*

SOBRE EL PRINCIPIO DE TIPICIPAD. *Es importante en este punto remitirnos a la Jurisprudencia Administrativa y propiamente a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto la cual señalo lo siguiente:*

> *"(…) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto* ***(praeceptum legis)*** *y de la sanción* ***(sanctio legis).*** *El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos"*

Bajo los parámetros anteriores, puede establecerse que el praeceptum legis, para los Cargos 1 y 2, se encuentra conformado por las normas legales que han sido infringidas por HP Brokers SRL (Art. 23, literales c. y e., de la Ley de Seguros), configurándose la conducta de esta Corredora como ***INSUBSANABLE, POR CUANTO, LAS VIOLACIONES NORMATIVAS EN LAS QUE HA***

INCURRIDO POR LOS CARGOS 1 Y 2 NO PUEDEN SER ENMENDADAS Y/O CORREGIDAS EN LA ACTUALIDAD. *Por su parte la sanctio legis, correspondiente a las infracciones* ***INSUBSANABLES*** *se halla ubicada en el Art. 52 de la Ley de Seguros que determina que la única sanción posible para la comisión de infracciones insubsanables es la* ***REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO,*** *situacón que se reitera inclusive en el Art. 10 del Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Administrativa IS No. 153/2001.*

Así, la ASFI incurre en una violación el principio de tipicidad, por cuanto ***ES POR DEMÁS CONTUNDENTE QUE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR HP BROKERS SRL (CARGOS 1 Y 2) SON DE NATURALEZA INSUBSANABLE, NO CORREGIBLE NI ENMENDABLE Y EN ESE CASO LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE PARA ESTE TIPO DE INFRACCIONES ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.*** *(Art. 52 de la Ley de Seguros)*

Por tal motivo, es contradictorio que la ASFI ***A SABIENDAS*** *que las infracciones de HP Brokers SRL son insubsanables en el tiempo, pretenda utilizar normas relativas a las "infracciones graves"* ***Y MÁS AUN SE APLIQUE CON PREEMINENCIA UN REGLAMENTO DE SANCIONES DEL SECTOR SEGUROS QUE ES UNA SIMPLE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, DEJÁNDOSE DE LADO LA OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN PREFERENTE DE LA LEY DE SEGUROS*** *bajo el principio constitucional de Jerarquía Normativa.*

Adicionalmente y sin perjuicio de lo anterior, la ASFI califica erróneamente como "graves" los actos contenidos en los Cargos 1 - 2 y pasa por desapercibido que la conducta infractora de HP Brokers SRL se adecúa cabalmente a la comisión de infracciones insubsanables por lo siguiente:

- *El Art. 52 de la Ley de Seguros determina: "INFRACCIONES INSUBSANABLES" "Corresponderán al incumplimiento no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa* ***o*** *dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico* ***o*** *perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.*

- *Para la adecuación de la conducta se debe determinar:* ***a)*** *Incumplimiento no enmendable o subsanable;* ***b)*** *Existencia de dolo* ***o*** *culpa de la entidad;* ***c)*** *Existencia de daño económico* ***o*** *perjuicio contra el asegurado.*

- ***Praeceotum Legist.*** *Los Cargos 1 y 2, establecen que la Corredora no asesoró ni ilustró a mi persona ni a mi señora esposa acerca del contenido de la Póliza 600055, siendo en este caso la norma infringida el Art. 23, literales c) y e), de la Ley de Seguros que señalan que es obligación de las corredoras asesorar e ilustrar a los asegurados inclusive durante la vigencia del contrato de seguro; denotándose también el incumplimiento a la Resolución Administrativa IS No. 257 de 19 de junio de 2000.*

- ***Tipo de Infracción Insubsanable:*** *A la fecha las infracciones no pueden ser subsanadas por cuanto la Póliza 600055 dejó de tener efectos y el fallecimiento de mi señora esposa se produjo* ***sin haberse tenido asesoramiento previo.*** *Mi persona tampoco fue asesorada acerca de la vigencia, pago de primas, coberturas, débitos, etc. emergentes de la Póliza 600055.*

- ***Perjuicio al Asegurado:*** *En cuanto al perjuicio, la doctrina especializada en Derecho de Seguros señala que "Lo cierto es que los consumidores de los servicios de seguros* ***precisan una***

buena información *en el proceso de comercialización del seguro,* ***para conocer el sentido y alcance de las condiciones y cláusulas contractuales más importantes*** *(pago de la prima, declaración de riesgo, derecho de rescisión, etc) y en cualquier caso todos los trámites a realizar en las reclamaciones de eventuales siniestros que se puedan producir", (Caballero Sánchez, Ernesto, "El consumidor de seguros: protección y defensa", Editorial MAPFRE S.A., Madrid 1997) En ese sentido, "la connotación que* ***la falta de información sobre el contrato de seguro y sus características básicas o generales produce en el asegurado es eminentemente colocarlo en una situación de perjuicio*** *al impedírsele conocimiento debido acerca de un acuerdo jurídico que sobre él recae, con lo que se disminuye la posibilidad y certeza del asegurado de realizar cualquier tipo de gestión ante la compañía de seguros que el acto contractual del seguro sea modificado irracionalmente sin noticia de las partes del contrato de seguro donde se encuentra individualizado el asegurado, figura que se da más aún en los seguros colectivos o de masas como los de vida en grupo donde existe un contrato prácticamente de adhesión redactado y presentado por una compañía de seguros que naturalmente detenta el predominio, campo donde el asegurado o consumidor se encuentra desprotegido y sin base mínima de respeto a la seguridad jurídica, hechos reclamables y sancionables por vía de supervisión administrativa creada por el estado" (Lambert-Faivre, Ivonne, "Protección de los consumidores de seguros" "Droit des Assurances", Editorial Dalloz, 10° edición, París 1998)*

A partir de lo anterior, y en el caso que nos ocupa, ha quedado por demás comprobado que HP Brokers SRL me ha ocasionado también un ***perjuicio*** *por cuanto, no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones legales,* ***no asistió, asesoró ni ilustró a los asegurados acerca del contenido y alcance de la Póliza No. 600055, acerca del pago de primas y la oportunidad de las mismas, el marco del condicionado general que establece los pagos de prima por mes adelantado, etc.****; situaciones que impidieron a los asegurados ejercer los derechos que la Ley prevé para los mismos, en perjuicio claro y notorio de ellos (esposos Lucca-Arteaga)*

- ***Sanctio Legis:*** *Art. 52 Ley de Seguros, en caso de infracciones insubsanables corresponderá la revocatoria de la autorización de funcionamiento. Asimismo, según la Resolución IS 257/2000 corresponde también disponer la afectación de la Póliza de Errores y Omisiones de la corredora.*

  Nótese asimismo que la propia ***Resolución Administrativa IS No. 153/2001 (Reglamento de Sanciones de Seguros) en su Art. 2, literal d), determina también la aplicación de la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento****.*

- *Finalmente, si la ASFI señala que las infracciones de HP Brokers SRL son "graves" y si nos remitimos al Artículo 52 de la Ley de Seguros, dicha norma señala: "****INFRACCIONES GRAVES.*** *Corresponderán al incumplimiento* ***enmendable o subsanable*** *de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad* ***y que causen daño económico o perjuicio*** ***a la misma*** ***o a los asegurados,*** *tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros"; entonces que siguiendo el argumento de la ASFI si la infracción es "grave" por ende se entendería que se han configurado* ***TODOS*** *los elementos de la misma donde entre ellos se encuentra la "existencia de daño económico o perjuicio al asegurado"; Empero,* ***CONTRADICTORIAMENTE*** *(y de forma antijurídica) la ASFI señala en la Resolución ASFI No. 767/2011 que los daños y perjuicios "deben averiguarse por otras instancias", situación que no guarda lógica alguna y que representa un incoherencia notoria.*

En consecuencia, de acuerdo a lo fundamentado se aprecia, además, una clara violación a los principios de tipicidad y proporcionalidad en los que ha incurrido nuevamente la ASFI al haber emitido la Resolución ASFI No. 767/2011.

5. VIOLACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS 257/2000

La Resolución Administrativa IS 257/2000 instrumenta el Reglamento de Seguros Colectivos ***al cual pertenece la Póliza 600055 que dio origen a los incumplimientos de HP Brokers SRL al ser un seguro de vida colectivo (seguro de personas).***

El penúltimo párrafo del Art. 3 de la Resolución Administrativa IS 257/2000, con meridiana claridad dispone que "La comercialización de Seguros Colectivos podrá ser intermediada de forma voluntaria por un ***Corredor*** *de Seguros autorizado por la SPVS. En tal caso, para todos los efectos,* ***el cliente del corredor de seguros es el 'Asegurado'****, de acuerdo a la definición prevista en el artículo dos del presente reglamento, correspondiendo al corredor,* ***asistir a su cliente en todo lo relacionado a las coberturas contratadas*** *así como el trámite de reclamo para la indemnización por siniestros.* ***El corredor de seguros responde con su Póliza de Errores y Omisiones por el incumplimiento a las responsabilidades descritas anteriormente****" y de acuerdo a las definiciones que establece el Art. 2 del mencionado Reglamento, se entiende por "Asegurado" "En los seguros de personas, es la persona física que está expuesta al riesgo cubierto por el seguro. Se encuentran entre ellas de forma enunciativa mas no limitativa las personas naturales que han contraído un crédito en una entidad financiera, realizando un depósito, o efectuando cualquier operación financiera y que requiera su adhesión al seguro"*

A partir de lo anterior, se aprecia que mi persona (y mi fallecida esposa) al ser parte de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario 600055 asume la calidad de ***asegurado*** *al ser la persona física expuesta a riesgo (muerte o invalidez) encontrándose aquellos que han efectuado cualquier operación financiera (préstamo de dinero o líneas de crédito). Entonces, según el Reglamento cuando el Corredor de Seguros* ***no asiste a su cliente respecto a todo lo relacionado a las coberturas contratadas dicho Corredor responde con su Póliza de Errores y Omisiones por el incumplimiento a las responsabilidades antes indicadas****.*

En el caso en particular, la ASFI al haber ratificado los Cargos 1 y 2 contra HP Brokers SRL ha demostrado sin lugar a equivocaciones que dicha Corredora ***NUNCA ME ASESORÓ NI ILUSTRÓ*** *acerca de los temas relativos a la Póliza 600055 en lo que se refiere, entre otras cosas, el hecho de no haberme asistido respecto a las coberturas emergentes de la Póliza antes mencionada. Así, si la ASFI llegó a dicha determinación (al margen de la sanción impuesta que ahora se encuentra en discusión)* ***debió también ordenar la afectación de la Póliza de Errores y Omisiones de HP Brokers SRL,*** *sin embargo y a pesar que en reiteradas oportunidades (incluyendo en mi Recurso de Revocatoria) mi persona solicitó ello, la ASFI* ***sin fundamento alguno*** *se rehusó a dar curso a esta legítima petición y de forma inconsistente en la Resolución ASFI 767/2011 (pág. 47) solo atina a mencionar que dicha petición de afectación de la Póliza de Errores y Omisiones de la Corredora "no es inherente al presente proceso y que la reguladora carece de competencia"*

Nótese, a partir lo ya expresado, la errónea y equivocada postura que asume la ASFI por cuanto, primero la Resolución Administrativa IS 257/2000 ***es un reglamento administrativo cuyo***

cumplimiento obviamente compete al órgano administrativo *que en este caso (y por excusa de la Autoridad de Pensiones y Seguros) correspondía ser aplicado por la ASFI; en segundo lugar si al ASFI ha determinado categóricamente que HP Brokers SRL incumplió su obligación de asesorar e ilustrar al asegurado (mi esposa y mi persona) acerca de las condiciones del seguro contenido en la Póliza 600055 en lo referente a las coberturas contratadas y otros aspectos, pues debió aplicarse el penúltimo párrafo del Art. 3 de la Resolución Administrativa IS 257/2000* ***disponiéndose la afectación de la póliza de Errores y Omisiones de la Corredora****; y en tercer lugar la ASFI comete nuevamente el error de pretender dar a entender que "no tiene competencia", sobre lo cual habría que preguntar a esta entidad ¿entonces quien es competente para hacer cumplir reglamentos administrativos? ¿será según el desorientado criterio de la ASFI, una autoridad judicial la que deba hacer cumplir una norma* ***exclusivamente*** *administrativa?; pues por lo menos la ASFI debería haber tenido al gentileza de explicar que autoridad debe hacer cumplir esto, claro que señalando el artículo y al norma que expresamente indique que el órgano administrativo no es competente.*

En resumen, se ha llegado a establecer una nueva violación normativa en al que la ASFI incurre, situación que deberá ser corregida por el órgano jerárquico.

6. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR FALTA DE MOTIVACION Y FUNDAMENTACION Y EXISTENCIA DE ACTO ADMINISTRATIVO CONTRADICTORIO

Siguiendo los fundamentos de la Sentencia Constitucional 1365/2005-R, "la garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió", extremo que fuera complementado por la Sentencia Constitucional 0871/2010 la misma que estableció que "Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales; b) debe contener una exposición clara de los aspectos facticos pertinentes; ***c) debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto; d) debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales; e) debe valorar de manera concreta y explicita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada; y, f) debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado"***

Por su parte, el Art. 28, literal e), de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa y el fundamento por el cual dicho acto deberá, además, expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.

En el presente caso, de la revisión pormenorizada tanto de la Resolución ASFI 767/2010 así como de los fundamentos contenidos en mi Recurso de Revocatoria se puede apreciar que la ASFI, una vez más, ha incurrido en una evidente falta de motivación por lo siguiente:

- *Claramente a la ASFI se le ha solicitado, no sólo en mi Recurso de Revocatoria sino en varias oportunidades anteriores, que explique y fundamente en que medida la Corredora podría subsanar las infracciones que le fueron atribuidas en los Cargos 1 y 2; situación sobre la cual, hasta la fecha, el órgano regulador no emite pronunciamiento alguno que satisfaga la garantía del debido proceso en cuanto a la motivación de las resoluciones administrativas. Así, el órgano regulador, a su conveniencia, en la Resolución 767/2011 (pág. 47) sólo saca a relucir un elemento nuevo nunca antes mencionado cual es que la existencia de daño o perjuicio al administrado (para determinarse la configuración de infracciones insubsanables) debe ser averiguado por la "instancia correspondiente", extremo que según la ASFI la relevaría de determinar si las infracciones de HP Brokers SRL son o no posibles de ser subsanadas, extremo ilegal por cuanto la Autoridad está obligada a resolver los puntos objetos de controversias y no sobrepasarlos con argumentos nuevos nunca antes mencionados. Cabe aclarar que el tema de la posibilidad administrativa de determinar daño o perjuicio para que se configure la infracción se encuentra desarrollada en los puntos 1., 2. y 4. del presente escrito donde se ha demostrado el error de la ASFI.*

- *La ASFI **NO HA FUNDAMENTADO** adecuadamente el porqué en la Resolución ASFI No. 656/2011 y en la Resolución ASFI 767/2011 sigue insistiendo en catalogar las infracciones de HP Brokers SRL como "graves" a sabiendas que para adoptar esta figura las infracciones deben ser posibles de enmendarse o subsanarse conforme indica el Art. 52 de la Ley de Seguros, de donde se extrae que la ASFI, para sustentar su posición debería señalar si las infracciones de la Corredora tienen posibilidad de enmienda o corrección extremo que hasta ahora (como se dijo en el punto anterior) no la hace.*

- *Del mismo modo, si la ASFI señala que las infracciones de HP Brokers SRL son "graves" y si nos remitimos al Artículo 52 de la Ley de Seguros, dicha norma señala: "**INFRACCIONES GRAVES.** Corresponderán al incumplimiento **enmendable o subsanable** de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad **y que causen daño económico o perjuicio** a la misma **o a los asegurados,** tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros"; nótese entonces que siguiendo el argumento de la ASFI si la infracción es grave por ende se entendería que se han configurado **todos** los elementos de la misma donde entre ellos se encuentra la "existencia de daño económico **o** perjuicio al asegurado"; Empero, **CONTRADICTORIAMENTE** (y de forma antijurídica) la ASFI señala en la Resolución ASFI No. 767/2011 que los daños y perjuicios "deben averiguarse por otras instancias", entonces ¿cuál es el verdadero fundamento de la ASFI? ¿no demuestra esto que la ASFI está forzando los hechos para, a toda costa, no cumplir con la Ley de Seguros y ordenar de una vez por todas la revocatoria*

de la autorización de funcionamiento de la Corredora? ¿Será que existe de por medio alguna presión hacia la ASFI para que invente argumentos que no son dignos de una respetable institución del Estado? ¿Por qué la ASFI emite disposiciones tan contradictorias y cada vez saca a relucir criterios nuevos nunca antes mencionados?

- *La ASFI ingresa en otra **CONTRADICCION** al emitir la Resolución ASFI No. 767/2011 ya que primero señala expresamente que: "(...) este Órgano de la Administración Pública resolvió cada caso, ejercitando el poder que le ha sido conferido, (...) de acuerdo con el grado de culpabilidad del administrado **de acuerdo a lo contemplado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ No. 38/2005 (...)** y posteriormente la ASFI trascribe la jurisprudencia administrativa contenida en la citada Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre la cual menciona también que "Por otra parte, en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b) La naturaleza de los perjuicios causados** y c) La reincidencia en la comisión" Entonces, y no obstante que la propia ASFI señala que "ha cumplido con sus potestades sancionatorias" aplicando inclusive la jurisprudencia administrativa que señala que las Autoridades Administrativas deben verificar (para aplicar sanciones) la existencia de los **PERJUICIOS CAUSADOS;** de manera inaudita e insólita (además de contradictoria) la ASFI señala que esta situación sería materia de "otros ámbitos" y competencias legales, extremo que no guarda la coherencia debida y que comprueba que las acciones del órgano regulador pretenden eludir el cumplimiento de la Ley.*

- *La ASFI señala en la Resolución ASFI No. 767/2011 que "el daño no se habría demostrado puesto que el derecho a la cobertura del seguro se encuentra en discusión en la vía arbitral"; empero **EN NINGUNA PARTE FUNDAMENTA** que elemento de juicio o prueba documental respalda dicha afirmación; además que **TAMPOCO MOTIVA** nada en cuanto a que **EL HECHO DE EXISTENCIA DE COBERTURA O NO DE LA PÓLIZA 600055 NO TIENE RELACIÓN ALGUNA CON LOS INCUMPLIMIENTOS DE HP BROKERS SRL A QUIEN SE LE FORMULARON CARGOS POR FALTA DE ASESORAMIENTO E ILUSTRACIÓN A LOS ASEGURADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO**, situación ajena a si existió o no cobertura.*

- *La ASFI no ha motivado ni fundamentado el porqué, a sabiendas de haberse determinado los incumplimientos normativos en los que incurrió la Corredora, no se ha procedido (al margen de la sanción) a determinarse la afectación de su Póliza de Errores y Omisiones, por cuanto la Resolución ASFI 767/2011 (pág. 47) sólo atina a mencionar que dicha petición de afectación de la Póliza de Errores y Omisiones de la Corredora "no es inherente al presente proceso y que la reguladora carece de competencia", cuando claramente el Art. 3 de la Resolución Administrativa IS 257/2000, dispone que "La comercialización de Seguros Colectivos podrá ser intermediada de forma voluntaria por un Corredor de Seguros autorizado por la SPVS. En tal caso, para todos los efectos, el cliente del corredor de seguros es el 'Asegurado', de acuerdo a la definición prevista en el artículo dos del presente reglamento, correspondiendo al*

*corredor, **asistir a su cliente en todo lo relacionado a las coberturas contratadas** así como el trámite de reclamo para la indemnización por siniestros. **El corredor de seguros responde con su Póliza de Errores y Omisiones por el incumplimiento a las responsabilidades descritas anteriormente"** situación que al provenir de un acto administrativo propio del sector de seguros es por lógica que su cumplimiento le corresponde al Órgano Administrativo.*

7. PETITORIO

Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito a su respetable Autoridad remitir el expediente administrativo al Ministerio de Economía Finanzas Públicas con la finalidad de que el órgano jerárquico efectúe un nuevo análisis motivado, efectuando una correcta compulsa y valoración de antecedentes, y se emita Resolución Jerárquica expresa por medio de la cual se disponga lo siguiente:

***7.1 ANULE** el procedimiento, por falta de motivación y fundamentación, hasta el estado en que la ASFI pronuncie nuevo acto administrativo que resuelva mi Recurso de Revocatoria y a su vez determine la existencia de todos los elementos que configuran las infracciones insubsanables, debiendo también establecer de manera categórica si la conducta infractora de HP Brokers SRL produjo daño o perjuicio al asegurado.*

***7.2** O en su defecto, en el caso en que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ingresara a considerar el fondo del asunto, **SE REVOQUE PARCIALMENTE** la Resolución ASFI No. 767/2011 de 07 de noviembre y en su mérito **SE IMPONGA A HP BROKERS SRL LA SANCIÓN DE REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO** al encontrarse comprobadas las infracciones **INSUBSANABLES** en las que ha incurrido la Corredora correspondientes a los Cargos 1 y 2; debiendo también disponerse la afectación de su Póliza de Errores y Omisiones.*

***OTROSÍ 1°.** Solicito se considere que el presente Recurso se presenta únicamente en contra de la **INCORRECTA CALIFICACION DE LAS INFRACCIONES** y de la errónea **SANCIÓN** que se impuso contra HP Brokers SRL; debiendo mantenerse los demás aspectos relativos a la ratificación de los cargos imputados contra el Corredor*".

CONSIDERANDO:

Que en conformidad con lo dispuesto en el parágrafo II del artículo 41, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, se notifica a **HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.** con el Recuro Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 767/2011 de 7 de noviembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, haciéndole conocer que podría apersonarse y formular criterios o alegatos en el plazo máximo de 10 días hábiles administrativos computables a partir de su legal notificación.

Que, **HP BROKERS CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS S.R.L.** mediante memorial presentado en fecha 19 de enero de 2012, se apersona y presenta los siguientes argumentos:

"***1. <u>INCOMPETENCIA DE LA ASFI O AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA JUZGAR LA EXISTENCIA DE DAÑO O PERJUICIO</u>.***

De los antecedentes que cursan en el presente proceso administrativo, se evidencia que el denunciado ha interpuesto una demanda arbitral demandando los daños y perjuicios que supuestamente se le habrían ocasionado por la falta de asesoramiento. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral debe ser quien determine la existencia o inexistencia de cualquier supuesto daño o perjuicio.

Por consiguiente, habiendo el denunciante solicitado que el Tribunal Arbitral sea quien determine los supuestos daños o perjuicios ocasionados, es esa Autoridad quien tiene que resolver tal situación, por lo que la Autoridad administrativa se encuentra impedida de pronunciarse al respecto, lo contrario significaría doble juzgamiento.

2. <u>INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN INSUBSANABLE</u>.

La propia demanda arbitral interpuesta por el denunciante demuestra y acredita que cualquier supuesto incumplimiento incurrido por ésta parte, NO ES INSUBSANABLE, ya que a través de su demanda arbitral, en caso de tener razón, será resarcido en su integridad y con creses, ya que en dicha demanda el denunciante Luis Artemio Lucca Suarez, ha demandado como daños y perjuicios el pago de CINCO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA ($us. 5.000.000).

Este solo antecedente demuestra que cualquier supuesto incumplimiento, de ninguna forma constituiría un incumplimiento no enmendable o insubsanable, toda vez que a través de esa demanda el denunciante en caso de tener razón cualquier hecho será enteramente subsanable, toda vez que con ese monto llegará a cubrir su crédito, con un remanente de más de CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

3. <u>RECHAZO DE PAGO DE SINIESTRO NO SE DEBIÓ A LA FALTA DE ASESORAMIENTO</u>.

El rechazo del pago del siniestro no se debió a la falta de asesoramiento, mas al contrario se debió a la falta de pago del crédito y las primas del seguro por parte de los esposos Lucca-Suarez.

A LA FECHA DEL FALLECIMIENTO DE ANA MARIA ARTEAGA DE LUCCA, SUS CREDITOS, ***SE ENCONTRABAN CON MÁS DE 300 DÍAS DE MORA****.*

En los contratos de préstamo firmados por los esposos Lucca, se estableció claramente que:

- ***a. Los DEUDORES debían pagar una tasa del 030% mensual para la cobertura de las primas de seguro;***
- ***b. Los deudores declaran conocer los términos y condiciones generales y especiales del contrato de seguro.***
- ***c. Las primas debían de ser pagadas en forma anticipada e independiente a los intereses y cargos del préstamo.***
- ***d. En caso de incumplimiento, se incurriría en causal de caducidad de la póliza.***

Conclusión:

- *Los esposos Lucca-Arteaga, tenían pleno conocimiento de que la falta de pago de las primas constituía caducidad de la póliza.*
- *El rechazo del siniestro se debió a la falta de pago de la prima correspondiente.*
- *La acción o inacción de HP BROKER SRL. no tubo nada que ver con el rechazo del siniestro, NO habiendo causado perjuicio alguno.*
- *Los señores Lucca **jamás nos nombraron su corredor de seguros**, y lo conocimos a través del banco, cuando había fallecido su esposa que a pesar de ya no estar incluido en los listado y no ser asegurado o cliente de Alianza, por ende nuestro, nuestra empresa le brindo todo el tiempo necesario y colaboración, incluso en gestiones que no nos competían, como pedir un pago comercial para colaborarlo.*

4. PETITORIO.

Por todo lo anteriormente expuesto, solicito que se RECHACE el Recurso Jerárquico interpuesto por Luis Artemio Lucca Suárez y se CONFIRME la Resolución Administrativa ASFI Nº 767/2011 de fecha 07 de Noviembre de 2011".

CONSIDERANDO

Que son tenidos en cuenta a efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, los siguientes memoriales: presentado (vía facsímile) por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** en fecha 13 de enero de 2012, por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** en fecha 19 de enero de 2012, por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** en fecha 27 de enero de 2012, por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** en fecha 29 de febrero de 2012, y por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** en fecha 9 de marzo de 2012.

Con respecto a este último, en su otrosí y en relación a determinadas expresiones de **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** solicita que "*No siendo tolerable la falta de respeto y propalación de ofensas vertidas por la Corredora, en aplicación del Art. 64, literal b) y parágrafo II del Decreto Supremo 27113, solicito se imponga multa a HP Brokers SRL.*"; solicitud que mereció la providencia de fecha 15 de marzo de 2012, por la que se dispone que "*se considerará, si corresponde, a momento de dictar la Resolución*".

Consiguientemente, es pertinente dejar establecido que la presente instancia jerárquica administrativa importa una revisión de la legalidad con la que el Ente Regulador ha actuado en la sustanciación y resolución de las controversias conocidas como emergencia de los cargos impuestos, no correspondiéndole conocer otras diferencias que hubieran surgido entre las partes del proceso, por lo que cualquier otra pretensión en este último sentido deberá ser puesta a consideración de la instancia competente para ello.

CONSIDERANDO:

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

1. Antecedentes.-

En fechas 28 de octubre de 1996, 19 de agosto de 1998 y 1° de septiembre de 1999, los señores Luis Artemio Lucca Suárez y Ana María Arteaga de Lucca contrataron del anterior Banco Santa Cruz S.A. (activos y pasivos ahora en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.) tres mutuos con garantía hipotecaria, para los que se preveía la extinción de la obligación a manera de desgravamen hipotecario en el caso del fallecimiento de alguno o de ambos, y que operaba mediante póliza de seguro originalmente contratada (*en grupo*, colectivo, por varios préstamos comprendidos en la cartera de créditos conforme lo establece la Resolución Administrativa IS N° 257 de 19 de junio de 2000) por el referido Banco, con la compañía La Boliviana de Seguros, póliza después cedida a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., determinando ello -conforme a la disposición del artículo 987° del Código de Comercio- la relación contractual siguiente:

- **La aseguradora**: Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. (originalmente La Boliviana de Seguros).
- **Los asegurados**: esposos **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y Ana María Arteaga de Lucca.
- **El beneficiario**: Banco Santa Cruz S.A. (ahora Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por compra de pasivos y activos).

Al fallecimiento de la coprestataria **Ana María Arteaga de Lucca** acaecido en fecha 17 de abril de 2001 y **según lo referido por el señor LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** en su memorial presentado en fecha 11 de mayo de 2005 por ante la Cámara Nacional de Comercio, fue derivado por el Banco prestador a **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** como responsable del trámite de colocación, administración y pago del seguro, a los fines de hacer efectivo el desgravamen de la garantía, recibiendo por respuesta que la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario en grupo no era pagable por no encontrarse vigente.

Posteriormente, en fecha 17 de febrero de 2003 el señor Luis Artemio Lucca Suárez plantea queja contra **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** y por ante la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, extremo que determina la organización de una comisión especial de investigación, la que emitió su informe SPVS/INF/N° 01/2008 por el que se establecen indicios de incumplimiento a la Ley N° 1883 (de Pensiones), lo que a su vez dio lugar a la imputación por cuatro cargos.

Con respecto a estos: mediante Resolución ASFI/N° 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 se dispuso "*SANCIONAR a HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. por los Cargos 1 y 2, con la imposición de multa en bolivianos equivalente a $us. 10.001 (Diez mil uno 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)*", "*SANCIONAR a HP BROKERS Corredores y Asesores de Seguros S.RL., por el Cargo 3, con la imposición de multa en bolivianos equivalente a 60.000 UFVs*" y "*Desestimar el cargo N° 4 contenido en la CITE: SPVS/IP/AL N° 158/2009 de 6 de febrero de 2009*", determinando que en el estado actual del proceso no corresponda considerarse el último Cargo señalado (N° 4).

En definitiva, los Cargos N° 1, N° 2 y N° 3 han dado lugar al proceso administrativo sancionador en contra del corredor de seguros, proceso en actual estado de Recurso Jerárquico, conforme se lo resuelve al presente.

Se rescata lo expresado por el recurrente en su memorial de recurso, en sentido que "*tengo a bien formular Recurso Jerárquico…* ***ÚNICAMENTE en cuanto a lo que se refiere a la incorrecta calificación de las infracciones y a la imposición de la sanción aplicada a HP Brokers SRL***", extremo reiterado expresamente en el otrosí 1° del mismo memorial; asimismo, la generalidad de alegatos están referidos única y exclusivamente a los Cargos N° 1 y N° 2.

Se debe tener presente la aceptación que **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** ha realizado de las determinaciones de la entidad ahora recurrida, por cuanto y conforme sale en el Petitorio del memorial presentado en fecha 19 de enero de 2012, tal entidad ha solicitado "*se CONFIRME la Resolución Administrativa ASFI N° 767/2011 de fecha 07 de Noviembre de 2011*".

En los términos del artículo 58° de la Ley N° 234, de 23 de abril de 2002, los recursos deben presentarse de manera fundada, resultando que en la presente oportunidad de resolver el Recurso Jerárquico no existe fundamento alguno contra los Cargos N° 3 y N° 4 (este último ya desestimado), como que tampoco es materia de impugnación alguna la sustancia de los Cargos N° 1 y N° 2, o sea la comisión de tales infracciones por parte de **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, sino simplemente la calificación de las mismas y la consiguiente imposición de las sanciones para esos dos únicos cargos.

Consiguientemente y en observancia al mencionado artículo 58° de la Ley N° 2341, de 23 de abril de 2002, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limita a la consideración única de los Cargos N° 1 y N° 2, y limitada a la calificación de las infracciones y a la consiguiente imposición de las sanciones que les corresponden, conforme a los argumentos desarrollados a continuación.

2. Acerca de que la calificación de la infracción para los Cargos N° 1 y N° 2.

2.1 Pertinencia del Reglamento de Sanciones de Seguros.

En principio, toda vez que el recurrente ha sugerido repetidamente la impertinencia del criterio normativo que hubo aplicado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, referido en concreto a la Resolución Administrativa IS No. 153/2001 (Reglamento de Sanciones de Seguros, al que inclusive ha calificado de *simple resolución administrativa*), es pertinente traer a colación lo señalado por el artículo 5 de la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010 (del Tribunal Constitucional Plurinacional), que señala: "*Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto,* ***resolución*** *y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad*".

Por tanto, no es por el procedimiento administrativo presente que se pueda desvirtuar (si en Derecho correspondiera) la validez o la legalidad del precitado Reglamento de Sanciones de Seguros, extremo del que se debe dejar ahora constancia, en la intención de definir el marco normativo al que se ha circunscrito el caso de autos en sus resoluciones precedentes, esto por cuanto, habiendo sido en oportunidad del Recurso de Revocatoria cuando el recurrente señor Luis Artemio Lucca Suarez sacó a relucir ya el extremo, ha correspondido a la recurrida Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con la competencia que para ello emerge del artículo 50, numeral II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento

Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por Decreto Supremo Nº 27175), establecer el criterio de aplicación del merituado Reglamento de Sanciones de Seguros, en los términos que salen en la Resolución Administrativa ASFI Nº 767/2011 de 7 de noviembre de 2011 y que a continuación se transcriben:

"Toda vez que la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, en su artículo 52° deja establecido que los elementos configurativos o presupuestos para la tipificación de la sanción deben conjuncionarse íntegramente, es decir que deben participar todos y cada uno de los elementos contemplados en la norma para que la infracción sea calificada en forma precisa. Para la calificación de las Infracciones Insubsanables, deben concurrir como presupuesto necesario el daño económico o perjuicio al asegurado, elemento ausente en el presente caso, al no existir pronunciamiento de autoridad competente que determine la existencia de daño o perjuicio a los asegurados, determinación que indudablemente estará acompañada de la cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil.

Ante esta realidad, la Autoridad de Supervisión recurrió a fuentes normativas reglamentarias para calificar cabal y ecuánimemente la infracción del Administrado y la sanción a imponerse, conforme el Principio de sometimiento pleno a la Ley y la equidad, puesto que los órganos de regulación sectorial no gozan de plena libertad para imponer las sanciones en el grado que estimen conveniente, sino que deben sujetarse a las circunstancias marcadas por la ley y los reglamentos, lo contrario constituiría vulneración a los principios de legalidad y proporcionalidad, los que implican el sometimiento pleno a la ley en el momento de identificar una infracción y la congruencia entre la naturaleza de la infracción administrativa y la sanción impuesta.

En base a lo anterior y analizando íntegramente el artículo 52° de la Ley de Seguros, se tiene que el acápite de SANCIONES establece en su última parte lo siguiente: "De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas: (...) REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO. Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. ***Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o limites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento"****, en consecuencia la propia Ley de Seguros establece que el Reglamento de Sanciones definirá la aplicación de las sanciones administrativas que correspondan.*

Siguiendo la orientación normativa de la Ley de Seguros, se advierte que el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 153 de 4 de abril de 2001 contempla dos tipos de infracciones, las leves y medias por un lado y las graves y gravísimas por otro; dentro del grupo de estas segundas, describe lo siguiente: "Artículo 12.- (INFRACCIONES GRAVES Y GRAVÍSIMAS) Se consideran como infracciones graves y gravísimas las siguientes: (...) f) Incumplimiento a órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia o de autoridad competente; (...) h) Incumplimiento de las obligaciones y actividades establecidas en la Ley de Seguros y en sus reglamentos."

El mismo artículo determina más adelante que: "La Superintendencia estimará la gravedad de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o

entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares.

Si el acto u omisión no fuera probable o pudiera ser probado, por cualquier causa, pero existieran evidencias de los efectos de dicho acto u omisión improbado, se considerará el mismo como gravísimo."

Bajo el contexto de la norma legal antes analizada, las infracciones imputadas en los Cargos 1 y 2, encuadran cabalmente a la descripción del tipo de conductas sancionables que se describen en los incisos f) y h) del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, las que por disposición de la misma norma pueden ser graves o gravísimas, habiendo concluido esta Autoridad de Supervisión que las mismas son de tipo grave, conforme a los criterios de configuración referente al Principio de Tipicidad expuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N° 32/2005 de 19 de agosto de 2005".

En definitiva, el criterio legal y normativo adoptado por la autoridad recurrida en el pronunciamiento de sus resoluciones, es correcto, perfectamente válido, cuanto aplicable al caso que se analiza.

2.2 Naturaleza (subsanable o insubsanable) de las normas legales infringidas por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.

De la lectura íntegra del Recurso Jerárquico y amén de lo que se señale en el numeral 2.3 infra, se establece que la pretensión fundamental del recurrente se refiere a la declaración, cual de naturaleza insubsanable, de las infracciones en las que ha incurrido **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** así:

- Cuando el recurrente acusa la *violación y errónea aplicación del Art. 52 de la Ley de Seguros*, se fundamenta en que "*se puede apreciar con meridiana claridad que la ASFI no ha aplicado correctamente el Art. 52 de la Ley de Seguros en cuanto a la calificación de las infracciones cometidas por la Corredora las mismas que* ***son insubsanables***".
- Cuando refiere *violación de los artículos 41 y 43 de la Ley de Seguros y del Principio de Verdad Material*, lo hace porque en su criterio "*tanto la Ley de Seguros así como la Resolución Administrativa IS No. 153/2001 (Reglamento de Sanciones en el que la ASFI se apoya) CONFIEREN LA POTESTAD DIRECTA AL ORGANO REGULADOR PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LOS REQUISITOS O ELEMENTOS QUE CONFORMAN LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS PARA LUEGO IMPONER LA SANCION CORRESPONDIENTE (donde se encuentra el verificar la existencia de daño o perjuicio cuando* ***se trata de infracciones insubsanables***)."
- Si refiere también *violación del Principio de Legalidad* y de *Potestad Reglada*, es porque "*LA LEY DE SEGUROS NO LE OTORGA UN MARGEN DE ELECCIÓN A LA ASFI POR CUANTO LA ÚNICA SANCIÓN PARA INFRACCIONES INSUBSANABLES ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y NADA MÁS. En consecuencia, la ASFI aplica equivocada y distorsionadamente la Resolución Administrativa IS No. 153/2001 y vulnera el principio de legalidad al no dar cumplimiento estricto a la calificación de la* ***infracción***

como insubsanable *y a la imposición de la sanción para este tipo infraccional que es la revocatoria de la autorización de funcionamiento.*"

- Cuando señala *violación de Principio de proporcionalidad*, es porque alega que "*la Autoridad que aplica una sanción SE ENCUENTRA OBLIGADA A IMPONER LA PENA CONSAGRADA EN LA LEY de acuerdo al comportamiento del infractor, lo cual trasladado al presente caso deriva en que* ***al ser INFRACCIONES INSUBSANABLES*** *las que fueran cometidas por HP Brokers SRL LA SIMETRÍA CORRECTA DE LA SANCIÓN ES UNA SOLA: LA REVOCATORIA DE SU AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO CONFORME ESTABLECE EL ART. 52 DE LA LEY DE SEGUROS; no quedando posibilidad de desviarse o desnaturalizar el sentido estricto que la Ley ha diseñado en cuanto a las sanciones por la comisión de infracciones insubsanables.*"
- Si va a acusar también *violación al debido proceso por falta de motivación y fundamentación, y existencia de acto administrativo contradictorio*, es porque "*La ASFI NO HA FUNDAMENTADO adecuadamente el porqué en la Resolución ASFI No. 656/2011 y en la Resolución ASFI 767/2011 sigue insistiendo en catalogar las infracciones de HP Brokers SRL como "graves" a sabiendas que para adoptar esta figura* ***las infracciones deben ser posibles de enmendarse o subsanarse*** *conforme indica el Art. 52 de la Ley de Seguros, de donde se extrae que la ASFI, para sustentar su posición debería señalar si las infracciones de la Corredora tienen posibilidad de enmienda o corrección extremo que hasta ahora (como se dijo en el punto anterior) no la hace*", y porque "*la ASFI señala en la Resolución ASFI No. 767/2011 que los daños y perjuicios "deben averiguarse por otras instancias", entonces ¿cuál es el verdadero fundamento de la ASFI? ¿no demuestra esto que la ASFI está forzando los hechos para, a toda costa, no cumplir con la Ley de Seguros y ordenar de una vez por todas la revocatoria de la autorización de funcionamiento de la Corredora? ¿Será que existe de por medio alguna presión hacia la ASFI para que invente argumentos que no son dignos de una respetable institución del Estado? ¿Por qué la ASFI emite disposiciones tan contradictorias y cada vez saca a relucir criterios nuevos nunca antes mencionados?*"

Entonces, se concluye que el recurrente persigue se declaren a las infracciones en las que ha incurrido **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** como de naturaleza insubsanable, para con ello dar lugar a la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento en los términos del artículo 52 de la Ley Nº 1883, de 25 de junio de 1998 (de Seguros), el que en lo que interesa señala:

"*ARTICULO 52. - INFRACCIONES Y SANCIONES.- Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia:* (…)

INFRACCIONES INSUBSANABLES. Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros (…)

SANCIONES
De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas: (…)

REVOCATORIA DE LA AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO.

Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o limites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento."

Consiguientemente, la controversia del presente proceso -sobre la que va a recaer la decisión definitiva de la Autoridad Jerárquica- radica en determinar si las infracciones determinadas en los Cargos Nº 1 y Nº 2 corresponden (o no) a la calidad de insubsanables, y si por tanto, debió sancionarse a **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** con la revocatoria de su autorización de funcionamiento, o si mas bien, deben mantenerse las sanciones impuestas en las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 y ASFI Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

En este sentido, el recurrente ha señalado axiomáticamente a tiempo de su Recurso de Revocatoria de 7 de octubre de 2011, que:

"*…¿podrá la Corredora a estas alturas enmendar o subsanar esta situación cuando la Póliza 600055 ya ha dejado de tener vigencia?; ¿podrá en la actualidad HP Brokers SRL brindar asesoramiento sobre la Póliza No. 600055 a mi señora esposa que falleció el 17 de abril de 2001? Pues la respuesta coherente y por demás lógica a estas preguntas es una sola:* ***HP BROKERS SRL NO PUEDE ENMENDAR O SUBSANAR EN LA ACTUALIDAD EL HECHO DE NO HABER CUMPLIDO SUS OBLIGACIONES LEGALES EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA***".

Entonces, para el recurrente la cualidad de insubsanable deviene del efecto inmediato de las infracciones cometidas por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, referidas a no poder -la corredora- regresar la situación jurídica al estado necesario para el cumplimiento de las normas ahora infringidas, dando por plenamente existente el incumplimiento (de allí su carácter axiomático) cual realidad material, con base a lo cual determina la serie de fundamentos que constan en sus escritos, todos apuntalados hacia el fin de que se revoque la autorización de funcionamiento de la entidad corredora.

Así, le corresponden expresiones tales como las siguientes:

En el memorial de Recurso de Revocatoria de 7 de octubre de 2011:

- "*…las infracciones cometidas por HP Brokers SRL antes detalladas son insubsanables por cuanto no pueden ser enmendadas y/o corregidas en la actualidad…*"
- "*A lo largo del presente escrito y durante todo el procedimiento sancionatorio, mi persona ha demostrado sin lugar a equivocaciones ni subjetivismos, que las Infracciones contenidas en los Cargos 1 y 2 atribuidos contra HP Brokers SRL SON INSUBSANABLES por cuanto las mismas no pueden ser corregidas en la actualidad y mucho menos enmendadas o subsanadas…*"

En el memorial de Recurso Jerárquico de 6 de diciembre de 2011:

- "*…los incumplimientos "NO PUEDEN SER ENMENDABLES NI SUBSANABLES" y este aspecto ha quedado plenamente demostrado y corroborado en este caso a partir de que los*

cargos imputados a la Corredora y que fueran corroborados y verificados, NO SON SUSCEPTIBLES DE ENMIENDA. CORRECCIÓN O SUBSANACIÓN".

No obstante y *iuris tantum*, no es admisible pretender que hubiera quedado comprobada la naturaleza insubsanable de las faltas de **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, en la simple afirmación del recurrente de que las mismas no son corregibles en función temporal inmediata y sin mayor análisis; la controversia jurídica no puede consistir -como pretende el recurrente- en el cómo se podría subsanar una falta que él considera insubsanable, sino si esa falta es en verdad fácticamente insubsanable (no únicamente librada al criterio interpretativo del recurrente) porque a ello obliga el artículo 4, inciso d) de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo.

En este sentido e inclusive, es rescatable lo afirmado por el propio recurrente a tiempo del Recurso de Revocatoria, cuando ha definido lo insubsanable como "*todo aquello que **no puede repararse o enmendarse** y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad o alguno de sus miembros*"; acorde con ello, el Diccionario define *Subsanar* como a "*Disculpar, excusar una falta o desacierto*. ***Reparar un daño, o enmendar un error***", y luego define *Enmendar* como a "*Corregir, quitar defectos.* ***Resarcir, subsanar los daños***".

Entonces y contrariamente al axioma propuesto por el recurrente, la cualidad de insubsanable no deviene del no poderse regresar la situación jurídica al estado necesario para el cumplimiento de las normas infringidas (*Reponerse* se dice en Derecho, y a ello no se refiere la parte pertinente del artículo 52 de la Ley Nº 1883), sino que **consiste en no poderse resarcir o reparar el daño emergente del incumplimiento**.

En tal sentido y teniendo presente que en el estado actual del proceso, no consta controversia o impugnación referida a la existencia de la infracción, sino únicamente a la calificación del tipo y su consiguiente sanción, resulta evidente que **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** ha incumplido:

- Los incisos c) y e) del artículo 23 de la Ley Nº 1883 ("*Ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro*" y "*Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas*") conforme hace al Cargo Nº 1.

- El artículo 3, penúltimo párrafo, de la Resolución Administrativa SPVS-IS Nº 257 de 19 de junio de 2000 ("*asistir a su cliente en todos lo relacionado a las coberturas contratadas*" durante el periodo de enero de 2000 al 15 de abril de 2001), conforme hace al Cargo Nº 2.

Sobre los efectos de tales incumplimientos (de necesario conocimiento a los fines de determinar su carácter insubsanable o no enmendable) el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** ha dicho:

- **Memorial de denuncia de fecha 12 de febrero de 2003 contra HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**:

  "*Producto de este pésimo asesoramiento* ***Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A. de forma dolosa niega el pago*** *del monto correspondiente al seguro de desgravamen hipotecario y a la fecha el Banco Santa Cruz S.A., me ha iniciado un proceso judicial, persiguiendo lo que supuestamente le adeudo…*"

- **Memorial de Recurso de Revocatoria de fecha 7 de octubre de 2011**:

  "*La falta de asesoramiento acerca de las vigencias de la Póliza 600055 dio lugar a que durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000* ***NO EXISTIÓ POLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO*** *y no obstante de ello,* ***EL BANCO COBRÓ LAS PRIMAS DE SEGURO POR LOS PERIODOS, situación que tampoco fue comunicada por la Corredora como "asesor" del seguro.***

  Desde el 27 de octubre de 1999 la Póliza 600055 con vigencia desde el 1° de noviembre de 1999 al 1° de noviembre del 2000 fue recepcionada el ***21 de marzo de 2000*** *contemplándose que existieron* ***cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento no el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura****, y a pesar de ello, reitero,* ***SIN EXISTIR POLIZA,*** *Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro,* ***CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS DE MIS CUENTAS BANCARIAS; situación que tampoco fue comunicada por la Corredora como "asesor" del seguro*** (…)

  …HP Brokers SRL me ha ocasionado también un ***perjuicio*** *por cuanto, no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones legales,* ***no asistió, asesoró ni ilustró a los asegurados acerca del contenido y alcance de la Póliza No. 600055, acerca del pago de primas y la oportunidad de las mismas, el marco del condicionado general que establece los pagos de prima pro mes adelantado, etc.;*** *así como la existencia de varias versiones de la Póliza No. 600055 que cursan en el expediente y que fueron manipuladas por la Corredora y la Aseguradora (Ver informe SPVS/INF/No. 01/2008 de la SPVS); donde, por ejemplo,* ***en una de ellas se menciona que los asegurados son los prestatarios de cartera y en otra de las versiones de la Póliza se indica que el asegurado es el Banco Santa Cruz S.A.;*** *donde ésta última póliza ha sido utilizada por HP Brokers SRL* ***para siempre sustentar que mi persona nunca fue asegurado.*** *Situaciones que impidieron a los asegurados ejercer los derechos que la Ley prevé para los mismos, en perjuicio claro y notorio de ellos (esposos Lucca- Arteaga)…*"

- **Memorial de Recurso Jerárquico de fecha 6 de diciembre de 2011**:

  "*Desde el 27 de octubre de 1999 la Póliza 600055 con vigencia desde el 1° de noviembre de 1999 al 1° de noviembre del 2000 fue recepcionada el* ***21 de marzo de 2000*** *contemplándose que existieron* ***cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento ni el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura****, y a pesar de ello, reitero,* ***SIN EXISTIR PÓLIZA****, Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro,* ***CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS***

DE MIS CUENTAS BANCARIAS; situación que tampoco fue comunicada por la Corredora como "asesor" del seguro (…)

…HP Brokers SRL me ha ocasionado también un ***perjuicio*** *por cuanto, no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones legales,* ***no asistió, asesoró ni ilustró a los asegurados acerca del contenido y alcance de la Póliza No. 600055, acerca del pago de primas y la oportunidad de las mismas, el marco del condicionado general que establece los pagos de prima por mes adelantado, las condiciones de la vigencia del seguro, etc.****; situaciones que impidieron a los asegurados ejercer los derechos que la Ley prevé para los mismos, en perjuicio claro y notorio de ellos (esposos Lucca-Arteaga)* (…)

…La falta de asesoramiento acerca de las vigencias de la Póliza 600055 dio lugar a que durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000 ***NO EXISTIÓ PÓLIZA DE SEGURO DE DESGRAVÁMEN HIPOTECARIO*** *y no obstante de ello,* ***EL BANCO COBRÓ LAS PRIMAS DE SEGURO POR ESOS PERIODOS, situación que nunca fue comunicada por la Corredora como "asesor" del seguro****.*

Desde el 27 de octubre de 1999 la Póliza 600055 con vigencia desde el 1° de noviembre de 1999 al 1° de noviembre del 2000 fue recepcionada el ***21 de marzo de 2000*** *contemplándose que existieron* ***cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento ni el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura****, y a pesar de ello, reitero,* ***SIN EXISTIR POLIZA,*** *Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro,* ***CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS DE MIS CUENTAS BANCARIAS; situación que tampoco fue comunicada por la Corredora como "asesor" del seguro***(…)

…HP Brokers SRL me ha ocasionado también un ***perjuicio*** *por cuanto, no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones legales,* ***no asistió, asesoró ni ilustró a los asegurados acerca del contenido y alcance de la Póliza No. 600055, acerca del pago de primas y la oportunidad de las mismas, el marco del condicionado general que establece los pagos de prima por mes adelantado, etc.****; situaciones que impidieron a los asegurados ejercer los derechos que la Ley prevé para los mismos, en perjuicio claro y notorio de ellos (esposos Lucca-Arteaga)*".

Entonces y en líneas generales, son dos los perjuicios que el recurrente acusa de la actividad o inactividad de **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**:

- **En cuanto al (a los) crédito(s) contratado(s) con el Banco Santa Cruz S.A.:** el que la aseguradora Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A. niegue el pago del monto correspondiente al seguro de desgravamen hipotecario y el Banco Santa Cruz S.A. hubiera iniciado la acción judicial de recuperación.

- **En cuanto al asesoramiento prestado por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.:** el que la corredora no hubiera asesorado debidamente (correcta y oportunamente) al ahora recurrente, impidiéndole ello ejercer los derechos que la Ley prevé, de cuyo efecto el Banco Santa Cruz S.A. cobró las primas de seguro por el periodo noviembre y diciembre de 2000 no obstante no existir póliza; la Póliza 600055

fue recepcionada el 21 de marzo de 2000, contemplándose que existieron cinco (5) meses de cobro de primas por parte de Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A. de montos descontados de las cuentas bancarias del recurrente.

Entonces resulta que en la pretensión axiomática del recurrente, así como el carácter insubsanable de las infracciones existe a simple afirmación y sin necesidad de mayor comprobación, el perjuicio ocasionado por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** lo asume como algo evidente, lógico, notorio, forzoso y de ocurrencia necesaria.

No obstante y ante una evidente falta de concretización hacia el o los perjuicios ocasionados por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, el recurrente tiene a bien sacar a relucir la naturaleza de los negocios de la corredora, la aseguradora Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A. e inclusive del Banco Santa Cruz S.A., en función de los intereses que se hallan en controversia.

Tal realidad determina la existencia de varias relaciones jurídicas, empero todas integradas por la función del objeto de las mismas:

- Los señores **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga de Lucca** (asegurados en la lógica del seguro) contrataron del Banco Santa Cruz S.A. (tomador y beneficiario) tres créditos o mutuos de dinero.
- El Banco Santa Cruz S.A. contrató, por cuenta de su grupo prestatario -en el que se encontraban los señores **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga de Lucca**- un seguro de desgravamen colectivo, con Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. (la aseguradora) a los efectos del pago de los créditos en caso de la contingencia de defunción de tales prestatarios; no obstante **tal contrato de seguro experimentó las irregularidades que se han conocido en la sustanciación del proceso**.
- El Banco Santa Cruz S.A. -no pudo serlo la aseguradora por prohibición del artículo 22 de la Ley Nº 1883, ni tampoco lo hicieron los asegurados conforme se infiere de la denuncia de fecha 12 de febrero de 2003- contrató los servicios de **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** (la corredora) a los fines de la intermediación del seguro de desgravamen hipotecario entre sus prestatarios -entre los que se encontraban los señores **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga de Lucca**- y la aseguradora.

Por consiguiente, el carácter subsanable o insubsanable de la controversia suscitada entre **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, conforme se conoce y dilucida dentro del presente, está determinado en la posibilidad o imposibilidad de resarcir o reparar el daño emergente de las irregularidades suscitadas en la contratación y perfeccionamiento del contrato de seguro de desgravamen colectivo, suscrito por el tomador y beneficiario Banco Santa Cruz S.A. con la aseguradora Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

Ello desde luego, no importa inhibir el procesamiento por ocurrencia de infracciones **de orden administrativo** y que sean susceptibles de sanción, conforme consta en las actuaciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro del caso de autos, que hacen a otra

relación jurídica totalmente distinta (la del ente regulador con la generalidad de operadores **en materia de seguros**).

Ahora, si se ha hecho énfasis en cierto carácter axiomático de la propuesta del recurrente, es porque si bien en el expediente abundan las pruebas acerca de que "*durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000 NO EXISTIÓ POLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO y no obstante de ello, EL BANCO COBRÓ LAS PRIMAS DE SEGURO POR LOS PERIODOS*", o que "*existieron cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento ni el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura, y a pesar de ello… Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro, CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS DE MIS CUENTAS BANCARIAS*", o que "*HP Brokers SRL… no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones legales, no asistió, asesoró ni ilustró a los asegurados acerca del contenido y alcance de la Póliza No. 600055*", no existen evidencias del perjuicio causado por tales actuaciones u omisiones, y en concreto, por aquellas que correspondieron a **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, resultando ello atribuible (la falta de evidencia) al recurrente, toda vez que si el Derecho ha reconocido la existencia de hechos que no requieren de prueba, los que surgen como emergencia del planteamiento del recurrente (referidos al sugerido carácter insubsanable de las infracciones cometidas por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**) no constituyen hechos notorios o evidentes a los que corresponde tal doctrina.

Se debe entender que el régimen de sanciones establecido por el artículo 52 de la Ley N° 1883, está dirigido en general a la actividad aseguradora y no únicamente a algunos de los operadores (aseguradoras, reaseguradoras, corredoras y agentes de seguros), por lo que sin negar su pertinencia al caso en concreto, corresponde aplicarse en el contexto integral al que se ha hecho referencia supra, máxime cuando como en el caso, del extremo contencioso participan varios operadores con objeto distinto, y sobre el que está consciente el recurrente, cuando conforme se evidencia de la copia del memorial presentado por ante la Cámara Nacional de Comercio en fecha 11 de mayo de 2005, tiene interpuesto un proceso de naturaleza arbitral contra el Banco Santa Cruz S.A., Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, resultando de ello que en función de su correspondencia en derecho, las infracciones cometidas por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** conforme se han conocido en el proceso sancionador, resulten eventualmente subsanables.

En definitiva, no se ha demostrado el carácter insubsanable de las infracciones cometidas por **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**

2.3 Sobre si la conducta infractora de HP Brokers SRL produjo daño o perjuicio al asegurado y la violación de la Resolución Administrativa IS 257/2000 por inexistencia a afectación a una Póliza de Errores y Omisiones.

Conforme se ha señalado en el numeral 2.1 supra, al tenor de la Ley N° 1883 (de Seguros) todos los elementos o presupuestos que configuran la tipificación de una sanción deben concurrir para la misma, por lo que para la calificación de las infracciones como insubsanables, debe concurrir además el presupuesto de daño económico o perjuicio al asegurado.

Ahora, el recurrente alega violación al Principio de Tipicidad, por cuanto "*si la infracción es "grave" por ende se entendería que se han configurado TODOS los elementos de la misma donde entre ellos se encuentra la "existencia de daño económico o perjuicio al asegurado"; Empero, CONTRADICTORIAMENTE (y de forma antijurídica) la ASFI señala en la Resolución ASFI No. 767/2011 que los daños y perjuicios "deben averiguarse por otras instancias", situación que no guarda lógica alguna y que representa un incoherencia notoria.*"

No obstante, por lo conocido en el acápite 2.2 supra (en referencia al proceso arbitral interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** contra el Banco Santa Cruz S.A., Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**, e inclusive contra Bisa Seguros y Reaseguros S.A.), se debe considerar con el carácter de advertencia que implícitamente importa, la disposición del artículo 39 de la Ley Nº 1883, el que por pertinente se transcribe íntegramente a continuación:

"*ARTICULO 39.- ARBITRAJE.- Las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.*

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

En interés del proceso, corresponden las disquisiciones siguientes:

1. No obstante su forma, en tanto se requieran la mismas características propias de un contrato, el juicio arbitral no puede entenderse como una forma de jurisdicción, sino como un medio alternativo a la misma, para la solución de controversias de interés jurídico (artículo 1 de la Ley Nº 1770, de Arbitraje y Conciliación).

Tal precepto debiera considerar el carácter **facultativo** que debe hacer al juicio de arbitraje, extremo que no condice con el implementado para la materia de seguros, toda vez que para ésta, ese carácter no existe, y más bien lo caracteriza su **obligatoriedad**, inclusive para determinadas controversias de hecho sobre las que no se llegue a un acuerdo en base a un peritaje.

Entonces, superado el carácter facultativo y investido de la taxatividad y obligatoriedad emergente de no admitir la elección voluntaria de otra vía para su conocimiento y sustanciación, el juicio arbitral en materia de seguros adquiere la calidad de proceso jurisdiccional porque resulta en una facultad legal y única de quienes se constituyan en árbitros de la contienda: lo son porque la ley lo dice para ellos con exclusividad y no porque hubiera sopesado un convenio específico de las partes.

2. En tal sentido, el juicio arbitral en materia de seguros, comparte determinadas características con la jurisdicción ordinaria; una de ellas está referida a la subordinación que la materia administrativa debe observar frente a la jurisdiccional, por cuanto el control jurisdiccional de los actos de la administración hace al principio de la División de poderes

(aquí diríamos *División de órganos*) y a la teoría constitucional de los Pesos y Contrapesos, establecidos para evitar excesos en el ejercicio de la administración.

3. Consiguientemente y aún quedaran claras las funciones, atribuciones y competencias de la administración así como las de la jurisdicción, de suceder una controversia que resulte de interés objetivo común, tanto de la jurisdicción como de la administración, está última se habrá de subordinar a la primera y a limitar sus actuaciones y actividad a las disposiciones jurisdiccionales, en este caso del Tribunal Arbitral; lo contrario importaría un riesgo constitucional, toda vez que por disposición del artículo 117, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, "*Nadie será procesado… más de una vez por el mismo hecho*".

Desde luego, constituiría un sin razón que, habiéndose abierto la competencia del Tribunal Arbitral para conocer determinados extremos que hacen a la controversia, pretenda ahora la administración pronunciarse y resolver sobre los mismos extremos.

Tal análisis es pertinente, por cuanto consta de obrados, concretamente de las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 y ASFI Nº 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sin ingresar a dilucidar -por cuanto la competencia privativa para ello es del Tribunal Arbitral- las controversias de hecho sobre las características técnicas del seguro, o las de derecho suscitadas entre las partes (directa interesada y tercera legítima interesada) sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, ha ejercido su facultad sancionadora administrativa, como emergencia de la denuncia interpuesta por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** contra la corredora **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.**; sin embargo, existen determinados temas (*la existencia de daño económico o perjuicio al asegurado*, por ejemplo, como elemento concurrente para determinar la existencia de una infracción o de su consiguiente sanción) que, haciendo al legítimo interés administrativo son al mismo tiempo, objeto del litigio por ante proceso arbitral, por hacer a la controversia de derecho suscitadas entre las mismas partes.

Por tanto, no le corresponde a la sede administrativa pasar a conocer y resolver esos extremos, sobre los cuales en caso de asumir una decisión, aún fuera plenamente coincidente con la que vaya a expresar el Tribunal Arbitral, quedaría relegada a lo que esta última señalara, por el simple ejercicio de lo que la disposición legal establece.

Lo mismo acontece con referencia a la acusada violación de la Resolución Administrativa IS 257/2000, y referida en concreto a que "*El corredor de seguros responde con su Póliza de Errores y Omisiones por el incumplimiento a las responsabilidades descritas anteriormente*", por cuanto, así se pronunciara la sede administrativa acerca de la justicia, procedencia, admisibilidad y viabilidad de tal situación, tal pronunciamiento no tendría efectividad y no podría asumir la calidad ejecutoria, cuando consta del tantas veces referido memorial presentado por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** por ante la Cámara Nacional de Comercio en fecha 11 de mayo de 2005, que también ha involucrado en el proceso arbitral a Bisa Seguros y Reaseguros S.A., como la aseguradora que ha expedido la Póliza de Errores y Omisiones que hace a las actividades de **HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.** a efectos, precisamente, de su afectación en cumplimiento de la Resolución Administrativa IS 257/2000.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43, inciso a), del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución recurrida, con alcance total cuando la ratifique en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 767/2011 de 7 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente las Resoluciones Administrativas ASFI N° 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 y ASFI N° 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 023/2012 DE 02 DE MAYO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 023/2012

La Paz, 02 de mayo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 de 25 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 284-2011 de 7 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 006/2012 de 1 de marzo de 2012 e Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 034/2012 de 15 de marzo de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de diciembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 de 25 de noviembre de 2011 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 284-2011 de 7 de septiembre de 2011.

Que, mediante nota APS/DJ/5790/2011 con fecha de recepción 21 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 445-2011 de 25 de noviembre de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 23 de diciembre de 2011 y notificado a la recurrente el día 28 de diciembre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DPNC/2021/2011 DE 21 DE JULIO DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPNC/2021/2011 de fecha 21 de julio de 2011, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** con el siguiente cargo:

"…***II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.***

Cargo N° 1. Pagos BONOSOL con descuento por cobrar en exceso el beneficio del BOLIVIDA.

El párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 365 de 26 de mayo de 2003, establece:

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

La Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, en su parte pertinente determina lo siguiente:

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

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

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

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

6.3. …"

Se verificó que Futuro de Bolivia S.A. AFP, habilitó el registro de cuatro (4) Beneficiarios: ***Luisa Colque de Tintaya*** *con* ***NUB 220943260, Seferino Huanca Silvestre*** *con* ***NUB 000092404, Gregoria Villca Gutiérrez de Fabrica*** *con* ***NUB 400226634 y Felipe Zapana Nacho*** *con* ***NUB 200041729,*** *sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del BOLIVIDA no cumplían los 65 años de edad, de acuerdo al siguiente detalle:*

Nº	COBROS BONOSOL						COBROS BOLIVIDA			
	NUB	NUM. DOC	AP_PAT	AP_MAT	AP_ESP	NOMBRES	NOM_DOC	FECHA NACIMIENTO	FECHA DE PAGO	AÑOS CUMPLIDOS
1	220943260	2102262	COLQUE		TINTAYA	LUISA	2102262	01/05/1937	24/07/2001	64,22997974
2	000092404	107886	HUANCA	SILVESTRE		SEFERINO	107886	22/08/1939	07/02/2001	61,46475017
3	400226634	4026498	VILLCA	GUTIERREZ	FABRICA	GREGORIA	4026498	19/07/1938	09/07/2001	62,97330595
4	200041729	61744	ZAPANA	NACHO		FELIPE	61744	23/08/1936	23/07/2001	64,91444216

…"

2. NOTA DE DESCARGOS FUT APS BEN 01451-2011 DE 24 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante nota FUT APS BEN 01451-2011 de fecha 24 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta los siguientes descargos:

"…***Descargos***

Cargo Nº 1

Se nos imputa con indicios de de incumplimiento al párrafo segundo del artículo único de a Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de fecha 26 de mayo de 2003 y al punto 6 de a Circular SPVS-IP 065/2003 de fecha 30 de julio de 2003, al advertir que la Administradora de Fondo de Pensiones Futuro de Bolivia AFP S.A., habilito (sic) *el registro de cuatro (4) beneficiarios:* ***Luisa Colque de Tintaya*** *con* ***NUB 220943260, Seferino Huanca Silvestre*** *con* ***NUB 000092404, Gregoria Villca Gutiérrez de Fabrica*** *con* ***NUB 400226634*** *y* ***Felipe Zapana Nacho*** *con* ***NUB 200041729,*** *sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del BOLIVIDA no cumplían los 65 años de edad.*

El artículo 2º del Decreto Supremo Nº 25994 de fecha 24 de mayo de 2000 establece que "Beneficiario (sic) *Bolivida son los ciudadanos bolivianos pertenecientes a la CUSOL, que tienen derecho al cobro del BOLIVIDA, una vez cumplidos sesenta y cinco (65) años de edad".*

Como su Autoridad podrá concluir del cuadro adjunto, los pagos fueron habilitados para cobro considerando la Base de Datos de Beneficiarios del BOLIVIDA y los datos consignados en los documentos de identidad presentados al momento de cobro.

Nº	BASE DE DATOS BOLIVIDA							DATOS DEL PAGO BOLIVIDA			ESTADO BASE DE DATOS BONOSOL
	NUB	Nº DOC ID	AP_1	AP_2	AP_C	NOMBRES	FECHA NAC	Nº DOC ID	FECHA PAGO	AÑOS CUM-PLIDOS	
1	220943260	2102262	COLQUE	QUELALI	TINTAYA	LUISA	01/05/1932	2102262	24/07/2001	69	ARX
2	92404	107886	HUANCA	SILVESTRE		CEFERINO	22/08/1934	107886	07/02/2001	66	ARX

3	400226634	4026498	VILLCA	GUTIERREZ		GREGORIA	08/09/1931	4026498	09/07/2001	69	ARX
4	200041729	2023-080934Q	ZAPANA	NACHO		FELIPE	08/09/1934	2023-080934Q	23/07/2001	66	ARX

Como prueba de ello, adjuntamos copias de los comprobantes de pago BOLIVIDA, donde se puede evidenciar que se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 25994.

Cabe aclarar que, el punto II. de la Circular SPVS-IP 068/2003 establece que "La intendencia de Pensiones, con el listado enviado por la AFP asignada y los documentos adjuntos señalados, efectuará el cambio de estado del registro a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso) el que será reportado a las AFP, cada día jueves o día hábil siguiente, de acuerdo a procedimiento de actualización de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol".

Al respecto debemos manifestar que los cuatro (4) beneficiarios actualizaron sus datos de forma posterior al pago de BOLIVIDA, lo que originó que cuenten con el estado ***"ARX" (Activo Reposición Cobro en Exceso)*** *en la Base de Datos de Beneficiarios de Bonosol, entendiendo de esta manera que nuestra Administradora dio cumplimiento al procedimiento establecido en la Circular SPVS-IP 068/2003 de fecha 30 de julio de 2003…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 284-2011 DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 284-2011 de 7 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

*"…**CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis del presente caso:

Cargo N° 1.-

El párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, establece:

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

El numeral 6 de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, establece lo siguiente:

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

6.1. Si el beneficiario se encuentra en estado IBX, y se apersona a la AFP asignada, el funcionario de ésta AFP deberá solicitar al beneficiario, su

documento de identidad y verificar que efectivamente corresponde al registro con estado IBX en la Base de Datos de beneficiarios del Bonosol.

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

6.3…"

Conforme la normativa referida anteriormente, se verificó que Futuro de Bolivia S.A. AFP, habilitó el registro de cuatro (4) Beneficiarios sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del BOLIVIDA no cumplían los sesenta y cinco (65) años de edad. El detalle es el siguiente:

Nº	COBROS BONOSOL						COBROS BOLIVIDA			
	NUB	NUM. DOC	AP_PAT	AP_MAT	AP_ESP	NOMBRES	NUM_DOC	FECHA NACIMIENTO	FECHA DE PAGO	AÑOS CUMPLIDOS
1	220943260	2102262	COLQUE		TINTAYA	LUISA	2102262	01/05/1937	24/07/2001	64,22997974
2	000092404	107886	HUANCA	SILVESTRE		SEFERINO	107886	22/08/1939	07/02/2001	61,46475017
3	400226634	4026498	VILLCA	GUTIERREZ	FABRICA	GREGORIA	4026498	19/07/1938	09/07/2001	62,97330595
4	200041729	61744	ZAPANA	NACHO		FELIPE	61744	23/08/1936	23/07/2001	64,91444216

Mediante nota FUT.APS.BEN 01451-2011 de 24 de agosto de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa los siguientes argumentos:

"Se nos imputa con indicios de incumplimiento al párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de fecha 26 de mayo de 2003 y al punto 6 de la Circular SPVS-IP 065/2003 de fecha 30 de julio de 2003, al advertir que la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia AFP S.A., habilito (sic) el registro de cuatro (4) beneficiarios: ***Luisa Colque de Tintaya*** *con* ***NUB 220943260, Seferino Huanca Silvestre*** *con* ***NUB 000092404, Gregaria Villca Gutiérrez de Fabrica*** *con* ***NUB 400226634*** *y* ***Felipe Zapana Nacho*** *con* ***NUB 200041729,*** *sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del BOLIVIDA no cumplían los 65 años de edad.*

El artículo 2° del Decreto Supremo N° 25994 de fecha 24 de mayo de 2000 establece que "Beneficiario Bolivida son los ciudadanos bolivianos pertenecientes a la CUSOL que tienen derecho al cobro del BOLIVIDA, una vez cumplidos sesenta y cinco (65) años de edad".

Como su Autoridad podrá concluir del cuadro adjunto, los pagos fueron habilitados para cobro considerando la Base de Datos de Beneficiarios del BOLIVIDA y los datos consignados en los documentos de identidad presentados al momento del cobro.

N	BASE DE DATOS BOLIVIDA							DATOS DEL PAGO BOLIVIDA			ESTADO BASE DE DATOS BONOSOL
	NUB	Nº DOC ID	AP_1	AP_2	AP_C	NOMBRES	FECHA NAC	Nº DOC ID	FECHA PAGO	AÑOS CUMPLIDOS	

1	220943260	2102262	COLQUE	QUELALI	TINTAYA	LUISA	01/05/1932	2102262	24/07/2001	69	ARX
2	92404	107886	HUANCA	SILVESTRE		CEFERINO	22/08/1934	107886	07/02/2001	69	ARX
3	400226634	4026498	VILLCA	GUTIERREZ		GREGORIA	08/09/1931	4026498	09/07/2001	69	ARX
4	200041729	2023-080934Q	ZAPANA	NACHO		FELIPE	08/09/1934	2023-080934Q	23/07/2001	69	ARX

Como prueba de ello, adjuntamos copias de los comprobantes de pago BOLIVIDA, donde se puede evidenciar que se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 25994.

Cabe aclarar que, el punto II. De la Circular SPVS-IP 068/2003 establece que "La Intendencia de Pensiones, con el listado enviado por la AFP asignada y los documentos adjuntos señalados, efectuara (sic) el cambio de estado del registro a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso) el que será reportado a las AFP, cada día jueves o día hábil siguiente, de acuerdo a procedimiento de actualización de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol".

Al respecto debemos manifestar que los cuatro (4) beneficiarios actualizaron sus datos de forma posterior al pago de BOLIVIDA, lo que originó que cuenten con el estado ***"ARX" (Activo Reposición Cobro en Exceso)*** *en la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol, entendiendo de esta manera que nuestra Administradora dio cumplimiento al procedimiento establecido en la Circular SPVS-IP 068/2003 de fecha 30 de Julio de 2003".*
(...)

Como se puede evidenciar de lo expresado anteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP, afirma que dio cumplimiento al artículo 2 del Decreto Supremo N° 25994 de 24 de noviembre de 2000 y como prueba de ello adjunta los comprobantes de pago BOLIVIDA. Sin embargo, de la revisión al Decreto Supremo citado anteriormente, se tiene que el artículo 2 está referido a "Definiciones" establecidas para efectos de aplicación de dicho reglamento y no así para el caso de autos.

Considerando la Nota de Cargos APS/DJ/DPNC/2021/2011 de 21 de julio de 2011, a través de la cual se imputa el Cargo N° 1 referido a "Pagos BONOSOL con descuento por cobrar en exceso el beneficio del BOLIVIDA", se puede evidenciar que dicho Cargo se encuentra referido al incumplimiento del párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y al numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003. Sin embargo los descargos de la Administradora no justifican en parte alguna el incumplimiento de las normas imputadas, pretendiendo soslayar la atención de esta Autoridad con normativa que no atinge al Cargo.

Con relación a la aclaración de Futuro de Bolivia S.A. AFP, referida al numeral 7 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, el cual establece que: "La intendencia de Pensiones, con el listado enviado por la AFP signada y los documentos adjuntos señalados, efectuará el cambio de estado del registro ARX...", la Administradora afirma que los cuatro (4) beneficiarios actualizaron sus datos de forma posterior al pago de BOLIVIDA, lo que originó que cuenten con el estado "ARX" (Activo Reposición Cobro en Exceso) en la Base de Datos de Beneficiarios de BONOSOL, por lo cual considera haber dado cumplimiento al procedimiento establecido en la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003.

Sin embargo, el inciso 6.3 del numeral 6 de la misma Circular, instruye a la Administradora, realizar previamente el procedimiento siguiente:

"En el séptimo día hábil, la AFP asignada mostrará al beneficiario los documentos de respaldo del cobro realizado en exceso y si corresponde continuar con el trámite, deberán llenar y firmar conjuntamente con el funcionario asignado por la AFP, el formulario: de "Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito..."

Por tanto, de acuerdo a la norma referida anteriormente, es claro que era obligación de Futuro de Bolivia S.A. AFP efectuar previamente el análisis respectivo, para determinar si correspondía llenar el formulario de "Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito" y posteriormente proceder con el envío del caso a la ex SPVS para la actualización con el estado "ARX", tal como establece el numeral 7 de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003.

La ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, ha suspendido mediante Resolución Administrativa e! derecho al cobro del beneficio a los señores: ***Luisa Colque Quelali de Tintaya, Seferino Huanca Silvestre, Gregoria Villca Gutiérrez de Fabrica y Felipe Zapana Nacho*** *habiéndose bloqueado asimismo los cuatro registros con estado IFS (Inactivo Fraude o Suspensión), al establecerse que han realizado cobros del BOLIVIDA sin contar con la edad requerida por norma, conforme se detalla en el cuadro siguiente:*

Nº	NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC	R.A. DE SUSPENSION	FECHA DE LA R.A.	MONTO PAGADO POSTERIOR A LA HABILITACIÓN
1	220943260	2102262	COLQUE	QUELALI	TINTAYA	LUISA	01/05/1937	AP/DJ Nº 148-2009	30/10/2009	170
2	000092404	107886	HUANCA	SILVESTRE		SEFERINO	22/08/1939	AP/DJ Nº 194-2009	31/08/2010	3,600
3	400226634	4026498	VILLCA	GUTIERREZ	FABRICA	GREGORIA	19/07/1938	AP/DJ Nº 086-2009	21/04/2010	3,600
4	200041729	2023-080934Q	ZAPANA	NACHO		FELIPE	23/08/1936	AP/DJ Nº 69-2009	14/09/2009	985
TOTAL										**8,355**

Conforme el detalle anterior, se puede observar que la habilitación de los registros en contravención a la normativa, derivó en daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva, cuyo monto asciende a Bs. 8.355,00 (OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS), debiendo cubrir la Administradora, todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente habiendo causado daño a los Fondos.

El artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos. Bajo esa línea de comprensión, se ha constatado el daño generado por Futuro de Bolivia S.A. AFP al haber solicitado la habilitación del pago de los registros correspondientes a los NUB 220943260, 92404, 400226634 y 200041729, sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del BOLIV1DA no tenían sesenta y cinco (65) años de edad o más, ocasionando un daño al Fondo de Capitalización Colectiva al ser estos pagos indebidos, como consecuencia corresponde la reposición.

En virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no presentó los descargos suficientes que desvirtúen el Cargo imputado en su contra, se ratifica el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-ÍP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y al numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-ÍP 068/2003 de 30 de julio de 2003, por lo que corresponde establecer sanción.

Conforme el "Principio de Proporcionalidad" establecido en el artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Por lo tanto el Ente Regulador, habiendo comprobado la infracción en el presente Cargo, los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la norma referida anteriormente, considera pertinente imponer una sanción.

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

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

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

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

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

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente: ***a)*** *Es indiscutible que el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo único de la Resolución*

Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y al numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, se constituye en infracción al constatarse que, la normativa citada anteriormente se encontraba vigente al momento del hecho antijurídico y que la misma imponía una obligación la cual fue omitida por el regulado, ***b)*** *La infracción se encuentra plenamente probada, pues la Administradora procedió a habilitar el registro de los NUB 220943260, 000092404, 400226634 y 200041729, sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del BOLIVIDA no tenían la edad requerida por norma, y que por tal hecho al presente se encuentran suspendidos de percibir el beneficio,* ***c)*** *Al proceder al pago del BONOSOL a cuatro (4) Beneficiarios, sin cumplir con el requisito de los sesenta y cinco (65) años de edad o más, la Administradora dispuso incorrectamente de recursos del Fondo, lo que ocasionó que* (sic) *daño económico objetivo, el cual asciende a Bs 8.355,00 (OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS), debiendo ser este monto repuesto…*"

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 284-2011 resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.- I.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo N° 1,*** *con multa en Bolivianos equivalente a $us5001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por incumplimiento a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y al numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003.*

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

TERCERO.- I. *La reposición al Fondo de Renta Universal de Vejez de Bs8.355,00 (OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS), con relación a la disposición primera de la presente Resolución Administrativa, más el rendimiento que la AFP debe reconocer al Fondo por los intereses no devengados, conforme a norma.*
II.- *Copia original del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a computarse a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 27 de octubre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 284-2011 de 7 de septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

"…***II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.-***

Mediante nota de cargos y la ahora recurrida resolución administrativa, se nos imputa

como norma infringida el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003 transcribiendo como norma infringida, la siguiente:

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

Olvidándose el regulador que dicho contenido fue modificado mediante el artículo 45 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº. 833 de 16 de octubre de 2007, quedando redactado hasta su abrogación de la siguiente manera:

> *"En caso de cobro en exceso que la AFP evidencie mediante los respaldos de pago del Bolivida, deberá verificar que dicho cobro:*
>
> - ***No se debió a la presentación de un documento de identidad con año de nacimiento diferente al documento presentado para el pago del Bonosol o,***
> - *Que a pesar de existir diferencia en la fecha de nacimiento entre el documento de identidad presentado por el cobro del Bolivida y el documento presentado para el cobro del Bonosol, el beneficiario ya contaba con 65 años o más al momento del cobro del Bolivida.*
>
> ***En dichos casos el Beneficiario podrá solicitar se levante la observación existente en la BDBB, previo al llenado del formulario de "Reconocimiento de Cobro en Exceso"*** *y la correspondiente reposición al monto cobrado en exceso (las negrillas son nuestras).*

De lo precedentemente expresado se tiene que su Autoridad a tiempo de formular cargos y levantar sanción contra nuestra AFP ha vulnerado los principios de congruencia y tipicidad, viciando el procedimiento administrativo de nulidad.
Asimismo se nos ha imputado y sancionado por supuestamente haber habilitado registros del Bonosol, sin considerar para ello que nuestra AFP no esta (sic) *embestida de esa facultad que es atribución exclusiva del regulador conforme a lo expresado por el artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 1018/2002 de fecha 27 de diciembre de 2002, que establece que la SPVS es la única entidad que puede habilitar o dar de alta registros en la BDBB; limitándose nuestra AFP, a la administración de dicha base y a efectuar el pago del Bonosol conforme a lo establecido por norma considerando para ello los estados de cada registro de los beneficiarios del Bonosol.*

III. DE LA RESPONSABILIDAD SOBRE LA BDBB.-

De acuerdo a lo establecido por el artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS- P Nº 1018/2002 de fecha 27 de diciembre de 2002: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) es la única Entidad que podrá modificar y dar de

alta registros en la Base de Datos del BONOSOL, para lo cual utilizará un sistema de actualización de la BDBB a través de la (s) entidad (es) de servicios contratada (s) para este efecto, la misma que se denominará "Entidad de Captura de Datos (ECD)".

Bajo el presupuesto normativo señalado se debe considerar que:

a) Para el caso de la beneficiaría LUISA COLQUE QUELALI DE TINTAYA el regulador le asigno (sic) *el registro N° 220943260 de fecha 19 de abril de 2001, siendo su C.I. el 2102262 y la fecha de nacimiento registrada el 1° de mayo de 1932, fecha que coincidía plenamente con los documentos que respaldan el pago del BOLIVIDA.*

A efectos del pago del BONOSOL la ex SPVS a través de la BDBB, reporto (sic) *a nuestra AFP el registro de la Beneficiaría LUISA COLQUE DE TINTAYA con el NUB 220943260 con fecha de registro correspondiente al 02 de mayo de 2003, siendo su C.I. 2102262 y la fecha de nacimiento el 1° de mayo de 1932, información con la que la beneficiaría efectuó el cobro correspondiente a su BONOSOL.*

De manera posterior a los hechos citados, la beneficiaría procedió a efectuar la actualización de sus datos, registrándose como nueva fecha de nacimiento el 1° de mayo de 1937, modificación que fue procesada por la ex SPVS, por lo que al ser una de las llaves de comparación el número de C.I. y el número de NUB, el registro fue modificado por el regulador, a un estado IBX conforme a lo establecido por el numeral I del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y mediante archivo ACTUALIZA\20070524.fcc recibido por nuestra AFP en fecha 25 de mayo de 2007.

Ahora bien de acuerdo a lo expresado por el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, modificado por el artículo 42 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 833 de 16 de octubre de 2007, que a la letra señala:

"En caso de cobro en exceso que la AFP evidencie mediante los respaldos de pago del Bolivida, deberá verificar que dicho cobro:

- ***No se debió a la presentación de un documento de identidad con año de nacimiento diferente al documento presentado para el pago del Bonosol o,***

- *Que a pesar de existir diferencia en la fecha de nacimiento entre el documento de identidad presentado para el cobro del Bolivida y el documento presentado para el cobro del Bonosol, el beneficiario ya contaba con 65 años o más al momento del cobro del Bolivida.*

En dichos casos el Beneficiario podrá solicitar se levante la observación existente en la BDBB, previo al llenado del formulario de "Reconocimiento de Cobro en Exceso" y la correspondiente reposición al monto cobrado en exceso (las negrillas son nuestras).

Y al evidenciar nuestra AFP que la beneficiaría cobro el BOLIVIDA y el BONOSOL con documentos de identidad que reflejaban la misma fecha, es

decir el 1° de mayo de 1932, se procedió a dar curso al procedimiento establecido por el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 procediéndose al llenado del formulario de reclamo y luego al de reposición de montos cobrados en exceso como se desprende de la documentación adjunta.

El citado reclamo fue atendido por la ex SPVS conforme a lo expresado por la Circular SPVS-IP-116/2003 de 05 de diciembre de 2003, por lo que luego de revisada la documentación remitida por nuestra AFP, procedió a dar de alta al registro cambiando el estado o dando de alta el registro de IBX aun estado ARX, lo que le permitió a la beneficiaría reponer el monto de Bolivida cobrado en exceso y acceder a su pago de Bonosol.

Es importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS con las boletas de pago e informes remitidos por la AFP, debió proceder al bloqueo del registro con el estado IFS o IAS emitiendo en el momento oportuno la Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago; sin embargo se puede evidenciar que la Resolución Administrativa AP/DJ/148-2009 de fecha 30 de octubre de 2009 fue emitida de forma posterior.

b) *Para el caso del beneficiario CEFERINO HUANCA SILVESTRE el regulador le asigno*(sic) *el registro N° 92404 de fecha 14 de septiembre de 1999, siendo su C.I. el 107886 y la fecha de nacimiento registrada el 22 de agosto de 1934, fecha que coincidía plenamente con los documentos que respaldan el pago del BOLIVIDA.*

A efectos de obtener el pago del BONOSOL, el beneficiario procedió a efectuar la actualización de sus datos, registrándose como SEFERINO HUANCA SILVESTRE con C.I. 107886, y con nueva fecha de nacimiento del 22 de agosto de 1939, modificación que fue procesada por la ex SPVS, por lo que al ser una de las llaves de comparación el número de C.I. y el número de NUB, el registro fue modificado por el regulador, a un estado IBX conforme a lo establecido por el numeral 1 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y mediante archivo SPVS\ACTUALIZACIONES\20080131.fcc recibido por nuestra AFP en fecha 08 de febrero de 2008.

Al tratarse de un registro del Bonosol con bloqueo IBX, nuestra AFP dio curso al procedimiento establecido por el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 procediéndose al llenado del formulario de reclamo y luego al de reposición de montos cobrados en exceso como se desprende de la documentación adjunta.

El citado reclamo fue atendido por la ex SPVS conforme a lo expresado por la Circular SPVS-IP-116/2003 de 05 de diciembre de 2003, por lo que luego de revisada la documentación remitida por nuestra AFP, procedió a dar de alta al registro cambiando el estado de IBX aun (sic) *estado ARX, que le permitió a la beneficiaría reponer el monto de Bolivida cobrado en exceso y acceder a su pago de Bonosol.*

Es importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS con las boletas de pago e informes remitidos por la AFP, debió proceder al bloqueo del registro con el estado IFS o IAS emitiendo en el momento oportuno la Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago; sin embargo se puede evidenciar que la Resolución Administrativa AP/DJ/194-2010 de fecha 31 de agosto de 2010 fue emitida de forma posterior.

c) Para el caso de la beneficiaria GREGORIA VILLCA GUTIÉRREZ el regulador le asigno (sic) *el registro N° 400226634 de fecha 26 de abril de 2001, siendo su C.I. el 4026498 y la fecha de nacimiento registrada el 08 de septiembre de 1931, fecha que coincidía plenamente con los documentos que respaldan el pago del BOLIVIDA.*

A efectos del pago del BONOSOL la ex SPVS a través de la BDBB, reporto (sic) *a nuestra AFP el registro de la Beneficiaría GREGORIA VILLCA GUTIÉRREZ con el NUB 400226634 con fecha de actualización correspondiente al 20 de diciembre de 2002, siendo su C.I. 2102262 y la fecha de nacimiento el 08 de septiembre de 1931, información con la que la beneficiaría efectuó el cobro correspondiente a su BONOSOL.*

De manera posterior a los hechos citados, la beneficiaría procedió a efectuar la actualización de sus datos, registrándose como nueva fecha de nacimiento el 19 de julio de 1938, modificación que fue procesada por la ex SPVS, por lo que al ser una de las llaves de comparación el número de C.I. y el número de NUB, el registro fue modificado por el regulador a un estado IBX conforme a lo establecido por el numeral 1 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y mediante archivo SPVS\ACTUALIZACIONES\20080214.fcc recibido por nuestra AFP en fecha 15 de febrero de 2008.

Ahora bien de acuerdo a lo expresado por el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, modificado por el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 833 de 16 de octubre de 2007, y al evidenciar nuestra AFP que la beneficiaría cobro el BOLIVIDA y el BONOSOL con documentos de identidad que reflejaban la misma fecha, es decir el 1° de mayo de 1932, dio curso al procedimiento establecido por el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 procediéndose al llenado del formulario de reclamo y luego al de reposición de montos cobrados en exceso como se desprende de la documentación adjunta.

El citado reclamo fue atendido por la ex SPVS conforme a lo expresado por la Circular SPVS-IP-116/2003 de 05 de diciembre de 2003, por lo que luego de revisada la documentación remitida por nuestra AFP, procedió a dar de alta al registro cambiando el estado o dando de alta el registro de IBX aun (sic) *estado ARX, lo que le permitió a la beneficiaría reponer el monto de Bolivida cobrado en exceso y acceder a su pago de Bonosol.*

Es importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS con las boletas de pago e informes remitidos por la AFP, debió proceder al bloqueo

del registro con el estado IFS o IAS emitiendo en el momento oportuno la Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago; sin embargo se puede evidenciar que la Resolución Administrativa AP/DJ/086-2010 de fecha 21 de abril de 2010 fue emitida de forma posterior.

d) Para el caso del beneficiario FELIPE ZAPANA NACHO el regulador le asigno (sic) *el registro Nº 200041729 de fecha 13 de mayo de 2001, siendo su documento de identidad RUN 2023080934Q y la fecha de nacimiento registrada el 08 de septiembre de 1934, fecha que coincidía plenamente con los documentos que respaldan el pago del BOLIVIDA.*

A efectos del pago del BONOSOL la ex SPVS a través de la BDBB, reporto (sic) *a nuestra AFP el registro del Beneficiario FELIPE ZAPANA NACHO con el NUB 200041729 con fecha de actualización correspondiente al 26 de febrero de de 2003, su documento de identidad RUN 2023080934Q y la fecha de nacimiento el 08 de septiembre de 1934, información con la que el beneficiario efectuó el cobro correspondiente a su BONOSOL.*

De manera posterior a los hechos citados, el beneficiario procedió a efectuar la actualización de sus datos, registrándose como nuevo C.I. el 61744 y como fecha de nacimiento el 23 de agosto de 1936, modificación que fue procesada por la ex SPVS, por lo que al ser una de las llaves de comparación el número de documento de identidad y el número de NUB, el registro fue modificado por el regulador a un estado IBX conforme a lo establecido por el numeral 1 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y mediante archivo SPVS\ACTUALIZACIONES\20070920.fcc recibido por nuestra AFP en fecha 20 de septiembre de 2007.

Ahora bien de acuerdo a lo expresado por el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003, modificado por el artículo 42 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 833 de 16 de octubre de 2007, y al evidenciar nuestra AFP que el beneficiaria (sic) *cobro el BOLIVIDA y el BONOSOL con documentos de identidad que reflejaban la misma fecha, es decir el 08 de septiembre de 1934, dio curso al procedimiento establecido por el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 procediéndose al llenado del formulario de reclamo y luego al de reposición de montos cobrados en exceso como se desprende de la documentación adjunta.*

El citado reclamo fue atendido por la ex SPVS conforme a lo expresado por la Circular SPVS-IP-116/2003 de 05 de diciembre de 2003, por lo que luego de revisada la documentación remitida por nuestra AFP, procedió a dar de alta al registro cambiando el estado o dando de alta el registro de IBX aun estado ARX, lo que le permitió al beneficiario reponer el monto de Bolivida cobrado en exceso y acceder a su pago de Bonosol.

Es importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS con las boletas de pago e informes remitidos por la AFP, debió proceder al bloqueo del registro con el estado IFS o IAS emitiendo en el momento oportuno la

Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago; sin embargo se puede evidenciar que la Resolución Administrativa AP/DJ/69-2009 de fecha 14 de septiembre de 2009 fue emitida de forma posterior.

V. PETITORIO.-

Por todo lo ya expresado y, toda vez que han sido vulnerados nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su Autoridad Revocar en su totalidad la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 284-2011 de fecha 07 de septiembre de 2011, ajustándola a derecho dentro del marco de la legalidad, desestimando la sanción y disponiendo la devolución de la multa pagada y la reposición de fondos efectuada por nuestra Administradora a favor del fondo del FCC…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 de 25 de noviembre de 2011, resolvió:

***"…ÚNICO.-** Confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 284 - 2011 de 07 de septiembre de 2011, emitida por ex la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP* (sic)*, quedando redactada de la siguiente manera:*

***"PRIMERO.-I-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo Nº 1,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, con respecto a tos cuatro casos imputados.*
***II.-** Levantar los cuatro casos imputados con relación al párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003.*

***SEGUNDO.- I.-** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT Nº 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.**- Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

***TERCERO.- I.** La reposición al Fondo de Renta Universal de Vejez de Bs8.355,00 (OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS), con relación a la disposición primera de la presente Resolución Administrativa, más el rendimiento que la AFP debe reconocer al Fondo por los intereses no devengados, conforme a norma.*

> ***II.****- Copia original del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a computarse a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa…"*

Los fundamentos presentados en la parte considerativa son los siguientes:

> "…***CONSIDERANDO:*** (…)
>
> *…la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2006 de 25 de mayo de 2006, establece lo siguiente:*
>
> > *"**En general, el principio de tipicidad impone la exigencia material de predeterminación normativa de las conductas de las sanciones correspondientes, exigencia que afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras,** de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta. De acuerdo a ese contexto, en materia administrativa, el principio de tipicidad es plenamente válido, sin embargo, ciertas Leyes de nuestro ordenamiento jurídico mantienen ciertas conductas deontológicas, consideradas incumplimientos, a las que se tiene que conectar efectos sancionatorios. Estas conductas no se pueden considerar conceptos jurídicos indeterminados, puesto que se activan en casos concretos y, para ser efectivos, deben ser objeto de un análisis pormenorizado y cabal de los hechos acontecidos con relación a las normas regulatorias conculcadas..." (Las negrillas son nuestras).*
>
> *Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007, señala lo siguiente:*
>
> > *"...En el derecho administrativo sancionador, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, **sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición.**..." (Las negrillas son nuestras).*
>
> *Analizados los preceptos transcritos y aplicando al caso presente, **la exigencia material de predeterminación normativa de las conductas de las sanciones correspondientes,** se encuentra claramente establecida mediante el segundo párrafo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 365 de 26 de mayo de 2003 y en el numeral 6 de la Circular SPVS - IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, considerándose ésta última la disposición a la cual el Regulador se remitió a efectos de establecer el incumplimiento de la Administradora, considerando que esta norma establece el procedimiento referente a la verificación de la correspondencia entre los documentos presentados por los Beneficiarios y su registro en la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL.*
>
> *En virtud a los aspectos referidos anteriormente, se imputó el Cargo a la Administradora, debido a que su conducta relacionada al incumplimiento de las normas mencionadas anteriormente, tuvo como consecuencia la imposición de una*

sanción en el marco del procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Respecto al "Principio de Congruencia" también invocado por la Administradora, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 13/2005 de 16 de marzo de 2006, expresa:

> *"En el conocimiento, tramitación y sustanciación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por las Administración, deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos solicitados o en su caso imputados y la resolución final".*
> *Es en ese contexto que la Resolución Administrativa definitiva dictada por la autoridad respectiva no puede contener hechos distintos ni omitir ninguna de las solicitudes o pretensiones formuladas por la persona que ha solicitado se de inicio a determinado procedimiento administrativo, debiendo las mismas ser resueltas en un mismo acto administrativo".*

*Respecto a lo expresado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, la Nota de Cargo APS/DJ/DPNC/2021/2011 de 21 de julio de 2011, establece **el Cargo** a la Administradora, específicamente **por habilitar** el registro de cuatro (4)Beneficiarios: Luisa Colque de Tintaya con NUB 220943260, Seferino Huanca Silvestre con NUB 000092404, Gregoria Villca Gutiérrez de Fabrica con NUB 400226634 y Felipe Zapana Nacho con NUB 200041729, **sin considerar** que al momento de cobrar el beneficio del BOLIVIDA **no cumplían los 65 años** de edad; existiendo por tanto una falta de control de la documentación que le fue presentada como objeto de la actualización por los Beneficiarios, incumpliendo de esta manera con el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS - IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y el numeral 6 de la Circular SPVS - IP 068/2003 de 30 de julio de 2003.*

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 284 - 2011 de 07 de septiembre de 2011, sanciona a la Administradora por incumplimiento a las normas referidas anteriormente, aplicando la sana critica y la valoración razonada de la prueba, de acuerdo a los fundamentos de hecho y derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución, cumpliendo de esta manera lo establecido en el parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Es ese contexto, la Resolución Administrativa SPVS - IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS - IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, dictada por la Entidad Reguladora, no contiene hechos distintos ni omite la consideración, análisis y valoración de ningún descargo o argumento vertido por la Administradora, a efectos del derecho a su defensa. Por tanto no es evidente haberse vulnerado el Principio de Congruencia (…)

…si bien conforme al artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 1018/2002 de 27 de diciembre de 2002 la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros era la única Entidad que podía modificar y dar de alta registros en la Base de

Datos del BONOSOL, esto no implicaba que esta Entidad era responsable de la habilitación de los registros (previa revisión y control por la AFP de la documentación que le fue presentada), pues considerando lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5 de la misma Resolución: "La AFP deberá analizar cada uno de los reclamos recibidos y ***solamente aquellos casos en que considere que debería ser levantada la observación, enviará la documentación respaldatoria y los informes técnicos o legales o ambos, a la SPVS,*** *con la solicitud respectiva, (las negrillas son nuestras).*

CONSIDERANDO:

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el punto III de su Recurso de Revocatoria: ***"III.- DE LA RESPONSABILIDAD SOBRE LA BDBB",*** *expresa argumentos para cada caso, los cuales pretenden justificar el incumplimiento a la normativa imputada.*

Al respecto, es imperativo considerar el siguiente análisis detallado que describe el proceso seguido para cada uno de los casos:

a) Caso: LUISA COLQUE DE TINTAYA

1. Datos registrados en la Base de Datos del BOLIVIDA:

NUB	Nº DOC ID	AP_PAT	AP_MAT	AP_ESP	NOMBRES	FECHA NACIMIENTO
220943260	2102262	COLQUE	QUELALI	TINTAYA	LUISA	01/05/1932

2. Datos de los pagos del BOLIVIDA:

DATOS REGISTRADOS EN DOCUMENTO DE IDENTIDAD QUE RESPALDA EL PAGO						DATOS DEL PAGO	
DOC ID	NOMBRE	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	FEC.NAC	GESTIONES	FECHA DE PAGO
2102262	LUISA	COLQUE		TINTAYA	01/05/1932	1998,1999 2000, 2001	24/07/2001 18/03/2002

3. Actualización del registro: La ex SPVS actualizó el registro de Beneficiaría en fecha 28/06/2007, en virtud a la documentación presentada por la Beneficiaria y remitida por la AFP al Ente Regulador mediante nota FUT SUP 1820/07, con los siguientes datos:

NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC
220943260	2102262	COLQUE		TINTAYA	LUISA	01/05/1937

En dicha actualización, el mencionado registro fue bloqueado por la ex SPVS con estado IBX (Inactivo por cobro en exceso de BOLIVIDA), en el marco de lo establecido en el numeral 1 del parágrafo II de la Circular SPVS-IP 068/2003, advertida la diferencia en la fecha de nacimiento registrada en los pagos BOLIVIDA y la consignada en el documento de identidad presentado por la Beneficiaria para la actualización de su registro.

4. *Solicitud de habilitación: En fecha **14 de octubre de 2008,** la AFP conjuntamente con el Beneficiario, suscribió el "Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito".*

   Al respecto, es importante señalar que de acuerdo a lo establecido en numeral 6.2 del parágrafo II de la Circular SPVS-IP 068/2003, la AFP, de manera previa al llenado del señalado formulario, tenía la obligación de verificar que "…con los respaldos físicos del pago correspondiente a esas gestiones, con objeto de validar la información y ver que no se trate de un homónimo, error en la Base de Datos o si el beneficiario presentó un documento de identidad con diferente fecha de nacimiento".

   *Por tanto resulta evidente que, **la AFP no cumplió a cabalidad la verificación establecida** en la Circular mencionada, dado que **se observa que la fecha de nacimiento consignada en el documento de identidad presentado para el pago del BOLIVIDA (01/05/1932), es diferente al que se consigna en el documento de identidad que presentó para la actualización del registro (01/05/1937).***

5. *Habilitación del registro: El numeral 7 del parágrafo II de la Circular SPVS-IP 068/2003, establece lo siguiente:*

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

   La ex SPVS, en el marco de lo citado, en fecha 23 de octubre de 2008, procedió al cambio de estado del registro a ARX.

   Es importante hacer notar que el numeral 7 del parágrafo II de la Circular SPVS-IP 068/2003, no dispone que la ex SPVS deba efectuar el análisis de los casos remitidos, con el objeto de determinar si corresponde o no el cambio de estado. La suscripción del "Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito" por parte de la AFP, implica que ésta ha realizado la verificación dispuesta en norma, cumpliendo con esto su obligación, habiendo determinado que este caso cumple con los requisitos para acogerse a la reposición de montos cobrados en exceso en el beneficio del Bolivida.

6. *Pagos posteriores a la habilitación del registro: La habilitación del registro, gestionada por la AFP, permitió que la Beneficiaria efectúe los siguientes cobros, que generaron daño al Fondo:*

NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC	FEC.PAGO	GESTIÓN DEL BENEFICIO	BENEFICIO	MONTO PAGADO (Bs)
220943260	2102262	COLQUE		TINTAYA	LUISA	01/05/1937	02/12/2008	2007	BONOSOL	170
									TOTAL	170

b) Caso: SEFERINO HUANCA SILVESTRE

1. *Datos registrados en la Base de Datos del BOLIVIDA:*

NUB	Nº DOC ID	AP_PAT	AP_MAT	AP_ESP	NOMBRES	FECHA NACIMIENTO
00009404	107886	HUANCA	SILVESTRE		CEFERINO	**22/08/1934**

2. Datos de los pagos del BOLIVIDA:

DATOS REGISTRADOS EN DOCUMENTO DE IDENTIDAD QUE RESPALDA EL PAGO						DATOS DEL PAGO	
DOC ID	NOMBRE	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	FEC.NAC	GESTIONES	FECHA DE PAGO
107886	SEFERINO	HUANCA	SILVESTRE		**22/08/1934**	1998, 2000, 2001	07/02/2001 23/05/2002

3. Actualización del registro: La ex SPVS actualizó el registro del Beneficiario en fecha 31/01/2008, en virtud a la documentación presentada por él y remitida por la AFP mediante nota FUT SUP 137/08, con los siguientes datos:

NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC
00009404	107886	HUANCA	SILVESTRE		SEFERINO	**22/08/1939**

En dicha actualización, el mencionado registro fue bloqueado por la ex SPVS con estado IBX (Inactivo por cobro en exceso de BOLIVIDA), en el marco de lo establecido en el numeral 1 del parágrafo II de la Circular SPVS-IP 068/2003, advertida la diferencia en la fecha de nacimiento registrada en los pagos BOLIVIDA y la consignada en el documento de identidad presentado por el Beneficiario para la actualización de su registro.

4. Solicitud de habilitación: En fecha ***30 de mayo de 2008,*** *la AFP conjuntamente con el Beneficiario, suscribió el "Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito" (…)*

Es evidente que, ***la AFP no cumplió a cabalidad la verificación establecida*** *en la Circular mencionada, dado que* ***se observa que la fecha de nacimiento consignada en el documento de identidad presentado para el pago del BOLIVIDA (22/08/1934), es diferente al que se consigna en el documento de identidad que presentó para la actualización del registro (22/08/1939).***

5. Habilitación del registro: (…)

La ex SPVS, en el marco de lo citado, en fecha 29 de agosto de 2008, procedió al cambio de estado del registro a ARX (…)

6. Pagos posteriores a la habilitación del registro: La habilitación del registro, gestionada por la AFP, permitió que la Beneficiaria efectúe los siguientes cobros, que generaron daño al Fondo:

NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC	FEC.PAGO	GESTIÓN DEL BENEFICIO	BENEFICIO	MONTO PAGADO (Bs)
000092404	107886	HUANCA	SILVESTRE		SEFERINO	22/08/1939	02/12/2008	2006 2007	BONOSOL BONOSOL	1800 1800
									TOTAL	**3600**

c) Caso: GREGORIA VILLCA GUTIERREZ DE FABRICA

1. Datos registrados en la Base de Datos del BOLIVIDA:

NUB	Nº DOC ID	AP_PAT	AP_MAT	AP_ESP	NOMBRES	FECHA NACIMIENTO
400226634	4026498	VILLCA	GUTIÉRREZ		GREGORIA	**08/09/1931**

2. Datos de los pagos del BOLIVIDA:

DATOS REGISTRADOS EN DOCUMENTO DE IDENTIDAD QUE RESPALDA EL PAGO						DATOS DEL PAGO	
DOC ID	NOMBRE	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	FEC.NAC	GESTIONES	FECHA DE PAGO
4026498	VILLCA	GUTIÉRREZ		GREGORIA	**08/09/1931**	1998, 1999 2000, 2001	09/07/2001 20/05/2002

3. Actualización del registro: La ex SPVS actualizó el registro de la Beneficiaria en fecha 12/02/2008, en virtud a la documentación presentada por ella y remitida por la AFP mediante nota FUT SUP 287/08, con los siguientes datos:

NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC
40022634	40264986	VILLCA	GUTIÉRREZE	FABRICA	GREGORIA	**19/07/1938**

En dicha actualización, el mencionado registro fue bloqueado por la ex SPVS con estado IBX (Inactivo por cobro en exceso de BOLIVIDA), en el marco de lo establecido en el numeral 1 del parágrafo II de la Circular SPVS-IP 068/2003, advertida la diferencia en la fecha de nacimiento registrada en los pagos BOLIVIDA y la consignada en el documento de identidad presentado por el Beneficiario para la actualización de su registro.

*4. Solicitud de habilitación: En fecha **04 de junio de 2008,** la AFP conjuntamente con la Beneficiaria, suscribió el "Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito" (…)*

*Es evidente que, **la AFP no cumplió a cabalidad la verificación establecida** en la Circular mencionada, dado que **se observa que la fecha de nacimiento consignada en el documento de identidad presentado para el pago del BOLIVIDA (08/09/1931), es diferente al que se consigna en el documento de identidad que presentó para la actualización del registro (19/07/1938).***

5. Habilitación del registro: (…)

La ex SPVS, en el marco de lo citado, en fecha 12 de diciembre de 2008, procedió al cambio de estado del registro a ARX (…)

6. Pagos posteriores a la habilitación del registro: La habilitación del registro, gestionada por la AFP, permitió que la Beneficiaria efectúe los siguientes cobros, que generaron daño al Fondo:

NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC	FEC.PAGO	GESTIÓN DEL BENEFICIO	BENEFICIO	MONTO PAGADO (Bs)
400226634	4026498	VILLCA	GUTIÉRREZ	FABRICA	GREGORIA	**19/07/1938**	30/12/2008	2006 2007	BONOSOL BONOSOL	1800 1800
									TOTAL	**3600**

d) Caso: FELIPE ZAPANA NACHO

1. *Datos registrados en la Base de Datos del BOLIVIDA:*

NUB	Nº DOC ID	AP_PAT	AP_MAT	AP_ESP	NOMBRES	FECHA NACIMIENTO
2000417294	2023080934Q6	ZAPANA	NACHO		FELIPE	**08/09/1934**

2. *Datos de los pagos del BOLIVIDA:*

DATOS REGISTRADOS EN DOCUMENTO DE IDENTIDAD QUE RESPALDA EL PAGO						DATOS DEL PAGO	
DOC ID	NOMBRE	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	FEC.NAC	GESTIONES	FECHA DE PAGO
2023-080934Q	FELIPE	ZAPANA	NACHO		**08/09/1934**	1999, 2000, 2001	23/07/2001 21/05/2002

3. *Actualización del registro: La ex SPVS actualizó el registro del Beneficiario en fecha 31/01/2008, en virtud a la documentación presentada por él y remitida por la AFP mediante nota FUT SUP BS 2918/08, con los siguientes datos:*

NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC
200041729	61744	ZAPANA	NACHO		FELIPE	**23/08/1936**

En dicha actualización, el mencionado registro fue bloqueado por la ex SPVS con estado IBX (Inactivo por cobro en exceso de BOLIVIDA), en el marco de lo establecido en el numeral 1 del parágrafo II de la Circular SPVS-IP 068/2003, dada la diferencia en la fecha de nacimiento registrada en los pagos BOLIVIDA y la consignada en el documento de identidad presentado por el Beneficiario para la actualización de su registro.

4. *Solicitud de habilitación: En fecha* ***11 de diciembre de 2008,*** *la AFP conjuntamente con el Beneficiario, suscribió el "Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito" (…)*

Es evidente que, ***la AFP no cumplió a cabalidad la verificación establecida*** *en la Circular mencionada, dado que* ***se observa que la fecha de nacimiento consignada en el documento de identidad presentado para el pago del BOLIVIDA (08/09/1934), es diferente al que se consigna en el documento de identidad que presentó para la actualización del registro (23/08/1936).***

5. *Habilitación del registro: (…)*

La ex SPVS, en el marco de lo citado, en fecha 29 de agosto de 2008, procedió al cambio de estado del registro a ARX (…)

6. *Pagos posteriores a la habilitación del registro: La habilitación del registro, gestionada por la AFP, permitió que el Beneficiario efectúe los siguientes cobros, que generaron daño al Fondo:*

NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC	FEC.PAGO	GESTIÓN DEL BENEFICIO	BENEFICIO	MONTO PAGADO (Bs)
200041729	61744	ZAPANA	NACHO		FELIPE	23/08/1936	26/12/2008	2007	BONOSOL	985
									TOTAL	985

Por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que en los casos observados procedió a la verificación establecida en el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 365 de 26 de mayo de 2003, modificado por el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 833 de 16 de octubre de 2007, norma que establece:

> *"En caso de cobro en exceso que la AFP evidencie mediante los respaldos de pago del Bolivida, deberá verificar que dicho cobro:*
>
> - *No se debió a la presentación de un documento de identidad con año de nacimiento diferente al documento presentado para el pago del Bonosol o,*
>
> - *Que a pesar de existir diferencia en la fecha de nacimiento entre el documento de identidad presentado para el cobro del Bolivida y el documento presentado para el cobro del Bonosol, el Beneficiario ya contaba con 65 años o más al momento del cobro del Bolivida".*

En dichos casos el Beneficiario podrá solicitar se levante la observación existente en la BDBB, previo al llenado del formulario de "Reconocimiento de Cobro en exceso" y la correspondiente reposición al monto cobrado en exceso.

Al respecto, de acuerdo a la norma transcrita y a lo expresado por la Administradora, al evidenciar que los Beneficiarios cobraron el BOLIVIDA y el BONOSOL con documentos de identidad que reflejaban la misma fecha de nacimiento, dio curso al procedimiento establecido en el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003; sin embargo, cabe aclarar que ***el cobro en exceso se identificó cuando los Beneficiarios presentaron sus documentos para la actualización*** *de su registro, con fecha de nacimiento diferente al documento presentado para el cobro del BOLIVIDA.*

Por tanto, ***era obligación*** *de la AFP* ***verificar*** *que, a pesar de existir esta* ***diferencia*** *en la fecha de nacimiento entre el documento de identidad presentado para el cobro del BOLIVIDA y el documento presentado para el cobro del BONOSOL, el Beneficiario ya contaba con 65 años o más al momento del cobro del beneficio del BOLIVIDA.*

Del mismo modo, el numeral 6.3 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 claramente establece:

> *"En el séptimo día hábil, la AFP asignada mostrará al beneficiario los documentos del cobro realizado en exceso* ***y si corresponde continuar con el trámite, deberán***

> ***llenar y firmar conjuntamente con el funcionario asignado por la AFP, el formularlo de "Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito"*** *(en sus partes A, B y C), como paso previo para que sea levantada la observación y pueda cobrar su beneficio, caso contrario no se activará el pago y permanecerá en estado IBX..." (Las negrillas son nuestras).*

De la documentación presentada por la AFP se puede establecer que, al momento del cobro, ninguno de los Beneficiarios contaba con la edad requerida para cobrar el beneficio del BOLIVIDA.

Asimismo, de los comprobantes de pago y documentación adjunta, se puede evidenciar que, la AFP no verificó que los Beneficiarios presentaron documentos de identidad con fecha de nacimiento diferente con la cual cobraron el BONOSOL y el BOLIVIDA, infringiendo la normativa por la cual se imputa el Cargo y que permitió por tanto, la imposición de una sanción.

Finalmente, la Administradora expresa lo siguiente:

> *"…Es importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS con las boletas de pago e informes remitidos por la AFP, debió proceder al bloqueo del registro..."*

Respecto al argumento anterior, debe tenerse presente que la participación de la Autoridad reguladora en los trámites con estado "IBX", no le exime a la AFP del deber legal, dispuesto por el numeral 6.2. de la Circular SPVS-IP 068/2003, de realizar la verificación de la documentación de cada uno de los casos, a objeto de establecer si los Beneficiarios cumplen o no con los requisitos exigidos por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 y la propia Circular SPVS-IP 068/2003.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a la descripción anterior, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, procedió a suspender mediante Resolución Administrativa el derecho al cobro del beneficio a los señores: ***Luisa Colque Quelali de Tintaya, Ceferino Huanca Silvestre, Gregoria Gutiérrez Villca y Felipe Zapana Nacho,*** *habiéndose bloqueado los cuatro registros con estado IFS (Inactivo Fraude o Suspensión), al establecerse que han realizado cobros del BOLIVIDA sin contar con la edad requerida por norma, conforme se detalla en el cuadro siguiente:*

N°	NUB	DOC ID	APE PATERNO	APE MATERNO	APE ESPOSO	NOMBRE	FEC.NAC	R.A. DE SUSPENSION	FECHA DE LA R.A.	MONTO PAGADO POSTERIOR A LA HABILITACIÓN
1	220943260	2102262	COLQUE	QUELALI	TINTAYA	LUISA	01/05/1937	AP/DJ N° 148-2009	30/10/2009	170
2	92404	107886	SILVESTRE	HUANCA		CEFERINO	23/08/1939	AP/DJ N° 194-2009	31/08/2010	3,600
3	400226634	4026498	VILLCA	GUTIERREZ		GREGORIA	19/07/1938	AP/DJ N° 086-2009	21/04/2010	3,600
4	200041729	2023-080934Q	ZAPANA	NACHO		FELIPE	23/08/1936	AP/DJ N° 69-2009	14/09/2009	985
TOTAL										8,355

Es importante mencionar que según el detalle anterior, se puede observar que la habilitación de los registros en contravención a la normativa, derivó en daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva, cuyo monto asciende a Bs8.355,00 (OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS).

El artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos. Bajo esa línea de comprensión, se ha constatado el daño generado por Futuro de Bolivia S.A. AFP ***al haber solicitado la habilitación del pago*** *de los registros correspondientes a los* ***NUB 220943260, 92404, 400226634 y 200041729, sin considerar*** *que al momento de cobrar el beneficio del BOLIVIDA* ***no tenían sesenta y cinco (65) años*** *de edad o más, ocasionando un daño al Fondo de Capitalización Colectiva al ser estos pagos indebidos, como consecuencia corresponde la reposición.*

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, realizada la evaluación de cada uno de los casos imputados se concluye que, la fecha de habilitación de registro con la correspondiente suscripción del "Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito", fue según el siguiente detalle:

NOMBRES Y APELLIDOS	***FECHA DE HABILITACIÓN***
LUISA COLQUE DE TINTAYA	*14 de octubre de 2008*
SEFERINO HUANCA SILVESTRE	*30 de mayo de 2008*
GREGORIA VILLCA GUTIÉRREZ DE	*04 de junio de 2008*
FELIPE ZAPANA NACHO	*11 de diciembre de 2008*

Como se puede evidenciar las fechas de habilitación en los cuatro (4) casos imputados, se realizaron en la gestión 2008, es decir en vigencia de la Resolución Administrativa/SPVS/IP No. 833 de 16 de octubre de 2007. Por tanto no aplica la Resolución Administrativa imputada…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 16 de diciembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 445-2011 de 25 de noviembre de 2011, expresando lo siguiente:

*"**…**Se nos ha imputado y sancionado por haber supuestamente habilitado registros del Bonosol, sin considerar para ello que nuestra AFP no tiene esa facultad, ya que es una atribución exclusiva del regulador conforme a lo expresado por el artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 1018/2002 de fecha 27 de diciembre de 2002, que señala: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS)* ***es la única Entidad que podrá modificar y dar de alta registros en la Base de Datos del BONOSOL,*** *para lo cual utilizará un sistema de actualización de la BDBB a través de la(s) entidad(es) de servicios contratada(s) para este efecto, la misma que se denominará "Entidad de Captura de Datos (ECD)" (las negrillas son nuestras).*

Sin embargo de lo anterior, conviene entrar al análisis y detalle de cada uno de los casos involucrados en la presente controversia a efectos de fundamentar correctamente nuestra petición:

a) LUISA COLQUE QUELALI DE TINTAYA

La ex SPVS le asigno (sic) *el registro N° 220943260 de fecha 19 de abril de 2001, con el C.I. N° 2102262 y fecha de nacimiento correspondiente al 1° de mayo de 1932, fecha que coincidía plenamente con los documentos que respaldan el pago del BOLIVIDA. A efectos del pago del BONOSOL la ex SPVS a través de la BDBB, reportó a nuestra AFP el registro de la Beneficiaria LUISA COLQUE DE TINTAYA con el NUB 220943260 con fecha de registro correspondiente al 02 de mayo de 2003, siendo su C.I. 2102262 y la fecha de nacimiento el 1° de mayo de 1932, información con la que la beneficiaría efectuó el cobro correspondiente a su BONOSOL.*

De manera posterior a los hechos citados, la beneficiaría procedió a efectuar la actualización de sus datos, registrándose como nueva fecha de nacimiento el 1° de mayo de 1937, modificación que fue procesada por la ex SPVS, por lo que al ser una de las llaves de comparación el número de C.I. y el número de NUB, el registro fue modificado por el regulador, a un estado IBX conforme a lo establecido por el numeral 1 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y mediante archivo ACTUALIZA\20070524.fcc recibido por nuestra AFP en fecha 25 de mayo de 2007.

Ahora bien de acuerdo a lo expresado por el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, modificado por el artículo 4° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 833 de 16 de octubre de 2007, y al evidenciar nuestra AFP que la beneficiaría cobro el BOLIVIDA y el BONOSOL con documentos de identidad que reflejaban la misma fecha, es decir el 1° de mayo de 1932, por lo que ***"No se debió a la presentación de un documento de identidad con año de nacimiento diferente al documento presentado por el pago del Bonosol",*** *procedió a dar curso al procedimiento establecido por el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 llenándose primero el formulario de reclamo y luego el de reposición de montos cobrados en exceso.*

Es importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS con las boletas de pago e informes remitidos por la AFP, debió proceder al bloqueo del registro con el estado IFS o IAS emitiendo en el momento oportuno la Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago; sin embargo se puede evidenciar que lo hizo mucho tiempo después.

b) CEFERINO HUANCA SILVESTRE

La ex SPVS le asigno (sic) *el registro N° 92404 de fecha 14 de septiembre de 1999, con C.I. N° 107886 y fecha de nacimiento del 22 de agosto de 1934, fecha que coincidía plenamente con los documentos que respaldan el pago del BOLIVIDA. A efectos de obtener el pago del BONOSOL, el beneficiario procedió a efectuar la actualización*

de sus datos, registrándose como SEFERINO HUANCA SILVESTRE con C.I. 107886, y con nueva fecha de nacimiento del 22 de agosto de 1939, modificación que fue procesada por la ex SPVS, por lo que al ser una de las llaves de comparación el número de C.I. y el número de NUB, el registro fue modificado por el regulador, a un estado IBX conforme a lo establecido por el numeral 1 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y mediante archivo SPVS\ACTUALIZACIONES\20080131.fcc recibido por nuestra AFP en fecha 08 de febrero de 2008.

Al tratarse de un registro del Bonosol con bloqueo IBX, nuestra AFP dio curso al procedimiento establecido por el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 llenándose primero el formulario de reclamo y luego el de reposición de montos cobrados en exceso.

Es importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS debió proceder al bloqueo del registro con el estado IFS o IAS emitiendo en el momento oportuno la Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago y no mucho tiempo después.

c) GREGORIA VILLCA GUTIÉRREZ

La ex - SPVS le asigno (sic) *el registro N° 400226634 de fecha 26 de abril de 2001, con C.I. N° 4026498 y la fecha de nacimiento del 08 de septiembre de 1931, fecha que coincidía plenamente con los documentos que respaldan el pago del BOLIVIDA. A efectos del pago del BONOSOL la ex SPVS a través de la BDBB, reportó a nuestra AFP el registro de la Beneficiaría GREGORIA VILLCA GUTIÉRREZ con el NUB 400226634 con fecha de actualización correspondiente al 20 de diciembre de 2002, con C.I. N° 2102262 y fecha de nacimiento del 08 de septiembre de 1931, información con la que la beneficiaría efectuó el cobro correspondiente a su BONOSOL.*

De manera posterior a los hechos citados, la beneficiaría procedió a efectuar la actualización de sus datos, registrándose como nueva fecha de nacimiento el 19 de julio de 1938, modificación que fue procesada por la ex SPVS, por lo que al ser una de las llaves de comparación el número de C.I. y el número de NUB, el registro fue modificado por el regulador a un estado IBX conforme a lo establecido por el numeral 1 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y mediante archivo SPVS\ACTUALIZACIONES\20080214.fcc recibido por nuestra AFP en fecha 15 de febrero de 2008.

Ahora bien de acuerdo a lo expresado por el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, modificado por el artículo 4° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 833 de 16 de octubre de 2007, y al evidenciar nuestra AFP que la beneficiaría cobro el BOLIVIDA y el BONOSOL con documentos de identidad que reflejaban la misma fecha, es decir el 08 de septiembre de 1931, por lo que ***"No se debió a la presentación de un documento de identidad con año de nacimiento diferente al documento presentado por el pago del Bonosol****", procedió a dar curso al procedimiento establecido por el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 llenándose primero el formulario de reclamo y luego el de reposición de montos cobrados en exceso. Es*

importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS con las boletas de pago e informes remitidos por la AFP, debió proceder al bloqueo del registro con el estado IFS o IAS emitiendo en el momento oportuno la Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago; y no mucho tiempo después como ocurrió en este caso.

d) FELIPE ZAPANA NACHO

La ex SPVS le asigno (sic) *el registro Nº 200041729 de fecha 13 de mayo de 2001, con el RUN 2023080934Q y fecha de nacimiento del 08 de septiembre de 1934, fecha que coincidía plenamente con los documentos que respaldan el pago del BOLIVIDA. A efectos del pago del BONOSOL la ex SPVS a través de la BDBB, reporto* (sic) *a nuestra AFP el registro del Beneficiario FELIPE ZAPANA NACHO con el NUB 200041729 con fecha de actualización correspondiente al 26 de febrero de 2003, con el RUN 2023080934Q y fecha de nacimiento el 08 de septiembre de 1934, información con la que el beneficiario efectuó el cobro correspondiente a su BONOSOL.*

De manera posterior a los hechos citados, el beneficiario procedió a efectuar la actualización de sus datos, registrándose como nuevo C.I. el 61744 y como fecha de nacimiento el 23 de agosto de 1936, modificación que fue procesada por la ex SPVS, por lo que al ser una de las llaves de comparación el número de documento de identidad y el número de NUB, el registro fue modificado por el regulador a un estado IBX conforme a lo establecido por el numeral 1 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y mediante archivo SPVS\ACTUALIZACIONES\20070920.fcc recibido por nuestra AFP en fecha 20 de septiembre de 2007.

Ahora bien de acuerdo a lo expresado por el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003, modificado por el artículo 4º de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 833 de 16 de octubre de 2007, y al evidenciar nuestra AFP que la beneficiaría cobro el BOLIVIDA y el BONOSOL con documentos de identidad que reflejaban la misma fecha, es decir el 08 de septiembre de 1934, por lo que ***"No se debió a la presentación de un documento de identidad con año de nacimiento diferente al documento presentado para el pago del Bonosol",*** *procedió a dar curso al procedimiento establecido por el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 llenándose primero el formulario de reclamo y luego el de reposición de montos cobrados en exceso. Es importante señalar que de no corresponder el bloqueo IBX, la ex SPVS con las boletas de pago e informes remitidos por la AFP, debió proceder al bloqueo del registro con el estado IFS o IAS emitiendo en el momento oportuno la Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago; y no de forma posterior…"*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo

de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 284-2011 de 07 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP por incumplimiento a lo establecido en el párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003 y al numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003.

Dicha Resolución Administrativa fue confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 de 25 de noviembre de 2011, en la que se resolvió sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 6 del punto II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, al evidenciar que la Administradora de Fondos de Pensiones, habilitó el registro de cuatro Beneficiarios: Luisa Colque de Tintaya con NUB 220943260, Seferino Huanca Silvestre con NUB 000092404, Gregoria Villca Gutiérrez de Fabrica con NUB 400226634 y Felipe Zapana Nacho con NUB 200041729, sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del BOLIVIDA, no cumplían los sesenta y cinco (65) de edad, levantando el cargo con relación al párrafo segundo del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003.

1.1. Antecedentes normativos.-

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, importa revisar la normativa y regulación atinente al caso que nos ocupa, a saber:

- **Decreto Supremo Nº 25994 de 24 de noviembre de 2000:**

  "…***Artículo 2º***.- ***DEFINICIONES*** (…)

  …Beneficiarios del Bolivida.- Son los ciudadanos bolivianos pertenecientes a la CUSOL, que tienen derecho al cobro del Bolivida, una vez cumplidos sesenta y cinco años (65) de edad (…)

  Artículo 12º. ANULACIÓN DEL PAGO DE BENEFICIOS. *El derecho a recibir el Bolivida quedará anulado mediante Resolución Administrativa de la SPVS y se consolidará a favor de la CUSOL por las siguientes causas:* (…)

  c) Por actos fraudulentos debido a las siguientes causales:

  1. *Haber cobrado dos o más veces el Bolivida o los Gastos funerarios correspondientes a una misma gestión.*
  2. *Haber cobrado el Bolivida antes de cumplir 65 años…*"

- La **Ley Nº 2427 de 28 de noviembre de 2002 (Ley del Bonosol)**, establece que todos los ciudadanos bolivianos residentes en el territorio nacional, que hubieren cumplido veintiún años de edad al 31 de diciembre de 1995 y a partir de sus sesenta y cinco

años de edad cumplidos hasta su muerte, tienen derecho, a un beneficio anual y vitalicio denominado Bono Solidario o "BONOSOL".

- **Resolución Administrativa SPVS-P Nº 1018/2002 de 27 de diciembre de 2002**:

"…***SEGUNDO (RESPONSABILIDAD)*** *La Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS) es la única Entidad que podrá modificar y dar de alta registros de la Base de Datos del BONOSOL, para lo cual utilizará un sistema de actualización de la BDBB a través de la(s) entidad(es) de servicios contratada(s) para este efecto, la misma que se denominará "Entidad de Captura de Datos (ECD)".*

La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) son las entidades encargadas de ***ejecutar y administrar*** *las actualizaciones que la SPVS efectúe en la BDBB* (…)

QUINTO (RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES) *La AFP es la responsable de atender hasta su conclusión, todos los reclamos originados en el Pago del BONOSOL* (…)

…La AFP deberá analizar cada uno de los reclamos recibidos y solamente aquellos casos en que considere que debería ser levantada la observación, enviará la documentación respaldatoria y los informes técnicos o legales o ambos, a la SPVS, con la respectiva documentación…"

- **Decreto Supremo Nº 27090 de 18 de junio de 2003:**

"…***ARTICULO 4.- (SUSPENSION DEL PAGO).***

I. *La suspensión del pago de BONOSOL o Gastos Funerarios procederá, mediante Resolución Administrativa de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, cuando el beneficiario:*

1. *Hubiera cobrado más de una vez el BONOSOL en una misma gestión.*
2. *Hubiera cobrado el BONOSOL antes de cumplir 65 años de edad.*

II. *El beneficiario podrá aclarar su situación ante la Administradora de Fondos de Pensiones en la que se encuentre registrado. La Superintendencia, levantará la suspensión cuando la Administradora le envíe una nota firmada por el máximo ejecutivo respaldada con los documentos que acrediten tal condición, informando que el beneficiario ha regularizado su situación…"*

- **Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003:**

"… ***I. AMBITO DE APLICACIÓN***

En aplicación al Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de fecha 26/05/03, la presente circular establece que debido al cambio de código efectuado por la Corte Nacional Electoral (CNE) o por tener diferente fecha de nacimiento en la Base de Datos de la CNE y en su actualización de la Base de Datos del Bonosol, se detectó que algunos Beneficiarios cobraron en exceso el Bolivida y es necesario complementar los procedimientos y formularios que se utilizarán para la

recuperación de los importes cobrados en exceso, para que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) procedan a que los beneficiarios efectúen la reposición correspondiente, para levantar la observación y realizar el pago del Bonosol.

II. PROCEDIMIENTOS.

Los procedimientos que se deberán aplicar, son los siguientes: (…)

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

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

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

- **Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 833 de 16 de octubre de 2007:**

*"**ARTÍCULO 1º.-** Aprobar el procedimiento para el Bloqueo Administrativo del pago del Bonosol, para aquellos ciudadanos que de acuerdo al documento de identidad presentado para el cobro del Bonosol, habrían cobrado el Bolivida, antes de cumplir 65 años de edad.*

La SPVS efectuará el Bloque Administrativo mediante la emisión de una Resolución Administrativa cuando contara con indicios suficientes que el Beneficiario cobró el Bolivida sin contar con la edad requerida de acuerdo a ley (…)

***ARTÍCULO 3º.-** La SPVS, recibido el informe técnico legal de la AFP, si así correspondiera deberá aceptar y levantar el bloqueo administrativo mediante Resolución Administrativa expresa o en su caso emitirá el Auto de Rechazo.*

Cuando la SPVS cuente con documentación que permita verificar que el Beneficiario cobró el Bolivida en fecha anterior a que este cumpla los 65 años, deberá emitir la Resolución Administrativa de Suspensión del Bonosol conforme prevé el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 27090.

***ARTÍCULO 4º.-** Se modifica el segundo párrafo del artículo único del a Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003, con el siguiente texto:*

"En caso de cobro en exceso que la AFP evidencie mediante los respaldos de

pago del Bolivida, deberá verificar que dicho cobro:

- *No se debió a la presentación de un documento de identidad con un año de nacimiento diferente al documento presentado para el pago del Bonosol o,*
- *Que a pesar de existir diferencia en la fecha de nacimiento entre el documento de identidad presentado para el cobro del Bolivida y el documento presentado para el cobro del Bonosol, el beneficiario ya contaba con 65 años o más al momento del cobro de Bolivida.*

En dichos casos el Beneficiario podrá solicitar se levante la observación existente el (sic) *la BDBB, previo al llenado del formulario de "Reconocimiento de Cobro en Exceso" y la correspondiente reposición del monto cobrado en exceso…"*

1.2. Casos sancionados.-

Corresponde precisar los cuatro casos por los que ha sido sancionada **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, conforme la relación siguiente:

1.2.1 Caso: Luisa Colque de Tintaya (NUB 220943260).-

- La beneficiaria Luisa Colque de Tintaya acreditó la cédula de identidad Nº 2102262, la que refiere su fecha de nacimiento en **1º de mayo de 1932**, y con la que realizó cobros de Bolivida y Bonosol de acuerdo al siguiente detalle:

  - BOLIVIDA en fecha 24 de julio de 2001 correspondiente a las gestiones 1998 - 1999 por Bs 790.-
  - BOLIVIDA en fecha 18 de marzo de 2002 correspondiente a las gestiones 2000 – 2001 por Bs 840.-
  - BONOSOL en fecha 02 de mayo de 2003 correspondiente a la gestión 2003 por Bs 1800.-
  - BONOSOL en fecha 02 de agosto de 2004 correspondiente a la gestión 2004 por Bs 1800.-
  - BONOSOL en fecha 03 de mayo de 2005 correspondiente a la gestión 2005 por Bs 1800.-
  - BONOSOL en fecha 15 de mayo de 2006 correspondiente a la gestión 2006 por Bs 1800.-

- En fecha 28 de junio de 2007 (Fs. 18), **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización de datos en virtud a la nueva documentación presentada por la beneficiaria, cuya cédula de identidad registra como fecha de nacimiento el **1º de mayo de 1937**.

  Con la nueva documentación presentada y debido a que la beneficiaria a la fecha de cobro de Bolivida correspondiente a las gestiones 1998, 1999, 2000 y 2001, no contaba con sesenta y cinco (65) años de edad, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la

actualización del estado del registro de la beneficiaria a IBX (Inactivo por cobro en exceso de BOLIVIDA).

- En fecha 14 de octubre de 2008, la beneficiaria suscribió el Formulario de Reclamo Nº 02042674 y el Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso por Bs 1630.- (Bs 790.- y Bs 840.-).

- En noviembre de 2008, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización del estado de la Beneficiaria a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso).

- De acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011, en fecha 2 de diciembre de 2008 la beneficiaria realizó el cobro de Bonosol correspondiente a la gestión 2007 por Bs 170.-.
- En fecha 30 de octubre de 2009, mediante Resolución Administrativa AP/DJ Nº 148.2009, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió suspender el derecho al cobro de BONOSOL a la beneficiaria, por los cobros de Bolivida realizados en exceso antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad.

1.2.2 Caso: Ceferino Huanca Silvestre (NUB 220943260).-

- El beneficiario Ceferino Huanca Silvestre acreditó la cédula de identidad Nº 107886, la que refiere su fecha de nacimiento en **22 de agosto de 1934**, y con la que realizó cobros de Bolivida de acuerdo al siguiente detalle:

    - BOLIVIDA en fecha 07 de febrero de 2001 correspondiente a la gestión 1999 por Bs 395.-
    - BOLIVIDA en fecha 23 de mayo de 2002 correspondiente a las gestiones 2000 – 2001 por Bs 840.-

- De acuerdo a lo señalado por el beneficiario a Fs. 110, el pago de BONOSOL de la gestión 2003 fue rechazado debido a que existió una modificación en la fecha de nacimiento del Beneficiario a **22 de agosto de 1939.**

- **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización de datos en virtud a la nueva documentación presentada por el beneficiario.

  Con la nueva documentación presentada y debido a que el beneficiario a la fecha de cobro de Bolivida correspondiente a las gestiones 1999, 2000 y 2001, no contaba con sesenta y cinco (65) años de edad, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización del estado del registro del beneficiario a IBX (Inactivo por cobro en exceso de BOLIVIDA).

- En fecha 4 de marzo de 2008 (Fjs. 114), el beneficiario suscribió el Formulario de Reclamo Nº 02039593.

- En fecha 30 de mayo de 2008, a solicitud escrita del beneficiario, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** suscribió nuevamente el Formulario de Reclamo Nº 2041016 y el Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso por Bs 1235.- (Bs 395.- y Bs 840.-).

- En septiembre de 2008, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización del estado del Beneficiario a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso).

- De acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 de fecha 2 de diciembre de 2008, el beneficiario realizó el cobro de Bonosol correspondiente a las gestiones 2006 y 2007, por Bs 1800.- por cada gestión (Bs 3600.- en total).
- En fecha 31 de agosto de 2010, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 194.2010 la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió suspender el derecho al cobro de BONOSOL al beneficiario por cobros de Bolivida realizados en exceso antes de cumplir los sesenta y cinco años de edad.

1.2.3 Caso: Gregoria Villca Gutiérrez (NUB 400226634).-

- La beneficiaria Gregoria Villca Gutiérrez acreditó la cédula de identidad Nº 4026498, la que refiere su fecha de nacimiento en **8 de septiembre de 1931**, y con la que realizó cobros de Bolivida de acuerdo al siguiente detalle:

    - BOLIVIDA en fecha 09 de julio de 2001 correspondiente a las gestiones 1998 - 1999 por Bs. 790.-
    - BOLIVIDA las gestiones 2000 – 2001 el 20 de mayo de 2002, Bs. 840.-

- **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRA.DORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización de datos, en virtud a la nueva documentación presentada por la beneficiaria, cuyo carnet de identidad registraba como fecha de nacimiento el **19 de julio de 1938**.

  Con la nueva documentación presentada y debido a que la beneficiaria a la fecha de cobro de Bolivida correspondiente a las gestiones 1998, 1999, 2000 y 2001, no contaba con sesenta y cinco (65) años de edad, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización del estado del registro de la beneficiaria a IBX (Inactivo por cobro en exceso de BOLIVIDA).

- En junio de 2008, la beneficiaria suscribió el Formulario de Reclamo Nº 04041265 y el Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso por Bs 1630.- (Bs 790.- y Bs 840.-).

- En diciembre de 2008, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización del estado de la Beneficiaria a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso).

- De acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora en su Resolución Administrativa

APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 de fecha 30 de diciembre de 2008, la beneficiaria realizó el cobro de Bonosol correspondiente a las gestiones 2006 y 2007, por Bs 1800.- cada uno (Bs 3600.- en total).

- En fecha 21 de abril de 2010, mediante Resolución Administrativa AP/DJ Nº 86-2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió suspender el derecho al cobro de BOLIVIDA a la beneficiaria, por cobros de Bolivida realizados en exceso antes de cumplir los sesenta y cinco años de edad.

1.2.4 Caso: Felipe Zapana Nacho – NUB 200041729

- El beneficiario Felipe Zapana Nacho acreditó la cédula de identidad RUN Nº 2023-080934Q, la que refiere su fecha de nacimiento en **8 de septiembre de 1934**, y con la que realizó cobros de Bolivida de acuerdo al siguiente detalle:

    - BOLIVIDA en fecha 23 de julio de 2001 correspondiente a la gestión 1999 por Bs 395.-
    - BOLIVIDA en fecha 21 de mayo de 2002 correspondiente a las gestiones 2000 – 2001 por Bs 840.-
    - BONOSOL en fecha 08 de septiembre de 2003 correspondiente a la gestión 2003 por Bs 1800.-
    - BONOSOL en fecha 29 de octubre de 2004 correspondiente a la gestión 2004 por Bs 1800.-
    - BONOSOL en fecha 12 de septiembre de 2005 correspondiente a la gestión 2005 por Bs 1800.-
    - BONOSOL en fecha 28 de septiembre de 2006 correspondiente a la gestión 2006 por Bs 1800.-

- En fecha 21 de agosto de 2008, la Policía Nacional de Bolivia emitió el Certificado de Cédula de Identidad correspondiente al Nº 61744 que establece la fecha de nacimiento **23 de agosto de 1936**.

  Por lo que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización de los datos en la Base de Datos de Beneficiarios de Bonosol, y debido a que el beneficiario, a la fecha de cobro de Bolivida correspondiente a las gestiones 1999 y 2000, no contaba con sesenta y cinco (65) años de edad, realizó la actualización del estado del registro de la beneficiaria a IBX (Inactivo por cobro en exceso de BOLIVIDA).

- En fecha 11 de diciembre de 2008, el beneficiario suscribió el Formulario de Reclamo Nº 02042419 y el Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso por Bs 815.- (Bs 395.- y Bs 420.-).

- En diciembre de 2008, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la actualización del estado del Beneficiario a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso).

- De acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011, en fecha 26 de diciembre de 2008 el beneficiario realizó el cobro de Bonosol correspondiente a la gestión 2007 por Bs 985.-.

- En fecha 14 de septiembre de 2009 mediante Resolución Administrativa AP/DJ Nº 69.2009 la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resolvió suspender el derecho al cobro de BONOSOL al beneficiario por cobros de Bolivida realizados en exceso antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto al cobro indebido.-

De acuerdo a lo señalado precedentemente, son beneficiarios del Bolivida o Bonosol, las personas que cuentan con sesenta y cinco (65) años o más de edad a la fecha de cobro.

Asimismo, tal como lo señala el artículo 12º del Decreto Supremo Nº 25994 de 24 de noviembre de 2000 y el artículo 4º del Decreto Supremo Nº 27090 de 18 de junio de 2003, el derecho a recibir Bolivida o Bonosol quedará suspendido mediante la emisión de una Resolución Administrativa emitida por la Entidad Reguladora, cuando se tuviesen indicios suficientes de que el beneficiario realizó el cobro sin contar con la edad requerida de acuerdo a ley.

De la misma manera, la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003 y la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 833 de 16 de octubre de 2007, señalan el procedimiento para aquellos ciudadanos que realizaron el cobro del Bolivida en exceso, siempre y cuando se evidencie y cumplan las siguientes condicionantes alternativas:

> a) Que dicho exceso **no se debió** a la presentación de un documento de identidad con un **año de nacimiento diferente al documento presentado para el pago del Bonosol**.
> b) Que **a pesar de existir diferencia** en la fecha de nacimiento entre el documento de identidad presentado para el cobro de Bolivida y el documento presentado para el cobro del Bonosol, **el beneficiario ya contaba con 65 años o más** al momento de cobro de Bolivida, pudiendo solicitar se levante la observación.

En ese entendido, en el presente caso de autos, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó el pago de Bolivida y/o Bonosol a los cuatro (4) beneficiarios, con documentos que registraban la misma fecha de nacimiento a la registrada en la Base de Datos, así como se evidencia que a la fecha de cobro los cuatro beneficiarios contaban con más de sesenta y cinco (65) años de edad; al momento en que presentaron su nuevo documento de identidad con otra fecha de nacimiento, era responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones ahora recurrente, realizar el análisis de cada caso y evaluar el procedimiento a seguir, considerando si correspondía o no levantar la observación, previa revisión de la documentación presentada.

Es evidente que la Entidad Reguladora es la única responsable de modificar y dar de alta registros en la Base de Datos del BONOSOL, sin embargo, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** es la encargada de ejecutar y administrar las actualizaciones que el regulador efectúe en la Base de Datos, así como y fundamentalmente procesar los trámites de Devolución de Cobros en Exceso. Por lo que la Entidad Reguladora no era la responsable de evaluar los casos remitidos por la Administradora de Fondos de Pensiones.

Por lo tanto, al evidenciar que los cuatro (4) beneficiarios cobraron Bolivida antes de cumplir sesenta y cinco (65) años de edad, incumpliendo la normativa legal vigente, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** debió determinar que los mismos correspondían ser bloqueados en la Base de Datos como Inactivos por Fraude o Suspensión y no así solicitar la actualización del registro a Inactivo por Cobro en Exceso de BOLIVIDA (IBX), para posteriormente firmar el Formulario de Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito.

Asimismo, la Administradora debió considerar que si el registro de los beneficiarios se encontraban en estado IBX, en cumplimiento a lo establecido en el numeral 6.1. del punto 6, parágrafo II de la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003, debió verificar que efectivamente correspondía el registro con estado IBX en la Base de Datos de Beneficiarios de Bonosol.

Por lo anteriormente expuesto y en cumplimiento a lo establecido en la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 833 de 16 de octubre de 2007, la Administradora pudo evidenciar que el registro de IBX de los cuatro beneficiarios no correspondía, debido a que:

- En los cuatro casos, los beneficiarios presentaron un documento de identidad con año de nacimiento diferente al documento presentado para el pago del Bolivida o Bonosol.
- Los beneficiarios no contaban con sesenta y cinco (65) años al momento de realizar el cobro de Bolivida.

Ahora bien, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** al procesar los cuatro casos como cobros en exceso, ocasionó un daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva, al haber solicitado la habilitación del pago de los cuatro beneficiarios que cobraron Bolivida antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad, sin realizar la evaluación respectiva.

Por pertinente, se menciona el precedente administrativo que consta en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de fecha 18 de enero de 2010, el que en lo pertinente señala:

> "…*De la documentación cursante se constata que en los tres pagos de BOLIVIDA correspondientes a Feliciano Ramos Quiroz, Leonardo Puma Gonzales y Andrea Mamani Calle, la fecha de nacimiento registrada en el documento de identidad es diferente aquella inserta en el documento presentado en el reclamo de Cobro en Exceso, situación que contraviene lo determinado por la Resolución Administrativa 78 SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003, ya que la norma determina que no corresponde la devolución por cobro en exceso cuando se cuenta* ***con un documento de identidad con fecha de nacimiento diferente.***
>
> *Asimismo, la diferencia en fecha de nacimiento permite determinar a su vez que los Beneficiarios habrían cobrado dicho beneficio antes de los 65 años, situación que induce a considerar que ninguno de estos Beneficiarios contaba con la edad mínima de 65 años, exigida por el artículo 1° de la Ley 2427 de 28 de noviembre de 2002, situación confirmada en las tres Resoluciones Administrativas de Suspensión de derecho de cobro del BOLIVIDA, remitidas por la Autoridad Fiscalizadora a esta instancia jerárquica.*

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

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

En definitiva, resulta evidente que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** incumplió lo establecido en la normativa vigente y ocasionó daño al Fondo de Capitalización Colectiva, no siendo admisibles los descargos ni alegatos por ella presentados.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 445-2011 de 25 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 284-2011 de 7 de septiembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 463-2011 DE 5 DE DICIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 024/2012 DE 11 DE MAYO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2012

La Paz, 11 de mayo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 463-2011 de 5 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS /DJ/DS/Nº 344-2011 de 4 de octubre de 2011, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 006/2012 de 06 de marzo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 035/2012 de 20 de marzo de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de diciembre de 2011, Jorge Mauricio Álvarez Pol en representación legal de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 673/04, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nª 101 del distrito judicial La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 463--2011 de 5 de diciembre de

2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS /DJ/DS/Nº 344-2011 de 4 de octubre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 9 de enero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mismo que fue notificado el 16 de enero de 2011.

Que, mediante Auto de fecha 11 de enero de 2011, se hizo un llamamiento al tercer interesado Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas –SEDEM, para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, el 2 de abril de 2012, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DS/2646/2011, notificó a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido la entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

- ***Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nª 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° M0001145, conforme los términos de la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.*
- ***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber dado curso al requerimiento de este Órgano de Fiscalización contenido en la carta APS/DS/508/2011 de 05 de mayo de 2011, respecto a la presentación de informe sobre la constitución de la reserva y la remisión de la documentación respaldatoria del siniestro correspondiente a la Póliza M0001145, cuyo beneficiario es la Empresa de Papeles de Bolivia - PAPELBOL*

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyera útil para ejercitar su legitimo derecho a la defensa."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 20 de septiembre de 2011, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mediante CITE.PRES. LP-779.09/2011, presentó descargos refiriendo lo siguiente:

Con relación al Punto 1.

Esa Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (en adelante APS) señala que existiría "Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, "por no haber cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° M0001145, conforme los términos de la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas." (El resaltado es nuestro).

En principio se debe hacer mención a que la APS no señala expresamente cual el plazo supuestamente incumplido ni refiere en que norma se basa para notificar cargos con relación a un supuesto incumplimiento de plazo para la ejecución de una Póliza de Seguro, regulada por el Código de Comercio con un régimen propio en cuanto a las acciones que corresponden a las partes. En este sentido la imputación de este cargo es imprecisa, ya que no se mencionan las actuaciones preliminares necesarias para identificar los hechos que darían origen al inicio el proceso sancionador, puesto que en el presente caso se debería mencionar cual el plazo incumplido e identificarse la supuesta conducta incumplidora.

El inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros que utiliza la APS, establece:

Artículo 12.- (Obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras). Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:

a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista:" (Las negrillas y subrayado son nuestros).

Al respecto debemos ser claros y enfáticos al señalar que no existe incumplimiento al Artículo 12, inciso a), de la Ley de Seguros, más al contrario nuestra conducta ha sido siempre la de apegarnos al cumplimiento estricto de las normas y regulaciones aplicables, como el artículo 12, literales a), c), f), y artículo 13, Inciso c), de la Ley de Seguros; Artículos 979, 982, 1006, 1025, 1027, 1028, 1031 y 1033, entre otros, relativos al contrato de seguro del Código de Comercio, así como a sus artículos 803, 805, 809, 912, 913, 916, 917 y 922, relativos a los contratos en general, contratos de fianza y de suministros, también del Código de Comercio; hemos cumplido normas regulatorias como la Resolución Administrativa IS N° 731 y las cláusulas de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° MO001145 y cláusula decimonovena del Contrato de Suministro; así como los artículos 3 y 4 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, tal como pasamos a demostrar a continuación:

1. En fecha 11 de septiembre de 2007, se emitió la Resolución Administrativa IS/N° 731 mediante la cual se aprueban los Textos Únicos de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas, Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros para Entidades Públicas, Póliza de Garantía de

buena Ejecución de Obra para Entidades Públicas, y Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas.

2.Entre las cláusulas que se aprobaron en la Resolución Administrativa antes mencionada, se encuentran dos cláusulas de ejecución a ser aplicadas en forma EXCLUYENTE; la CLÁUSULA DE EJECUCION INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PÚBLICAS y la CLÁUSULA DE EJECUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO PARA ENTIDADES PÚBLICAS.

3.En cumplimiento a dicha Resolución Administrativa 731 (RA 731), nuestra compañía aseguradora sometió ante el órgano regulador, la aprobación del condicionado de nuestro Producto "Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros para Entidades Públicas" en la que se adopta en las condiciones particulares a la cláusula de ejecución inmediata condicional, aprobación que nos fue conferida con el código 101-922511-2007 11 252, mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/947 de 9 de noviembre de 2007, emitida por el órgano regulador de ese entonces la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. Es decir que nuestra compañía dio cumplimiento estricto a lo señalado en la Resolución Administrativa IS/Nº 731.

4.La empresa pública PAPELES DE BOLIVIA (PAPELBOL) y la empresa brasilera D'ANDREA AGROIMPORT (D'ANDREA), luego de un proceso de invitación directa realizado por el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, suscribieron el Contrato Nº 0.01/2008 de fecha 7 de enero de 2008, para la provisión e instalación de maquinaria necesaria para una planta de fabricación de papel de escritura e impresión, papel prensa y papel kraft, contratación que fue homologada por el Ministerio de Hacienda mediante Nota MH/VPC/DGSAG/USE/Nº2040/2007 de 28 de noviembre de 2007. El precio acordado en este contrato es de US$ 13.571.010,00.

Por este Contrato Nº 0.01/2008 (en adelante el Contrato de Suministro) D'ANDREA asumió la obligación de proveer e instalar la maquinaria necesaria para una planta de fabricación de papel de escritura e impresión, papel prensa y papel kraft, sin ser de su responsabilidad la ejecución de las obras civiles y/o construcciones requeridas para la instalación de la maquinaria. Estas obras civiles estaban a cargo de un tercero que debía ser designado (se entiende contratado) por PAPELBOL, de acuerdo al Objeto del Contrato de Suministro (cláusula tercera) que fue caucionado por nuestra Compañía.

En su cláusula DECIMO (sic) NOVENA las partes acordaron que las controversias que pudieran emerger del contrato, sean sometidas a un proceso arbitral, tal como se observa a continuación:

"CLÁUSULA DECIMO (sic) NOVENA.- (SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS)

***19.1**.En caso de surgir controversias entre el COMPRADOR y el PROVEEDOR, las partes están facultades para acudir a un proceso arbitral, conforme las siguientes reglas iniciales de procedimiento.*

***19.2**.El Arbitraje será administrado por el Centro de Conciliación y arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba y las partes hacen protesta específica de*

acogerse a todas las normas que para tal efecto tuviera tal institución, así como a la Ley 1770.

19.3 *El Tribunal Arbitral estará constituido por tres árbitros nominados conforme las normas pertinentes de la entidad administradora.*

19.4 *El laudo Arbitral deberá ser dictado en Derecho, de tal suerte que los árbitros deben única y exclusivamente remitirse al texto del contrato y las normas legales que pudieran resultar pertinentes.*

19.5*Las partes renuncian anticipadamente a interponer cualesquier recurso contra el Laudo Arbitral, manifestando su voluntad de cumplir a cabalidad.*

19.6 *Las costas del procedimiento serán asumidas por las partes, respetando para ello las disposiciones administrativas de la entidad administradora del proceso arbitral. En el caso de que alguna de las partes no asumiera la cuota parte de los gastos del tramite arbitral, la otra parte podrá voluntariamente asumirlos, debiendo el Tribunal Arbitral, incluir tal monto dentro el genérico de costas, a observar en el Laudo Arbitral."*

Es decir que PAPELBOL, de conformidad al artículo 3 de la Ley de Conciliación y Arbitraje se sometió al proceso de solución de controversias legalmente reconocido y establecido en la legislación boliviana como es el arbitraje, sometimiento ejercitado en el ejercicio de su libre arbitrio sobre sus derechos disponibles, aspecto totalmente válido y permitido también para personas que actúan en la esfera del derecho público como PAPELBOL, ya que las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de derecho público son partes interesadas, pueden ser sometidas a este proceso arbitral, de conformidad al artículo 4 de la referida Ley de Arbitraje, que en su parágrafo II claramente señala que:

"...el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público tienen plena capacidad para someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional, dentro o fuera del territorio nacional, sin necesidad de autorización previa."

5. Dentro de ese marco contractual D'ANDREA contrató la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros signada con el Nº MO001145 (Póliza de Garantía Nº M0001145) para garantizar el pago del 7% del monto total del contrato. Esta Póliza fue emitida en fecha 23 de abril de 2008, dentro de los alcances de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, adoptándose la modalidad de ***Ejecución Inmediata Condicional****, con nuestra compañía La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., por la cual asumimos la condición de fiador de D'ANDREA y PAPELBOL asume la obligación de beneficiario. En virtud al D.S. 590, el Servicio de Desarrollo de las Empresas Publicas (SEDEM) se subrogó los derechos y obligaciones emergentes del Contrato de Suministro Nº 0.01/2008.*

6. La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros Nº MO001145 claramente se emitió bajo la modalidad de Ejecución Inmediata ***Condicional*** *de conformidad a la Resolución Administrativa IS/Nº 731, estableciendo como requisito para*

efectivizar la garantía, la determinación del incumplimiento. Así lo define la Cláusula 3 de la Póliza de Garantía Nº M0001145 que señala:

"El Fiador garantiza el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta (sic) Póliza, ***como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Suministros, por causas imputables al Afianzado****. Dicho contrato de suministros forma parte indivisible de la presente póliza."*

7. Tanto D'ANDREA como PAPELBOL acordaron que las controversias, entre ellas la declaración de incumplimiento del contrato caucionado, no sea librada a la decisión unilateral de alguna de las partes, sino que se obligaron a subordinar tal determinación a un tribunal arbitral, por ello la Cláusula 9 (Ejecución de la Garantía) de las Condiciones Generales de la Póliza establece:

"Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el contrato principal y a lo establecido en las cláusulas y/o anexos de la presente póliza adjuntos a la misma que alternativamente y en forma excluyente pueden ser:

- *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional.*
- *Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento."*

La Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas señala:

"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que esta es IRREVOCABLE, DE EJECUCION INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.

En este entendido, ***en caso de incumplimiento****, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*

La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y ***según lo establece el Procedimiento Administrativo)****."*

La expresión ***"en caso de incumplimiento",*** *en el segundo párrafo de esta cláusula, se enfoca claramente en sentido que una vez que la divergencia respecto al supuesto incumplimiento ha sido resuelta atribuyéndose al Afianzado la responsabilidad, el Fiador deberá indemnizar al Beneficiario por dicho incumplimiento. Como explicamos, esta*

imputación de responsabilidad debe ser realizada por un tercero imparcial, cual es el tribunal arbitral al que hace referencia el contrato.

Debe quedar claro que la ejecución de la póliza es un evento sujeto a la demostración del incumplimiento, ya que nuestra Póliza es de ejecución inmediata CONDICIONAL, es decir sujeta a una condición. En ese sentido y contando con esa previa declaración de incumplimiento de la autoridad arbitral acordada para ese efecto, esa decisión final, en caso que sea declarando imputable al afianzado, debe plasmarse en una Resolución Administrativa emitida y firmada por la MAE, de acuerdo a las normas aplicables de la materia.

8.En virtud a ese marco, la Resolución Administrativa del SEDEM SEDEM/GG/N0 033/2010 no cumple con uno de los requisitos fundamentales de los actos administrativos, como es la competencia, ya que para que dicha Resolución Administrativa cumpla con las disposiciones de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, la Autoridad que la firmó debió estar necesariamente investida para declarar el incumplimiento y plasmarlo en dicho acto administrativo, conforme lo requiere el Art. 28 de la Ley 2341, citado a continuación:

ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos,' y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Art. 5 de la Ley 2341, establece que la competencia únicamente deviene de la CPE, las Leyes, los Decretos Supremos.

"ARTICULO 5°.- (Competencia).-

I.** Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste **emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

II La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y solo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente Ley."

En el presente caso el único órgano para declarar el incumplimiento del contrato suscrito entre PAPELBOL y D'ANDREA es un tribunal arbitral, por expreso acuerdo y consentimiento de las partes plasmado en el contrato que tiene fuerza de Ley, al amparo de la Ley Nº 1770 de Arbitraje y Conciliación. En ese sentido lo que le corresponde al SEDEM es proceder a emitir una Resolución Administrativa basada y apoyada en la resolución previa de incumplimiento, que es precisamente el requisito necesario para la ejecución de la póliza, cuando se refiere en la Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas, que se presente el documento "original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento", como documento de mayor jerarquía citado en las Condiciones Particulares.

9.Todos los contratos son acuerdos voluntarios con efectos obligatorios entre las partes que los suscriben, calidad que se subraya más aun los contratos que suscribe el Estado boliviano, de ahí que se señale que los contratos tienen fuerza de Ley para las personas que han participado en ellos, y nosotros como participantes accesorios, debemos observar y cumplir con las obligaciones asumidas, dentro del ámbito contractual y legal que nos corresponde asumir y en ese marco de acuerdo al postulado jurídico aplicable a todas las relaciones jurídicas entre personas naturales y jurídicas, los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a los actos que son idóneos para producirlos. En el presente caso no se puede ejecutar la garantía, si no se determina el incumplimiento de conformidad y observancia a los términos y condiciones del contrato caucionado, sus cláusulas y demás documentos que forman parte de la misma.

10.No se debe olvidar que nuestra Compañía debe resguardar sus derechos y en el eventual caso de pago de la indemnización, una vez que se haya cumplido con todos los requisitos previos, ejercitara las acciones de repetición en contra del afianzado, situación en la cual deberemos demostrar claramente el incumplimiento del contrato caucionado, situación que en el presente caso no existe toda vez que no se ha declarado el incumplimiento del contrato tal como se acordó entre las partes, aspecto que incluso podría determinar la pérdida de nuestro derecho de repetición, ya que el Artículo 916 del Código de Comercio, que claramente estable (sic) que:

"El deudor no está obligado a abonar, al fiador las sumas que hubiere pagado por aquél, si conociendo la existencia de alguna excepción que oponer a la acción del acreedor, no la hubiere opuesto."

Tampoco debe olvidarse que es obligación del acreedor (en este caso el SEDEM) mantener sus derechos contra el deudor, con el objeto de poder subrogarlos al fiador (nuestra compañía) para que podamos repetir contra el deudor, de conformidad a la cláusula 11 de la Póliza y al Artículo 912 del Código de Comercio que menciona:

"Es obligación del acreedor mantener sus derecho contra el deudor, con el objeto de poder subrogarlos al fiador para que éste, a su vez, pueda repetir contra el deudor."

11. Por otra parte, de acuerdo al precepto constitucional referido a que "en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que estas no prohíban", bajo ninguna circunstancia es

admisible que se pretenda violar derechos constitucionales de nuestra compañía, pretendiendo forzarnos al pago de la póliza de caución CONDICIONAL, sin la existencia previa de la declaración de incumplimiento del contrato caucionado, cuando precisamente en el contrato se ha establecido el mecanismo y autoridad que debe declarar dicho incumplimiento, afectando claramente nuestro derecho de subrogación ya que el afianzado simplemente demostrará habernos advertido respecto a la falta de cumplimiento del contrato.

12. De acuerdo al Código de Comercio Art. 979, el asegurador debe indemnizar un daño al producirse la eventualidad prevista.

*"Art. 979.- (CONCEPTO). Por el contrato de seguro el asegurador se obliga a **indemnizar un daño** o a cumplir la prestación convenida **al producirse la eventualidad prevista** y el asegurado o tomador, a pagar la primera. En el contrato de seguro el asegurador será, necesariamente, una empresa autorizada al efecto (...)"*

En el caso que nos ocupa, la eventualidad prevista o riesgo asegurado, es el incumplimiento del Contrato de Suministros y este incumplimiento debe ser demostrado bajo los mecanismos acordados por las Partes en el mismo Contrato de Suministros y los documentos que forman parte de él.

13.En ese sentido y en cumplimiento al mandato constitucional plasmado en el parágrafo VI del Artículo 14 de nuestra Constitución Política del Estado, entendemos que las leyes bolivianas se deben aplicar a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano, no siendo posible actuar fuera del marco legal y contractual, por lo que es nuestro deber y, por cierto, del propio SEDEM, ajustamos claramente al ordenamiento jurídico y a los instrumentos contractuales que constituyen ley entre las partes de acuerdo al Artículo 519 del Código Civil, siendo inconcebible que se pretenda fijar plazos de manera por demás injustificada y arbitraria, sin antes realizar un análisis y alcance de los aspectos jurídicos de la relación contractual existente, y mucho menos cuando se está sobrepasando contratos como lo son el Contrato 01./2008 y la Póliza MO001145.

14. Se debe recordar que los seguros de caución o seguros de cumplimiento o de garantía, como se los denomina en otras legislaciones, tienen por objeto asegurar el pago de una indemnización emergente del incumplimiento por parte del tomador del seguro, de un contrato suscrito con un tercero al cual beneficia la póliza. Es así que el Asegurador que emite un seguro de caución se constituye en garante de tomador del seguro y en virtud a este contrato de seguro, está obligado al pago de la indemnización acordada, sujeto a ciertos términos y condiciones y en caso que se verifique el incumplimiento del asegurado. En este contexto, el requisito esencial para activar la cobertura de una póliza de cumplimiento de contrato es la existencia de una determinación de incumplimiento, determinación que puede estar a cargo de una de las partes en caso de existir cláusula resolutoria en el contrato caucionado o dejarse a cargo de una autoridad u órgano competente ó como en el caso que nos ocupa, a la determinación de una instancia arbitral.

15.Los estándares internacionales básicos para este tipo de fianzas se encuentran plasmados en el Artículo 20 de las Reglas Uniformes de Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Intencional, que establece que todo requerimiento de pago según los términos de la garantía, será hecho por escrito y documentado con una declaración escrita que especifique que el ordenante ***ha faltado a sus obligaciones contratadas,*** *aspecto que en el presente caso no se ha determinado por la autoridad arbitral, de acuerdo a lo convenido entre partes y al contrario, existen comunicaciones del afianzado enviadas al SEDEM, por las cuales señala que no existieron incumplimientos.*

Finalmente, en base a esos antecedentes se puede fácilmente colegir que no existe bajo ninguna circunstancia INCUMPLIMIENTO CON EL PLAZO DE EJECUCION DE LA PÓLIZA DE GARANTIA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE SUMINISTRO con cláusula de Ejecución Inmediata CONDICIONAL Nº MO001145 como refiere la APS, puesto que queda claro que nuestra Compañía, al amparo del Artículo 1031 del Código de Comercio, requirió reiteradamente la declaración de incumplimiento emitido por un tribunal arbitral (único órgano competente para declarar el incumplimiento), documento que hasta la fecha continuamos esperando. No se debe olvidar que el plazo para pronunciarse sobre el siniestro aun no ha empezado a correr y mucho menos el plazo para el pago de la indemnización, al amparo de la Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades púbicas de la Póliza, ya que el plazo para pronunciarse empieza a correr desde que el beneficiario cumple con la presentación de la documentación que refleja el incumplimiento del afianzado (situación que hasta la fecha no se dio) y el plazo para el pago empieza a computarse a partir del momento en que nuestra compañía comunique la aceptación del reclamo al beneficiario.

Con relación al Numeral 2

En el siguiente cargo, la APS señala que no habríamos "dado curso al requerimiento de este Órgano de Fiscalización contenido en la carta APS/DS/508/2011 de 05 de mayo de 2011 de 05 de mayo de 2011 (sic), respecto a la presentación de informe sobre la constitución de la reserva y la remisión de la documentación respaldatoria del siniestro correspondiente a la Póliza MO001145, cuyo beneficiario es la Empresa de Papeles de Bolivia - PAPELBOL"

En principio se debe establecer la disposición supuestamente vulnerada y en ese sentido, el inciso j) del Artículo 12 de la Ley de Seguros establece:-

"Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero.

Como se puede observar y de una revisión a la Nota APS/DS/508/2011 de 5 de mayo de 2011, se puede evidenciar que la misma no contiene ningún requerimiento fundamentado para la solicitud de la información que se requirió, no obstante en ningún momento nuestra compañía "no dio curso al requerimiento", como menciona la APS, toda vez que mediante Nota PRES. 345.05.2011 de 6 de mayo de 2011 se respondió a

cabalidad, al día siguiente de recibida la carta del regulador, es decir incluso observando el plazo fijado por la APS, totalmente inadecuado por su escaso margen de 24 horas.

En nuestra nota fuimos muy claros en otorgar la información requerida por la APS con relación a los puntos referidos, tal como se puede observar en la misma. Tal es así que ante nuestra respuesta el órgano regulador no requirió mayor información o aclaración alguna, mas al contrario, mediante Resolución Administrativa/APS/DJ/DS/DTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011, se nos instruyó remitir a la APS constancia documentaria que acredite la constitución de la reserva técnica del siniestro neto de reaseguro, correspondiente a la Póliza Nº M0001145 y una reserva técnica de seguros - especiales (sin fundamento, ni argumento legal para ello) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza MO001145, así como se instruyó la remisión de documentación contable.

Esta Resolución Administrativa emitida en atención a la denuncia que habría presentado el Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas -SEDEM (denuncia que nunca se nos hizo conocer) también fue cumplida por nuestra compañía, sin que ello haya implicado nuestro consentimiento o aceptación a la misma, tal como se puede acreditar mediante Nota PRES.702.08.2011 de 26 de agosto de 2011.

Por todo lo expuesto, en (sic) se puede evidenciar que en ningún momento nuestra Compañía no dio curso a la nota APS/DS/508/2011 emitida por la APS, mas al contrario la misma fue atendida oportunamente, así como se atendió también los nuevos requerimientos que nos hizo llegar el regulador.

Por todo lo expuesto y en conclusión, se evidencia que los cargos imputados son imprecisos y no existieron infracciones a los incisos a) ni j) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, como señala la APS en su Notificación de Cargos, por lo que no corresponde la imposición de sanción alguna a nuestra compañía."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 344-2011 DE 4 DE OCTUBRE DE 2011.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 344-2011 de 4 de octubre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…PRIMERO.- SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS *con una multa de 60.000,00 UFV's (Sesenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda, por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa.*

SEGUNDO.- SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS *con una, multa de 20.000,00 UFV's Veinte Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa.*

TERCERO.- *Las multas impuestas deberán ser depositadas en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

CUARTO.- LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve tercero, copia de las boletas de depósito que acrediten el cumplimiento de las sanciones.*

QUINTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía debiendo remitirse a este Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio".*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 8 de noviembre de 2011, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa PS/DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de octubre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS DJ/DS/N° 463-2011 DE 5 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 463-2011 de 5 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de octubre de 2011.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo

En relación al cargo N° 1.-

Carencia de Causa.- *La entidad recurrente alega que "La APS incurre en un error de concepción cuando sanciona la no ejecución de una garantía contractual prescindiendo de las disposiciones del contrato caucionado", omitiendo referirse que la causa del acto administrativo, como elemento esencial, no es otra cosa que las razones o motivos de hecho y de derecho que impulsan a la administración a emitir pronunciamiento sobre temas de su competencia.*

Que las razones de hecho fueron ampliamente desarrolladas, en la Resolución hoy impugnada, por lo que haber "prescindido de las disposiciones del contrato caucionado" no responde a un capricho de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sino al límite que la propia ley impone a su competencia. Por otro lado, las razones de derecho también se encuentran plasmadas en el acto administrativo impugnado, constituyendo su base los Textos Únicos, Uniformes y de Pago al Contado y muy especialmente el contenido de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional,

documentos que fueron aprobados por la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y que al no haber merecido impugnación por ninguna entidad aseguradora se encuentran firmes y subsistentes, constituyendo prueba de ello el registro realizado por ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *ante la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con el objeto de proceder a su comercialización.*

Que lo expresado precedentemente deja entrever que la Resolución Administrativa N° 344-2011 cumple con todos los requisitos esenciales del acto administrativo, dispuestos por el artículo 28 de la ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, y la causa ha sido ampliamente desarrollada con los motivos de hecho y el sustento de derecho.

Que por otra parte ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *no solo por su calidad de profesional en la industria del seguro sino porque conoce perfectamente los términos estipulados en el Contrato, no puede abstraerse del contenido de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, que como ya fue expresado en la resolución sancionatoria, tiene prevalencia sobre el contrato principal, sobre el condicionado general y aún sobre el condicionado particular cuando señala:*

"(...) en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizara al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en ***las*** *Condiciones Particulares,* ***EN FORMA INMEDIATA Y A MAS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DIAS*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.***

La ejecución de la póliza, no estará sujeta A NINGUNA OTRA CONDICIÓN que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) (...)".

Que la redacción de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional es muy clara:

1. *La indemnización procede de forma inmediata o a más tardar dentro de los 15 días.*

2. *La Entidad Aseguradora no puede esperar que mediante un acto judicial se le pida el cumplimiento de la prestación; como tampoco puede esperar que mediante un acto extrajudicial, como son los emitidos por un tribunal arbitral, se les pida el cumplimiento de la obligación asumida. (sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial) (sic)*

3. *La única condición a la que está sometida la ejecución de la póliza, es la declaración de incumplimiento plasmada en una Resolución Administrativa (documento de mayor jerarquía* ***A NIVEL EJECUTIVO DEL ESTADO)*** *firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).*

Que es cierto y evidente que el contrato N° 001/2008 suscrito entre PAPELBOL y D'ANDREA contiene una cláusula que establece el procedimiento para la solución de controversias que pudieran surgir en la ejecución del contrato principal, sin embargo debe anotarse que las controversias pueden suscitarse por muchos motivos que ligan o relacionan únicamente a las partes que han concurrido a la formación del contrato.

Que cosa diferente es el contrato de seguro que vincula a la Entidad Aseguradora, al tomador y al beneficiario, mismo que contiene de manera expresa el procedimiento que la Compañía de Seguros debe observar para la ejecución de la Póliza, (en este caso la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional) por ello el artículo 14 del Condicionado General de la Póliza en ***cuestión, determina que "el arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".***

Que debe asimismo dejarse establecido que esta Autoridad de Fiscalización entiende, contrario sensu lo aseverado por el recurrente, que el vocablo "CONDICIONAL" está referido a la condición de demostración de incumplimiento del contrato, pero no a través de un proceso arbitral que concluya con un laudo que así lo declare, sino a la declaración de incumplimiento plasmada en una Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad Estatal, como lo determina la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional al mencionar que: "la ejecución de la póliza, no estará sujeta a ***NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUIA, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MAXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA (MAE)".***

Que precisamente por ello la cláusula 9 del Condicionado General de la Póliza señala, con meridiana claridad, que: "Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, ***serán de entera responsabilidad del Funcionario Público ante el Fiador y ante las Autoridades competentes, por tanto LOS ACTOS O HECHOS QUE DERIVEN EN LA EJECUCIÓN "INCONSISTENTE" O "INCORRECTA" DE LA PRESENTE PÓLIZA, SERAN SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES LEGALES RESPECTIVAS".***

Que lo mencionado en el párrafo que antecede responde a la pregunta del recurrente cuando- señala: que ocurriría si supondríamos que D'Andrea sí cumplió con sus obligaciones de acuerdo al contrato principal, podría en este escenario Papelbol reclamar la ejecución?. Y la respuesta es que sí, sí podría pero bajo su entera responsabilidad.

Incumplimiento de la APS para Declarar el Incumplimiento del Contrato Principal

Que la Entidad Recurrente al aseverar que con la emisión de la Resolución Sancionatoria, la APS: "1. Asume que D'Andrea ha incumplido el Contrato principal, sin tener una declaración al respecto y ii) usurpa las competencias que las partes confirieron al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba.

Que debe dejarse claramente establecido que la APS en ningún momento emitió pronunciamiento sobre si D'Andrea cumplió o incumplió el contrato principal, puesto que el análisis y conclusiones sobre el contenido del mismo corresponde a otra instancia, tan evidente es lo aseverado que el propio Recurrente lo reconoce cuando menciona en la página 3 del memorial de revocatoria que: "la APS admite repetidas veces que "el contrato Principal y las divergencias que de él puedan surgir entre las partes contratantes no están bajo su competencia" y estamos de acuerdo (...)", este hecho es más que suficiente para desvirtuar lo alegado por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.

Que respecto a que la APS "usurpa las competencias que las partes confirieron al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba", tampoco es evidente, la entidad aseguradora nuevamente se enmarca en aspectos contemplados en el contrato principal y no hace un análisis del contrato de Seguros y su contenido, documento que si debería evaluar a efectos de proceder con lo que corresponde.

Que es necesario reiterar en este punto lo señalado por la Cláusula 14 del Condicionado General que establece: "Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza serán resueltas en única e inapelable instancia por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770. El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva", lo que significa que ni aun (sic) estando en curso un proceso arbitral, la Aseguradora puede dejar de ejecutar una Póliza con Cláusula de Ejecución Condicional para Entidades Públicas.

Infracción al Principio de Verdad Material

Que el recurrente también alega que la APS no buscó la verdad material en la relación contractual entre el SEDEM y D'ANDREA.

Que al respecto debe manifestarse que es lógico que la APS no busque la verdad material de la relación contractual por cuanto, como se mencionó anteriormente, no está bajo su competencia; lo que si constató, y que se traduce en verdad material, es que los requisitos exigidos para la ejecución de la Póliza con Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional se hayan cumplido.

Que en este entendido se verificó que mediante Resolución Administrativa N° SEDEM/GG/N° 033/2010 de 14 de octubre de 2010, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la entidad declaró el incumplimiento del contrato suscrito entre Papelbol y D'Andrea, si con la emisión de la resolución administrativa se había dado cumplimiento a la única condición exigible para la ejecución de la póliza, cabe preguntarse: ¿la APS tenía la obligación de buscar alguna otra verdad material? Y la respuesta lógica es que no, la ejecución de la póliza no está sujeta a ninguna otra condición que no sea la emisión de la Resolución Administrativa que declare el incumplimiento.

Infracción al Principio de Inocencia

Que el recurrente alega que la APS desaprensivamente asume que existió incumplimiento de parte de D'Andrea y sobre dicha presunción sanciona administrativamente a nuestra Empresa en forma totalmente injusta.

Que nuevamente ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *afirma que la APS ha determinado que D'Andrea ha incumplido con el contrato principal aspecto que, como ya fue expresado, contradice su propia aseveración de que la APS admitió varias veces que el contrato principal y las divergencias que de él puedan surgir entre las partes contratantes no están bajo su competencia.*

Que con relación a la consulta de que "¿ en que quedarían las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria, si el proceso arbitral entre las partes del Contrato principal adjudica responsabilidades compartidas o declara el incumplimiento por parte de PAPELBOL" (sic), la respuesta es que la sanción se mantendría incólume por cuanto este Órgano de Fiscalización ha verificado que la Entidad Aseguradora incumplió con la prestación debida, es decir no observó que el único requisito exigido por la cláusula de ejecución inmediata condicional de la póliza M0001154 lo constituye la Resolución Administrativa que declara el incumplimiento, aspecto que fue atendido a cabalidad por la entidad beneficiaria.

Que no debe olvidarse que la función sancionatoria de la APS se despliega cuando se verifica que las entidades bajo su regulación han contravenido las normas del ordenamiento jurídico administrativo, por tanto si el proceso arbitral adjudica responsabilidades compartidas o declara el incumplimiento de Papelbol, la empresa cuenta con los medios legales para hacer efectivo el resarcimiento de daños en los términos establecidos por la Cláusula 9 del Condicionado General de la Póliza M0001154 que determina responsabilidades para el Funcionario Público que haya emitido el actos que derive en la ejecución inconsistente o incorrecta de la póliza.

Infracción al Principio de legalidad

Que para responder este argumento debe analizarse el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 que señala lo siguiente: "Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir con la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista" y la cláusula de ejecución inmediata condicional que dice lo siguiente: "En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno la ejecución de la póliza, no estará sujeta a NINGUNA OTRA CONDICIÓN que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía, emitido y firmado por la máxima autoridad ejecutiva (MAE)"

Que tomando en cuenta lo establecido precedentemente, los términos de la prestación convenida y eventualidad prevista se refieren a lo siguiente:

- *Prestación Convenida.- El compromiso de ejecutar la póliza cuando una Resolución Administrativa firmada por la MAE declare el incumplimiento.*
- *Eventualidad Prevista.- En el contrato de seguros M0001145 la eventualidad prevista se refiere a la emisión de la Resolución Administrativa que declara el incumplimiento.*

*Que en este sentido **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** debió proceder con la ejecución de la póliza dentro de los 15 días siguientes (Prestación Convenida) de declarado el incumplimiento por la MAE a través de la emisión de la Resolución Administrativa (Eventualidad Prevista).*

Que finalmente y sobre el argumento esgrimido por la Entidad de que "la APS se apartó del principio de legalidad, cuando en la Resolución Sancionatoria realiza una aseveración inaceptable al decir; 'que la Regulación Especial, expresa y propia de los seguros de caución para entidades públicas se encuentra plasmada en los textos únicos, uniformes y de pago al contado, aprobados por la Resolución Administrativa IS 731/2007 y en la Ley de Seguros, en cuanto al registro, por tanto, el Código de Comercio no le es norma aplicable"

*Que la entidad Recurrente hace una cita aislada de lo expresado por la APS sobre el régimen legal aplicable a las cauciones para Entidades Estatales, la misma que en su, desarrollo expresó que la Compañía no consideró lo que determina el artículo 1° del Código de Comercio, cuando señala: **"En los casos no regulados expresamente,** se aplicarán **por analogía** las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil" (el resaltado corresponde a la APS).*

Que en el presente caso, los seguros de caución para entidades públicas se encuentran expresamente regulados por la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, norma que establece claramente, mediante las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional y a Primer Requerimiento, los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de las pólizas, por lo que en cumplimiento a la disposición contenida en el artículo 1° del citado cuerpo legal, las normas del Código de Comercio que reglan: la solicitud de documentación y los plazos para pronunciarse sobre el siniestro y el pago de la indemnización, invocados por el recurrente, no pueden ser aplicados por analogía.

En relación al cargo N° 2.-

Infracción al Principio de Legalidad

Que con respecto a este cargo se alega que el requerimiento de información no fue fundamentado, en violación de un requerimiento legal establecido por la Ley de Seguros que establece que el mismo debe ser fundamentado.

Que a este respecto se reitera y se vuelve al argumento desarrollado en la Resolución impugnada cuando se mencionó: "(...) dando curso a las notas cursadas por el SEDEM la APS mediante carta CITE:APS/IDS/508/2011 de 05 de mayo de 2011, solicitó a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. que en el plazo de veinticuatro (24) horas remita: i) informe sobre la constitución de la reserva y presente documentación de respaldo por el siniestro correspondiente a la póliza M0001145 de cumplimiento de contrato cuyo

beneficiario es la Empresa de Papeles de Bolivia - PAPELBOL; y ii) informe y presente documentación que sustente las razones por las cuales no dio cumplimiento al procedimiento y plazo establecido en la póliza, conforme el registro de texto único, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 731/07 de 11 de septiembre de 2007.

Que la carta mencionada indudablemente contiene, aunque de forma sucinta, el fundamento de la solicitud, debiéndose recordar que en la teoría de la argumentación jurídica se distingue entre razones explicativas y razones justificativas. Así, parafraseando a Carlos Nino (NINO, Carlos Santiago "La Validez del Derecho", Buenos Aires, ASTREA 1985, pág. 126) las razones explicativas están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones; se trata de una combinación de creencias y deseos; en cambio las razones justificativas u objetivas no sirven para entender por qué se realizó determinada acción, sino para valorarla.

Que aplicando ambas razones, tendremos que la presente Resolución Administrativa responde a la razón explicativa, es decir responde a las razones de las razones; pues se trata de un ***acto*** *administrativo definitivo (Resolución); mientras que la carta CITE: APS/DS/508/2011 de 05 de mayo de 2011* ***(actuación*** *de mero trámite) responde a las razones justificativas, es decir solicita los informes y documentación para valorar la pertinencia del reclamo presentado y su procedencia, por ello el fundamento contenido en la misma es suficiente; prima el sentido cualitativo; se enmarca en la incorporación de datos necesarios para que resulte entendible a cualquier persona. Debiendo dejarse claramente establecido que la motivación no se mide por la extensión del texto sino por la calidad y claridad de su contenido.*

Que de la lectura de la carta PRES.345.05.2011 de 6 de mayo de 2011 se establece lo siguiente:

a) Respecto a la solicitud de informe sobre la constitución de la reserva, la entidad responde que estas se enmarcan en todos los casos a las disposiciones legales contenidas en el artículo 14 del D.S. 25201, pero no remite la documentación que respalda la constitución de la reserva; tuvo la APS que emitir una Resolución Administrativa para que LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. remita la documentación solicitada.

Que dicha respuesta a más de recordar la norma que rige la constitución de las reservas, no puede ni debe considerarse como un informe, es más si la entidad creía que no había el suficiente tiempo para emitir el informe bastaba que adjunte la documentación contable que acredite el hecho.

b) Respecto a la solicitud. de presentación de documentos de respaldo por el siniestro correspondiente a la póliza M0001145 de cumplimiento de contrato cuyo beneficiario es la Empresa de Papeles de Bolivia - PAPELBOL; la entidad evadiendo la solicitud responde que "(...) tanto el asegurado como el beneficiario no han dado estricto cumplimiento a los términos y condiciones de nuestra póliza de garantía (...)", respuesta inatinente que no da curso a la solicitud.

c)Respecto a la solicitud de informe y presentación de documentación que sustente las razones por las cuales no dio cumplimiento al procedimiento y plazo establecido en la póliza, conforme el registro de texto único, aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 731/07 de 11 de septiembre de 2007.

La entidad responde que no está en condiciones de emitir criterio en cuanto a una eventual aceptación de responsabilidad y menos pago del reclamo mencionado, acotando además que: pareciera que ese despacho parte de la premisa falsa en cuanto a que el reclamo ha sido objeto de aceptación definitiva y compromiso de pago. Esa condición no se ha materializado por las razones expuestas y la amplia correspondencia intercambiada con el beneficiario y asegurado al respecto (…)' Respuesta completamente insatisfactoria, pues no contesta el requerimiento y menos adjunta la documentación sustentatoria".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 de diciembre de 2011, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS Nº 463-2011 de 5 de diciembre de 2011, argumentado lo siguiente:

"…IV. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO JERÁRQUICO

Dentro del plazo señalado por el Art. 53 del Decreto Supremo 27175, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 463-2011, que denegó el Recurso de Revocatoria presentado por la Empresa y confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 344-2011, con base en los argumentos que presentamos en las secciones siguientes de este memorial.

4.1. Ratificación de los Descargos presentados ante la Formulación de Cargos por parte de la APS

En primera instancia, corresponde expresar que no estamos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por la APS en respuesta a los descargos que hemos presentado para desvirtuar los cargos formulados en contra de nuestra Empresa. Consiguientemente, por el presente memorial: i) ratificamos in extenso las explicaciones proporcionadas por nuestra empresa; ii) las tenemos por no rebatidas por los argumentos que fundamentan la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 344-2011 y iii) solicitamos su valoración por parte de la Dirección de Recursos Jerárquicos del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, superior en grado que resolverá el presente Recurso Jerárquico.

Igualmente, consideramos que los argumentos presentados por nuestra empresa en la sustanciación del Recurso de Revocatoria no fueron adecuadamente valorados, por lo que: i) los ratificamos in extenso; ii) los tenemos por no rebatidos por los argumentos que fundamentan la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 463-2011 y iii) solicitamos su valoración por parte de la autoridad jerárquica superior en grado que resolverá el presente Recurso Jerárquico.

Una vez más, consideramos que podría resultar tedioso contra argumentar cada alegación realizada por la APS como sustento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 463-2011. Por este motivo, en la fundamentación del presente Recurso Jerárquico reiteraremos in extenso nuestros argumentos y, en lo conducente, realizaremos las explicaciones y aclaraciones que consideramos necesarias.

Este accionar no deberá ser entendido como la aceptación de ninguna de las aseveraciones realizadas por la APS como sustento de la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/N⁰ 344-2011 (también denominada en adelante "Resolución Sancionatoria") y/o de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 463-2011 (también denominada en adelante "Resolución Confirmatoria").

Finalmente hacemos notar que los argumentos aquí presentados son complementarios a los que ya presentamos en instancia de descargos y en el recurso de revocatoria.

En cuanto al Cargo N° 1

4.2. Ausencia de los Elementos Esenciales del Acto Administrativo

4.2.1. Carencia de Causa.

*Por mandato del Art. 28 de la Ley 2341 (Inc. b), todo acto administrativo debe "sustentarse en los **hechos y antecedentes que le sirvan de causa** y en el derecho aplicable."*

*La APS incurrió en un error conceptual cuando sancionó la no ejecución de una **garantía contractual** con prescindencia de las disposiciones del **contrato caucionado.** La ejecución de una garantía contractual siempre debe ser evaluada en el contexto de las disposiciones contractuales que le sirven de marco de referencia, la regulan y sustentan; más aún si, como en el caso presente, el Contrato Principal es el instrumento jurídico que ha motivado la emisión de la garantía contractual y gobierna la relación entre las partes.*

En nuestro criterio, la APS debió abstenerse de imponer sanciones hasta que no se diluciden (sic) la evidente controversia sobre el incumplimiento del Contrato Principal.

El Contrato de Seguro, contenido en la Póliza N° M00013455 (sic), es un contrato subsidiario al Contrato Principal. No existe de manera independiente. Si fuese considerado de manera independiente del Contrato Principal, el Contrato de Seguro carecería de sentido.

Para entender esta aseveración, vamos a suponer, por ejemplo, que D'Andrea si cumplió o si está cumpliendo con sus obligaciones bajo el Contrato Principal Podría, en este escenario, el SEDEM reclamar la ejecución de la póliza N°M00013455? (sic)

Naturalmente que no. Para la ejecución de la Póliza M00013455 (sic) es imprescindible verificar el incumplimiento de las obligaciones de D'Andrea (afianzado) bajo el Contrato Principal.

Como se ve, el Contrato de Seguro de Caución o Fianza únicamente tiene sentido cuando se lo considera a la luz de cuanto ocurre en la ejecución del Contrato Principal,

puesto que el contrato de seguro de fianza se equipara a una fianza, por la cual la aseguradora se constituye en fiador del tomador del seguro. Por lo explicado, es inadmisible que se considere que basta con que una de las partes en el Contrato Principal acuse el incumplimiento de la otra, como fundamento suficiente para ejecutar la Póliza Nº M00013455 (sic).

La verificación del incumplimiento de las obligaciones contractuales de D'Andrea bajo las estipulaciones del Contrato Principal es el hecho o antecedente necesario para disparar la ejecución de la Póliza Nº M00013455 (sic).

Para la ejecución de la Póliza Nº M00013455 (sic) es necesario que, en el marco de las disposiciones del Contrato Principal, el incumplimiento de dicho contrato sea primero demostrado por el SEDEM para que el mismo sea declarado por un Tribunal Arbitral con calidad de cosa juzgada. Solo entonces se podrá afirmar válidamente que D'Andrea incumplió sus obligaciones bajo el Contrato Principal. Y sólo entonces se podrá reclamar a nuestra Empresa el pago de la prestación convenida bajo la Póliza Nº M00013455 (sic). Este razonamiento está en línea con las disposiciones del Código de Comercio, que en su Art. 979, dispone:

"ARTICULO 979.- (Concepto). Por el contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida ***al producirse la eventualidad prevista*** *y el asegurado o tomador, a pagarla prima. [...]" En el caso que nos ocupa, el supuesto incumplimiento de la empresa D'Andrea no ha sido demostrado por el SEDEM ante el foro arbitral competente.*

En conclusión sobre este punto, la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria se apartan de las previsiones del Art. 28 de la Ley 2341 y no se sustentan en hechos y antecedentes que le sirvan de causa. Esto es: ***la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria carecen de causa****, por lo que deben ser revocadas. En las partes salientes de la fundamentación de la Resolución Confirmatoria, la APS explica que la Resolución Sancionatoria sí cumple con todos los requisitos esenciales del acto administrativo y justifica haber prescindido de las disposiciones del contrato caucionado porque aquello "escapa a su competencia".*

Sobre este aspecto, deseamos aclarar que nuestra Empresa no pidió a la APS que dirima o determine si es que existió o no incumplimiento del Contrato Principal, ya que al margen de las limitadas atribuciones conferidas por Ley a la APS, esta facultad fue conferida, contractualmente, por las partes, a un Tribunal Arbitral. Lo que nuestra Empresa reclama es que la APS sanciona la no ejecución de la póliza sin que se hubiese verificado la existencia o no del incumplimiento alegado por el SEDEM. Naturalmente, el incumplimiento del Contrato Principal no puede verificarse en las declaraciones unilaterales de una de las partes en el Contrato Principal.

El incumplimiento del Contrato Principal es, más bien una situación jurídica, una situación de derecho, que debe ser declarada por la instancia competente; en este caso, por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba.

En la Resolución Confirmatoria la APS sostiene que la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional tendría prevalencia sobre el Contrato Principal. ***No estamos de acuerdo con este argumento.*** *Una vez más, el Contrato de Seguro es un contrato subsidiario al Contrato Principal. Su ejecución solamente es posible si es que, en el marco de las disposiciones del Contrato Principal se obtiene una declaración de incumplimiento en firme.*

En la Resolución Confirmatoria, la APS ve la ejecución de la póliza como un acto escindido, independiente de lo que sucede en la ejecución obligaciones y derechos bajo el Contrato Principal. Esta percepción, errónea a nuestro juicio, deberá ser corregida y enmendada por el superior en grado que resuelva el presente Recurso Jerárquico.

En la fundamentación de la Resolución Confirmatoria, para rebatir nuestro argumento de Carencia de Causa, la APS cita el párrafo final de la Cláusula 14 del Condicionado General "El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento, ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva."

Sobre este particular, corresponde aclarar que la cita de esta previsión es impertinente al caso que nos ocupa, ***pues la misma se aplicaría únicamente de suscitarse una controversia sobre la naturaleza y alcance del Contrato de Seguro entre las partes del mismo.*** *Por mandato del Art. 987 del Código de Comercio, las partes en el Contrato de Seguro son únicamente nuestra Empresa y D'Andrea; el Estado es simplemente beneficiario de la póliza. El arbitraje al que hacemos referencia como necesario es el estipulado en la Cláusula Décimo Novena del Contrato Principal.*

Finalmente, creemos que la cláusula compromisoria estipulada en la Disposición Décimo Novena del Contrato Principal tiene como una de sus finalidades principales definir los aspectos relacionados al cumplimiento el Contrato Principal. Toda la fundamentación realizada por el SEDEM sobre la aplicación de la jurisdicción coactiva fiscal no logra que el SEDEM se sustraiga del texto del Contrato Principal que fue suscrito entre las partes y que fue la base para que nuestra empresa emita la Póliza de Caución, cuya ejecución se discute en el presente proceso.

Por cuanto explicamos en esta sección queda demostrado que ***la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria carecen de causa****, por lo que deben ser revocadas y dejadas sin efecto legal.*

4.2.2 Incompetencia de la APS PARA Declarar incumplimiento del Contrato Principal

Por el Contrato Principal, las Partes han decidido de qué manera solucionarán sus controversias. La controversia más discutida entre las partes ha estado relacionada con el incumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato Principal.
A este respecto, el Contrato Principal en su Cláusula Décimo Novena (Solución de Controversias), dispone:

"19.1 En caso de surgir controversias entre el Comprador y Proveedor*, las partes están facultadas para acudir a un proceso arbitral, conforme a las siguientes reglas iniciales de procedimiento.*

19.2 *El arbitraje será administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba y las partes hacen protesta específica de acogerse a todas las normas que para tal efecto tuviera tal institución, así como la Ley 1770.*
19.3 *El Tribunal Arbitral estará constituido por tres árbitros nominados conforme las normas pertinentes de la entidad administradora.*
19.4 El laudo arbitral deberá ser dictado en Derecho, de tal suerte que LOS ARBITROS DEBEN ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE REMITIRSE AL TEXTO DEL CONTRATO y las normas legales que pudieran resultar pertinentes.
19.5*.Las partes renuncian anticipadamente a interponer cualesquier recurso contra el Laudo Arbitral, manifestando su voluntad de cumplir a cabalidad.*
19.6*.Las costas [...]" (El resaltado y subrayado es nuestro)*

Como se ve, las partes en el Contrato Principal acordaron que cualquier controversia se solucionaría por arbitraje. Más aún, en la Sección 19.4 (citada líneas arriba) las partes acordaron que para dirimir sus controversias los árbitros ***"deben única y exclusivamente remitirse al texto del Contrato y las normas legales que pudieran resultar pertinentes".***

Con la emisión de la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria, la APS: i) está asumiendo que D'Andrea ha incumplido el Contrato Principal, sin que la instancia competente se hubiese pronunciado al respecto, y ii) tácitamente usurpa las competencias que las partes confirieron al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba.

Con este proceder, la APS vulnera el derecho de D'Andrea al debido proceso y a la presunción de inocencia consagrados en el texto constitucional vigente y demanda de nuestra Empresa la ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° M0001145, sin que dicho incumplimiento sea pronunciado por la Instancia Arbitral Competente.

Visto que con la emisión de la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria la APS usurpa las competencias conferidas al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba la misma incurre en una causal de nulidad y debe ser revocada.

En la fundamentación de la Resolución Confirmatoria en el punto referido a la "Incompetencia de la APS para Declarar incumplimiento del Contrato Principal", la APS nuevamente cita el párrafo final de la Cláusula 14 del Condicionado General "El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento, ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva." para alegar que nuestra empresa no puede dejar de ejecutar la Póliza de Caución aunque estuviese en curso un proceso arbitral.

A este respecto, corresponde reiterar que la cita de esta previsión es imprecisa e impertinente al caso que nos ocupa, pues la misma se aplicaría únicamente de suscitarse una controversia ***sobre la naturaleza y alcance del Contrato de Seguro entre las partes del mismo****. Por mandato del Art. 987 del Código de Comercio, las partes en el Contrato*

de Seguro son, únicamente, nuestra Empresa y D'Andrea; el SEDEM es simplemente beneficiario de la póliza de caución.

El arbitraje al que hacemos referencia como necesario para exigir la ejecución de la Póliza de Caución es el estipulado en la Cláusula Décimo Novena del Contrato Principal. Este proceso contradictorio es el único mecanismo válido para definir si existió incumplimiento del Contrato Principal o no.

A la declaración de incumplimiento del Contrato Principal por el Afianzado, realizada por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba, le seguirá la ejecución de la póliza, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno. Que no es lo mismo que decir que la declaración de incumplimiento pueda ser unilateralmente declarada por el SEDEM.

4.3. Infracción al Principio de Verdad Material

El Artículo 4° de la Ley 2341, en su inciso d) Principio de verdad material, dispone:

*"**La Administración Pública INVESTIGARÁ la verdad material** en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;" (el resaltado y subrayado son nuestros)*

En la Resolución Sancionatoria, la APS admite repetidas veces que "el Contrato Principal y las divergencias que de él puedan surgir entre las partes contratantes no están bajo su competencia", y estamos de acuerdo con dicha aseveración. Las controversias del Contrato Principal deben sustanciarse ante un Tribunal Arbitral.

*Lo curioso es que esta misma aseveración le basta a la APS para exigir la ejecución de Póliza N° M0001145, **sin buscar la verdad material en la relación contractual entre el SEDEM y D'Andrea.** Es decir, para la APS, resulta suficiente que el SEDEM pida la ejecución de la Póliza N° M0001145. Si existió o no incumplimiento; es decir, la verdad material sobre el comportamiento de las partes bajo el Contrato Principal, no le interesa.*

La APS ha manifestado que son más de 350 días desde que el SEDEM habría declarado el incumplimiento de D'Andrea. Pues bien, casi la misma antigüedad tiene nuestra solicitud de que el SEDEM presente un fallo arbitral que declare tal incumplimiento. Bajo la Ley 1770, desde la fecha de su instalación, un tribunal arbitral tiene 180 días para emitir fallo sobre los temas puestos a su conocimiento.

*Si en cumplimiento de las previsiones del Contrato Principal, el SEDEM hubiese sustanciado la demanda arbitral en contra de D'Andrea, luego de nuestro primer requerimiento, a la fecha se hubiesen dilucidado las mutuas acusaciones de incumplimiento entre ambas partes; **SE HUBIESE ENCONTRADO LA VERDAD MATERIAL DE DICHA RELACION CONTRACTUAL** y tendríamos un fallo definitivo que pueda respaldar nuestras actuaciones como entidad aseguradora. Y es que a la fecha existe entre el SEDEM y D'Andrea un nutrido intercambio epistolar que da cuenta de controversias de hecho y de derecho. [Ver documentación adjunta en el presente caso que cursa en el expediente] Hasta la fecha, estas controversias no han sido dilucidadas. Por tanto no queda demostrado: i) si hay incumplimiento, ii) ni tampoco cual parte es responsable de dicho incumplimiento. El regulador **no buscó y menos obtuvo la Verdad Material.***

Por infracción del principio de verdad material, la Resolución Confirmatoria y Resolución Sancionatoria deben ser revocadas.

En la fundamentación de la Resolución Confirmatoria, la APS sostiene que la verdad material se traduce en la verificación de que se hubiesen cumplido los requisitos exigidos para la ejecución de la Póliza de Ejecución Inmediata Condicional. Respecto a esta aseveración, resulta imprescindible reiterar que el Contrato de Seguro es Subsidiario al Contrato Principal. Consiguientemente, la verdad material que debe verificarse consiste en determinar: i) si existe o no incumplimiento del Contrato Principal y, de ser así, ii) atribuir dicho incumplimiento a una de las partes o a ambas. Como explicamos, la competencia para determinar estos extremos ha sido confiada al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba. La verdad material no consiste en la simple lectura de la Resolución Administrativa N° SEDEM/GG/ N° 033/2010, pues como ya dijimos, esta es únicamente la declaración de una de las partes en el Contrato Principal y no hace fe del incumplimiento contractual. Tampoco hacen fe de dicho incumplimiento los informes internos ni los informes de consultores contratados por el SEDEM. El incumplimiento contractual es una situación jurídica, que debe ser necesariamente pronunciada por la instancia arbitral competente, a la que se arribaría únicamente como resultado de un proceso arbitral contradictorio. Por estar apartadas del Principio de Verdad Material, la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria deben ser revocadas y declaradas sin valor legal.

4.4. Infracción al Principio de Inocencia

Como conocemos, el Derecho Sancionador Administrativo es una subespecie del Derecho Penal y está gobernado por los mismos principios. En su Art. 71 la Ley 2341, establece los Principios Sancionadores que gobiernan el Procedimiento Sancionador:
"Artículo 71°.- (Principios Sancionadores).-

Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, ***presunción de inocencia****, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad."*

Por el Principio de Inocencia, definido en el Art. 74 de la Ley 2341, tenemos que:

"ARTICULO 74°.- (Principio de Presunción de Inocencia).-

En concordancia con la prescripción constitucional, ***se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario*** *en idóneo procedimiento administrativo."*

Para la emisión de la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria, la APS da por sentado que concurren dos presupuestos sancionatorios: i) que D'Andrea evidentemente ha incumplido el Contrato Principal; esto es, que la eventualidad prevista se ha producido, y ii) que, producida tal eventualidad y comunicada oficialmente, nuestra Empresa ha decidido incumplir sus obligaciones contractuales bajo la Póliza N° M00013455 (sic).

Pero la verdad es que hasta este momento, el incumplimiento de D'Andrea no es una verdad jurídicamente incontrovertible, ni siquiera es una verdad, sino una simple

conjetura. La verdad es que existe una gran probabilidad de que la responsabilidad por la inejecución del Contrato principal sea, cuando menos, compartida entre el SEDEM y D'Andrea. Esto no se sabrá hasta no contar con un fallo arbitral definitivo.

Ahora bien, por mandato constitucional, nuestra Empresa tiene derecho a ser considerada inocente, ***MIENTRAS NO SE DEMUESTRE LO CONTRARIO.***

En el presente caso, una situación que amerite una sanción administrativa se configuraría si y solo si llegasen a verificarse la concurrencia de los siguientes elementos:

- *Si es que existiera un Laudo Arbitral con calidad de cosa juzgada, pronunciado al final de un proceso contradictorio e imparcial sustanciado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba, que declare el incumplimiento del contrato de suministro por parte de D'Andrea.*
- *Que esa declaración de incumplimiento se plasme en una Resolución Administrativa de la entidad pública beneficiaria suscrita por la MAE de dicha entidad y que la misma sea comunicada a nuestra empresa.*
- *Que pese a la existencia de esos documentos nuestra compañía no realice el pago respectivo en el plazo dispuesto en la póliza.*

Verificada la concurrencia de todos y cada uno de los supuestos anteriormente citados, recién en esa circunstancia podría corresponder la formulación de un cargo en contra de nuestra empresa, por el simple y verificable hecho que se habría "DEMOSTRADO LO CONTRARIO", es decir que se habría demostrado que nuestra Empresa estaría omitiendo un pago pese a haberse cumplido la condición acordada en la póliza de ejecución inmediata condicional. Debe quedar claro que nuestra compañía nunca rechazó el siniestro, lo único que hizo fue solicitar el cumplimiento de la condición pactada en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para poder emitir un pronunciamiento.

Trasladamos nuestra pregunta al (sic) Dirección de Recursos Jerárquicos del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, que resolverá el presente Recurso Jerárquico: ¿en que quedarían las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria, si el proceso arbitral entre las Partes del Contrato Principal adjudica responsabilidades compartidas o declara el incumplimiento por parte de PAPELBOL?

Como queda demostrado, la Resolución Confirmatoria y la Resolución Sancionatoria violan el Principio de Presunción de Inocencia, porque no se basan en la demostración incontrovertible de los siguientes presupuestos para la imposición de la sanción administrativa: i) que D'Andrea evidentemente ha incumplido el Contrato Principal; esto es, que la eventualidad prevista se hubiese producido; ii) que, declarado tal incumplimiento por el Tribunal Arbitral competente, su fallo haya sido comunicado oficialmente a nuestra Empresa mediante una Resolución Administrativa de la MAE de PAPELBOL; iii) que nuestra Empresa incumpla sus obligaciones contractuales bajo la Póliza Nº M00013455 (sic).

Por lo explicado, la Resolución Confirmatoria y, en su mérito, la Resolución Sancionatoria deben ser revocadas y declaradas sin valor legal.

4.5. Infracción al Principio de Legalidad

La Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria igualmente infringen el Principio de Legalidad. El Art. 72 de la Ley 2341 dispone:

"I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones ***expresamente definidas en las leyes*** *y disposiciones reglamentarias.*

II. *Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.[...]*

El Artículo citado requiere que la APS evalúe si la conducta del administrado procesado se subsume en los presupuestos sancionables ***expresamente definidos*** *en las leyes. El primer cargo por el que se sanciona a nuestra Empresa reza:*

"Contravención ***al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° M0001145, conforme los términos de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas"*

El citado Inc. a) del Art. 12 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1998 dispone:

ARTICULO 12 (OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS)

Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:

"…Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida ***al producirse la eventualidad prevista.***

La única eventualidad prevista o riesgo asegurado por la Póliza N° M00013455 (sic) es el incumplimiento contractual por parte de la empresa D'Andrea. Como reiterativamente hemos explicado, el referido incumplimiento aún no ha sido determinado por la instancia competente para hacerlo. Como tal incumplimiento aún no ha sido determinado, tampoco se ha iniciado el plazo para que nuestra Empresa oble la prestación debida.

La APS desaprensivamente ha asumido que sí existió incumplimiento de parte de D'Andrea, y sobre dicha presunción ha sancionado administrativamente a nuestra Empresa en forma totalmente injusta.

Por lo explicado, la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria se apartan del principio de legalidad que gobierna la actividad administrativa y deben ser revocadas y declaradas sin valor legal.

Ratificando lo que aseveramos en cuanto a que la APS se aparto del principio de legalidad, en la Resolución Sancionatoria (Pág. 13, Segundo párrafo), la APS realiza una aseveración inaceptable, que demuestra la no aplicación del principio de legalidad. La Resolución Sancionatoria dice:

"Queda palmariamente demostrado que la Regulación Especial, expresa y propia de los seguros de caución para entidades públicas se encuentra plasmada en los textos únicos, uniformes y de pago al contado, aprobados por la Resolución Administrativa IS 731/2007 y en la Ley de Seguros, en cuanto al registro, ***por tanto el Código de Comercio no le es norma aplicable*****."**

En la fundamentación de la Resolución Confirmatoria, para rebatir nuestro argumento relativo a la Infracción al Principio de Legalidad, la APS señala: "Que para responder este argumento debe analizarse el inciso a) del Artículo 12 de la Ley 1883 que señala lo siguiente: "Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista" y la cláusula de ejecución inmediata condicional que dice lo siguiente: "En este entendido, ***en caso de incumplimiento,*** *el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno la ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía, emitido y firmado por la máxima autoridad ejecutiva (MAE)" (el resaltado y subrayado son nuestros).*

Con respecto al texto de la cláusula de ejecución inmediata condicional, corresponde aclarar que ***la misma regula el mecanismo de ejecución de la póliza de caución.*** *No obstante, dicho mecanismo de ejecución es solamente aplicable una vez que el incumplimiento ha sido pronunciado por la instancia competente. La frase "en caso de incumplimiento" alude precisamente al pronunciamiento de la instancia arbitral pactada en el Contrato Principal.*

En conclusión, la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria infringen el Principio de Legalidad y deben ser revocadas y declaradas sin valor legal.

En cuanto al Cargo Nº 2

4.6. Infracción al Principio de Legalidad

El segundo cargo formulado por la APS en contra de nuestra Empresa dice:

"Contravención ***al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber dado curso al requerimiento de este (sic) Órgano de Fiscalización* ***contenido en la Carta PAS/DS/508/2011 de 05 de mayo de 2011*** *respecto a la presentación de informe sobre la constitución de la reserva y la remisión de la documentación respaldatoria del siniestro correspondiente a la Póliza M0001145, cuyo beneficiario es la Empresa Papeles de Bolivia - PAPELBOL"(El subrayado y resaltado son nuestros)*

Con respecto a la obligación de proveer información, el Artículo 12 de la Ley 1883, de Seguros establece:

ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes

*obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: j) Presentar a la Superintendencia **a requerimiento fundamentado de la misma,** toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero.*

Como se puede apreciar de la simple lectura de la Carta PAS/DS/508/2011 de 05 de mayo de 2011, dicha carta no expresa ninguna fundamentación para la información que solicita. De lo anterior, se establece que el requerimiento de información no fue fundamentado, en violación de un requerimiento legal establecido por la Ley de Seguros que requiere que dicho requerimiento de información sea fundamentado.

Es decir, el requerimiento de información que es base para la formulación del cargo del que se acuso a nuestra Empresa fue formulado en violación de las previsiones de la Ley de Seguros.

En vista de esta violación del principio de legalidad que gobierna la actividad administrativa, la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria deben ser revocadas y declaradas sin valor legal.

4.7. Ausencia de Causa

La Resolución Sancionatoria, en el segundo apartado de su porción dispositiva resuelve:

***SEGUNDO:** Sancionar a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS con una multa de 20.000,00 UFV's (Veinte Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998 conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa.*

A este respecto, corresponde señalar que pese a lo inadecuado del plazo de 24 horas que nos fuera otorgado, nuestra Empresa ha dado cabal cumplimiento al requerimiento de información cursado por el Órgano de Fiscalización en la carta APS/DS/508/2011 de 5 de mayo de 2011.

En nuestra nota de respuesta fuimos muy claros y otorgamos toda la información que nos fue requerida. En respuesta a nuestra nota de 6 de mayo de 2011, en fecha 19 de agosto de 2011, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DTS/Nº 245-2011, se nos instruyó remitir constancia documentaria que acredite la constitución de la reserva técnica del siniestro (neto de reaseguro) del siniestro correspondiente a la Póliza Nº M0001145 y una reserva técnica de seguros especiales (sin fundamento, ni argumento legal para ello) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza M0001145, así como la remisión de documentación contable.

Como se acredita de la documentación adjunta, los requerimientos de información formulados en esta Resolución Administrativa también fueron atendidos por nuestra Empresa, por lo que no es comprensible que ahora el regulador fuerce la aplicación de normas para pretender justificar una sanción ilegal.

En conclusión sobre este punto, la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria se apartan de las previsiones del Art. 28 de la Ley 2341 y no se sustenta en hechos y antecedentes que le sirvan de causa. En resumen: ***carecen de causa****, por lo que debe ser revocadas y declaradas sin valor legal.*

V.PETITORIO

En mérito a los argumentos anteriormente expuestos y al amparo del Art. 66 de la Ley 2341, del Procedimiento Administrativo, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 463-2011 que confirma la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/N⁰ 344-2011, ambas emitidas por la APS.

En vista de las causales de nulidad y anulabilidad y de las violaciones explicadas en este memorial, solicitamos a su Autoridad remita el expediente correspondiente a conocimiento de la Dirección de Recursos Jerárquicos del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, para que esta Autoridad: i) admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo; ii) reconozca la legitimidad de nuestra Empresa para actuar dentro de este proceso por invocación de un derecho subjetivo quebrantado de manera ilegal; iii) imprima al presente recurso jerárquico el procedimiento establecido por los artículos 52 y siguientes del D.S. 27175; y iv) una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso jerárquico y, consiguientemente, revoque totalmente, declare la ilegitimidad y consiguiente extinción de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 463-2011 y la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/N° 344-2011 emitidas por la APS y disponga la cesación y reparación de todos sus efectos.

VI.APLICACIÓN DE CRITERIOS DE SUSPENSIÓN

En vista del injusto perjuicio que la Resolución Sancionatoria causa a los intereses de nuestra empresa, en aplicación del Art 24 de la Constitución Política del Estado y 59, apartado II de la Ley 2341, solicitamos se disponga la suspensión de la aplicación de las multas dispuestas en la Resolución Sancionatoria y la consecuente devolución de los depósitos efectuados en la Cuenta Transitoria del TGN en tanto se resuelva el proceso recursivo en sede administrativa.

7. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 16 de febrero de 2012, la Lic. Patricia Alejandra Ballivian Estenssoro, Gerente General del Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas-SEDEM presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"ANTECEDENTES.- *Bajo la tuición del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, se creó la Empresa Pública Nacional Estratégica Papeles de Bolivia - PAPELBOL, mediante Decreto Supremo N° 29255 de fecha 05 de septiembre de 2007, con el objetivo de incentivar la producción nacional con valor agregado, generando mayores fuentes de empleo en procura de la soberanía productiva, teniendo como actividad principal la producción y comercialización de papel y productos relacionados. A fin de efectuar ajustes a los modelos de administración de las Empresas Públicas Productivas y optimizar los recursos asignados para su desarrollo y puesta en marcha, en el marco de la*

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, se creó el Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas - SEDEM, mediante Decreto Supremo No. 0590 de fecha 04 de agosto de 2010, vigente a partir del 06 de septiembre del mismo año, entidad que tiene bajo su dependencia directa a la Empresa Pública Nacional Estratégica Papeles de Bolivia PAPELBOL, bajo el nuevo denominativo "Empresa Pública Productiva Papeles de Bolivia - PAPELBOL." El Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas - SEDEM es una institución pública descentralizada de derecho público, con personalidad jurídica y autonomía de gestión administrativa financiera, legal, técnica y patrimonio propio, bajo tuición del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural.

Notificado legalmente en fecha 17 de enero de 2012 con el Auto de 11 de enero de 2012, tengo a bien responder al recurso interpuesto por los personeros de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mismo que afecta los intereses de la entidad pública que represento, conforme el siguiente fundamento:

A fin de que su Autoridad pueda tomar conocimiento preciso del caso de autos, corresponde explicar que en fecha 07 de enero de 2008, se suscribió la Minuta de Contrato N° 0.01/2008 entre el Lie. Antonio Camberos Bolaños, en su calidad de Gerente General de PAPELBOL, y el Sr. Roberto Falascina representante legal de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA, documento que, entre otras cláusulas, consideraba lo siguiente: Objeto: Provisión e instalación de la maquinaria necesaria para una planta de fabricación de papel de escritura e impresión, papel prensa (periódico) y papel kraft (embalaje) a partir del uso de materias primas como el papel usado y/o celulosa; Plazo: 14 meses calendario, que serán computados a partir de la confirmación de la carta de crédito; Monto: $usl3.571.010.00.- (Trece millones quinientos setenta y un mil, diez 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), pago a efectuarse en moneda nacional al tipo de cambio oficial de venta establecido en el Banco Central de Bolivia; Garantía de Cumplimiento de Contrato: ***El Proveedor garantizo la correcta, oportuna y fiel ejecución del contrato, en todas sus partes, con la presentación de una Póliza de Seguro de Caución emitida por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. por el equivalente del 7% del monto total del contrato que haciende a $us. 949.971,00.***

Este contrato es modificado por los siguientes instrumentos: 1) Minuta de Addendum al Contrato N° 0.01/2008 de 21 de enero de 2008, suscrito entre el Lie. Antonio Camberos Bolaños, en su calidad de Gerente General de PAPELBOL, y el Sr. Roberto Falascina, representante legal de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA; 2) Minuta de Addendum al Contrato N° 0.01/2008 de 21 de enero de 2008 y al Addendum N° 0.01/2008 del 25 de marzo de 2009, suscrito entre el Dr. Roberto Javier Gonzales Herrera, en su calidad de Gerente General de PAPELBOL, y el Sr. Roberto Falascina, representante legal de D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA; 3) Contrato Modificatorio N° 0.03/2010 de 21 de enero de 2010, suscrito por la Dra. Paula K. Barragán Romano, en su calidad de Gerente General a.i. de PAPELBOL, y el Sr. Jaime Gonzales Montenegro, representante legal de D'ANDREA AGRIMPORT INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA. (nueva razón social).

Por ***Resolución Administrativa SEDEM/GG/N⁰ 033/2010 de 14 de octubre de 2010,*** *emitida por la Gerente General del Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas -*

SEDEM, se declaró el incumplimiento del contrato suscrito entre PAPELBOL y la empresa D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA., por el cual este último, se comprometió y obligó a la "Provisión e Instalación de la Maquinaria necesaria para una Planta de Fabricación de Papel de Escritura e Impresión, Papel Prensa (Periódico) y Papel Kraft (Embalaje) a partir del uso de Materias Primas como el Papel Usado y/o Celulosa". La indicada Resolución señala textualmente "...dicho incumplimiento comprende la falta de entrega del diseño final de ingeniería y de las partes que lo integran, aspecto que repercutió directamente en el desarrollo de las obras civiles y en consecuencia del montaje; la alteración del plan de entregas, en fecha, composición y valorización de acuerdo a los cronogramas acordados contractualmente, teniendo en cuenta que a la fecha el PROVEEDOR aún no ha cumplido con la entrega de los BIENES comprometidos, registrando faltantes detallados en el informe técnico y por ser evidentes los Incumplimientos injustificados de los plazos de entrega de los documentos del diseño final y de los cronogramas de entrega de las provisiones".

*La misma Resolución dispone **EJECUTAR** la Garantía de Cumplimiento de Contrato, Póliza de Caución, signada con el N° M001145, (Código N° 101-922212-2007-11 252), con vigencia ininterrumpida desde 7/enero/2008 hasta 2/marzo/2009; desde 2/marzo /2009 hasta 2/Abril/2009; desde 2/Abril/2009 al 02/Abril/2010 y desde 02/abril/2010 al 15/octubre/2010, presentada por D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA., cuyo beneficiario es Papeles de Bolivia PAPELBOL, por el monto de $us. 949.971.00.- (Novecientos Cuarenta y Nueve Mil Novecientos Setenta y Uno 00/100 Dólares Americanos).*

*Esta resolución fue remitida a la entidad aseguradora La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mediante carta MDP/SEDEM/GG/AL/2010-0003 de 14 de octubre de 2010, solicitando la ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato, sin embargo la entidad aseguradora **NO CUMPLIÓ** - ni cumple hasta el presente - con las condiciones acordadas en la póliza de Garantía N° M0001145, cuya Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, que forma parte de la póliza y prevalece sobre lo dispuesto en el texto de la misma señala. La **ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo.***

En este entendido, en caso de incumplimiento, el fiador indemnizara al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO."

*Esta Cláusula fue establecida en observancia a la **Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de Septiembre de 2007,** emitida por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, que aprueba el texto único, uniforme y de pago al contado de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros para Entidades Públicas. También se remitió con*

la Resolución Administrativa SEDEM/GG/N° 033/2010 toda la información necesaria para la ejecución de la garantía que comprendía los informes técnicos y legales que establecieron el incumplimiento contractual. Asimismo, se remitió el acta de 14 de octubre de 2010 donde la empresa proveedora a través de su representante legal, Sr. Jaime Gonzáles Montenegro, reconoce expresamente documentos, equipos y elementos faltantes. Finalmente se remitió la evaluación técnica de la empresa consultora Pricewaterhousecoopers, misma que verifico el estado actual de las provisiones y montaje de la maquina papelera y cuyos hallazgos, entre otros, concluyen que no se cuenta con el diseño final de ingeniería, el montaje se encuentra inconcluso y que no se identifica la totalidad de los elementos y equipos propuestos por D' ANDREA AGRIMPORT.

Por lo que, la actitud que asumida por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. debe entenderse como un RECHAZO, toda vez que REHUYE el debido pago actualmente en mora desde octubre de 2010 al presente (un año y tres meses). Debemos afirmar que en el presente caso, se han consolidado las características que hicieron que el riesgo se materialice en un siniestro, emergiendo de esta forma, la obligación del Asegurador de indemnizar a PAPELBOL por el daño suscitado, lo contrario al pago de la suma caucionada en favor del Asegurado significa para La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. un "lucro injustificado", extremo prohibido de forma expresa por la Ley Nro. 1883.

Corresponde aclarar a su Autoridad el confuso razonamiento de los recurrentes cuando señalan textualmente "La verificación del incumplimiento de las obligaciones contractuales de D'ANDREA bajo las estipulaciones del Contrato Principal es el hecho o antecedente necesario para disparar la ejecución de la Póliza N° M00013455". Al margen del error en el número de póliza, la entidad aseguradora está negando expresamente lo establecido en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas y lo dispuesto en la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de Septiembre de 2007, que señalan que ***para la ejecución de la póliza no se requiere ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la entidad beneficiaria que declara el incumplimiento del contrato y que en caso de incumplimiento, se indemnizara al beneficiario el valor caucionado, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días, SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.*** *Estas disposiciones de carácter obligatorio no admiten el argumento subjetivo de los recurrentes de que el incumplimiento sea demostrado por el beneficiario y sujeto a un procedimiento arbitral previo; por el contrario, ya se ha hecho efectivo y producido LA EVENTUALIDAD PREVISTA, en este caso, la declaración de incumplimiento contenida en la Resolución Administrativa SEDEM/GG/N° 033/2010 de 14 de octubre de 2010, misma que conforme la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo se encuentra investida del principio de legalidad y presunción de legitimidad.*

Los presentantes manifiestan que "... el Contrato de Seguro es un contrato subsidiario al Contrato Principal. Su ejecución solamente es posible si es que, en el marco de las disposiciones del Contrato Principal se obtiene una declaración de Incumplimiento en firme".

Al respecto, indicar que la póliza de Caución, signada con el N° M001145, subsidiaria o accesoria a la Minuta de Contrato N° 0.01/2008 de 07 de enero de 2008, suscrita entre PAPELBOL y D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA, precisamente regula, conforme la Resolución Administrativa IS/N° 731, la ejecución de la Garantía de Cumplimiento del Contrato estipulada, estableciendo el mecanismo inmediato, oportuno y protectivo de los derechos del beneficiario, en este caso, del Estado Plurinacional de Bolivia.

En efecto, de la revisión a las cláusulas Decima Octava y Decima Novena del contrato de suministro, tantas veces citadas por los recurrentes, se verifica que la primera refiere a las reglas aplicables el procedimiento para la resolución del contrato y la segunda al procedimiento de solución de controversias, que no se vincula necesariamente con la EJECUCIÓN DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO que se efectiviza con la DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva, mediante Resolución Administrativa expresa. Por su parte, el Art. 1032 del Código de Comercio prescribe "NO SURTE EFECTO ALGUNO LA CONVENCIÓN QUE LIMITE LOS MEDIOS DE PRUEBA, ***NI AQUELLA QUE CONDICIONE LA INDEMNIZACIÓN O PRESTACIÓN A CARGO DEL ASEGURADOR, A UNA TRANSACCIÓN O SENTENCIA PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA***

También corresponde recordar lo señalado en el Boletín de la Asociación Boliviana de Aseguradores - ABA N° 52 de septiembre - noviembre de 2007, de la cual es parte y afiliada La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., ***"La principal característica de estas pólizas estriba en la simplicidad de su ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, mediante procedimientos previamente convenidos, y sin necesidad de requerimiento judicial o) extrajudicial alguno. Para ello podrán utilizarse, a conveniencia, ya sea la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, que requiere solamente una DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo de la institución, emitido y firmado por la MAE..."****Por lo que resulta inaudita la atribución que se arroga La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. de "verificar la declaración o determinación previa del incumplimiento del asegurado" misma que no le compete, pudiendo solamente, de acuerdo al Código de Comercio (Arts. 1031 y 1032), solicitar informes, evidencias o pruebas, mismas que fueron presentadas oportunamente por el PAPELBOL - SEDEM. Sobre la continua petición de proceso arbitral que declare el incumplimiento del contrato de suministro, manifestamos lo siguiente:*

1.*Los contratos administrativos suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia, a través de sus entidades o empresas públicas, son reglados por las normas administrativas que le son inherentes, así la Ley 1178 de 20 de julio de 1990, dispone: "Artículo 47°.- Créase la jurisdicción coactiva fiscal para el conocimiento de todas las demandas que se interpongan con ocasión de los actos de los servidores públicos, de los distintos entes de derecho público o de las personas naturales o jurídicas privadas que hayan suscrito contratos administrativos con el Estado, por los cuales se determinen responsabilidades civiles definidas en el artículo 31° de la presente Ley. Son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza".*

A esto, corresponde acotar que la aseguradora conocía perfectamente, a momento de expedir la póliza de garantía, la naturaleza administrativa del contrato afianzado.

***2.**Al ser un **Contrato de Naturaleza Administrativa** que propicia e incentiva la producción nacional en beneficio de todas las bolivianas y bolivianos, el mismo no está sujeto a libre disponibilidad de derechos, conforme reza la Ley N° 1770 de Arbitraje y Conciliación de 10 de marzo de 1997: "ARTÍCULO 6°.- (Materias excluidas del arbitraje) I. No podrán ser objeto de arbitraje: 4. Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público". En este entendido, PAPELBOL como persona jurídica de derecho público, creada mediante Decreto Supremo N° 29255 de 05 de septiembre de 2007 y cuyo objeto es incentivar la producción nacional con valor agregado, generando mayores fuentes de empleo en procura de la soberanía productiva del Estado Plurinacional de Bolivia, no puede acudir a la jurisdicción arbitral.*

El artículo 4° de la misma Ley 1770, establece en su parágrafo I que solo podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual, más NO emergente de un contrato Administrativo, sujeto a la jurisdicción coactiva fiscal prevista por la Ley 1178, norma legal que en su artículo 47 define que "Son contratos Administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza"; como lo es el Contrato No. 0.01/2008 de fecha 7 de enero de 2008 para la provisión e instalación de maquinaria necesaria para la fabricación de papel de escritura e impresión, papel prensa y papel kraft.

Al respecto, el tratadista Dr. Pablo Dermizaki Peredo al referirse a la doble personalidad del Estado, señala que "La acción del Estado se manifiesta en dos planos: público y privado. De aquí deriva la teoría de la doble personalidad del Estado: una de derecho público y otra de derecho privado, es posible distinguir esta doble personalidad en los siguientes ejemplos: cuando el Estado (nación departamento o municipio) contrata sobre un servicio público, actúa a través de la administración pública, y por lo tanto, como persona de derecho público, abriéndose la vía contenciosa administrativa, en caso de controversia sobre esta materia. Cuando el propio Estado dispone de sus bienes privados realiza actos de administración sobre los mismos, actúa como persona de derecho privado y la vía competente es la contenciosa o jurisdiccional.

3.** Reiteramos que NO puede pretenderse que una entidad del Estado, que administra los recursos públicos, recurra a la vía arbitral u otra instancia para definir el incumplimiento unilateral atribuible a una empresa privada extranjera. Esto fue previsto por el Art. 3 del Decreto Supremo IM° 29190 (vigente a la fecha de emisión de la póliza), misma que señalaba que la aplicación de las Normas Básicas, sus reglamentos e instrumentos elaborados por el Órgano Rector son de uso y aplicación obligatoria para todas las entidades del sector público. El contrato modelo en la cláusula referente a la garantía de cumplimiento de contrato disponía **"El importe de dicha garantía en caso de cualquier incumplimiento contractual incurrido por el CONTRATISTA, será ejecutado en favor del CONTRATANTE sin necesidad de ningún trámite o acción judicial, a su solo requerimiento".

4. *La libertad contractual no puede erigirse por encima de la Ley; así el Art. 454 - II del Código Civil señala "La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica".*

5. *La cláusula Decima Novena de solución de controversias contenida en la Minuta de Contrato N° 0.01/2008 de 07 de enero de 2008 es FACULTATIVA DE LAS PARTES Y NO OBLIGATORIA.*

Que nos allanamos plenamente a la determinación asumida responsablemente por la APS en el marco de sus competencias, dictaminadas en sus Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N^0 344-2011 de 04 de octubre de 2011 y APS/DJ/DS/N° 463-2011 de 05 de diciembre de 2011, toda vez que sanciona a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. por contravenir la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Sobre la contravención al Art. 12 - inc. a).- *"Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista", es evidente que la entidad aseguradora no ha cumplido con el plazo de ejecución de la póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° M0001145, conforme la Clausula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas. Eventualidad que, como se indica Ut Supra, se ha materializado con la remisión de la Resolución* ***Administrativa SEDEM/GG/N^0 033/2010 de 14 de octubre de 2010*** *que declara el incumplimiento del contrato suscrito entre PAPELBOL y la empresa D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO LTDA.*

Sobre la contravención el Art. 12 - inc. j).- *"Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero", es afirmado por la APS que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. no ha dado curso al requerimiento de presentación de informe sobre la constitución de la reserva y la remisión de la documentación respaldatoria del siniestro correspondiente a la Póliza M0001145, cuyo beneficiario es PAPELBOL. Funciones y objetivos de la APS contemplados en el Art. 41 - a) y c) de la Ley de Seguros, siendo estos, velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro; y proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.*

Por lo que rogamos a su Autoridad considerar los fundamentos expuestos, desestimando la pretensión de los recurrentes, mismos que no solo constituye una práctica "abusiva" del Asegurador sino que se aparta de las actividades que le son permitidas conforme ley, constituyendo sus requerimientos ilícitos, irrazonables e ilegales.

PETITORIO.- *En mérito a lo expuesto solicitamos que se CONFIRME en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^0 463-2011 de 05 de diciembre de 2011, que confirma la Resolución Administrativas APS/DJ/DS/N^0 344-2011 de 04 de octubre de 2011, en aplicación de los Arts. 44 y 43 - a) del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003."*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo, se tienen los siguientes antecedentes:

1.1. En cuanto al cargo uno.-

- La empresa adjudicada la D'Andrea contrata un Seguro de Caución con el fiador (La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. Seguros)
- Que a raíz de este contrato, nace una garantía a favor del Beneficiario (PAPELBOL)

Que, a Fs. 583 del expediente administrativo se tiene la Resolución Administrativa SEDEM/GG/N° 033/2010 de fecha 14 de octubre de 2010, que **declara el incumplimiento del contrato suscrito entre la Empresa Papeles de Bolivia-PAPELBOL y la Empresa D'Andrea Agrimport Importacao de Comercio Ltda.,** así como determina ejecutar la Garantía de cumplimiento de contrato, póliza de caución signada con el N° M0001145, cuyo beneficiario es Papeles de Bolivia PAPELBOL.

Se aclara que la citada Resolución Administrativa, se encuentra firmada por Patricia Ballivian Estenssoro Gerente General del Servicio de Desarrollo de las Empresas Publicas Productivas SEDEM, nombrada mediante Resolución Suprema N° 03902 de fecha 6 de septiembre de 2010, entidad que tiene bajo su dependencia directa a la Empresa Pública Nacional Estratégica Papeles de Bolivia PAPELBOL, bajo el nuevo denominativo "Empresa Pública Productiva Papeles de Bolivia - PAPELBOL." conforme lo establece el Decreto Supremo No. 0590 de fecha 04 de agosto de 2010, vigente a partir del 06 de septiembre de 2010.

En este sentido, el Beneficiario, solicita la ejecución de la Póliza a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., sin embargo, misma que no fue ejecutada.

1.2. En cuanto al cargo dos.-

La APS sanciona a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, por el incumplimiento a la remisión de la documentación respaldatoria del siniestro correspondiente a la Póliza MO001145, cuyo beneficiario es la Empresa de Papeles de Bolivia - PAPELBOL, y del informe sobre la constitución de la reserva.

El recurrente presenta los siguientes argumentos impugnatorios:

a) La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. no habría cumplido con la prestación convenida en razón a que la Cláusula de Ejecución inmediata condicional establecería que previa la ejecución de la póliza se deberá demostrar en sede arbitral el incumplimiento del contrato principal por una causa atribuible a D'Andrea.

b) La inaplicabilidad de sanción por incumplimiento a la normativa en cuanto a la falta de ejecución de la póliza de garantía de cumplimiento del Contrato de Suministro de PAPELBOL, ya que –según afirma- se requiere la determinación de incumplimiento al contrato por parte D'Andrea, antecedente necesario para poder ejecutar la Póliza Nº M0001455.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Cargo 1.- En cuanto a la Ejecución de la Póliza.-

Compulsado el expediente, la exposición oral de fundamentos, se debe en primer término traer a colación la normativa aplicable, para que ello se debe revisar el **Texto único y Uniforme para las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra, para Entidades Públicas**, aprobado mediante Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, que determina en cuanto a la cláusula de ejecución inmediata condicional para Entidades Públicas, lo siguiente:

> *"…No obstante **lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza,** mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es irrevocable, de ejecución inmediata condicional…"*
>
> *En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno*
>
> *La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la **presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad** pública que corresponda y según lo establece el procedimiento administrativo…"*

Que, la diferencia de las cláusulas de ejecución a primer requerimiento, así como la de ejecución inmediata condicional, radica justamente en que para la ejecución de la póliza a primer requerimiento **sólo bastará original o copia de la nota de declaración de incumplimiento** y esta puede ser firmada alternativamente por el **responsable del proceso de Contratación RCP o por la Máxima Autoridad Ejecutiva,** mientras que la cláusula de ejecución inmediata condicional, aplicable al presente caso, señala que para proceder a la ejecución de la póliza, la misma, deberá estar sujeta a la presentación del original o copia **legalizada de la declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo** citado en las condiciones particulares, que deberá ser emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva.

De lo transcrito, queda claro que en ninguna parte, la cláusula condicional, establecería que la misma está supeditada a un proceso arbitral que determine el incumplimiento del contrato principal por parte D'Andrea, que más bien la norma señala como único requisito

para la ejecución de la póliza de caución, a favor del beneficiario, es que el beneficiario cumpla con el procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento del contrato, en este caso, con la Empresa D'Andrea Agrimport Importacao e Comercio Ltda., a través de una Resolución, misma que debe inexcusablemente estar firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad Pública.

Que, a su vez, la Cláusula Décimo Cuarta de las pólizas de garantía de cumplimiento de contratos de suministros para Entidades Públicas, aprobada a través de la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, estipula:

"Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje).

***El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en las cláusulas** de ejecución respectiva* "(Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que, en el presente caso, PAPELBOL cumplió con el referido requisito **y al no existir mayores requisitos** para la Institución Pública, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., debió cumplir con la prestación convenida de manera inmediata o a más tardar en los 15 días siguientes, conforme lo establece la normativa, no pudiendo, la aseguradora, excusarse en ningún argumentos no previsto contractualmente y más aún no establecido en la norma aplicable.

Que, de igual manera corresponde recordar a la recurrente, que el argumento presentado referente a que no habría aceptado el siniestro debido que no existe una Resolución Arbitral que determine el incumplimiento por parte de D'Andrea, no puede ser aceptado, debido a que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. no está facultada a solicitar mayores requisitos que los establecidos en la norma para la ejecución de la póliza de garantía de cumplimiento de contrato, que –como ya se tiene desarrollado- sólo se efectiviza con la declaración de incumplimiento emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva, es decir con la declaración de incumplimiento, que en el caso de autos fue dada mediante Resolución Administrativa SEDEM/GG/N° 033/2010 de 14 de octubre de 2010, misma que conforme la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo se presume válida y legal .

Que, el hecho de que la aseguradora no haya cumplido con la prestación convenida, ha generado justamente que se infrinja lo establecido en el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, al producirse la eventualidad determinada en la misma.

En cuanto al argumento presentado por la recurrente, en sentido de que previamente D'Andrea y SEDEM deben irse un arbitraje para determinar el incumplimiento del contrato principal conforme lo determina la Cláusula Decimo Novena se tiene que esta cláusula haría referencia a lo siguiente:

***19.1** En caso de surgir controversias entre el Comprador y Proveedor, las partes **están facultadas para acudir a un proceso arbitral**, conforme a las siguientes reglas iniciales de procedimiento….*"

De lo transcrito, se tiene que en ninguna parte de esta cláusula se establece la obligación por parte de D'Andrea o SEDEM de irse a un arbitraje, ya que la misma **establece la potestad**, es decir, un derecho facultativo de las partes de poder ir o no a un arbitraje, no siendo este un requisito previo para que el fiador cumpla con la ejecución de la boleta de garantía como lo señala la recurrente.

Que, además de lo anteriormente citado, de los antecedentes del proceso administrativo, no se tiene constancia de que D'Andrea o SEDEM hayan iniciado algún proceso de arbitraje sobre el presente caso y sin perjuicio de ellos este hecho no inhibe a la aseguradora de cumplir con la prestación al beneficiario, pues el único requisito para que la aseguradora obre con la prestación convenida es la Resolución de Incumplimiento del contrato principal por parte de PAPELBOL.

Quedando claro que, independientemente de los recursos legales o extrajudiciales que puedan hacer uso tanto D'Andrea, como PAPELBOL, en el ejercicio de los derechos que le asisten, en este caso el fiador, debe dar cumplimiento a la prestación convenida con el beneficiario, siendo en el presente caso la Póliza una garantía exigible para los procesos de contratación del Estado como lo refiere la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, la cual es de cumplimiento obligatorio y con supremacía sobre cualquier otra norma.

Que, al respecto, corresponde traer a colación el precedente sentado ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 070/2011 de 23 de diciembre de 2011:

"…Resulta importante aclarar que en el contexto de aplicación normativa, cuando existe una norma específica, la misma es aplicable, en virtud al Principio de Especialidad, que en el caso de autos corresponde a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 frente a cualquier otra norma.

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

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

*La norma especial (Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007), **es en la que se determina los elementos particulares a los que el regulado estará***

sometido, situación que no inhibe a que lo no contemplado en la norma especial no pueda aplicarse en la norma general."

Quedando claro que, para el cumplimiento de la prestación convenida por el fiador, se debe aplicar conforme se tiene determinado en la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, **que es la ejecución de la garantía de manera inmediata o a más tardar en los 15 días siguientes de tener la Resolución de incumplimiento del contrato con la empresa.**

Que ello implica, que no corresponde bajo el contexto legal existente, que previamente a la ejecución de la garantía se determine el incumplimiento de éste ante o por ninguna autoridad, ya que los **seguros de caución firmados con entidades públicas se rigen por la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007** citada y transcrita ut supra.

Finalmente, y respecto a la pregunta hecha por la recurrente "*¿En qué quedarían las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria, si el proceso arbitral entre las partes del Contrato Principal, adjudica responsabilidad compartida o declara el incumplimiento por parte de PAPELBOL?"*

Se tiene que la recurrente plantea una situación hipotética, la misma que no merece un pronunciamiento por esta autoridad, ya que impera precisar que el objeto de la instancia jerárquica es el control de legalidad del presente proceso y no así el de absolver consultas o pronunciarse sobre hechos futuros e inciertos que no hacen al presente proceso.

Por lo que, en el presente caso, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma al haber determinado el incumplimiento al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1998, debido al incumplimiento por parte de la recurrente, en cuanto al plazo de ejecución de la póliza de Garantía de Cumplimiento del Contrato de Suministros Nº M0001145, conforme los términos de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, por lo que la argumentación presentada por la recurrente, referida a la ausencia de los elementos esenciales del acto administrativo, no cuenta con respaldo legal que pueda modificar el fallo emitido por la Autoridad recurrida.

Que a su vez esta Autoridad, dentro del análisis de este proceso, ha evidenciado que no existe norma que establezca requisitos adicionales a los ya determinados en la norma, requeridos con carácter previo al cumplimiento de la prestación por parte del fiador.

1.2. Cargo Dos. Incumplimiento a instrucciones.-

Que el ente regulador sancionó a La Boliviana Ciacruz por contravención al artículo 12 inc. j) de la Ley de Seguros, por no haber dado curso al requerimiento del Órgano de Fiscalización, contenido en la carta APS/DS/508/2011 de 05 de mayo de 2011, respecto a la presentación de informe sobre la constitución de la reserva y la remisión de la documentación respaldatoria del siniestro correspondiente a la Póliza M0001145, cuyo beneficiario es la Empresa de Papeles de Bolivia – PAPELBOL.

La recurrente señala que la carta APS/DS/508/2011 de 05 de mayo de 2011, pese a la falta de fundamentación La Boliviana Ciacruz habría cumplido con la remisión de la información.

Compulsado el expediente, se constata que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DS/508/2011 de fecha 5 de mayo de 2011, solicitó a **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.** documentación, bajo los siguientes términos:

"…Mediante la presente y de acuerdo a lo establecido por el Artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N°1883, agradeceré remitir a este órgano regulador en el plazo de 24 horas a partir de la recepción de la presente, lo siguiente:

1. *Informe sobre la constitución de la reserva y presente documentación de respaldo por el siniestro correspondiente a la póliza M0001145 de cumplimiento de contrato cuyo beneficiario es la Empresa Papeles de Bolivia - PAPELBOL.*
2. *Informe y presente documentación que sustente las razones por las cuales no dio cumplimiento al procedimiento y plazo establecido en la póliza, conforme el registro de Texto Único, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N°731/07 de 11 de septiembre de 2007…."*

Que, en fecha 6 de mayo de 2011, mediante cite PRES 345.05.2011, **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.** informó:

1. Con relación al caso de autos:
"…De las reservas.-
Estas se enmarcan en todos los casos a las disposiciones legales contenidas en el Decreto Supremo 25201 de fecha 16.10.1998, Art. 14, reglamentario de la Ley de Seguros 1883 de fecha 25.06.1998…"

De lo transcrito, se tiene que en ninguna parte de la nota se informó sobre la constitución de la reserva, así como tampoco se evidencia que cumplió con la obligación de presentar documentación que respalde el siniestro correspondiente a la póliza M0001145 (Contrato de suministro, cuyo beneficiario es la Empresa Papeles de Bolivia-PAPELBOL).

Por lo que, la recurrente mal puede aseverar que dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 12 inc. j) de la Ley de Seguros, ya que justamente el hecho de que no haya remitido la documentación solicitada y no haya informado sobre la constitución de reservas, ha dado lugar a que su conducta infrinja lo establecido en el artículo 12 inc. j) de la Ley de Seguros.

Congruentemente con lo desarrollado precedentemente, se evidencia que en contrario sensu a lo aseverado por la recurrente, el Ente Regulador se ha pronunciado sobre los hechos constitutivos que dieron motivo a la infracción, no existiendo por ende ninguna vulneración al artículo 28 inc. b) de la Ley del Procedimiento Administrativo

2. En cuanto a la supuesta vulneración a los principios que rigen el procedimiento administrativo.-

2.1 En cuanto al Principio de inocencia.-

La Recurrente señala que la resolución impugnada estaría violando el principio de inocencia, al no haberse demostrado previamente que D'Andrea efectivamente habría incumplido el contrato con PAPELBOL.

Al respecto, se debe traer a colación lo ya señalado por el Tribunal Constitucional acerca del principio constitucional de presunción de inocencia, que en la SC 2065/2010-R de 10 de noviembre de 2010, que expresa:

"…La presunción de inocencia fue instituida inicialmente como principio en el art. 16.I de nuestra Constitución abrogada, bajo el siguiente texto: 'Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad". Ahora, la presunción de inocencia ha sido configurada como garantía constitucional, en el art. 116.I de la CPE, cuando establece: 'Se garantiza la presunción de inocencia…'. Por su parte, los pactos internacionales también contemplan este principio con un contenido más o menos similar al establecido en la normativa boliviana. Así, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establece en su art. 14.II, que 'Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley'. En similares términos lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 8.II., normativa que compone el bloque de constitucionalidad. ***La presunción de inocencia, como componente de la garantía del debido proceso, también debe entenderse extensible a todo proceso -sea administrativo o judicial- cuya consecuencia sea la aplicación de una sanción o determinación de responsabilidades a cargo de determinada persona****.*

Al respecto la SC 0012/2006-R de 4 de enero, precisa que: 'Este es un postulado básico de todo ordenamiento jurídico procesal, instituido generalmente como garantía constitucional en diversos países. El principio está dirigido a conservar el estado de ***inocencia de la persona durante todo el trámite procesal. La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una sentencia condenatoria que adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material****. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia del procesado…'."*

Trayendo a colación, lo expresado por el Tribunal Constitucional, se tiene que en el presente caso no existe una vulneración al principio de inocencia, en razón a que se ha iniciado un proceso sancionador a consecuencia de no haberse cumplido con lo determinado en el artículo 12 inc. a) y j) de la ley de Seguros, proceso que a su vez se ha desarrollado conforme a derecho, respetando en todo momento el debido proceso y consecuentemente el derecho a la defensa de la recurrente, hecho que puede ser constatado de todas las etapas del presente proceso administrativo.

Proceso en el cual se demostró que **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.**, incumplió con lo determinado en el artículo 12 inc. a) y j) de la Ley de Seguros, no existiendo por ende una vulneración al principio de inocencia, como sugiere la recurrente.

En cuanto al argumento adicional de que se le hubiera violado el principio de inocencia, al no haberse demostrado previamente, en un arbitraje o en un proceso judicial, el incumplimiento del contrato principal entre PAPELBOL y D'Andrea, se tiene que la recurrente olvida que el inicio de otros procesos por parte de D'Andrea o PAPELBOL, tiene connotación y naturaleza distinta al presente proceso administrativo, cuyo objeto sólo se circunscribe a determinar el cumplimiento de la normativa regulatoria (**administrativa**) por parte del

regulado, en este caso de **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.**, y concretamente al cumplimiento del artículo 12 inc. a) y j) de la Ley de Seguros.

2.2. En cuanto al principio de verdad material.-

La recurrente, señala que la APS se habría apartado del principio de verdad material, al no haber considerado en el presente caso, que no existe Laudo Arbitral, ni Resolución Judicial que determinen la existencia del incumplimiento al contrato principal por parte de D'Andrea.

Efectivamente, (respecto al principio alegado), la Entidad Reguladora, se encuentra en la obligación de la búsqueda de la verdad material, que conforme anota -Comadira- se entiende *"que el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cuál aquella y éstas son independientes de cómo hayan sido alegadas y en su caso probadas por las partes."*

Sin embargo, la recurrente, no debe olvidar que la búsqueda de verdad material debe estar en marcada en la competencia de la APS, que de ninguna manera bajo el principio de verdad material, puede el Órgano Regulador pronunciarse sobre cuestiones que no son de su competencia y especialmente que no corresponde a la vía administrativa ser probadas, **cuando se está llevando un proceso administrativo sobre el cumplimiento de normativa administrativa.**

Que en este sentido y siguiendo la normativa regulatoria aplicable, la APS constató que PAPELBOL cumplió con los requisitos exigidos para la ejecución de la póliza, conforme lo establece la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, **es decir, la presentación por parte del beneficiario de la Resolución de la MAE que determine el incumplimiento del contrato por parte, en este caso, de la empresa D'Andrea,** hecho que bastaba para que el regulado proceda con la ejecución de la póliza; sin embargo de ello, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. no cumplió con lo determinado en el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, no existiendo más verdad que probar en el presente caso.

2.3. En cuanto al principio de legalidad.-

La Recurrente señala que existiría una vulneración al principio de legalidad, en razón a que previamente D'Andrea y PAPELBOL deben someterse a un arbitraje.
Que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2009, en cuanto al principio de legalidad determinó:

> *"…Lo dicho ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0908/2005-R que refiere que: ..."el principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución y a las leyes y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art 4 inc. c) de la ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; (...)*

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede substraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetarse su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley."

Que en ese sentido, una vez más la recurrente debe colegir que el presente proceso se centra en el control de legalidad sobre el proceso sancionatorio seguido por la Autoridad Fiscalizadora contra **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.**, en cuanto al incumplimiento del artículo 12 inc. a) y j) de la Ley de Seguros, mismo que se sometió al procedimiento preestablecido en la norma, no existiendo por ende ninguna vulneración al principio de legalidad.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye por lo que en el presente caso la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho una correcta interpretación de la norma por lo que, en el presente caso se debe confirmar totalmente la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 463-2011 de 5 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS /DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de octubre de 2011.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/371/2012 DE 18 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 025/2012 DE 11 DE MAYO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2012

La Paz, 11 de mayo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS,** contra la nota APS/DJ/371/2012 de 18 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria Rechazó el recurso presentado contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 036/2012 de fecha 26 de marzo de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 10 de febrero de 2012, la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos por si, presenta Recurso Jerárquico contra la nota APS/DJ/371/2012 de 18 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria Rechazó el recurso presentado contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011.

Que, en fecha 15 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos contra la nota APS/DJ/371/2012

de 18 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria Rechazó el recurso presentado contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 22 de febrero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campo, mismo que fue notificado el 27 de febrero de 2012.

Que, el 4 de abril de 2012, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campo.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA APS/DPNC/11415/2011 DE 15 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se pronunció respecto a la solicitud de la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campo, con los siguientes fundamentos:

> *"…En atención a su memorial de fecha 12 de diciembre de 2011, presentado en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS en fecha 13 de diciembre de 2011, mediante el cual solicita autorización para reposición económica del ex Bonosol y/o Renta Dignidad, al respecto comunicamos a usted lo siguiente:*
>
> *Como expresa en su memorial y es de su conocimiento, la Reposición Económica por única vez a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del ex Bonosol y de la Renta Dignidad corresponde a lo establecido mediante Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, reglamentado a través del Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto .de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/Nª 296-2011 de 12 de septiembre de 2011.*
>
> *La Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296-2011, establece la operativa y requisitos necesarios para solicitar y recibir la Reposición Económica, entre los requisitos de acuerdo a lo dispuesto en el punto CUARTO se tiene:*

- *Documento que acredite la -denuncia por suplantación de identidad, presentada hasta el 20 de enero del 2011 ante las siguientes entidades:*

    - *Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.*
    - *Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS.*
    - *Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP.*
    - *Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros - SPVS.*
    - *Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI (Entidad Gestora).*
    - *Futuro de Bolivia S.A. AFP.*
    - *BBVA Previsión AFP S.A.*
    - *Servicio Nacional del Sistema de Reparto - SENASIR.*
    - *Corporación de Seguro Social Militar- COSSMIL.*
    - *Seguro Provida S.A.*

- *La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A."*

Asimismo, de conformidad a lo dispuesto en el punto 8 del Anexo 2 de la Resolución Administrativa-SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008- (NORMATIVA PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LA BASE DE DATOS DE BENEFICIARIOS DE LA RENTA DIGNIDAD Y ATENCIÓN DE RECLAMOS), los beneficiarios que fueron víctimas de suplantación de identidad deben presentar su reclamo en la Entidad Gestora, a fin de que esta instancia informe a la entidad reguladora y proporcione al beneficiario los comprobantes de pago, para que realice la denuncia ante la Institución que corresponda.

Por lo expuesto y tomando en cuenta que usted como víctima de suplantación de identidad no presentó denuncia ante alguna de las instituciones mencionadas en norma, esta Autoridad no puede autorizar la Reposición Económica que solicita."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 6 de enero de 2012, la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos presentó Recurso de Revocatoria contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 201, argumentando lo siguiente:

"…RELACIÓN DE ANTECEDENTES. *-*

Mi persona es de la tercera edad, motivo por el cual recibía el Ex BONOSOL, actual Renta Dignidad, extrañamente en la gestión 2009, terceras personas, fraguando mi cédula de identidad cobraron dichas mensualidades, en la ciudad de La Paz en fecha 06/05/09 a hrs. 10:30 a.m., de la Caja 343474, en una de las sucursales de Fortaleza Fondo Financiero Privado, ubicado en la Calle Tumusla, hechos irregulares que en su debido momento denuncie ante las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado FFP y SAFI, puesto que de una de las sucursales de esta entidad se habría cobrado ilegalmente dichos montos de dinero suplantando mi identidad.

La pasada semana en un medio escrito y de circulación nacional se publicó que se procedería con la reposición Económica del Ex BONOSOL y/o Renta dignidad, a aquellas personas que fueron víctimas de suplantación, ***pudiendo acogerse mi persona a dicha reposición****, considerando que presente la denuncia correspondiente dentro los plazos estipulados y ante la instancia en la cual se materializaron los actos delincuenciales denunciados en su momento.*

DE LA VIOLACIÓN DE LA NORMATIVA Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. *-*

La Constitución Política del Estado en su Art. 45 garantiza el derecho a acceder a la seguridad social y en su parágrafo IV) garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo, motivo por el cual y para dar cumplimiento a estos principios constitucionales es que se promulgo la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, reglamentado a través del Decreto Supremo No. 0966 de 24 de agosto de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/No. 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, pero de una manera totalmente atentatoria y violatoria a los intereses de las personas que se tienen que beneficiar con esta ley usted emite la NOTA CITE:

APS/DPNC/11415/2011. Asimismo la misma Constitución Política del Estado en su Art. 67 garantiza la provisión de una renta vitalicia de vejez, en el marco de una seguridad integral de la ley la cual se pretende fracturar con el accionar que pretende materializar su autoridad.

De la simple lectura a la nota CITE: APS/DPNC/11415/2011, se puede evidenciar el tono discriminatorio con la cual actúa en contra de las personas adultas mayores, violando reiterativamente lo dispuesto por la tantas veces nombrada Constitución Política del Estado que ahora su autoridad se da la libertad de pisotearla, por lo que le insto a revisar lo dispuesto por el Art. 68 parágrafo II de la misma.

La Reposición Económica por única vez a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del Ex - BONOSOL y de la Renta Dignidad normado mediante la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, reglamentado a través del Decreto Supremo No. 0966 de 24 de agosto de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/No. 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, de la relación y utilizando la simple lógica de fechas de la normativa señalada se puede evidenciar que la misma rige a partir de su promulgación es decir del 20 de enero de 2011 ***¿ y qué con aquellas personas que sufrieron esta suplantación anterior a esta promulgación?*****"**

Por otro lado, anterior a la promulgación de la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011 y del análisis de esta normativa se puede establecer que la misma beneficiaría aquellas personas que sufrieron suplantación en el cobro de su Renta Dignidad Ex - BONOSOL anterior al 20 de enero de 2011, hecho que se adecúa a mis intereses.

Asimismo, utilizando la simple lógica, si uno sufre una suplantación como en mi caso y este hecho delincuencial se materializo fraguando mi cédula de identidad cobrando dichas mensualidades, en la ciudad de La Paz en fecha 06/05/09 a hrs. 10:30 a.m., de la Caja 343474, en una de las sucursales de Fortaleza Fondo Financiero Privado, ubicado en la Calle Tumusla, ***¿ante que instancia debería haber denunciado antes de la promulgación de la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011?.*** *Y la respuesta será ante la instancia donde se materializó estos hechos irregulares que en su debido momento denuncie ante las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado FFP y SAFI, puesto que de una de las sucursales de esta entidad se habría cobrado ilegalmente dichos montos de dinero suplantando mi identidad, motivo por el cual todo el accionar realizado por mi persona se adecúa para ser beneficiada por la* ***Ley No. 082 de 20 de enero de 2011****…."*

3. NOTA APS/DJ/371/2012 DE 18 DE ENERO DE 2012.-

Que, mediante nota APS/DJ/371/2012 de 18 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, rechazó el Recurso de Revocatoria planteado contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011 con los siguientes fundamentos.

"…Acusamos recibo de su memorial de 03 de enero de 2012, presentado a esta Autoridad el 06 de enero de 2012, mediante el cual recurre la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, que le comunica que no se puede

autorizar su solicitud de Reposición Económica por Única Vez del ex Bonosol y/o de la Renta Dignidad por los motivos que expone.

Según el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 15 "Además de los sujetos regulados, ***toda persona individual*** *o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una* ***resolución administrativa*** *de los órganos del SLREFI,* ***podrá impugnar esa resolución*** *mediante la interposición de los recurso administrativos." (las negrillas son nuestras)*

El artículo 19 del mismo cuerpo normativo dice: ***"Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos*** *y* ***directivas,*** *obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación." (las negrillas son nuestras)*

Complementando el artículo anterior, el artículo 20 señala: "I. ***Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior,*** *los sujetos regulados o personas interesadas solicitaran al Superintendente Sectorial que los emitió, en el* ***plazo de cinco (5) días*** *hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que* ***consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa*** *debidamente fundada y motivada..." (las negrillas son nuestras)*

Entonces, como persona individual la Beneficiaria tiene derecho a impugnar un acto jurídico que atente contra sus derechos o pedir que se reconozca uno; sin embargo, los recursos administrativos reconocidos por norma, sólo recurren Resoluciones Administrativa (sic) y que para recurrir un acto administrativo de menor jerarquía, como la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, debió en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de su notificación legal, solicitar la consignación en Resolución Administrativa de tal acto y presentar su Recurso de Revocatoria contra ella.

Por lo tanto, no cabe la admisión del recurso que plantea contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, por no estar contemplada tal posibilidad en la normativa vigente..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 10 de febrero de 2012, la Sra. Noemy Enríquez de Campos presentó Recurso Jerárquico contra la nota APS/DJ/371/2012 de 18 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria Rechazó el recurso presentado contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, argumentado lo siguiente:

"…RELACIÓN DE ANTECEDENTES.-

Debo reiterar que mi persona es de la tercera edad, motivo por el cual recibía el Ex BONOSOL, actual Renta Dignidad, extrañamente en la gestión 2009, terceras personas, fraguando mi cédula de identidad cobraron dichas mensualidades, en la ciudad

de La Paz en fecha 06/05/09 a hrs. 10:30 a.m., de la Caja 343474, en una de las sucursales de Fortaleza Fondo Financiero Privado, ubicado en la Calle Tumusla, hechos irregulares que en su debido momento denuncie ante las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado FFP y SAFI, puesto que de una de las sucursales de esta entidad se habría cobrado ilegalmente dichos montos de dinero suplantando mi identidad.

Durante varios meses en un medio escrito y de circulación nacional se público que se procedería con la reposición Económica del Ex BONOSOL y/o Renta Dignidad, a aquellas personas que fueron víctimas de suplantación, ***pudiendo acogerse mi persona a dicha reposición,*** *considerando que presente la denuncia correspondiente dentro de los plazos estipulados y ante la instancia en la cual se materializaron los actos delincuenciales denunciados en un momento.*

VULNERACIÓN DE LA NORMA Y AGRAVIOS SUFRIDOS.-

LO AFIRMADO POR LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS A.P.S.-

En el CITE: APS/DJ/371/2012 de 18 de enero de 2012, realiza una serie de afirmaciones que no cuentan con un respaldo legal, mucho menos un análisis lógico legal comparativo como paso a demostrar:

Según el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 15 "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho comparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se ven afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos".

PRIMERA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S.-

Con la transcripción que ustedes realizan del D.S. No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su Art. 15 "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá, impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos"

PRIMERA FUNDAMENTACION LEGAL QUE DESVIRTÚA Y RESPALDA NUESTRO ACCIONAR.-

Ustedes reconocen con la transcripción del Art. 15 del D.S. 27175, la existencia de un derecho y un interés legítimo que me afecta, no es otra el CITE: APS/DPNC/n415/2011 de 15 de diciembre de 2011, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como victima de suplantación de identidad, o piensan que este posicionamiento institucional beneficia mis intereses? Es decir con la interposición del recurso de revocatoria y cumpliendo con todas las formalidades legales, en tiempo hábil, lo único que se hizo es dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 2341, norma que se debe

aplicar con preeminencia a cualquier otro Decreto Supremo de menor jerarquía, máxime si la Ley 2341, da los lineamientos generales que van de la mano con los principios Constitucionales que respaldan el Estado de Derecho en el cual vivimos dentro el estado Plurinacional de Bolivia, motivo por el cual no se puede alegar el desconocimiento a lo dispuesto por el Art. 4 que en sus incs. ***C) principio de sometimiento pleno a le Ley:*** *La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los actos administrativos el debido proceso;* ***inc. D) Principio de verdad material:*** *La Administración Pública investigara la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;* ***f) principio de Imparcialidad:*** *Las Autoridades administrativas actuaran en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;* ***h) Principio de Jerarquía Normativa:*** *La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta ley, observaran la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado; j) Principio de Eficacia: Todo principio administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas;* ***I) Principio de Informalismo:*** *la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo;* ***p) Principio de proporcionalidad:*** *La Administración Pública actuara con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizara los medios adecuados para su cumplimiento: Principios todos estos que son de cumplimiento obligatorio por todo funcionario público y que han sido fracturados por su autoridad mediante la emisión del CITE: APS/DJ/371 /2012 de 18 de enero de 2012 y que es objeto del presente recurso. Asimismo la Ley 2341 en su Art. 11 dispone taxativamente que toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo* ***derecho subjetivo o interés legitimo se vea afectado*** *por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses conforme corresponda,* ***norma que ratifica y respalda legalmente la activación de los recursos administrativos activados dentro el caso de autos.*** *Por otro lado y con el objetivo de ilustrar su contradictorio conocimiento administrativo, usted debe saber que uno de los principales derechos de los administrados conforme lo dispone la Ley 2341 en su Art. 16 inc B)* ***es el de iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos****, motivo por el cual la impugnación del CITE: APS/DPNC/11415/2011, por la vía del recurso de revocatoria se encuentra plenamente enmarcado dentro de lo legal, puesto que la misma viola un derecho otorgado constitucionalmente como es el derecho a la Seguridad Social plasmado en el Art. 45 Constitucional.*

SEGUNDA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S.-

Siguiendo con la transcripción que ustedes realizan, establecen que el Art. 19 del mismo cuerpo normativo dice: "Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo ***como circulares, órdenes, instructivos v directivas****, obligaran a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación"*

SEGUNDA FUNDAMENTACION LEGAL QUE DESVIRTÚA Y RESPALDA NUESTRO ACCIONAR.-

Previamente a desvirtuar en esta segunda vulneración y lo afirmado en el CITE objeto de la presente interposición del Recurso Jerárquico ustedes deben preguntarse y

responderse ¿El CITE: APS/DPNC/11415/2011, es una circular, una orden, un instructivo, una directiva?, y para colaborarles y orientarles en sus tozudas interpretaciones del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la respuesta es que el CITE APS/DPNC/11415/2011, ***NO*** *ES NI ES UNA CIRCULAR, NI UNA ORDEN, NI UN INSTRUCTIVO, NI UNA DIRECTIVA, es un ACTO ADMINISTRATIVO y para su ilustración, un acto administrativo es toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o* ***particular,*** *emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, y por qué se dice que es un acto administrativo? por que ha producido efectos jurídicos negativos sobre el administrado, es decir mi persona en términos que puedan entender ustedes. Asimismo es obligatorio por que con esa determinación violan mis derechos acceder a la seguridad social. Por otro lado el acto administrativo objeto del Recurso de Revocatoria interpuesto y ahora objeto del Recurso Jerárquico, para ser considerado como tal,* ***ha sido dictado por autoridad competente,*** *es decir el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.* ***Asume una causa*** *que se ha sustentado en los hechos y antecedentes de la suplantación denunciada.* ***Cuenta con un objeto*** *que es cierto, licito y materialmente posible.* ***Goza de un fundamento*** *que ha sido expresado de manera concreta, la misma que indujo a emitir un acto administrativo objeto de la impugnación.*

Finalmente y para desvirtuar cualquier interpretación errónea y alejada de la verdad que puedan realizar, el acto administrativo ahora desconocido por ustedes aparte de ser un acto administrativo, ***es un acto motivado,*** *porque dispone la suspensión de un acto, es decir no permiten que mi persona como victima de suplantación, pueda beneficiarse con el cobro de mis rentas que fueron robadas por terceras personas.*

TERCERA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S.-

Continuando con su transcripción establecen que el Art. 20 señala que: "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitaran al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de 5 días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada..."

Por otro lado, afirman que como persona individual la Beneficiario tiene derecho a impugnar un acto jurídico que atente contra sus derechos o pedir se reconozca uno; sin embargo, los recursos administrativos reconocidos por la norma, solo recurren Resoluciones Administrativas y que para recurrir una acto administrativo de menor jerarquía, como la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, debió en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de su notificación legal, solicitar la consignación en Resolución Administrativa de tal acto y presentar su Recurso de Revocatoria contra ella.

TERCERA FUNDAMETACIÓN LEGAL QUE DESVIRTÚA Y RESPALDA NUESTRO ACCIONAR.-

En la segunda fundamentación se ha demostrado que el CITE: APS/DPNC/11415/2011, ***no es ni una circular, ni una orden, mucho menos un instructivo, o una directiva****, motivo por el cual el plazo de la impugnación y la interposición del recurso de revocatoria debe*

computarse desde el momento de la validez, la eficacia de los actos administrativos y consiguientemente desde su notificación, motivo por el cual dando cumplimiento al Art. 56 de la Ley 2341, establece que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo ***O ACTOS ADMISNTRATIVOS DE QUE TENGAN CARÁCTER EQUIVALENTE,*** *motivo por el cual se tiene que dar plena aplicación a lo dispuesto por el Art. 64 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo que disponen que el recurso de revocatoria deberá ser interpuesto por el interesado ante la autoridad administrativa que pronuncio la resolución impugnada,* ***DENTRO DEL PLAZO DE DIEZ DÍAS SIGUIENTES A SU NOTIFICACIÓN,*** *motivo por el cual cae por su propio peso la incoherencia de tratar de hacer ver que la interposición de los recursos señalados en el Art. 19 y 20 del D.S. 27175 sean dentro del plazo de cinco días. Asimismo se ha dejado claramente establecido que el acto objeto del recurso de (sic).*

CUARTA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S.-

Finalmente, resuelven que: por lo tanto, no cabe la admisión del recurso que plantea contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, por no estar contemplada tal posibilidad en la normativa vigente.

CUARTA FUNDAMENTACION LEGAL QUE DESVIRTÚA Y RESPALDA NUESTRO ACCIONAR.-

Conforme lo dispone la normativa administrativa mediante el CITE objeto del presente recurso jerárquico, el término de NO CABE LA ADMISIÓN CONTRA dicho acto administrativo no se encuentra regulado ni por la Ley de Procedimiento Administrativo 2341, ni por su D.S. reglamentario 27175, motivo por el cual la activación del recurso planteado es emergente del acto consecuentemente cuenta con un respaldo legal el mismo que se encuentra traducido por la normativa general y especial dentro el tratamiento administrativo.

PETITORIO.*-*

Por lo expuesto y demostrando legalmente conforme lo dispone los Art. 64,65 y sgtes., de la Ley 2341 "Ley de Procedimiento Administrativo" y su correspondiente Decreto Reglamentario normado por el D.S. 27175 EN SUS Arts. 52 y sgtes., planteo recurso Jerárquico en contra del CITE: APS/DJ/371/2012.-, solicitando se revoque la misma y deliberando en el fondo se ordene para que dando cumplimiento a la Ley 082/2010 Decreto Supremo No. 966, de 24 de agosto de 2011 que Reglamenta la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, de Reposición Económica por única vez a las Victimas de Suplantación de Identidad en el cobro del Ex - Bonosol y/o de la Renta Dignidad y Resolución Administrativa No. 296/11, su autoridad autorice e instruya para que por las oficinas correspondientes se me dé curso a la solicitud de reposición…."

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo

de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. De la obligación de pronunciarse.-

Conforme se evidencia de los antecedentes transcritos en el considerando anterior, el caso corresponde a una solicitud presentada por la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos, sobre reposición económica del ex Bonosol y/o Renta Dignidad, debido a la suplantación que habría sufrido, requiriendo el pronunciamiento de la Autoridad llamada por Ley. La Autoridad procedió a dar respuesta a la citada administrada, rechazando su solicitud, respuesta que es dada mediante acto administrativo de menor jerarquía.

Por lo que, conforme dicta el procedimiento administrativo, el Ente Regulador debió considerar que en el presente caso al tratarse de una solicitud de reposición de un derecho, correspondía que su pronunciamiento se realice mediante la emisión de Resolución Administrativa debidamente motivada y fundamentada, ya que no debe olvidarse que el pronunciamiento iba generar un efecto jurídico, sea la concesión de un derecho o el rechazo de la solicitud del impetrante y ello en aplicación al artículo 17 Parágrafo I de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, que determina que la Administración Pública está **obligada a dictar resolución expresa** en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación.

1.2. Del procedimiento administrativo en caso de impugnación contra actos administrativos de menor jerarquía.-

En materia administrativa, todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponderá revisar cual es la norma aplicable al caso de autos, para ello debe revisarse normativa administrativa especial, es decir el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber:

> ***"Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).*** *Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación."*
>
> ***"Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).***
>
> I. *Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados* ***o personas interesadas*** *solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el* ***plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación,*** **que** ***consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.*****"**

Conforme se tiene determinado, la norma administrativa, delega la responsabilidad al recurrente de solicitar al órgano regulador que consigne el acto administrativo de menor jerarquía en un acto recurrible, es decir y subsumiendo al caso de autos, la obligación de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, a efectos de que pueda interponerse el Recurso de Revocatoria que le asiste al administrado, **sin embargo** la propia normativa administrativa, prevé que ante esta omisión por parte del interesado, la Autoridad regulatoria, está en la obligación de reencauzar el procedimiento, cual mandan los artículos 42 y 43 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo que establecen:

> ***Artículo 42.- (Calificación del Procedimiento)*** *El órgano administrativo* ***calificará y determinará el procedimiento que corresponda*** *a la naturaleza de la cuestión planteada,* ***si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación.*** (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, en el presente caso el Ente Regulador, se encontraba en la obligación de reencauzar el procedimiento administrativo, que de origen no había merecido un pronunciamiento formal, debiendo haberse pronunciado directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo del citado artículo 42 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo y el Artículo 56 de la Ley No. 2341, más por el contrario y separándose del procedimiento administrativo, al cual estaba obligada la Autoridad de Pensiones y Seguros, emite otro acto administrativo de menor jerarquía (nota APS/DJ/371/2012) que rechaza el recurso de revocatoria.

Por lo que queda claro, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

1.2. Del rechazo al Recurso de Revocatoria planteado contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011.-

El ente regulador no debe olvidar que ya el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17 define al **acto administrativo** como aquel "…*que* ***expresa la decisión de la autoridad reguladora****, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados*"

Por su parte la economía jurídica boliviana determina, que cualquier persona que se sintiera agraviada puede presentar recursos administrativos (recursos de revocatoria y jerárquico) Artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo "…contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente *siempre que dichos actos administrativos a* ***criterio de los interesados*** ***afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***. II. *Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…*"

En este contexto tenemos que al tratarse de un acto definitivo, la APS estaba en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el mismo, a través de una Resolución Administrativa y no así a través de un acto administrativo de menor jerarquía.

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

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

Finalmente corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N 021/2010 de 27 de agosto de 2010 misma que determinó en un caso de características análogas lo siguiente:

> *"…Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria…."*
>
> *En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente…"*

1.4. De las conclusiones.-

Del análisis de los numerales anteriores, se tiene que el Ente Regulador, ha vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y derecho a la petición de la recurrente, al no haberse pronunciado mediante Resolución Administrativa, al inicio y a tiempo del Recurso de Revocatoria, hecho que ha dado lugar a la indefensión de la recurrente y

consecuentemente que el procedimiento administrativo se encuentre viciado con las causales de anulabilidad.

Por lo que corresponde traer a colación lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010 referente al debido proceso tenemos que:

> *"…, por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:*
>
> *"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes*" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otra, señalando que:
>
> *"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y*

congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

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

Que en el presente caso al haberse violado el derecho al debido proceso y derecho a la defensa de la recurrente, corresponde anular el presente proceso debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa sobre la solicitud de la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con el principio del debido proceso, principio de legalidad.

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

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados de la recurrente.

Que, asimismo y no menos importante, es que este Ministerio, no puede entrar al análisis de fondo, ya que el presente Recurso versa sobre el rechazo determinado por la Autoridad recurrida, y no así sobre los temas de fondo que previamente deben ser resueltos por el ente regulador.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011 **inclusive,** debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 026/2012 DE 15 DE MAYO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2012

La Paz, 15 de mayo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (BBVA Previsión AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de fecha 13 de diciembre de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 56-2011 de 25 de febrero de 2011 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 008/2012 de 02 de abril de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 042/2012 de 24 de abril de 2012**,** emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 4 de enero de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.**, legalmente representada por Milán Grover Rosales Vera, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 610/2007, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo del Dr. Ildefonso Núñez López, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de fecha 13 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 12 de enero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA Previsión AFP S.A**., mismo que fue notificado el 19 de enero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS), mediante nota AP/DJ/DPC/2985/2010 de 14 de octubre de 2010, notificó a BBVA Previsión AFP S.A., con los siguientes cargos:

*"… **II.- IMPUTACIÓN DE CARGOS:***

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que en mil ciento ochenta y cuatro (1.184) casos hasta la emisión de la presente Nota de Cargos, no ha iniciado Proceso Ejecutivo Social dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora.

El detalle de los casos se encuentra en el Anexo I…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV-OP-1559/12/2010 recibida en la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, en fecha 17 de diciembre de 2010, BBVA Previsión AFP S.A, presenta los siguientes descargos:

"…IMPUTACION DE CARGOS:

"Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley No 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio

de 2000, al advertir que en mil ciento ochenta y cuatro (1.184) casos hasta la emisión de la presente Nota de Cargos, no ha iniciado Proceso Ejecutivo Social dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora. El detalle de los casos se encuentra en el Anexo 1"

Respuesta.-

Verificado en detalle de los empleadores y debido a que no ha habido una consulta previa a la AFP antes de emitir la nota de cargo es necesario clasificar los empleadores en función a las casuísticas que han generado la observación.

Para proceder a clasificar las casuísticas de la Nota de Cargo, es necesario observar y aclarar lo siguiente:

a) Existe duplicidad y hasta triplicidad de 108 detalles en anexo a la Nota de Cargo, reduciéndose el número de empleadores a 1076.

b) En el detalle del Anexo se encuentra 8 que no pueden ser ubicados en el AGM 02201008.AGM observado y que son los siguientes:

No	CORRELATIVO AD/DJ/DPC/2985(sic)	TIPO DE IDENTIFICACIÓN	N° DE IDENTIFICACIÓN
1	150	RUC	8514589
2	264	RUC	1353820
3	518	NIT	2448424011
4	589	RUC	4458311
5	702	NIT	1020155026
6	838	NIT	136165029
7	894	SUP	8145
8	956	NIT	2227499019
9	1112	NIT	2227499019

Del saldo de 1068 casos se tiene las siguientes Casuísticas:

1. El periodo observado más antiguo estaba en gestión administrativa.-

En el detalle de casos observados existen 106 detalle (sic) *correspondientes a 106 empleadores cuyo periodo observado más antiguo corresponde al mes de marzo/2010.*

En función al Procedimiento de Gestión de Cobro aprobado por la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de fecha 23 de Junio de 2000 y modificado por el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, se que (sic) *tiene el periodo marzo/2010 a la fecha de corte del AGM observado (30/08/2010) se encontraba en plazo para la gestión de cobro administrativo conforme prevé la Resolución citada…"*

"… 2. Deuda observada cuyo valor es menor al delta.-

Las Resoluciones Administrativas SPVS-IP N° 241 de 19/08/1999 y SPVS/IP/N° 293 de fecha 13/04/2007, establecen que el valor del delta es de 2% y 10% del Salario Mínimo Nacional, respectivamente. En 28 detalles correspondientes a 28 empleadores la deuda generada es menor a los valores del delta establecido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y según normativa vigente, no corresponde su gestión judicial.

No	CORRELATIVO AD/DJ/DPC/2985(sic)	TIPO DE IDENTIFICACIÓN	Nº DE IDENTIFICACIÓN
1	5	NIT	1029831027
2	251	NIT	1028499029
3	551	NIT	1598476015
4	591	TGN	578
5	596	NIT	2021767017
6	599	NIT	141941025
7	605	NIT	1020431029
8	619	SUP	5915
9	620	NIT	137009028
10	641	RUC	7100868
11	642	NIT	1006843022
12	643J	RUC	599689
13	874	NIT	1480740014
14	875	NIT	3214258017
15	878	NIT	2216998010
16	963	NIT	4605665019
17	966	NIT	147240028
18	985	SUP	206
19	1169	NIT	120833028
20	1173	NIT	4765816015
21	1174	NIT	162848025
22	1175	NIT	3014518016
23	1178	NIT	2443243012
24	1180	NIT	45736014
25	1181	NIT	1003541022
26	1182	NIT	157762024
27	1183	NIT	134815022
28	1184	NIT	2603201013

3. Deuda en procesos de conciliación, acreditación y regularización con el empleador y que fue regularizada.

Existe 326 detalle correspondientes a 322 empleadores cuya deuda a la fecha de cierre del AGM observado se encontraba en proceso de regularización, debido a diferentes motivos como ser: depósitos en recaudación no aclarada, FPC pendientes de acreditación debido a falta de documentación, conciliaciones en proceso para identificar la deuda con los empleadores y otros motivos que causan que la deuda sea generada y que al mismo tiempo se tenga conocimiento que la misma puede ser regularizada, también en este grupo tenemos casos en los que se inicio proceso ejecutivo y ya no tienen deuda…"

"…4. Empleadores que si tienen proceso judicial iniciado.-

Del saldo de los casos 715 detalles (sic) *de 612 empleadores adjuntamos las respectivas Notas de Débitos con sus memoriales de inicio de demanda. De estos casos se han actualizado los datos en el AGM del presente mes…"*

"…Como se puede observar en función al desarrollo de la deuda y los descargos presentados queda desvirtuado el presunto incumplimiento de la normativa por parte de BBVA Previsión AFP…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 DE 25 DE FEBRERO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de

2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, resolvió:

*"...**PRIMERO.-** Sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $US100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, con respecto a mil treinta y ocho (1.038) casos detallados en los Cuadros N° 2, 6, 10 y 13, cuyos NUA se detallan en Anexo adjunto a la presente Resolución Administrativa.*

***SEGUNDO.-** Desestima sanción a BBVA Previsión AFP S.A., con respecto a ciento cuarenta y seis (146) casos detallados en los Cuadros N° 1, 3, 5, 8, 9 y 12.*

***TERCERO.-** La obligación de BBVA Previsión AFP S.A. de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda bajo su entera y absoluta responsabilidad, conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.*

***CUARTO.- I.** La multa señalada en la Disposición Primera, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 6 de junio de 2011, BBVA Previsión AFP S.A., presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 056-2011 de 25 de febrero de 2011, con los mismos fundamentos que en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 484-2011 DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, que confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 056-2011 de 25 de febrero de 2011 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, modificándose la parte resolutiva de la siguiente manera:

*"**PRIMERO.-** Sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997*

Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, con respecto a un mil catorce (1.014) casos detallados en los Cuadros N° 2, 6, 10 y 13, cuyos NUA se detallan en Anexo adjunto a la presente Resolución Administrativa.

SEGUNDO.-I. *Desestima sanción a BBVA Previsión AFP S.A., con respecto a ciento cuarenta y seis (146) casos detallados en los Cuadros N° 1, 3, 5, 8, 9 y 12.*

II *Asimismo, se desestima sanción con respecto a veinticuatro (24) casos, detallados en el Anexo A de la presente Resolución Administrativa.*

III. *Se desestima parcialmente el cargo para doscientos once (211) casos detallados en el Anexo B de la presente Resolución Administrativa.*

IV. *Con relación a los cinco mil doscientos treinta y ocho (5238) Afiliados identificados con daño, se ratifica el mismo para dos mil novecientos veinticinco (2925) Afiliados, detallados en el Anexo C, y se levanta para dos mil trescientos trece (2313) Afiliados, detallados en el Anexo D.*

TERCERO.- *La obligación de BBVA Previsión AFP S.A. de recuperar la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…<u>De los Fundamentos Técnicos- Jurídicos de fondo</u>

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado el 02 de junio de 2011 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL PUNTO DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL DERECHO DEL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO A LA DEFENSA.

En esta parte de la impugnación BBVA Previsión AFP S.A. expone:

"La ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sanciona a esta Administradora de Fondos de Pensiones <u>en base a la información contenida en el Archivo General de Mora enviado el 20 de septiembre de 2010 con Cite PREV-CO-1200-09-10</u>, (Archivo fuente conocido como el AGM de agosto 2010). Al respecto, es importante manifestar que en cumplimiento a las disposiciones administrativas emitidas por el regulador (Resolución Administrativa N° SPVS-IP-005 de 06 de enero de 2003 y Circular SPVS-IP-DC-096/2000 de 24 de agosto de 20,cc,,c00 (sic)), el 20 de septiembre de 2010 con (sic) Cite PREV-CO-1200-09-10 se remitió la información actualizada al 31 de agosto de 2010 en los archivos: AGM0231_08_2010.SRC, 02201008.AGM y 02201008.AGM, extremo que se demuestra por lo siguiente:

1. *Al revisar los archivos electrónicos enviados.*
2. *Al verificar la normativa que establece el nombre del archivo en el cual se envía el AGM,*
3. *Verificando el tenor de la carta remitida en esa fecha que manifiesta: "Adjunto a la presente tengo a bien enviar el CD conteniendo el "Archivo de Mora" con información al 31 de agosto del 2010"; de donde se extracta el nombre del archivo 02201008.AGM, donde 02" es el código de la AFP; "2010" es el año del AGM reportado; "08" es el periodo a cuyo último día se realiza el corte se envía el reporte es decir "agosto".*

Siguiendo el Procedimiento Sancionatorio (PS), anidado por la AP con la Nota de Cargo AP/DJ/DPC/2985/2010 de 14 de octubre de 2010 (NC), la AFP presentó descargos con la información contenida en el archivo 02201008.AGM (el subrayado es nuestro) tal como indicó inicialmente la AP, empero el ente regulador impone una sanción económica basándose esta vez en función a un 2do. Archivo fuente como es el 02201009. AGM; conocido como el AGM de Septiembre 2010 y enviado según la AP por la AFP (sic) *el 20 de septiembre 2010; finalmente, al enumerar los detalles de los casos observados en los cuadros 2, 10, 13 la AP menciona valores e información que corresponde a un 3er. Archivo fuente; el archivo 02201009AGM conocido como el AGM de Julio 2010 y sobre éste ratifica los cargos, este hecho se demuestra en el cuadro N° 1 adjunto al presente recurso en calidad de prueba.*

En conclusión, claramente se observa un manejo incorrecto de tres (3) archivos fuentes por parte de la AP, utilizando un archivo (AGM de julio 2010) para generar cargos y solicitando erróneamente a la AFP descargos en base a otro archivo (AGM de Agosto 2010) y finalmente, empleando otros dos (2) archivos diferentes (AGM de Septiembre 2010 y AGM de Julio 2010) para evaluar los descargos presentados por la AFP y luego sancionarla en base otros valores.

Lo manifestado en el párrafo precedente es reconocido por la AP en el inciso a) del tercer considerando de la Resolución Sancionatoria (RS) que manifiesta:

"De los mil ciento ochenta y cuatro (1.184) casos identificados en la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/2985/2010 de 14 de octubre de 2010, la Administradora reportó que del total de casos, nueve (9) no se encontraban en el Archivo General de Mora "02201008,AGM" incurriendo en error ya que la Nota de Cargos emitida por esta Autoridad utilizó la información del AGM "02201009.AGM" enviada en fecha 20 de septiembre de 2010; sin embargo, una vez realizada la revisión correspondiente se evidenció que dichos casos no se encontraban en el AGM, de los cuales se tiene el siguiente detalle: ... "

La AP, reconoce plenamente este hecho al levantar cargos de casos que ellos mismos observaron inicialmente en el AGM de Agosto 2010 y luego no encontraron en ese mismo archivo; tal como lo comunica en los cuadros N° 1, N° 3 y N° 9 de la RS. De no haber cambio de archivos, jamás podrían darse las diferencias que la AP identifica y luego determina eliminar, levantando para ello los cargos.

La confusión de la AP tras un irregular manejo de la información para la NC, para los descargos presentados por la AFP y para la sanción, demuestra el incumplimiento de su

deber de actuar con el cuidado exigible en el PS, impidiendo que la AFP presente descargos, lo que se traduce en un acto administrativo que violenta el derecho constitucional a la defensa, porque se le ha privado del derecho de presentar los descargos idóneos a los cargos por la información errónea de la AP sobre el archivo base de los cargos, violentando además el derecho al debido proceso, definido como "…el derecho que tiene lodo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley".

...la AP en el PS no se ciñó a los principios definidos en la LPA de: sometimiento pleno a la ley, de la verdad material, de buena fe, de imparcialidad, de legalidad y presunción de legitimidad, de jerarquía, normativa: de proporcionalidad y la CPE artículo 171.

De acuerdo a la doctrina "la seguridad jurídica" es una "condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio", este concepto que debió ser asumido por la AP en el presente PS porque tiene el deber de proveer seguridad jurídica a los regulados asegurando el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la CPE y LPA.

El principio la buena fe es la confianza del regulado a los actos y decisiones del regulador dentro del PS que permita el fiel reflejo de la verdad material en torno a sus acto (sic) *administrativos, lo que hace que las decisiones y precedentes emanados del proceso deben estar sometidos a la Ley en todas las decisiones o resoluciones pronunciadas.*

Dentro del marco jurídico referido, se presume que los actos administrativos de la AP son legales y legítimos y que cumplió con las reglas del debido proceso, es decir, el derecho del regulado de ser oído y exponer la razón de su defensa. La AFP presentó de buena fe los descargos a la NC exponiendo las explicaciones necesarias, la AP se pronunció mediante una resolución fundamentada en la que consideró y utilizó tres (3) archivos completamente diferentes (02201007.AGM,02201008.AGM y 02201009.AGM) durante el PS y no así la información objeto del PS contenida en el archivo 022010.08.AGM enviado el 20 de septiembre de 2010; violentando el derecho a la defensa y al debido proceso, que en el presente caso no es otra cosa que la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad fiscalizadora para demandar que los cargos presentados sea (sic) *analizados en virtud al principio de la verdad material a objeto de lograr, previo proceso, una decisión que modifique dicha situación jurídica; como es el caso de los casos observados que no se encuentran en el archivo 02201009.AGM utilizado para realizar los cargos según la AP, que en función al cuadro 1 se muestran con número de periodos y monto de deuda "0".*

Otro ejemplo de la indefensión y la confusión de la AP se encuentra en las consideraciones de los casos con deuda menor al delta donde al analizar los descargos presentados por la AFP en el NIT 4765816015, la AP afirma que la deuda del periodo 201001 por un monto de Bs, 234,10 se encuentra en el archivo utilizado por la AP, es decir

el archivo 02201009.AGM. Sin embargo, la misma se encontraba solucionada y reportada en el Archivo Histórico de Mora en el archivo 02201008.AHM al 31 de agosto del 2010, que se envió conjuntamente al AGM enviado en fecha 20 de septiembre de 2010.

Al respecto, cabe apuntar que el punto 3.4 de la Circular SPVS-IP-DC 096/2000 de 24 de agosto de 2000, establece: "El Archivo General de Mora contendrá la información referente a la Gestión de Cobro y a los Procesos Ejecutivo (sic) Sociales de los empleadores que se mantienen en mora. Los empleadores que pagaron el total de la deuda declarada en mora, o demostraron el pago oportuno, la baja temporal, etc. deben ser transferidos a un archivo histórico, denominado Archivo Histórico de Mora, con toda la información generada en el Archivo General de Mora." (El subrayado es nuestro).

Por lo tanto, el "Archivo General de Mora", tiene por objeto el control de todo el proceso seguido desde la detección, de las Contribuciones en mora, presunta o efectiva, hasta la aclaración o pago de estas en el que la AFP debe registrar las distintas etapas por las que pasa el procedimiento de cobranza (Gestión de Cobro Administrativa y Judicial), teniendo en ese entendido un carácter acumulativo, lo que implica que, la mora que no sea regularizada permanecerá en cada uno de los envíos que realiza la AFP del Archivo General de Mora (AGM), durante e[1] tiempo que ésta se encuentre vigente.

En ese sentido, un Empleador puede acumular períodos en mora, y estos deben ser reportados en el AGM, con la periodicidad que señala la norma, enviando la Información de las gestiones de cobranza y los Procesos Ejecutivos Sociales.

No obstante, considerando lo expuesto por el regulado en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la R.A.056-2011, referente al AGM, en el marco de lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, y considerando que BBVA Previsión AFP S.A., presentó descargos con la información contenida en el archivo 02201008.AGM, en función a la Nota de Cargos, se utilizó dicho archivo a objeto de verificar la información y documentación dentro del proceso administrativo sancionatorio, dentro del Recurso de Revocatoria.

Lo señalado en el anterior párrafo obedece también a que, en Auto de 11 de julio de 112011, se aclaró que, el AGM referido es el remitido mediante nota Cite: PREV-CO-1200-09-10 de fecha 20 de septiembre de 2010, recepcionado por esta Autoridad en fecha 21 de septiembre de 2010.

Asimismo, dicha aclaración fue reiterada en Auto de 25 de agosto de 2011, mediante el cual se expuso que el Recurso de Revocatoria manifestaba lo siguiente: "el 20 de septiembre de 2010 con Cite PREV-CO-1200-09-10 se remitió la información actualizada al 31 de agosto de 2010 en los archivos: AGM0231_08_2010.SRC,02201008.AGM y 02201008.AGM." y que el nombre del archivo del AGM extrañado es el remitido mediante nota Cite: PREV-CO-1200-09-10 de fecha 20 de septiembre de 2010. [J]

Esta situación también es reconocida y aceptada por la Administradora de acuerdo al siguiente detalle:

- *Nota Cite: PREV-OP-1001/10/2011 de **01 de agosto de 2011**, la Administradora señala: "...Dentro del plazo ampliado de los diez (10) días hábiles administrativos, tengo a bien remitir a su autoridad (sic) la información argumentada, dentro del Recurso de Revocatoria en el formato requerido por su autoridad, (sic) en base al archivo 02201008.AGM".*

- *Nota Cite: PREV-OP-1480/10/2011 de **12 de octubre de 2011**, la Administradora señala: "...Dentro del plazo ampliado por el auto de fecha 12 de septiembre de 2011, tengo a bien remitir a su autoridad (sic) la información argumentada dentro del Recurso de Revocatoria en el formato requerido por su autoridad, (sic) en base al archivo 02201008.AGM".*

Por lo que se concluye que, la AFP presentó sus descargos, en función a la nota de cargos, los mismos que fueron evaluados prolijamente por esta Autoridad a momento en que fueron presentados, en ese comprendido, en ningún momento se ha privado al regulado del derecho de presentar los descargos idóneos a los cargos, y mucho menos esta Autoridad violentó el derecho al debido proceso, definido por el regulado como "... el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley".

*Por tanto, no hubo afectación al proceso mismo ni al regulado, considerando que los casos sancionados en Resolución Administrativa de primera instancia, son los mismos que fueron obtenidos bajo el **archivo 02201008.AGM.***

*En cuanto a la supuesta vulneración de algunos principios que rigen la actividad administrativa, corresponde hacer referencia a lo expresado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera **(SIREFI)**, la cual establece lo siguiente:*

*"Respecto al **derecho a la defensa… …**En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos".*

***"El debido proceso** administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la afiliación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades pública* (sic) *sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en*

el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no puede ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse."

Por su parte la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala:

*"La **seguridad jurídica** apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretodo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos."*

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007, dice:

***"La presunción de inocencia,** por ello, es un principio plenamente aplicable en el campo de las infracciones y sanciones administrativas, se constituye como una presunción juris tantum, que exige que toda acusación sea acreditada con la prueba de los hechos en que se fundamentan y la simple instrucción o realización de una investigación o comunicaciones respecto de incumplimientos normativos no constituye una infracción a dicha garantía, pues en la misma se dota al individuo todas las herramientas para ejercitar su defensa."*

De acuerdo a los lineamientos establecidos por la instancia superior, los principios administrativos aplicables y en atención al orden normativo vigente, corresponde señalar que esta Autoridad se ha enmarcado dentro de la norma constitucional y procesal administrativa vigente, considerando que el presente caso fue iniciado como consecuencia de advertir que la AFP no inició el Proceso Ejecutivo Social dentro de ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de la fecha en la que el empleador incurrió en mora; siendo por tanto objeto de sanción, previa evaluación oportuna de descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A.

En la segunda instancia de este proceso, se tiene que el regulado ha presentado impugnación contra la decisión del regulador, la cual al ser objeto de evaluación ha precisado la emisión de determinados pronunciamientos previos al presente, a efectos de considerar y tener por evaluados todos los aspectos que señala la AFP, para así contar con los elementos suficientes para el pronunciamiento definitivo.

*Con respecto al supuesto **derecho de defensa** vulnerado, aquello no es evidente en razón a que esta Autoridad ha garantizado éste, desde el momento en que se presentaron los descargos y aclaraciones que hizo el regulado, donde se consideraron*

para establecer los casos que fueron objeto de sanción y aquellos que fueron excluidos, tomando en cuenta el AGM expresado en la imputación de cargos. En ese sentido, no se tiene ningún caso sancionado en la R.A.056-2011 que no haya estado reportado en el AGM previsto en la imputación.

Asimismo se debe considerar que, la participación del regulado con la información proporcionada fue importante, para que este pueda defenderse y en especial para el regulador, quien pudo afirmar la infracción para aquellos que fueron sancionados, en razón a los reportes del AGM remitidos por la AFP, los cuales si bien corresponden incluso a otros períodos; sin embargo no es menos cierto que, cada uno registra el estado de cobranza de la mora, la cual sólo era modificable cuando el Empleador haya cumplido con el pago de las Contribuciones adeudadas; mientras tanto, el AGM lógicamente y de manera periódica seguiría reportando la mora hasta que esta pueda ser extinguida. En ese entendido, no constituye restricción al derecho a la defensa, vulneración al debido proceso ni la seguridad jurídica, aquellos reportes de mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) enviados por el regulado, distintos al archivo 02201008.AGM, considerando que mientras la deuda no sea pagada ésta continuó reportándose en los envíos remitidos al regulador.

Por otro lado y como se dijo anteriormente, los casos considerados para el inicio del presente proceso fueron obtenidos del archivo 02201008.AGM, y que los otros reportes, fueron vistos sólo con la finalidad de verificar la situación de la mora y su subsistencia, pero no para determinar la infracción de los casos sancionados. Por lo que no hubo ningún manejo incorrecto del AGM, como erróneamente lo expresa el regulado y que esto vulneraría su derecho a la defensa, pues los casos analizados y posteriormente sancionados responden a aquellos previstos en los cargos.

*Por tanto, la **seguridad jurídica** fue garantizada en el proceso, toda vez que se tuvo un pronunciamiento definitivo (R.A.056-2011) en base a la certeza jurídica al momento de determinar los casos sancionados, los cuales fueron evaluados, definidos y determinados en cada uno de los un mil ciento ochenta y cuatro (1.184) casos, de los cuales fueron levantados ciento cuarenta y seis (146) casos; dejando atrás cualquier expectativa o indefinición de algún caso y sus connotaciones, prueba de ello es que la misma AFP no explica de manera clara y precisa en qué casos se ha vulnerado la seguridad jurídica.*

En ese entendido, no es admisible que la seguridad jurídica se haya visto vulnerada, pues en aplicación de la norma, la verdad material y en Buena Fe, los casos que se sancionaron se encontraban en el reporte del archivo 02201008.AGM, los cuales incumplían la norma imputada; demostrando de esta manera legalidad y legitimidad de la decisión asumida por el regulador.

*Por otro lado la **presunción de inocencia,** en ningún momento fue puesta en duda por este regulador durante todo el proceso, en razón a que antes de la emisión R.A.056-2011 siempre se consideró al regulado sin responsabilidad hasta no demostrarse lo contrario, lo cual requirió la acumulación de los elementos probatorios necesarios para poder evaluar (verdad material) y determinar o no la infracción a través de aclaraciones y reportes complementarios, siendo estos utilizados por el regulado como un medio más para*

defenderse y desligarse de los hechos atribuidos como infracción en amplia defensa. En ese entendido, si bien se ha determinado con precisión la infracción, y sancionado la misma; sin embargo y considerando la impugnación presentada por BBVA Previsión AFP S.A. la presunción de inocencia obviamente se mantiene hasta que el presente proceso adquiera la calidad de cosa juzgada.

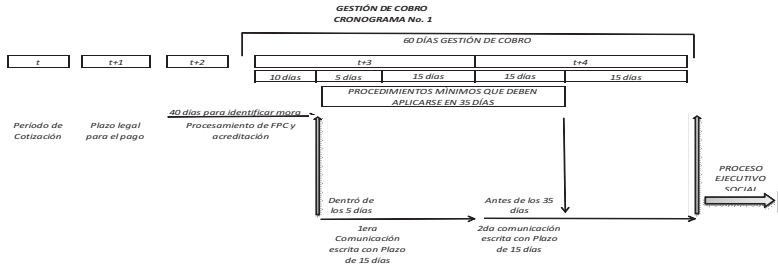
Con relación al ejemplo correspondiente al NIT 4765816015, el regulado presentó descargos para dicho caso, sin embargo de la evaluación realizada por el ente regulador se estableció la insuficiencia de los mismos, debido a que la mora no se encausaba a un valor menor a una descuadratura menor, por lo que el señalado caso fue objeto de sanción.

AL PUNTO DEL CÓMPUTO PARA EL INICIO DEL PROCESO EJECUTUVO SOCIAL Y SEGURIDAD JURÍDICA.

BBVA Previsión AFP S.A., señala:

"La AP aplica un criterio diferente a la forma de cálculo de los días calendarios para el inicio de la gestión de cobro judicial, observando que el periodo moroso de marzo 2010 debió haber sido demandado el 29/08/10, sin considerar los primeros 30 días que están asignados por Norma a la identificación de la mora. En concordancia con el DS N° 25722 de 31 de marzo de 2000, la ex SPVS en el ejercicio de las facultades legales otorgadas por el Artículo 49 de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, emitió la Resolución Administrativa - SPVS - P No. 259, de 23 de Junio de 2000 (RA 259/2000), misma que en sus artículos 9 y 13 que disponen:

"NOVENO.- (PROCESO EJECUTIVO SOCIAL) Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 230 de la Ley 1732 de Pensiones y 950 del Decreto Supremo 24469". "DECIMOTERCERO.- (CRONOGRAMA) Con el fin de facilitar la comprensión de la cronología que sigue el procedimiento de gestión de cobro y aclaración, se acompaña como parte de la presente Resolución, el ero no grama N° 1".



La RA 259/2000 tuvo por objeto regular, aclarar y facilitar la comprensión de la cronología de la gestión de cobro, mostrando y estableciendo que el periodo de los 60

días indicados en el Art. 9 del DS 25722 ampliado a 120 días por el DS. 26131, se inicia a partir del 1° día del periodo t+3; es decir pasado 2 meses después de la fecha devengo del periodo. (Donde el periodo t = periodo de cotización; t + 1 es el plazo de pago; t + 2 = periodo de identificación de la mora)

A la fecha, la norma que regula la gestión de cobro (Administrativo y Judicial) no fue modificada por el ente regulador, en consecuencia, su cumplimiento es obligatorio para todas las entidades reguladas por la AP, conforme dispone la LPA y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27115.

Analizando la información contenida en el envío del 20 de septiembre de 2010 a la AP y aplicando la RA 259/2000 se tiene que el periodo marzo/2010 corresponde al periodo "t": el mes de abril/2010 "t+1": es el plazo establecido para el pago de contribuciones, en este sentido el periodo "t+2": corresponde al mes de mayo/2010, mes en el que se procede a la acreditación de aportes y desde el día 1er día (sic) *del periodo t+3, es decir el 0l de junio de 2010, corre el plazo de 120 días para la gestión de cobro.*

De lo expuesto se colige que el plazo para iniciar el Proceso Ejecutivo Social del periodo marzo/2010, venció el fecha 28 de septiembre de 2010 inclusive. Además de la Normativa vigente, como prueba fehaciente de la validez del criterio anterior, la AP en anteriores fiscalizaciones realizadas manejó un criterio coincidente y reconoció claramente que el plazo para el inicio de la gestión de cobro judicial corre a partir del periodo t+3, es decir desde la identificación de la deuda, como prueba de ello se trascribe las partes pertinentes de la correspondencia intercambiada:

> *1.- Nota AP/DPC/CO/2152 de fecha 28 de julio de 2010 en la cual se revisó el ACM de mayo 2010 en el párrafo segundo indica:*
>
> *"Al respecto, se ha evidenciado que en el reporte enviado existen Empleadores en mora sin emisión de Nota de Debito* (sic)*, asimismo, no existe reporte que por los periodos evidenciados, la AFP hubiese iniciado el correspondiente Proceso Ejecutivo Social - PES o hubiese ampliado el monto de la Demanda* ***una vez transcurridos 120 días de identificada la Mora",*** *(las negrillas son del regulado)*
>
> *2.- Nota AP/DF/564/2009 de fecha 12 de agosto de 2009, en la fiscalización de empresa con mora mayor a 120 días en el cálculo dé los días de retraso en el inicio del Proceso Ejecutivo Social se aplica los 120 días tomando como Plazo para Inicio PES según la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a partir del periodo t+3 y es mas en la misma observación hace referencia al D.S. 26131, lo cual se demuestra en el cuadro 2 con el cálculo de los días de retraso (sic) según la Observación 2 de la nota AP/DF/564/2009.*

En los dos casos anteriores se evidencia que el ente regulador aplicó hasta antes de la presente Sanción, el sistema de cálculo establecido en la RA 259/2000, y a partir de la fecha de fiscalización, objeto del PS, aplica un nuevo criterio extra legal que no está en la Normativa y además diferente al que el SSO estuvo aplicando con la validación de la AP.

La AP en el ejercicio de las facultades legales conferidas tiene la obligación de realizar fiscalizaciones bajo los preceptos legales y las disposiciones administrativas emitidas, es más en el ejercicio de la función fiscalizadora debe actuar garantizando a los regulados el precepto constitucional de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica implica que el ente regulador debe sostener un solo (sic) criterio técnico para los actos fiscalizados, no puede pensar de una manera en una primera fiscalización y de manera contraria en la siguiente, mucho menos cuando las disposiciones legales y administrativas que regulan esos actos no han sufrido modificación alguna.

La AP en su calidad de ente regulador tiene el deber de brindar seguridad jurídica a los regulados y de actuar bajo parámetros razonablemente previsibles conforme establece la ley, la seguridad jurídica que debe brindar es fundamental, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación y fiscalización pone en riesgo la estabilidad de los servicios, pues la AFP quedaría sometida a los cambiantes criterios de la AP, dificultando las actividades que desarrolla.

La AP tiene el deber de actuar cumpliendo el principio de igualdad, porque (sic) no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por el mismo ente regulador, lo que implica que debe actuar con racionalidad y universalidad de (sic) *para resolver los PSs, caso contrario vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a situaciones jurídicas idénticas o análogas, como es el caso del cómputo del plazo de los 120 días para el inicio del cobro judicial de las contribuciones en mora.*

La RS lesiona derechos de la AFP establecidos en el ordenamiento jurídico vigente y en tal sentido no puede ser considera ajustada a derecho, por cuanto el respeto de la Ley y de los derechos fundamentales es una condición de validez de todos los actos administrativos de la AP.

Los actos administrativos violatorios de los derechos consagrados en las leyes carecen de legitimidad y validez legal."

Al respecto, el artículo 1°.- (Ampliación de la gestión de cobro) del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 establece: "Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000." (El subrayado en nuestro).

Por consiguiente, el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000, señala: "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora (el subrayado es nuestro) o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469".

Por lo descrito en los dos (2) párrafos anteriores se extrae que, el cómputo de los ciento veinte (120) días empieza desde el inicio de la mora.

Es importante señalar también que, la Resolución Administrativa-SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000, fue emitida con anterioridad al Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, por tanto lo establecido en el Decreto Supremo antes mencionado se convierte en norma vigente que regula el plazo que tiene la AFP para iniciar la acción procesal por recuperación de Contribuciones en mora, derogando dicho Decreto tácitamente todo aquello que se tiene como contrario.

La definición del inicio de la mora se encuentra descrita en el artículo 21 "obligaciones y derechos del Empleador", de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, que establece: "...Estos pagos se realizarán dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrá exceder de treinta (30) días calendario a partir del día en que devengan los sueldos o salarios de sus trabajadores o empleados. ***Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora*** *y deberá pagar los intereses y recargos establecidos. (Las negrillas son nuestras). Norma de rango superior vigente para la recuperación de los adeudos al SSO.*

Por otro lado, la Circular SPVS-IP 074/99 de 29 de junio de 1999 establece "Con relación al pago de contribuciones al SSO, se establece que el plazo será hasta el último día del mes siguiente de devengado el salario. Por consiguiente, el primer día del mes siguiente aquel en que vence el plazo, el Empleador se constituye en mora."

De lo señalado, en los párrafos anteriores, se establece que la AFP tiene hasta ciento veinte (120) días calendario a partir de la fecha de inicio de la mora, para cumplir con la obligación de iniciar, en ese período, la acción procesal para la recuperación de Contribuciones al SSO. Así lo refrenda la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007, que señala lo siguiente:
"Una vez dictado el Decreto Supremo No. 26131, que amplía el plazo de la gestión de cobro hasta 120 días, se evidencia ***que el plazo para iniciar el proceso ejecutivo social se encuentra comprendido dentro de ese periodo ampliatorio de hasta 120 días****." (Las negrillas y el subrayado son nuestros)*

Por tanto, los argumentos de la AFP de pretender considerar en el cómputo de plazos para la gestión de cobro administrativa, por treinta (30) días más, no es evidente. Aquello resultaría un contrasentido con lo establecido con lo dispuesto (sic) *por el Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, en cuanto al plazo para el inicio de la acción procesal.*

Con relación a las notas emitidas por la ex AP, cabe señalar que se hace referencia a lo expresado en la norma citada precedentemente, por cuanto la mora se constituye una vez vencido el plazo y en caso de incumplimiento del Empleador, de acuerdo al artículo 21 (obligaciones y derechos del Empleador) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

Por lo expuesto anteriormente, habrá que considerar que la seguridad jurídica no se halla vulnerada cuando se sabe que el criterio normativo establecido para el presente caso se halla plenamente vigente y con el cual el regulado como la Administración han venido desenvolviéndose, manteniendo el criterio legal determinado por la Ley de Pensiones y los Decretos entre otros relativos al presente caso, como rectores de la actividad administrativa.

Así lo expresa la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007, la cual ofrece el "Marco Legal del Plazo para la Iniciación de los Procesos Ejecutivos", señalando lo siguiente:

> *"La Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 establece en su Artículo 23 que: "Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo. Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones..."*

Por su parte el Artículo 31, literal d) de la citada Ley, con relación a las obligaciones de las AFP, establece; "Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieran sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones."

El Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, señala en su Artículo 95 que: "La AFP está obligada y autorizada para ejercitar la personería jurídica de sus Registrados y se encuentra obligada a efectuar el cobro de las Cotizaciones, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, Primas y de las Comisiones, más los intereses que no hubiesen sido pagados por el Empleador a la AFP. Para efectuar dicho cobro procederá la ejecución social, y el cobro antes referido procederá aún cuando el Registrado se hubiese traspasado de AFP."

El Artículo 9 del Decreto Supremo No. 25722 de 31 de marzo de 2000, dispone que: "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el Artículo 23 de la Ley de Pensiones y el Artículo 95 del Decreto Supremo No. 24469. La Gestión de Cobro..."

Por su parte el Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, establece en su Artículo 1 que: "Se amplía hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el Artículo 9 del Decreto Supremo No. 25722 de 31 de marzo de 2001."

Una vez dictado el Decreto Supremo No. 26131, que amplía el plazo de la gestión de cobro hasta 120 días, se evidencia que el plazo para iniciar el proceso ejecutivo social se encuentra comprendido dentro de ese periodo ampliatorio de hasta 120 días.

En ese entendido queda claro que las AFP pueden realizar las gestiones de cobro dentro del plazo de 60 días y si por alguna circunstancia es necesario contar con mayor plazo, las AFP pueden continuar realizando las gestiones hasta por 60 días adicionales, pero se entiende que dentro del plazo ampliatorio, las AFP ya deben contar con una certeza acerca de la viabilidad de sus gestiones de cobro y preparar el inicio del proceso ejecutivo social."

AL PUNTO DE LA VERDAD MATERIAL.

BBVA Previsión AFP S.A. en su impugnación señala que el regulador no habría considerado la verdad material en el proceso, siendo de este modo necesario ahora dar respuesta a este aspecto.

En ese sentido, previo al desarrollo de este punto es preciso conocer lo que refiere la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006:

> *"La doctrina del Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe* ***ajustarse a los hechos****, prescindiendo de que hayan sido* ***alegados y probados o no*** *por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a la prueba aportada por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la* ***búsqueda*** *objetiva de la verdad material,* ***de la realidad y circunstancias de los hechos*** *tal cual aquella y estas, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello* ***el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva*** *para superar,* ***inclusive con actuaciones de oficio,*** *las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.*
>
> *Entonces, la autoridad administrativa competente deberá* ***verificar plenamente los hechos*** *que sirven de* ***motivo a sus decisiones,*** *para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados." (Las negrillas son nuestras)*

En virtud a lo señalado precedentemente y del análisis de los casos sancionados en la R.A.056-2011, respecto a Empleadores en mora con más de ciento veinte (120) días sin inicio del correspondiente Proceso Ejecutivo Social (PES), se tiene por ratificados un mil treinta y ocho (1038) casos, sin embargo en aplicación del principio de verdad material y en respeto íntegro a los principios procesales administrativos, como lo son el de Buena Fe, Imparcialidad, Proporcionalidad, Seguridad Jurídica, entre otros, se realizó un análisis en base a nuevos elementos considerados en esta etapa, situación que se expresa en adelante:

Cuadro N° 1

ID	Casuísticas según información remitida por BBVA Previsión AFP S.A.	Casuísticas identificadas en función a la Verificación y Análisis de la Ex AP (APS)	Cargos Ratificados
A	Empleadores cuyo periodo observado más antiguo corresponde al mes marzo/2010	Casos regularizados en forma posterior Mayor a 120 días	105
B	Mora observada cuyo valor es menor a descuadraturas Menores en Recaudación (DMR)	Casos mayores al DMR los cuales no corresponde	2
C	Mora en procesos de conciliación, acreditación y regularización con el Empleador	Casos con deuda regularizada de forma extemporánea	319
D	Empleadores observados con deuda mayor a 120 días con inicio de Proceso Ejecutivo Social - PES	Procesos Ejecutivos Sociales iniciados de forma extemporánea	612
Total casos ratificados			**1038**

A) Periodos observados más antiguos que se encontraban en Gestión Administrativa. (Empleadores cuyo periodo observado más antiguo corresponde al mes marzo/2010)

Por lo expuesto a lo largo del presente acto administrativo y del análisis realizado se concluye que, la AFP debió iniciar la acción procesal dentro del período que contempla los ciento veinte (120) días calendario, es decir que para el período marzo de 2010, ***la AFP debió iniciar el PES hasta el día 29 de agosto de 2010.*** *En este sentido y considerando que la información del AGM debe contener los cambios ocurridos en la cobranza de la mora en Gestión de Cobro y PES de cierre del mes anterior, es decir 30 de septiembre de 2010, el AGM debió contener la información del PES del período marzo de 2010.*

Por tanto, del análisis de la información y documentación integral remitida por el regulado dentro de los Autos posteriores al Recurso de Revocatoria y por lo señalado en el mismo recurso, se identifica que de la totalidad de los 105 casos que fueron ratificados en R.A.056-2011, para 13 casos se levantan los cargos (Cuadro N° 2), se ratifica el cargo para 40 casos (Cuadro N° 4) y se ratifica o levanta parcialmente para 52 casos (Cuadro N° 3) de acuerdo al siguiente detalle:

Cuadro N° 2

N°	Tipo Id	Num Id	Periodos Ratificados	Periodos Levantados	Observación Final
1	NIT	142119027		201003,201004,201005,	Cargo levantado
2	NIT	146050026		201003,201005,	Cargo levantado
3	NIT	161018025		201003,201004,201005,	Cargo levantado
4	NIT	1001131024		201003,	Cargo levantado
5	NIT	1006507024		201003,201004,	Cargo levantado
6	NIT	1009235021		201003,	Cargo levantado
7	NIT	1012721026		201003,	Cargo levantado
8	NIT	1025061028		201003,	Cargo levantado
9	NIT	1025293029		201003,	Cargo levantado
10	NIT	1073540015		201003,201004,201005,	Cargo levantado
11	NIT	2335135010		201003,201004,	Cargo levantado
12	NIT	2657835014		201003,	Cargo levantado
13	SUP	523		201003,	Cargo levantado

Los 13 casos levantados que se encuentran descritos en el Cuadro N° 2, responden a o siguiente:

- *Los períodos de mora posteriores a 201003 fueron levantados, debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días de la cobranza administrativa.*
- *Los casos que fueron levantados para el período 201003, corresponden a aquellos casos para los que el Regulado remitió documentación que demostraba que la mora ha sido regularizada por el Empleador dentro de los 120 días.*

Cuadro N° 3

N°	Tipo Id	Num Id	Periodos Ratificados	Periodos Levantados	Observación Final
1	NIT	120229025	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
2	NIT	121267023	201003	201004,	Cargo levantado parcialmente
3	NIT	129331027	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
4	NIT	129887025	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
5	NIT	131013028	201003	201004,	Cargo levantado parcialmente
6	NIT	136327027	201003	201004,	Cargo levantado parcialmente
7	NIT	136859026	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
8	NIT	142641026	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
9	NIT	142983022	201003	201004,	Cargo levantado parcialmente
10	NIT	143105023	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
11	NIT	144460029	201003	201005,	Cargo levantado parcialmente
12	NIT	147840023	201003	201004,201005,201006	Cargo levantado parcialmente
13	NIT	151662024	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
14	NIT	152612027	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
15	NIT	157384021	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
16	NIT	160112020	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
17	NIT	163078026	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
18	NIT	164258020	201003	201005,	Cargo levantado parcialmente
19	NIT	165450023	201003	201005,	Cargo levantado parcialmente
20	NIT	771937018	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
21	NIT	1000439020	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
22	NIT	1004929026	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
23	NIT	1008305023	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
24	NIT	1009107028	201003	201004,	Cargo levantado parcialmente
25	NIT	1009257025	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
26	NIT	1009313026	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
27	NIT	1010665023	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
28	NIT	1011359022	201003	201004,	Cargo levantado parcialmente
29	NIT	1012389029	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
30	NIT	1013511028	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
31	NIT	1014675028	201003	201004,	Cargo levantado parcialmente
32	NIT	1018107026	201003	201005,	Cargo levantado parcialmente
33	NIT	1020899022	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
34	NIT	1022063024	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
35	NIT	1024101022	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
36	NIT	1024201026	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
37	NIT	1027623029	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente

38	NIT	1028303020	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
39	NIT	1049022014	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
40	NIT	1486468018	201003	201005,	Cargo levantado parcialmente
41	NIT	1667302013	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
42	NIT	1860611019	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
43	NIT	1873065018	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
44	NIT	1896006017	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
45	NIT	1982179011	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
46	NIT	2259418016	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
47	NIT	3185102015	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
48	NIT	3201788018	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
49	NIT	3334660016	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
50	NIT	3903080017	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
51	NIT	3970219013	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente
52	NIT	4776450010	201003	201004,201005,	Cargo levantado parcialmente

Los 52 casos levantados parcialmente que se encuentran descritos en el Cuadro N° 3, responden a lo siguiente:

- *Los períodos de mora posteriores a 201003 fueron levantados, debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días de la cobranza administrativa.*

- *Se ratifica el cargo para el período 201003, debido a que el regulado no remitió la documentación que permita levantar los cargos o la documentación presentada no permite levantar los cargos o que la misma refleja que la regularización de la mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días.*

Cuadro N° 4

N°	Tipo Id	Num Id	Periodos Ratificados	Periodos Levantados	Observación Final
1	NIT	121993020	201003		Cargo ratificado
2	NIT	128917026	201003		Cargo ratificado
3	NIT	132465024	201003		Cargo ratificado
4	NIT	138837022	201003		Cargo ratificado
5	NIT	145766025	201003		Cargo ratificado
6	NIT	151444022	201003		Cargo ratificado
7	NIT	151812027	201003		Cargo ratificado
8	NIT	152204025	201003		Cargo ratificado
9	NIT	153370028	201003		Cargo ratificado
10	NIT	154026020	201003		Cargo ratificado
11	NIT	160346026	201003		Cargo ratificado
12	NIT	712668018	201003		Cargo ratificado
13	NIT	1008355026	201003		Cargo ratificado
14	NIT	1008495028	201003		Cargo ratificado
15	NIT	1008597022	201003		Cargo ratificado
16	NIT	1015551027	201003		Cargo ratificado

17	NIT	1020547025	201003		Cargo ratificado
18	NIT	1020585027	201003		Cargo ratificado
19	NIT	1021711024	201003		Cargo ratificado
20	NIT	1023099022	201003	,	Cargo ratificado
21	NIT	1024103020	201003		Cargo ratificado
22	NIT	1024305022	201003		Cargo ratificado
23	NIT	1027445021	201003		Cargo ratificado
24	NIT	1028655026	201003		Cargo ratificado
25	NIT	1479462014	201003		Cargo ratificado
26	NIT	1542197018	201003		Cargo ratificado
27	NIT	1764290018	201003		Cargo ratificado
28	NIT	2302398014	201003		Cargo ratificado
29	NIT	2443378010	201003		Cargo ratificado
30	NIT	2451975016	201003		Cargo ratificado
31	NIT	2719362016	201003		Cargo ratificado
32	NIT	2878902015	201003		Cargo ratificado
33	NIT	3190445017	201003		Cargo ratificado
34	NIT	3407159017	201003		Cargo ratificado
35	NIT	3590091011	201003		Cargo ratificado
36	NIT	4705573018	201003		Cargo ratificado
37	NIT	4825053010	201003		Cargo ratificado
38	NIT	4916069011	201003		Cargo ratificado
39	SUP	2562	201003		Cargo ratificado
40	SUP	7973	201003		Cargo ratificado

Se ratifica el cargo para el período 201003, debido a que el regulado no remitió la documentación que permita levantar los cargos o la documentación presentada no permite levantar los cargos o que la misma refleja que la regularización de la mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días.

B) Mora observada cuyo valor es menor a Descuadraturas Menores en Recaudación (DMR)

En el Recurso de Revocatoria contra la R.A.56-2011, interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el regulado señala argumentos como descargos sobre los dos (2) casos que en dicha Resolución se ratificó los cargos, debido a que la mora no se encausaba a un valor menor a una descuadratura menor, por tanto y del análisis realizado se determinar que para un (1) caso, el monto de la mora es menor a una descuadratura, motivo por el que se levanta el cargo para el NIT 4765816015. (ver Cuadro 5).

Para el segundo caso, el escenario es diferente, debido a que el empleador con NIT 1028499029 cuenta con dos períodos adeudados, (199901 y 200708). El monto de la mora del período 199901 de acuerdo a la información contenida en el archivo 02201008.AGM es menor a una descuadratura, motivo por el que se levanta el cargo para dicho período, no obstante el monto de mora para el período 200708 es mayor a una descuadratura, motivo por el que se ratifica el cargo para dicho período. (Cuadro

N° 6). Por tanto, y en conclusión se levanta parcialmente el cargo para dicho Empleador.

Cuadro N° 5

N°	Tipo Id	Num Id	Periodo Ratificado	Periodo Levantado	Observación Final
1	NIT	4765816015		200812	Cargo levantado

Cuadro N° 6

N°	Tipo Id	Num Id	Periodo Ratificado	Periodo Levantado	Observación Final
1	NIT	1028499029	200708	199901	Cargo levantado parcialmente

C) Mora en procesos de conciliación, acreditación y regularización con el Empleador.

En la R.A.056-2011, se identificaron trescientos diecinueve (319) casos por los cuales no se inició el PES dentro del plazo establecido, y que la AFP señaló que los mismos se encontraban en conciliación, acreditación y regularización con el Empleador.

Al respecto y de los descargos presentados por la AFP, se levantan diez (10) casos (Cuadro N° 7), se ratifican doscientos cincuenta y uno (251) casos (Cuadro N° 8) y se levantan parcialmente cincuenta y ocho (58) casos (Cuadro N° 9).

Cuadro N° 7

N°	Tipo Id	Num Id	Periodos Ratificados	Periodos Levantados	Observación Final
1	NIT	41985017		201002,	Cargo Levantado
2	NIT	134317020		201002, 201004,	Cargo Levantado
3	NIT	973258012		201001,	Cargo Levantado
4	NIT	1013031024		201002,	Cargo Levantado
5	NIT	1015539029		201002, 201003, 201004,	Cargo Levantado
6	NIT	2018177017		201002, 201004,	Cargo Levantado
7	NIT	2891230013		201002, 201003, 201004, 201005,	Cargo Levantado
8	NIT	4622623010		200907,	Cargo Levantado
9	NIT	4896848017		201002,201004,	Cargo Levantado
10	SUP	6361		201002,	Cargo Levantado

"…AL PUNTO DEL SUPUESTO DAÑO OCASIONADO A AFILIADOS CON PRESTACIONES.

BBVA Previsión AFP S.A. en esta parte de la impugnación señala lo siguiente:

"El criterio que la AP utiliza para imputar a la AFP de la deuda, se basa en el hecho de haber iniciado las acciones legales después de los 120 días de la identificación de la mora, situación que de acuerdo a la AP determina la incobrabilidad de los aportes, aspecto que tiene una incidencia relativa a la hora de recuperar los aportes por las siguientes razones:

1. *El inicio del PES, dentro o fuera de plazo, no garantiza de manera alguna la automática recuperación de aportes, pues se trata solo (sic) de una etapa más de la Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora iniciado con la Gestión de Cobro Administrativo; en este sentido, un retraso en el inicio de la gestión judicial es determinante en el resultado de la Gestión, prueba de ello es que existen PES iniciados en plazo, que no consiguen su propósito cual es recuperación de mora.*

2. *La conciliación con empleadores que han manifestado su decisión de pagar su deuda y vinieron trabajando con la AFP tuvo sus resultados positivos, pues la mayoría de los casos regularizó su deuda, consiguiendo entonces el fin que persigue la AFP, que es la recuperación efectiva del aporte Como (sic) es el caso de los que ya tenían su deuda regularizada a la fecha de respuesta a la nota AP/DJ/DPC/2985/2010.*

3. *Hay evidencia de casos que presentaron algún retraso en el inicio del PES y sin embargo ya fueron regularizados, es decir que no tiene validez el criterio fatalista de que no se recuperará la deuda por ese retraso.*

4. *El Decreto Supremo 25722 prevé la suscripción de Convenio de Contribuciones en Mora hasta un plazo de un año con la consiguiente suspensión del PES y en caso de incumplimiento del convenio: prevé el inicio o reinicio de las acciones judiciales; entendemos que no se puede asumir que la recuperación futura estará fatalmente determinada por la suspensión formal del PES.*

No existe daño económico por el retraso en el inicio del PES, ni correlación con la posibilidad de recuperación que pueda demostrarse concreta y científicamente."

Al respecto, el no cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, sin que las mismas sean debidamente gestionadas en forma oportuna, provocan que el deudor llegue a una última instancia con imposibilidad económica de resolver el pago y asimismo afecta a los Afiliados quienes al solicitar una prestación no cuentan a ese momento en su Cuenta Individual con las Contribuciones que le correspondían, lo que sin duda se refleja en daño al Afiliado al momento de solicitar y contar con una prestación de la Seguridad Social de Largo Plazo, toda vez que para tener una prestación en la Seguridad Social de largo plazo, se deben adquirir cuotas con los recursos acreditados en la Cuenta Individual, para que estas sean consideradas a momento de otorgarse el beneficio.

Es evidente que con el sólo inicio del PES no se garantiza la recuperación del adeudo; sin embargo la AFP no considera que con la demanda social, ***como primer y principal acto procesal,*** *se da margen al ámbito jurisdiccional por el cual se exige la deuda al SSO y, que su omisión o tardanza pone en riesgo la recuperación de la mora. Por lo que la demanda social tiene real y objetiva importancia para disuadir y posteriormente obligar*

al Empleador moroso a pagar su deuda, debiendo ser planteada por tanto dentro del plazo que obliga la norma.

Con respecto a las conciliaciones y la suscripción de acuerdos entre la AFP y el Empleador, no son óbice para que la AFP pueda soslayar el cumplimiento del plazo establecido por norma, ya que la misma no establece excepción alguna por estas situaciones.

La AFP señala que el regulador tendría un criterio fatalista respecto a la recuperación de la deuda por el incumplimiento del inicio del PES. Al respecto, la AFP con este argumento pretende minimizar los efectos que ocasiona la infracción sancionada, pues bien sabe el regulado que, existen procesos en los que el Empleador antes del inicio del PES han dispuesto o transferido sus bienes o se han dado a la fuga entre otros, para eludir la acción procesal social; olvidando la AFP que como representante de los Afiliados y padre de familia, tiene la responsabilidad y obligación de recuperar por los medios que franquea la norma las Contribuciones adeudadas al SSO. Asimismo, tal aseveración lleva a deducir una actitud pasiva de la AFP frente a las obligaciones que tiene, tomando en cuenta que en el presente proceso administrativo sancionatorio se ha sancionado también por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

En ese comprendido, aquel Empleador que se encuentre en mora y que no hubiera regularizado la misma en la etapa administrativa, se halla sujeto a ser procesado por la AFP en el ámbito jurisdiccional a través del PES, a fin de recuperarse los montos adeudados. Sin embargo cuando el Empleador, salvo voluntad del mismo, no encuentra la pretensión legal formalizada por el demandante en la justicia ordinaria (acción procesal de la AFP - coerción legal) sólo se halla ante una obligación señalada por la Ley para el pago de la mora, pero no reclamada por el principal interesado, quien es la AFP. Es por eso que, la importancia del inicio formal del PES, además de dar lugar a la etapa de cobro judicial, da lugar a la intimación al pago de la deuda contra el Empleador y la garantía con la aplicación de medidas precautorias sobre sus bienes. En ese sentido, la trascendencia del inicio del PES, opera con la primera actuación judicial; lo contrario significa un actuar ineficiente y prejuicioso, limitando la posibilidad de sobremanera al pago de la deuda.

Asimismo, se debe considerar que el movimiento del aparato jurisdiccional está supeditado a la acción del demandante al no ser esta de oficio. En ese sentido, si la AFP no inicia la acción procesal de manera oportuna implica retrasar la recuperación de la deuda, poniendo en riesgo y consecuentemente daño al Afiliado, a quien le fue deducido mensualmente del total ganado los aportes para la seguridad social.

Por otro lado la AFP dice:

"Del daño económico al Afiliado

La AP afirma que se ha causado daño económico a los afiliados que han trabajado en alguna empresa deudora y ahora perciben una pensión de jubilación.

Conceptualmente se entiende que un Afiliado ha alcanzado la calidad de jubilado, gracias al correcto funcionamiento del SSO, es decir que todos los requisitos exigidos por la normativa vigente fueron cumplidos. Por consiguiente, si el factor mora no afectó el derecho del afiliado de recibir una pensión de jubilación, en consecuencia no puede hablarse de un daño económico causado al afiliado jubilado ya que éste percibe una pensión de jubilación. Más aún cuando el regulador para establecer una sanción tiene la inexcusable obligación de cuantificar el daño ocasionado y no simplemente basar su criterio en mencionar el daño sin cuantificarlo en cada caso, hecho que vulnera el principio de verdad material al que debe llegar el regulador en base una valoración correcta de la prueba, que en este caso inclusive procedió a valorar una AGM diferente al solicitado en la nota de cargos.

Por otra parte, si se analiza el factor mora desde el punto de vista del cálculo de la prestación y el saldo en la Cuenta Individual, la normativa que regula el SSO prevé la devolución de todos los aportes recuperados y acreditados en fecha posterior a la prestación de jubilación a través de Retiros Mínimos, por consiguiente, tampoco existe daño económico. Ello se demuestra por lo dispuesto en las RR.AA. (sic) SPVS-IP No. 380 artículo Primero numeral 7 y (sic) 229/2008 numeral III (Trámites de Retiros Mínimos posteriores a una prestación) inciso b) que establecen:

> *"Las gestiones de cobro de pagos en defectos no impedirán que la AFP realice el cálculo de Salario Base, considerando en el mismo los Totales Ganados reportados en el Estado de Cuenta"*
>
> *"Afiliados, independientemente de su edad, que cuente con Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable o Seguro Vitalicio suscrito y se hubieran acreditado aportes con posterioridad a la fecha de solicitud de jubilación, ya sea por nuevos aportes acreditados o por la recuperación y acreditación de aportes en mora."*

Por consiguiente, conceptualmente queda desvirtuada la eventualidad en que la AFP ha causado daño económico a nuestros afiliados.

Otro factor fundamental que no permite hablar de daño económico es el aspecto técnico, pues la AP se basa en un análisis técnico insuficiente e impreciso que no se apega a la realidad material de los hechos, porque considera que esta incidencia, se aplicó para todos los Afiliados que alguna vez, fueron dependientes de los empleadores del AGM observado, sin tomar en cuenta siquiera la información brindada por la AFP a solicitud de la AP.

El limitado análisis de la AP considera, que la AFP ha ocasionado daño a todos los afiliados que perciben una pensión de Jubilación y que tuvieron una relación laboral con el empleador en mora, ***sin verificar la vigencia de la relación laboral, la fecha de solicitud de pensión, los periodos de deuda observada, tipo de deuda y otros factores que pueden determinar si se ha causado daño o no a un afiliado con esta incidencia;*** *además de no determinar claramente y de cuantificar el daño para cada jubilado si es que existiese, limitándose simplemente a mencionar que existe daño, hecho contradictorio con los principios del proceso sancionador como la verdad material, el debido proceso, la imparcialidad y la presunción de inocencia del regulado.*

El análisis de la AP considera solo dos (2) variables y omite otras que son muy importantes. Es así que sólo cruza la variable empleadores deudores del AGM, con la variable jubilados dependientes para esas empresas; afirmando que todos los jubilados con esta incidencia son afectados debido al retraso en el inicio de los PES.

La conclusión a la que llega la AP es incorrecta porque la "incidencia" que juzga como afectación a los afiliados, no se aplica a todos los afiliados jubilados por el simple hecho de haber trabajado alguna vez en una empresa que tiene mora en un momento determinado de algún periodo; existen otros factores determinantes como la relación laboral, la fecha de solicitud, los periodos de deuda observada, tipo de deuda y otros, que en combinación determinan nuevas variables de estudio, que no fueron consideradas por la AP y se describen a continuación:

Tramo de la relación laboral y fecha de inicio de la prestación: La incidencia se determina sí y solo sí, la empresa se encuentra en mora al menos por alguno de los periodos que están incluidos en el tramo de la relación laboral del trabajador, es decir por alguno de los meses en que el Afiliado - ahora Jubilado - trabajó en la empresa.

Temporalidad: En este caso la incidencia sólo se determina si la empresa mantiene cierto tipo de deuda por uno, algunos o todos los periodos del tramo de la relación laboral, al momento de que el afiliado solicita su jubilación. Es decir, que para efectos del cálculo de la pensión, en ese tiempo sólo importa la deuda vigente, mientras que la deuda inactiva o regularizada no tiene ninguna incidencia, pues el empleador ya ha regularizado las mismas con reposición de intereses.

Coincidencia: La deuda real se genera por diferencias entre el pago de las contribuciones y el valor establecido en el FPC. Si las empresas efectúan más de un pago por periodo; es decir cancelan con diferentes FPC un mismo periodo, se colige que pueden generar deuda para cada una de esas planillas de pago; en consecuencia se debe analizar si el jubilado que "suponemos" genera incidencia está incluido en una de las planillas que generan deuda real.

Cualidad de la Mora para el Cálculo de la Prestación: Las tres condiciones iniciales: Tramos de la Relación Laboral, Temporalidad y Coincidencia no son suficientes para afectar a un afiliado; también se debe considerar el tipo de Mora, pues la deuda real por pago en defecto y la deuda real por suspensión indebida de jubilados y extranjeros no van a modificar el resultado del cálculo de la prestación, por que (sic) estos toman como referencia el salario correctamente reportado en la planilla de Pagos.

Se entiende que la deuda real es tan sólo una diferencia entre el pago y la declaración jurada de un afiliado específico que se llama FPC; en este sentido el cálculo del pensión utiliza el salario declarado del afiliado y no le afectará si generó o no deuda real su empleador al momento de cancelar las contribuciones. Por su parte, la deuda por suspensión se genera por un afiliado específico y no incide en el total de los afiliados reportados en la planilla de cancelación.

En consecuencia, un análisis técnico para determinar cuál es el conjunto de afiliados que tienen esta incidencia en común, solo es posible luego de la consideración de al menos las seis (6) variables de estudio y no solo dos (2), como lo hizo la AP.

Es evidente que el resultado del análisis de considerar las seis (6) condiciones anteriores es diferente al que ha obtenido la AP y utilizado para formular cargos, pues además de las variables: empleadores deudores (EMD) y jubilados dependientes (BED) no considera las cuatro (4) últimas, es decir:

a) Tramo de la relación laboral y fecha de Pensión (TRL); para precisar sólo los periodos que trabajó el afiliado con ese empleador, excluyendo el resto de los periodos que conforman el universo de periodos que coinciden con la antigüedad del SSO.

b) Temporalidad (TMP), para precisar sólo la deuda activa a la fecha de efectuar el cálculo de pensión y no considerar la deuda histórica.

c) Coincidencia (CIA), precisando los afiliados con incidencia en la planilla de pago morosa, excluyendo el resto de afiliados incluidos en otras planillas canceladas correctamente por el mismo periodo.

d) Cualidad de la Mora (CUM), para precisar sólo el tipo de deuda que sí incluye al afiliado, excluyendo la deuda real por defecto y deuda por suspensión indebida de jubilados y extranjeros que no afectará en el cálculo del salario base.

Como corolario tenemos que sólo un análisis exhaustivo, que considere la totalidad de la variables independientes y representativas; que afectan y determinan el número de afiliados con esa incidencia (variable dependiente), puede arrojar resultados precisos capaces de sostener algún cargo para la AFP, sin embargo esto no ocurre porque los datos de la AP son técnicamente inexactos.

Aplicando los criterios anteriores al universo de afiliados identificados como afiliados afectados por la AP, se podrían identificar grupos con diferentes casuísticas que no tienen esta incidencia y por tanto no pertenecen al conjunto de 5.238 incidentes que identificó la AP.

Los resultados son los siguientes:

a) Casos en los que la deuda observada por el empleador esta fuera del rango de la relación laboral con los afiliados. Para ilustrar mejor el concepto presentamos como ejemplo el siguiente caso:

Número de identificación y nombre del Afiliado		*Identificación Empleador*	*Empleador*	*Fecha de Inicio de Relación Laboral*	*Fecha de Finalización de la relación laboral*	*Periodos observados al empleador*
1566637	*Pedro Velásquez Rojas*	*1028171025*	*Parker Drilling Company Bolivia S.A.*	*01/07/1997*	*30/01/1998*	*Feb/00, Mar/00, de May/00 hasta Jul/01; de Sep/01 hasta Nov/01*

b) Afiliados cuya fecha inicio de prestación es anterior la deuda observada. Para ilustrar mejor el concepto presentamos como ejemplo el siguiente caso:

Número de identificación y nombre del Afiliado		*Identificación Empleador*	*Empleador*	*Fecha de ¡nido de Prestación*	*Periodos observados al empleador*
470461	*Genaro Almanza Esprella*	*1028687028*	*Servicios Urrutibehety para el Medio Ambiente*	*17/03/2009*	*Feb/2010*

c) Casos en los cuales la deuda observada corresponde a deuda por suspensión indebida, misma que se genera por afiliado y no afecta al total afiliados reportados en la planilla. Para ilustrar mejor el concepto presentamos como ejemplo el siguiente caso:

Número de identificación y nombre del Afiliado		*Identificación Empleador*	*Empleador*	*Periodo y FPC que genera la mora observada al empleador*	*Afiliados por quien se generó la deuda por Suspensión*
832342	*Rosa Vargas Fanola*	*1007293024*	*Colegio Pedro Poveda*	*Jun-03* *FPC 1172999* *En esta misma situación se encuentran los periodos de jul/2003 a dic/2005*	*Elena Haydee Paredes*

d) Casos en los cuales la deuda observada al empleador corresponde a una deuda real por pago en defecto M2 o deuda real por no pago M1, que corresponde a un FPC en el que el afiliado no se encuentra reportado. Para ilustrar mejor el concepto presentamos como ejemplo el siguiente caso:

Número de identificación y nombre del Afiliado		*Identificación Empleador*	*Empleador*	*Período y FPC que generala mora observada al i empleador*	*Periodo y numero de FPC donde, se encuentra el pago por el afiliado*
252997	*Santos Campos Valdez*	*2876043*	*Banco La Paz S.A.*	*Feb/ 1998* *FPC 67247*	*Feb/1998* *FPC 20048 y 80889*

Por lo expuesto, la afirmación del daño ocasionado a los 5.328 afiliados no corresponde a la realidad material y simplemente se demuestra que el Regulador no valoró correctamente los descargos presentados, peor aún cuando utilizó otros no pedidos a la AFP en los cargos vulnerando el derecho a la defensa, el debido proceso, el principio de verdad material, la presunción de inocencia, la imparcialidad.

Al respecto, se retoma el hecho de que la AFP tiene hasta ciento veinte (120) días calendario de la fecha de inicio de la mora, la obligación de iniciar, en ese período, la acción procesal. En el evento de no iniciar el correspondiente proceso dentro del mismo plazo compromete la recuperación de la mora, considerando que a mayor tiempo el Empleador mayor tarda la recuperación de aportes para el Asegurado o el Empleador tiende a no reconocer su deuda, pudiendo afectar la Cuenta Individual del Afiliado al momento que éste solicite una prestación de la Seguridad Social de Largo Plazo.

La AFP, no puede valerse del concepto "correcto funcionamiento del SSO" y olvidar su papel importante de buen padre de familia, considerando que los aportes adeudados por los empleadores corresponden por derecho a los Afiliados afectados.

*Dentro del análisis realizado se pudo verificar la información remitida por el regulado dentro del proceso sancionatorio, y por medio de los cuales se pudo establecer y ratificar el cargo de **2925 Afiliados**, quienes se encuentran afectados por la deuda del Empleador y la falta de diligencia de la AFP al momento de cumplir su deber de iniciar el Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días, cuyo detalle se encuentra en el Anexo 1 de la presente Resolución Administrativa.*

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación, se resume los casos tanto de Empleadores como de Afiliados que se encuentran afectados.

N°	Casuísticas según información remitida por BBVA Previsión AFP S.A.	Casuísticas identificadas en función a la Verificación y Análisis de la Ex AP (APS)	Cargos Ratificados en la RA 056/2011	Casos (Empleadores) Levantados	(Empleadores) Ratificados parcialmente	(Empleadores) Ratificados considerando Descargo de Recurso	Total (Empleadores)	Daño Económico Afiliados s/RA 056/2011	Afiliados Ratificados Considerando Descargos del Recurso
A	Empleadores cuyo periodo observado más antiguo corresponde al mes de marzo/2010	Casos regularizados en forma posterior Mayor a 120 días	105	13	52	40	105	16	2
B	Mora observada cuyo valor es menor a Descuadraturas Menores en Recaudación (DMR)	Casos mayores al DMR los cuales no corresponde	2	1	1	0	2	2	0
C	Mora en procesos de conciliación, acreditación y regulación con el empleador	Casos con deuda regularizada de forma extemporánea	319	10	58	251	319	565	189
D	Empleadores observados con deuda mayor a 120 días con inicio de Proceso Ejecutivo Social - PES	Procesos Ejecutivos Sociales iniciados de forma extemporánea	612	0	100	512	612	4655	2754
Total casos ratificados			1038	24	211	803	1038	5238	2925

Por otro lado, si bien la AFP refiere que las acreditaciones por períodos en mora posteriores a la otorgación de prestaciones y pagos (jubilación, retiros mínimos, etc.) pueden ser devueltos a los Afiliado (sic) *o sus Derechohabientes; sin embargo la AFP no considera que el impacto de una falta de recuperación oportuna de adeudos en plazo, genera que el Afiliado tenga un límite en lo que se refiere al número de cuotas que se debieron adquirir, al valor cuota del momento, para financiar una prestación, sin perjuicio de aquellos casos en los que por esos períodos faltantes de recuperación se hubiera rechazado un beneficio del SSO.*

Es por eso que, la recuperación de los adeudos sí depende de la gestión eficiente y diligente del regulado, quien una vez desarrollada la gestión administrativa debe iniciar el PES, previendo evitar que el Afiliado se encuentre descoberturado a momento de sufrir una contingencia, por falta de recuperación de la mora, por tanto sí afecta al Afiliado la conducta imputada al regulado.

Por lo expuesto precedentemente, los actos fundamentados emitidos por el regulador encuentran congruencia al establecer que con el inicio de la gestión de cobro judicial diligente constriñe al Empleador a cumplir con sus obligaciones en mora y consecuentemente al pago íntegro y oportuno de la prestación.

Con relación a las cuatro (4)variables adicionales señaladas por la AFP, es decir, Tramo de la Relación Laboral, Temporalidad, Coincidencia y Cualidad de la Mora, es importante señalar que el análisis efectuado por la ex AP y actual APS, ha considerado las variables señaladas por el regulado, tomando en cuenta para este efecto que se han identificado cada uno de los Afiliados por cada Empleador por el cual se ha afectado al afiliado por no iniciar la recuperación de aportes, de otra manera no se explica como la R.A.056-2011 en su anexo detalla todos los NUA de Afiliados y el Empleador por el cual se identificó la infracción.

Asimismo, es importante considerar la contradicción en los argumentos presentados por el regulado al señalar: "Cualidad de Mora (CUM), para precisar sólo el tipo de deuda que sí incluye al afiliado (sic) excluyendo la deuda real por defecto y deuda por suspensión indebida de jubilados y extranjeros que no afectará en el cálculo del ***salario base"*** *(las negrillas son nuestras).*

Lo que quiere decir que el regulado acepta tácitamente que en todos los casos que uno o varios aportes que no hubieran ingresado a la Cuenta Individual del Afiliado, ***afectan el cálculo del salario base****, por consiguiente dañan el monto y la prestación que éste percibe en función al cálculo de su salario base.*

Por otra parte, la administradora, de acuerdo al principio de verdad material, pese a los requerimientos realizados por esta Autoridad de información, no remite documentación o información que permita corroborar el tramo laboral (bajas de afiliados) de los Afiliados identificados, los cuales se encuentran en el anexo de la R.A.056-2011, no cuenten con periodos comprometidos en los periodos identificados con mora con los empleadores por los cuales fueron identificados.

AL PUNTO, DE LA TIPICIDAD, PROPORCIONALIDAD Y LA CONDUCTA DOLOSA.

Con carácter previo a la evaluación de este punto corresponde hacer mención al Principio de Tipicidad, expresado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 50/2005 de 08 de diciembre de 2005, que señala lo siguiente:

"Así, la Ley de Procedimiento Administrativo consagra claramente los principios que rigen el procedimiento sancionatorio, entre los que se encuentra el Principio de Tipicidad que señala que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y que sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias." (Las negrillas son nuestras)

De lo expuesto anteriormente se tiene que, el Ente Regulador ha cumplido con el Principio de Tipicidad al considerar en la imputación de cargos, la acción antijurídica incurrida por el regulado y la normativa vulnerada, ésta referida al ***deber de interponer la acción procesal para el inicio del Proceso Ejecutivo Social*** *conforme a norma; disposición legal que se halla debidamente tipificada administrativamente como un* ***deber****, obligación determinada en la norma y reglamento, y cuya obligatoriedad es ineludible, pues la omisión del deber implica incumplimiento por el regulado y las consecuencias que esta acarrea.*

Esta inactividad, del regulado conduce a la falta de la recuperación de la deuda al SSO, y con la cual se adquieren cuotas, calcula la prestación y se financian las mismas; es por tal motivo la importancia de que la gestión cobro judicial deba ser realizada conforme manda la norma, a fin de evitar perjuicio al Asegurado o sus Derechohabientes en cuanto a la cobertura de los casos por falta de recuperación oportuna, según corresponda, de las Cotizaciones y primas.

Por tanto, cuando la AFP no ha iniciado el PES, ha omitido el imperativo de perseguir el cobro de lo adeudado a través de la ejecución social, debiéndolo haber efectuado conforme a procedimiento establecido.

Con respecto al Principio de Proporcionalidad en cuanto a la sanción aplicada, el inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece lo siguiente:

> *"p) Principio de Proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento."*

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, establece lo siguiente:

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

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

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de resultado posible, cuyo advenimiento ratifica la voluntad; es decir hay una representación de la posibilidad del resultado, del cual el autor está seguro, pues hay indiferencia de cumplir el deber, pues a pesar de la representación del resultado como posible, no se actúa conforme al deber impuesto.

En ese sentido se tiene que en el presente caso, la conducta del regulado se ha visto expresada de manera premeditada porque la AFP actuó de manera deliberada (y no dolosa), es decir conociendo el deber normativo que tenía impuesto y soslayando las consecuencias que el antijurídico acarreaba, al omitir dar inicio al PES en el plazo que le señala la norma. Además hay que tomar en cuenta que, la inejecución de la norma lleva a deducir un grado determinado de reflexión, más aun cuando se tiene que el regulado ya fue sancionado, como elemento agravante de la conducta.

En efecto, quien para cometer la infracción con premeditación debe ser consciente del deber vulnerado al cual estaba obligado a cumplir, pero además las consecuencias que ello acarrea. En el presente caso, no era algo extraño y que no pudiera saber la AFP de que con los aportes realizados al SSO se constituyen en el principal soporte financiero del sistema de pensiones a nivel general y a nivel particular la fuente para que un Afiliado o Derechohabientes puedan acceder a una prestación o pago que responda en proporción a las Contribuciones que le fueron retenidas por el Empleador moroso. En ese sentido, no es admisible como la AFP antes de la notificación con cargos, conociendo reflexivamente lo señalado anteriormente, tenga periodos en mora inclusive de principios del inicio del SSO (1997).

Habrá que tomar en cuenta también que, fue después de la acción del regulador que la AFP inició recién los PES en mora, inclusive aquellos períodos que datan de los inicios del SSO, demostrándose que no se tenía la voluntad de iniciar procesos, pese a que conocía los lineamientos normativos que la obligaban y las consecuencias, pues el regulado ya había sido sancionado anteriormente.

Queda claro que como producto de la infracción se ha ocasionado daño a 2925 Afiliados plenamente identificados, quienes se encuentran afectados por la deuda del Empleador y la falta de diligencia de la AFP al momento de cumplir su deber de iniciar el PES dentro de los 120 días, porque se vieron sin aquellos aportes que precisaban que se hallen en su Cuenta Individual, y que por la falta de recuperación oportuna ha generado un perjuicio a momento de cubrir la prestación a ese momento, toda vez que no se adquirieron la cuotas correspondientes para ser consideradas a momento de otorgarse el beneficio del SSO.

Por otro lado, independientemente de que el Afiliado conozca los períodos en mora, el mismo no podría iniciar acción procesal alguna, considerando que la facultad y presentación para hacerlo, le fue otorgada por Ley a la AFP. Lo anterior más al contrario pone en evidencia de que la AFP al procesar una solicitud haría también alusión nuevamente a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007, la cual determinó que: "el no iniciar los procesos ejecutivos sociales de acuerdo al ordenamiento jurídico, implica un efecto pernicioso de riesgo moral para el sistema, implicando que los empleadores, pese a vulnerar los derechos de los Afiliados y afectar el propio sistema, tengan la posibilidad de pretender soslayar el pago de sus obligaciones y pongan el riesgo los propios beneficios que el Seguro Social Obligatorio de largo plazo ofrece." y c) En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que BBVA Previsión AFP S.A. en anteriores procesos sancionatorios interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS - IP No. 307 de 23 de abril de

2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS IP No. 83 de 30 de enero de 2007, la cual resuelve sancionar a la AFP por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, los artículos 4 y 5 de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000; impugnación resuelta por la SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 76/2007 de 05 de septiembre de 2007, que confirma las actuaciones de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. Con el mismo criterio la ex SIREFI emitió la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007 y SG SIREFI RJ 66/2007 de 18 de julio de 2007.

*Con respecto a la **calificación de la gravedad máxima,** el inciso a) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina lo siguiente:*

> *"**a) Gravedad máxima:** cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el transgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros." (Las negrillas son nuestras)*

En el presente caso de autos se tiene que, la norma imputada impone un deber al regulado de iniciar la acción procesal dentro de un plazo determinado y que su incumplimiento en el presente significa la omisión a ese deber.

La omisión resulta ser la abstención cuando la norma obliga a realización de un acto, es decir no hacer lo que manda la Ley; situación comprobada en el presente proceso administrativo en un número de casos, en los cuales no se ha iniciado el PES conforme al plazo establecido.

En cuanto a la premeditación corresponde ratificar y complementar señalando que, la doctrina expresa que, para la existencia de la premeditación se precisa que la misma pueda apreciarse como agravante, debe ser conocida por el agente, es decir debe exteriorizarse de tal manera que haya prueba de la intención positiva del agente para cometer la infracción; no basta que se sospeche, sino que es necesario se vean los hechos y por las demás circunstancias de la infracción. Asimismo, la doctrina expresa también que, la premeditación es la representación de la posibilidad de un (sic)conocer al beneficiario los adeudos que no fueron procesados para su recuperación, lo que demuestra claramente que al beneficiario se le hizo conocer que la prestación a otorgarse no considera todos sus aportes y consecuentemente no sería la pensión que debió recibir. Por tanto, se deduce que al tramitar las solicitudes, la AFP estaba consciente de que la prestación a otorgarse no comprendía los periodos que por derecho le correspondían.

*Con respecto a la **congruencia** en la imposición de la sanción corresponde señalar que, el Ente Regulador a momento de aplicar la sanción en el presente caso ha tomado en cuenta la norma y el hecho antijurídico, toda vez que la norma imputada se encuentra interrelacionada al hecho imputado, es decir que, a momento de elaborar el cargo se ha considerado el concurso ideal de tipos penales administrativos, ya que con una sola*

conducta se han infringido varias normas que se encuadran en la tipicidad de la infracción imprimida por el regulado, toda vez que éste ha vulnerado el deber de iniciar el PES con la acción procesal, para el cobro de adeudos al SSO contra el Empleador en mora.

Asimismo, es insoslayable el advertir que el número de casos con el que se inicio el proceso se ha reducido, sin embargo se debe aclarar al regulado que este proceso tomó como objeto el universo de casos reportados en el AGM, en atención a lo dispuesto en la Resolución Administrativa N° SPVS-IP-005 de 06 de enero de 2003 y .a Circular SPVS-IP-DC-096/2000 de 24 de agosto de 2000, y no precisamente por el número de casos. En ese entendido y en consideración al daño ocasionado a un número alto de Afiliados, corresponde evaluar el caso y la sanción de forma integral.

AL PUNTO DE LA OBLIGACIÓN DE EFECTIVIZAR Y GARANTIZAR LA RECUPERACIÓN DE LA MORA

La Disposición Tercera de la R.A.056-2011, establece lo siguiente:

> ***"TERCERO.-** La obligación de BBVA Previsión AFP S.A., de efectivizar y garantizar la recuperación de la mora por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, queda bajo su entera y absoluta responsabilidad, conforme lo determina el artículo 188 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones."*

Al respecto, corresponde señalar que dicha obligación está relacionada a la obligatoriedad que establece la normativa imputada, la cual expresa la obligación de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en todo aquello que realice aquel que está obligado a hacer o no hacer algo, extremando todas las precauciones, con la finalidad de que no se ocasione perjuicio alguno a causa de las acciones u omisiones de la AFP, en lo particular en el inicio del PES, computables a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora, situación que fue incumplida por BBVA Previsión AFP S.A.

*En ese entendido, la normativa vigente establece niveles de diligencia específicos para la AFP, así en la recuperación de adeudos al SSO existe la necesidad de que la AFP lleve a cabo sus actuaciones con el suficiente grado de preparación y cuidado hasta la finalización del PES, buscando lograr su recuperación total, como representante de los Asegurados y los Fondos que administra y representa y no sufran las consecuencias de su inoperancia; y llevaría consigo consecuencias jurídicas que acarrean **responsabilidad** para el regulado.*

*Bajo ese comprendido, la AFP debe iniciar el PES para la recuperación judicial de las Contribuciones en mora al SSO, y **son las entidades obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad,** realizando sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que no necesariamente significa garantizar la recuperación efectiva de los adeudos.*

De lo anterior, se concluye que, existen elementos para modificar la Disposición Tercera de la R.A.056-2011, decisión que será expresada en la parte resolutiva del presente acto administrativo.

CONSIDERANDO:

Que de la evaluación y el análisis realizado a la documentación de descargo remitida por BBVA Previsión AFP S.A., en consideración al Recurso de Revocatoria de 06 de junio de 2011, referente a empleadores con mora mayor a 120 días sin el inicio del PES por recuperación de aportes y los casos de Afiliados con prestaciones que fueron afectados por la Administradora debido a Empleadores en mora con más de 120 días sin inicio del correspondiente PES, extraídos de la Central de Riesgos de Pensiones -CRP, se tienen las siguientes conclusiones:

- ✓ *Lo señalado por el regulado y la documentación de respaldo permiten levantar 24 casos de los 1038 casos señalados en lo resuelto en el PRIMERO de la R.A.056-2011, según detalle del Anexo A.*

- ✓ *Se levanta el cargo parcialmente para 211 de los 1038 casos señalados en lo resuelto en el PRIMERO de la R.A.056-2011, de acuerdo a los casos expresados en el Anexo B.*

- ✓ *Se ratifica el cargo para 2925 Afiliados de los 5238 afiliados detallados en el Anexo C adjunto, por quienes el regulado habría ocasionado Daño Económico. Se levanta el cargo por 2313 Afiliados, de los de los 5238 Afiliados detallados en el Anexo D adjunto, en consideración a los descargos y documentación remitida por la AFP…"*

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 4 de enero de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, sin embargo, debido a que no existía congruencia en el texto de dicho recurso con el correlativo foliado, mediante Auto de fecha 14 de febrero de 2012, se solicitó a BBVA Previsión AFP S.A. corregir tal omisión.

BBVA Previsión AFP S.A. mediante memorial presentado en fecha 27 de febrero de 2012, ratificó los fundamentos de impugnación expresados en el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, señalando lo siguiente:

"…***RATIFICA FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN DEL* (sic) *EXPOCISIÓN DE FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/N° 484-2011* (sic) *QUE "CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 056-2011.***

La APS sustenta la confirmación de la Resolución Sancionatoria manifestando:

1. …"Asimismo se debe considerar que, la participación del regulado con la información

proporcionada fue importante, para que este pueda defenderse y en especial para el regulador, quien pudo afirmar la infracción para aquellos que fueron sancionados, en razón a los aportes del AGM remitidos por la AFP, ***los cuales si bien corresponden incluso a otros periodos****; sin embargo no es menos cierto que, cada uno registra el estado de cobranza de la mora, la cual sólo era modificable cuando el Empleador haya cumplido con el pago de las Contribuciones adeudadas; mientras tanto, el AGM lógicamente y de manera periódica seguirá reportando la mora hasta que esta pueda ser extinguida. En este sentido, no constituye restricción al derecho a la defensa, vulneración al debido proceso ni la seguridad jurídica, aquellos reportes de mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) enviados por el regulados* (sic) *distintos al archivo 02201008AGM, considerando que muestra la deuda no sea pagada ésta continuo reportándose en los envíos remitidos al regulador."*

Señor Viceministro, la indefensión afecta a la AFP no por el análisis de los descargos presentados sino por los descargos que pudo haber presentado de tener conocimiento pleno de la información sobre la cual estaba siendo sancionada. La AFP en todos los descargos presentados ha tenido como la información contenida en el archivo 02201008AGM, cuando en función a lo confesado por la APS eran otros archivos AGMs sobe los cuales establecía la sanción impugnada.

Los archivos AGM SON ARCHIVOS DINÁMICOS QUE VAN CAMBIANDO EN FUNCIÓN A LA EVOLUCIÓN DE LA DEUDA Y ***NO SON DE CARÁCTER ACUMULATIVO COMO AFIRMA LA APS*** *(página 9 párrafo 5) conocida y establecida* (sic) *las características de los archivos AGM, se concluye que al momento de presentar descargos era imprescindible para la AFP conocer exactamente la información contenida en el archivo sobre la cual la ex AP realizaba las sanciones, para en función a dicha información presentar los descargos correspondientes, caso que no ocurrió y se violentó de nuestro derecho constitucional a la defensa.*

La APS pretende negar la violación al derecho a la defensa, argumentando que la AFP ha presentado toda la información requerida por ella para proceder a su descargo, empero, a la fecha no ha sido posible definir en base a cual archivo realizo (sic) *sus observaciones y posterior confirmación de sanción, hecho que queda demostrado en la propia Resolución sancionatoria que en la página 6 Párrafo* (sic) *5 hace mención al archivo del AGM de julio/2010 con la denominación 02201009AGM y en la página 11 párrafo* (sic) 3 *la APS indica que los casos considerados fueron los del archivo 02201008AGM. Para luego verificar que los datos de la deuda establecida en la R.A. 056/2011 no corresponden a los del archivo 02201008AGM sino mas bien coinciden con los del archivo 02201007AGM.*

Esa situación queda demostrada con levantamiento de cargos en los Anexos A, B, y D de la R.A. APS/DJ/DPC/484-2011 con el solo hecho de solicitar información adicional a la AFP, otra prueba plena de la indefensión es el caso del NIT 4765816015 por lo siguiente:

- *La AP observa el caso del empleador NIT 4765816015, indicando que los periodos observados se encuentran en el archivo 02201008AGM.*
- *La AFP verifica en archivo y observa que solo tiene deuda para el periodo 200812*

por un monto de 56.31, el delta para dicho periodo es 57.80.

- *La AP no considera el descargo sosteniendo que la deuda es mayor al delta, y en la R.A. 56, indica que el monto de la deuda es de 234.10 por el periodo 201001 (R.A. 56 cuadro 6 Corr.2). Monto de deuda que estaba reportado en el archivo 02201007AGM y no en el 02201008AGM.*

Otra prueba de la indefensión es el levantamiento de cargos en la R.A. 484 de periodos que nunca han sido tomados como observados por esta administradora, como son los periodos en gestión administrativa de abril y mayo/2010 (201004 y 201005) que se muestran en los cuadros 2, 3, 7, 9, 10, A y B de la R.A. 484.

Es importante resaltar que recién en la R.A. 484 la APS da a conocer a esta AFP los periodos observados por cada empleador. Como se puede observar en la nota de cargo AP/DJ/DPC/2985 solo nos indica el numero (sic) *de identificación del empleador indicando que la deuda observada es la del archivo 02201008AGM. En la sanción, R.A. 856, se comunica a la AFP solo el numero* (sic) *de periodos y el monto de la deuda observada, datos que no coinciden con el archivo 02201008AGM.*

Señor Viceministro, por los agravios expresados por la AFPs (sic) *y habiéndose demostrado el estado de indefensión al que es sometido por la ex AP y APS reiteramos a usted los fundamentos legales presentados en nuestro Recurso de Revocatoria que manifiesta: La Constitución Política del Estado en su artículo 117 establece la garantía fundamental que está relacionada con el debido proceso, al expresar claramente que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y juzgado previamente en un debido proceso. El debido proceso supone el cumplimiento de todos los procedimientos establecidos en las formas descritas por la Ley siendo un deber de la autoridad sujetarse a dicho procedimiento garantizando el derecho a la defensa, cosa que no aconteció porque siguiendo el Procedimiento Sancionatorio (PS), iniciado por la AP con la Nota de Cargo AP/DJ/DPC/2985/2010 de 14 de octubre de 2010 (NC), la AFP presentó descargos con la información contenida en el archivo 02201008.AGM tal como indicó inicialmente la AP, empero el ente regulador impone una sanción económica basándose esta vez en función a un 2do archivo fuente como es el 02201009.AGM; conocido como el AGM de Septiembre 2010 y enviado según la AP por la AFP el 20 de septiembre 2010, como indica en la sanción; finalmente, al enumerar los detalles de los casos observados en los cuadros 2, 10, 13 de la R.A. 56 la AP menciona casos e información que corresponde a un 3er. archivo fuente; el archivo 02201007.AGM conocido como el AGM de julio2010 y sobre éste ratifica los cargos, este hecho se demuestra en el cuadro Nº 1 adjunto al presente recurso en calidad de prueba, mismo que puede ser comparado con la información de los cuadros de la R.A. 56.*

En conclusión, la confusión de la AP tras un irregular manejo de la información para la NC, para los descargos presentados por la AFP y para la sanción, demuestra el incumplimiento de su deber de actuar con el cuidado exigible en el PS, impidiendo que la AFP presente descargos, lo que se traduce en un acto administrativo que violenta el derecho constitucional a la defensa, porque se le ha privado del derecho de presentar los descargos idóneos a los cargos por la información errónea de la AP sobre el archivo base de los cargos, violentando además el derecho al debido proceso, definido como

"…el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente. Independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley".

En concordancia con las garantías constitucionales citadas, la Ley 2341 Ley de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 (LPA), establece que la Administración Pública debe ajustar sus actos administrativos a los Principios Generales de la Actividad Administrativa descritos en el Artículo 4 dentro de los que se destacan:

c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus catos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;
d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;
e) Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo;
f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;
g) Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;
h) Principio de jerarquía (sic) *normativa: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta ley, observarán la jerarquica* (sic) *normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;*
p) Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

Señor Viceministro, la AP en el PS no se ciñó a los principios definidos en la LPA de: sometimiento pleno a la ley, de la verdad material, de buena fe, de imparcialidad, de legalidad y presunción de legitimidad de jerarquía normativa: de proporcionalidad y la CPE artículo 171.

De acuerdo a la doctrina "la seguridad jurídica" es una "condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio" este concepto que debió ser asumido por la AP en el presente PS porque tiene el deber de proveer seguridad jurídica a los regulados asegurando el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la CPE y LPA.

El principio de buena fe es la confianza del regulado a los actos y decisiones del regulador dentro del PS que permita el fiel reflejo de la verdad material en torno a sus

actos administrativos, lo que hace las decisiones y precedentes emanados del proceso deben estar sometidos a la Ley en todas las decisiones o resoluciones pronunciadas.

Dentro del marco jurídico referido, se presume que los actos administrativos de la AP son legales y legítimos y que cumplió con las reglas del debido proceso, es decir, el derecho del regulado de ser oído y exponer la razón de su defensa.

La AFP presentó de buena fe los descargos a la NC exponiendo las explicaciones necesarias, la AP se pronunció mediante una resolución fundamentada en la que consideró y utilizó tres (3) archivos completamente diferentes (02201007.AGM y 02201009.AGM) durante el PS y no así la información objeto del PS contenida en el archivo 022010.08.AGM enviado el 20 de septiembre de 2010; violentando el derecho a la defensa y al debido proceso, que en el presente caso no es otra cosa que la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad fiscalizadora para demandar que los cargos presentados sean analizados en virtud al principio de la verdad material a objeto de lograr, previo proceso, una decisión que modifique dicha situación jurídica. Como es el caso de los periodos levantados en la R.A. 484, cuadros A y B donde nos levantan cargos de algunos empleadores por los periodos 201004 y 201005, periodos que en ningún momento han sido considerados por esta administradora como observados y por ende no ha presentado ningún descargo.

COMPUTO PARA EL INICIO DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL

Con referencia al cómputo del plazo la APS sustenta la Resolución confirmatoria manifestando:

> *"Al respecto, el artículo 1º.- (Ampliación de la gestión de cobro) del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 establece: "Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP para iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 25722, de 31 de marzo de 2000" (el subrayado es nuestro).*

Por consiguiente, el articulo (sic) *90 del Decreto Supremo Nº 25722, de 31 de marzo de 2000, señala: "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora (el subrayado es nuestro) o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo* (sic) *23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo Nº 24469"*

Por lo descrito en los dos (2) párrafos anteriores se extrae que, el cómputo de los ciento veinte (120) días empieza desde el inicio de la mora.

Es importante señalar también que, la Resolución Administrativa SpVs.p (sic) *Nº 259 de 23 de junio de 2000, fue emitida con anterioridad al Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, por tanto lo establecido en el Decreto Supremo antes mencionado se convierte en norma vigente que regula el plazo que tiene la AFP para iniciar la acción procesal por recuperación de Contribuciones en mora, derogando dicho Decreto*

tácitamente todo aquello que se tiene como contrario.

… Por tanto, los argumentos de la AFP de pretender considerar en el cómputo de plazos para la gestión de cobro administrativa, por treinta días más, no es evidente. Aquello resultaría un contrasentido con lo establecido con lo dispuesto (sic) *por el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, en cuanto al plazo para el inicio de la acción procesal.*

Señor Viceministro, el D.S. 26131 no establece desde qué momento debe computarse el plazo de los ciento veinte (120) días para el inicio de la cobranza judicial, simplemente y llanamente hace referencia a la ampliación de plazo y en consecuencia no deroga o abroga la Resolución Administrativa SPVS-IP-259/200 (sic) *emitida por la ex SPVS.*

Esta situación es corroborada en la página 17 párrafo 6 de la R.A. 484/2011 (sic) *en la que manifiesta: "En ese sentido queda claro que las AFP pueden realizar las gestiones de cobro dentro del plazo de los 60 días y si por alguna circunstancia es necesario contar con mayor plazo, las AFP pueden continuar realizando gestiones hasta por 60 días adicionales, pero se entiende que dentro del plazo ampliatorio, las AFP ya deben contar con una certeza acerca de la viabilidad de sus gestiones de cobro y preparar el inicio del proceso ejecutivo social".*

De ser cierto lo que expresa la APS en sentido de que la promulgación del D.S. 26131, deroga toda norma que la contradiga, la regulación realizada por la SPVS con la R.A. 259/2000 era contrario al Decreto. De ser así, esta AFP no se explica porque la citada disposición administrativa no fue complementada o reemplazada por la nueva normativa, más por el contrario la R.A. 259/2000 es citada en casi todas las observaciones y las sanciones realizadas por la AP y la APS, es más, en todas las reuniones sostenidas entre personeros de esta Administradora y miembros de la APS siempre se corroboró la interpretación de la vigencia del plazo de 30 días para acreditar las planillas y apartir (sic) *de la identificación de la mora se empezaba a computar el plazo de los 120 días de la gestión de cobro, interpretación manifestada tanto por la misma SPVS como la AP.*

Si bien no se cuenta con las grabaciones ni actas de lo expresado sobre esta interpretación en las reuniones y fiscalizaciones realizadas tanto por la SPVS como por la AP en lo referido al inicio del computo (sic) *de los 120 días, se tienen las notas AP/DPC/CO/2152 y AP/DF/564/2009 de observaciones realizadas en el cual se toma en* (sic) *criterio utilizado por esta AFP.*

Lamentablemente en el análisis de las pruebas adjuntas al recurso de revocatoria la APS, indica que son notas apegadas al artículo 21 de la ley 1732, siendo que con las mismas se demuestra el criterio propio de la AP referente al plazo de los 120 días se aplica al periodo aclarado en la R.A. 259 a partir de la identificación de la deuda y que las mismas han sido emitidas luego del D.S. 26131.

Finalmente otra prueba de la discrecionalidad con la que se maneja este plazo por la APS, es el hecho de que en la R.A. 484/2011 en los cuadros 2,3 y 4 indica que para unos

casos el periodo marzo/2010 esta (sic) *en plazo y en otros casos el mismo periodo esta fuera del mismo.*

La AP aplica un criterio diferente a la forma de cálculo de los días calendarios para el inicio de la gestión de cobro judicial, observando que el periodo moroso de marzo 2010 debió haber sido demandado el 29/08/10, sin considerar los primeros 30 días que están asignados por Norma a la identificación de la mora y que esta (sic) *establecida en la R.A.259.*

Señor Viceministro, por los agravios expresados por la AFP y habiéndose demostrado la vigencia de la Resolución Administrativa SPVS-IP 259/2000 reiteramos a usted los fundamentos legales presentados en nuestro Recurso de Revocatoria que manifiesta:

En concordancia con el DS N° 25722 de 31 de marzo de 2000, la ex SPVS en el ejercicio de las facultades legales otorgadas por el Artículo 49 de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, emitió la Resolución Administrativa - SPVS - P No. 259, de 23 de Junio de 2000 (RA 259/2000), misma que en sus artículos 9 y 13 que disponen:

> *"…NOVENO.- (PROCESO EJECUTIVO SOCIAL) Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 23° de la Ley 1732 de Pensiones y 95° del Decreto Supremo 24469". "DECIMOTERCERO.- (CRONOGRAMA) Con el fin de facilitar la comprensión de la cronología que sigue el procedimiento de gestión de cobro y aclaración, se acompaña como parte de la presente Resolución, el cronograma N° 1".*

La RA 259/2000 tuvo por objeto regular, aclarar y facilitar la comprensión de la cronología de la gestión de cobro, mostrando y estableciendo que el periodo de los 60 días indicados en el Art. 9 del DS 25722 ampliado a 120 días por el DS. 26131, se inicia a partir del 1° día del periodo t+3; es decir pasado 2 meses después de la fecha devengo del periodo. (Donde el periodo t = periodo de cotización; t + 1 es el plazo de pago; t + 2 = periodo de identificación de la mora)

A la fecha, la norma que regula la gestión de cobro (Administrativa y Judicial) no fue modificada por el ente regulador, en consecuencia, su cumplimiento es obligatorio para todas las entidades reguladas por la AP, conforme dispone la LPA y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27115.

Analizando la información contenida en el envío del 20 de septiembre de 2010 a la AP y aplicando la RA 259/2000 se tiene que el periodo marzo/2010 corresponde al periodo "t" el mes de abril/2010 " t+1" es el plazo establecido para el pago de contribuciones, en este sentido el periodo "t+2" corresponde al mes de mayo/2010, mes en el que se procede a la acreditación de aportes y desde el día 1er día del periodo t+3, es decir el 01 de junio de 2010, corre el plazo de 120 días para la gestión de cobro. De lo expuesto se colige que el plazo para iniciar el Proceso Ejecutivo Social del periodo marzo/2010, venció el fecha 28 de septiembre de 2010 inclusive.

La AP en el ejercicio de las facultades legales conferidas tiene la obligación de realizar fiscalizaciones bajo los preceptos legales y las disposiciones administrativas emitidas, es mas en el ejercicio de la función fiscalizadora debe actuar garantizando a los regulados el precepto constitucional de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica implica que el ente regulador debe sostener un sólo criterio técnico para los actos fiscalizados, no puede pensar de una manera en una primera fiscalización y de manera contraria en la siguiente, mucho menos cuando las disposiciones legales y administrativas que regulan esos actos no han sufrido modificación alguna.

La AP en su calidad de ente regulador tiene el deber de brindar seguridad jurídica a los regulados y de actuar bajo parámetros razonablemente previsibles conforme establece la ley, la seguridad jurídica que debe brindar es fundamental, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación y fiscalización pone en riesgo la estabilidad de los servicios, pues la AFP quedaría sometida a los cambiantes criterios de la AP, dificultando las actividades que desarrolla.

La AP tiene el deber de actuar cumpliendo el principio de igualdad, porque no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por el mismo ente regulador, lo que implica que debe actuar con racionalidad y universalidad de para resolver los PSS, caso contrario vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a situaciones jurídicas idénticas o análogas, como es el caso del cómputo del plazo de los 120 días para el inicio del cobro judicial de las contribuciones en mora.

La RS lesiona derechos de la AFP establecidos en el ordenamiento jurídico vigente y en tal sentido no puede ser considera ajustada a derecho, por cuanto el respeto de la Ley y de los derechos fundamentales es una condición de validez de todos los actos administrativos de la AP.

Los actos administrativos violatorios de los derechos consagrados en las leyes carecen de legitimidad y validez legal.

DEL DAÑO OCASIONADO A AFILIADOS CON PRESTACIONES.

En la Resolución confirmatoria (página 105, párrafo 4) la APS manifiesta que la exAP (sic) y la APS en el análisis del daño tomó en cuenta las variables observados por la AFP en su recurso de revocatoria, esta afirmación no es correcta, porque de ser como afirma, como explica el ente regulador que en la R.A 484/2011 ratifica el cargo sólo para 2.925 afiliados y no así a los 5.238 identificados en la R.A. 056/2011.

Es importante aclarar que dentro del recurso de revocatoria presentado por la AFP no ha presentado nuevos descargos sobre los casos observados en la Resolución sancionadora, debido principalmente al hecho de conocer los periodos sujetos a observación, únicamente se envió la información requerida por la APS. ***ES DECIR NO SE HA DADO LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR DESCARGOS DE LOS 5.238 CASOS OBSERVADOS Y SANCIONADOS POR LA AP Y QUE SOLO 2.925 CASOS SON CONFIRMADOS POR LA APS.***

Señor Viceministro, por los agravios expresados por la AFP y habiéndose demostrado que la AP y la APS han dejado en estado de indefensión a la AFP reiteramos a usted los fundamentos legales presentados en nuestro Recurso de Revocatoria en sentido de que:

1. El inicio del PES, dentro o fuera de plazo, no garantiza de manera alguna la automática recuperación de aportes, pues se trata solo de una etapa más de la Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora iniciado con la Gestión de Cobro Administrativo; en este sentido, un retraso en el inicio de la gestión judicial es determinante en el resultado de la Gestión, prueba de ello es que existen PES iniciados en plazo, que no consiguen su propósito cual es recuperación de mora.

2. La conciliación con empleadores que han manifestado su decisión de pagar su deuda y vinieron trabajando con la AFP tuvo sus resultados positivos, pues la mayoría de los casos regularizó su deuda, consiguiendo entonces el fin que persigue la AFP, que es la recuperación efectiva del aporte Como (sic) *es el caso de los que ya tenían su deuda regularizada a la fecha de respuesta a la nota AP/DJ/DPC/2985/2010.*

3. Hay evidencia de casos que presentaron algún retraso en el inicio del PES y sin embargo ya fueron regularizados, es decir que no tiene validez el criterio fatalista de que no se recuperará la deuda por ese retraso.

4. El Decreto Supremo 25722 prevé la suscripción de Convenio de Contribuciones en Mora hasta un plazo de un año con la consiguiente suspensión del PES y en caso de incumplimiento del convenio: prevé el inicio o reinicio de las acciones judiciales; entendemos que no se puede asumir que la recuperación futura estará fatalmente determinada por la suspensión formal del PES.

No existe daño económico por el retraso en el inicio del PES, ni correlación con la posibilidad de recuperación que pueda demostrarse concreta y científicamente.

Por lo expuesto, la afirmación del daño ocasionado a los 5.328 afiliados no corresponde a la realidad material y simplemente se demuestra que el Regulador no valoró correctamente los descargos presentados, peor aún cuando utilizo (sic) *otros no pedidos a la AFP en los cargos vulnerando el derecho a la defensa, el debido proceso, el principio de verdad material, la presunción de inocencia, la imparcialidad.*

Para que el daño sea jurídicamente indemnizable debe ser cierto, personal y debe lesionar un derecho protegido, no basta con que un proceso se haya iniciado luego del plazo establecido, sino demostrar que por esa causa existe un daño que es su consecuencia directa e inmediata.

La normativa que regula la prestaciones del Seguro Social Obligatorio (R A SPVS-IP 064/2006 de 20 de enero de 2006, Circular SPVS/IP/DPSSO/066/2007 de 18 de octubre de 2007, RA SPVS/IP/338/2008 de 11 de abril de 2008, RA SPVS/IP/04/2008 de 04 de marzo de 2008) les otorga facultades a los Afiliados para que resuelvan continuar su trámite de pensión de jubilación (MVV, CCM), fundamento de hecho y derecho por el que se demuestra que no existe daño causado a terceros por la AFP, porque en los trámites de

jubilación por MVV y CCM, los Afiliados dieron su consentimiento para continuar con su solicitud de jubilación con el conocimiento de que tenía aportes en mora.

La normativa citada y los actos voluntarios realizados por los afiliados eximen de toda responsabilidad a la AFP del hecho que no se tome en cuenta las contribuciones en mora para el proceso de jubilación, lo que no significa que cuando se recuperen esos dineros de los empleadores morosos, sean acreditados como corresponde a las cuentas de los afiliados y estos puedan acceder a los remanentes de las mismas. Sin que se pueda pensar que estos dineros queden en beneficio de la AFP o de terceros, por lo que se vuelve a la teoría de la inexistencia del daño y beneficio propio o de tercero. Es importantísimo recordar que la mora es causada por la falta de pago del Empleador, quien tiene la obligación legal de realizar el pago de las contribuciones en el plazo establecido por ley y en todo caso, la conducta de la AFP no resulta determinante, puesto que la mora o falta de pago de los aportes es directamente imputable al empleador, porque depende esencialmente de su voluntad de pago y de su solvencia. En este contexto, corresponde señalar que al no haber demostrado objetivamente que la AFP causó daño a terceros como condicionante para imponer la sanción de máxima gravedad, y en virtud a los argumentos manifestados, la Resolución confirmatoria contraviene a la seguridad jurídica y a los principios de verdad material, proporcionalidad, imparcialidad y de presunción de inocencia, previstos en los artículos 4 y 74 de la LPA, protegidos por el mandato constitucional de los artículos 115 parágrafo II y 116 parágrafo I de la Constitución Política del Estado, y por ende, la potestad sancionadora dispuesta en el artículo 62 del Reglamento a la LPA para el Sistema de Regulación Financiera, así como las previsiones establecidas en el artículo 12 del Decreto Supremo N° 25958 de 21 de octubre de 2000.

CONDUCTA DOLOSA. BENEFICIO PROPIO O TERCEROS.

La APS en la Resolución de confirmación de Sanción tiene el deber legal de demostrar la voluntad deliberada y maliciosa de la AFP con el fin de ocasionar daño económico directamente a los jubilados identificados en el PS y no limitarse simplemente a mencionar que existe daño a determinado número de afiliados sin cuantificar el daño ocasionado a cada uno. El artículo 286 inciso a) del Decreto Supremo N° 24469 establece que: las sanciones de gravedad máxima cuando la infracción ha sido provocada por el trasgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.

La APS a tiempo de efectuar las consideraciones para confirmar la sanción no ha demostrado la conducta dolosa de la AFP, para acreditar la concurrencia de algunos de los presupuestos legales que describen el tipo que pudiere dar lugar a la calificación de una infracción como de gravedad máxima, menos aún a (sic) *cuantificado el daño individualizando los casos, empero impone una sanción de gravedad máxima de manera arbitraria sin respetar el debido proceso, porque como se ha demostrado en el presente Recurso Jerárquico, la AP en un primer momento gira una Nota de Cargos con la información analizada en el archivo 02201008.AGM, en un segundo cita que el análisis de los descargos los realizó con el archivo 02201009.AGM y en un tercer momento menciona información contenida en el archivo 02201007.AGM. Por ello, la AP no puede*

establecer ninguna conclusión que responda a la verdad material exigida por la Ley del Procedimiento Administrativo.

La APS no demostró la supuesta actuación dolosa de la AFP, mas por el contrario, obró sin el debido cuidado que corresponde al fiscalizador violentando el derecho al debido proceso, a la seguridad jurídica, a la verdad material y no garantizó el pleno ejercicio del derecho a la defensa, originado con ello una Resolución Sancionatoria que contraviene a la seguridad jurídica y a los principios de verdad material, proporcionalidad y de presunción de inocencia, previstos en los artículos 4 y 74 de la LPA, protegidos por el mandato constitucional de los artículos 115, parágrafo II, y 116, parágrafo I, de la CPE.

La Resolución Confirmatoria tampoco ha probado la existencia de un "beneficio propio o de terceros", tal como dispone el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469, únicamente se encuentra respaldada en resultados subjetivos que no demuestran ni comprueban la existencia de "Beneficios propios o de terceros", constituyéndose en una contravención a la seguridad jurídica y a los principios de verdad material, proporcionalidad, de presunción de inocencia, de imparcialidad previstos en los artículos 4 y 74 de la LPA, protegidos por el mandato constitucional de los artículos 115 parágrafo II y 116 parágrafo I de la CPE.

EN CUANTO AL MONTO ESTABLECIDO EN LA SANCIÓN

La resolución de confirmación en antepenúltimo considerando manifiesta:

> *"Lo señalado por el regulado y la documentación de respaldo permiten levantar 24 casos de los 1.038 casos señalados en lo resuelto en el PRIMERO de la R.A. 056/2011, según detalle del anexo A. Se levanta el cargo parcialmente para 211 de los 1038 casos señalados en lo resuelto en el PRIMERO de la R.A. 056/2011, de acuerdo a los casos expresados en el Anexo B.*
>
> *Se ratifica el cargo para 2925 afiliados de los 5238 afiliados detallados en el Anexo C adjunto, por quienes el regulado habría ocasionado Daño Económico.*
>
> *Se levanta el cargo por 2.313 Afiliados, de los 5.238 Afiliados detallados en el Anexo D adjunto, en consideración a los descargos y la documentación remitida por la AFP."*

La APS luego de proceder a levantar varios de los cargos sancionados por la Resolución 056/2011, confirma parcialmente la misma sin modificar la sanción económica, sin tomar en cuenta que la Sentencia Constitucional N° 1464/2004-R manifiesta:

> *"La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más* (sic) *adecuada… esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, confirmándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad"*

Resulta que la APS no fundamenta ni prueba los daños causados a terceros y hace un

abuso de la facultad discrecional que tiene al establecer la máxima sanción económica desconociendo el carácter vinculante de la Sentencia Constitucional, vulnerando nuestro derecho al debido proceso, la valoración correcta de los descargos presentados, vulnerado el principio de verdad material frente a una resolución totalmente imparcial arrojada de una valoración de AGMs distintos a los solicitados en los cargos; presenta este recurso demostrando que existen un conjunto de casos que reducen el número de afiliados con daño, no admitido por nuestra empresa que por si (sic) *solos debieran rebajar drásticamente la sanción impuesta, sin pensar que se pueda imponer una sanción de máxima gravedad.*

Al confirmar una sanción de CIEN MIL DÓLARES AMERICANOS (100.000 $us) sin justificar el porque (sic) *de dicha resolución y simplemente mencionar la reincidencia no es argumento para imponer la gravedad en análisis; la sanción de gravedad máxima únicamente cabría imponerse al comprobar que la infracción ha sido resultado de los criterios legalmente previstos de premeditación o dolo del administrado, la existencia de beneficio propio o de terceros, o haber causado daño a terceros. Sin embargo, la AP no ha probado mínimamente* (sic) *ninguno de estos extremos en el expediente administrativo, vulnerando los principios constitucionales de la discrecionalidad y la línea jurisprudencial sentada por las resoluciones Jerárquicas de instancia superior (MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2011).*

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/ N° 484-2011 QUE "CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/N° 056-2011",*** *por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. disponiendo LA REVOCATORIA DE LA SANCIÓN DE MÁXIMA GRAVEDAD ESTABLECIDA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 056/2011, sin que la AP demostrare objetivamente la existencia de los elementos del tipo para atribuir la sanción establecida en el artículo 286 inciso a) del Decreto Supremo N° 24469, así como por contravenir los principios que regulan la actividad administrativa y sancionadora determinados en los artículos 4 y 74 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, protegidos por el mandato constitucional de los artículos 115 parágrafo II y 116 parágrafo I de la Constitución Política del Estado, y por ende, la potestad sancionadora dispuesta en el artículo 62 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera…"*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe

verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us.100.000,00 (CIEN MIL 00/100 DÓLARES NORTEAMERICANOS) por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 y el artículo Quinto, inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, al evidenciar que en 1.014 casos la Administradora de Fondos de Pensiones no hubiera dado inicio a los Procesos Ejecutivos Sociales.

1.2. De la violación al derecho a la defensa.-

BBVA Previsión AFP S.A., señala que el órgano regulador le hubiera ocasionado indefensión, ya que a la hora de la notificación de cargos, no se precisó el archivo AGM (Archivo General de Mora) utilizado, dando lugar a que el recurrente no pueda presentar descargos, en razón a que no tenía conocimiento pleno de la información contenida en el archivo sobre el cual estaba imputando, es más señala que a lo largo del proceso, la APS, confunde los archivos AGM.

Al respecto, se tiene que:

- Mediante Nota de Cargos AP/DJ/DPC/2985/2010 de 14 de octubre de 2010, la Entidad Reguladora inició el proceso con la información que contenía el Archivo General de Mora (AGM) remitido por la AFP mediante nota PREV-CO-1200-09-10 de **20 de septiembre de 2010**.

- BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV-OP-1559/12/2010 de 14 de diciembre de 2010, presentó sus descargos en función al Archivo General de Mora **02201008.AGM.**

- Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011 (fs. 320), la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, señala que utilizó la información reportada en el Archivo General de Mora **02201009.AGM**.

- A solicitud de la AFP en el Recurso de Revocatoria, la Entidad Reguladora mediante Auto de fecha 11 de julio de 2011, aclaró a la Administradora de Fondos de Pensiones que el AGM evaluado es el remitido mediante nota PREV-CO-1200-09-10 de **20 de septiembre de 2010.**

- Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros señala que los

casos sancionados en primera instancia, son los mismos que fueron obtenidos bajo el archivo **02201008.AGM**.

Importa precisar conforme se tiene determinado en el artículo Séptimo de la Resolución Administrativa SPVS IP Nº 005 de 06 de enero de 2003, el AGM debe ser enviado a la Entidad Reguladora hasta el día 15 de cada mes, conteniendo la información de la mora determinada al día 10 del mismo mes, correspondiente al **cierre del mes anterior**. El plazo de envió de archivos fue ampliado hasta el 20 de cada mes o día hábil anterior conforme se determina en el punto 2 de la Circular IP-DPC-038/2003 de 14 de abril de 2003.

De lo trascrito se tiene que si bien al inicio del proceso sancionador la APS no establece de manera clara el AGM utilizado, sin embargo, ya dentro del Recurso de Revocatoria la Entidad Reguladora emitió Auto de fecha 11 de julio de 2011, aclarando a la AFP que el AGM evaluado, es el reportado a través de la nota PREV-CO-1200-09-10 de **20 de septiembre de 2010,** aperturando nuevo término de prueba para que el recurrente presente documentación de acuerdo al AGM señalado.

Que el hecho de que el Ente regulador haya aperturado nuevo término de prueba y haya especificado el AGM utilizado, ha dado lugar al saneamiento del acto conforme lo establece el Artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no existiendo por ende ninguna vulneración al derecho a la defensa y debido proceso a la hora de sancionar al recurrente.

Por último, es importante que el recurrente considere que, el archivo remitido por la AFP el 20 de septiembre de 2010, contenía la información correspondiente al cierre del mes anterior (agosto de 2010), sin embargo, independientemente del archivo utilizado por la Entidad Reguladora para establecer la sanción, desde el inicio del presente proceso hasta el fin, la APS sancionó por incumplimiento al inicio del Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días calendario a partir de la fecha en la que el Empleador incurrió en mora, por lo que el archivo utilizado para establecer la sanción no tiene mayor incidencia en los cargos sancionados, ya que los casos imputados en la Nota de Cargos son los mismos que sancionó la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/484-2011.

1.3. Del levantamiento de Cargos.-

La recurrente señala que la Entidad Reguladora realizó el levantamiento de cargos, sin embargo, no presentó ningún descargo y en ningún momento los observó, debido a que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, recién se da a conocer a la AFP los periodos observados por cada empleador, ya que en la nota de cargos solo existen números de identificación del empleador.

Efectivamente la Nota de Cargos sólo haría referencia a los números de identificación de empleadores, y en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 056-2011 de 25 de febrero de 2011, únicamente señalaría el periodo más antiguo de mora, número de periodos en mora y monto de la mora, sin embargo, tal como lo señala la Entidad Reguladora en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, se levantaron de manera total o parcial y se ratificaron casos, en función a la información y documentación integral remitida por el regulado dentro de los Autos posteriores al Recurso de Revocatoria,

por lo que es evidente que la APS realizó la evaluación de los casos levantados y sancionados, con la información y documentación remitida como descargo por la AFP.

De la misma manera la AFP presenta el siguiente argumento:

> *"Esa situación queda demostrada con levantamiento de cargos en los Anexos A, B, y D de la R.A. APS/DJ/DPC/0484-2011 con el solo hecho de solicitar información adicional a la AFP, otra prueba plena de la indefensión es el caso del NIT 4765816015 por lo siguiente:*
>
> - *La AP observa el caso del empleador NIT 4765816015, indicando que los periodos observados se encuentran en el archivo 02201008AGM.*
> - *La AFP verifica en archivo y observa que solo tiene deuda para el periodo 200812 por un monto de 56.31, el delta para dicho periodo es 57.80.*
> - *La AP no considera el descargo sosteniendo que la deuda es mayor al delta, y en la R.A. 56, indica que el monto de la deuda es de 234.10 por el periodo 201001 (R.A. 56 cuadro 6 Corr.2). Monto de deuda que estaba reportado en el archivo 02201007AGM y no en el 02201008AGM."*

Al respecto, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 056 de 25 de febrero de 2011, la Entidad Reguladora ratifica el cargo del NIT 4765816015 a fs. 312, debido a que el caso no se adecuaba a la Descuadratura Menor en Recaudación (64.7DMR).

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 484-2011 de 13 de diciembre de 2011 la APS señala a fs. 890 lo siguiente:

> *"Con relación al ejemplo correspondiente al NIT 4765816015, el regulado presentó descargos para dicho caso, sin embargo de la evaluación realizada por el regulador se estableció la insuficiencia de los mismos, debido a que la mora no se encausaba a un valor menor a una descuadratura menor, por lo que el señalado caso fue objeto de sanción…"*

Asimismo, en la mencionada Resolución Administrativa (fs. 880) la Entidad Reguladora levantó el cargo por el NIT 4765816015, debido a que el monto de la mora es menor a la descuadratura.

Del análisis del presente punto, no existe ninguna indefensión como señala el recurrente, más bien los cargos referidos por la AFP fueron levantados, al determinar que la mora es menor a la descuadratura en función a la documentación remitida por la AFP.

1.4. De la obligación de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los 120 días.-

La AFP señala que el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, no establece desde que momento debe computarse el plazo de los ciento veinte (120) días para el inicio de la cobranza judicial, simplemente hace referencia en la ampliación de plazo y si bien deroga toda norma contraria como lo es la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000, la misma no fue complementada o reemplazada por nueva normativa,

más al contrario es citada en todas las observaciones y sanciones realizadas por la AP y la APS, con quien siempre se corroboró la interpretación de la vigencia del plazo de 30 días para acreditar las planillas y a partir de la identificación de la mora se empieza a computar el plazo de los 120 días de la gestión de cobro.

Que ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2012 de 10 de abril de 2012, que determinó:

"…En atención al argumento vertido, esta instancia jerárquica no puede entender que a más de diez años de haberse emitido la norma de cobranza, la AFP siga haciendo incorrectas aplicaciones de la norma, intentando eludir así el cumplimiento de sus obligaciones como Administradora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y representante de los Afiliados.

Por lo que, corresponderá transcribir las normas para un mejor conocimiento de la recurrente tal como se procede:

- ***El Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 establece:***

  "ARTÍCULO 7.- (PROCEDIMIENTOS DE COBRO DE CONTRIBUCIONES EN MORA). *Para el cobro de Contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social.*

  La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social."

  "ARTICULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL). *La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469."*

- ***El Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 amplia la gestión de cobro tal como sigue:***

  "ARTICULO 1.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. *Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."*

  Asimismo, importará traer a colación el precedente administrativo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, que determinó:

  "…Tal como la norma lo indica, el legislador estableció un plazo máximo de 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora del empleador, para la interposición del Proceso Ejecutivo Social, correspondiendo ahora establecer con precisión el

momento en el que el empleador se constituye en mora, para determinar desde cuando se empieza a computar el plazo para iniciar el citado proceso.

En este contexto, el artículo 21, párrafo segundo de la Ley de Pensiones Nº 1732 dispone "Estos pagos se realizaran dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrán exceder de treinta (30)días calendario a partir del día en que devengan los sueldos salarios de sus trabajadores o empleadores. Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente Ley…"

Por lo que queda claro que el empleador se constituye en mora, pasado treinta días (1mes) de devengado el sueldo, por lo que a partir del primer día siguiente se empieza a computar el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

Asimismo corresponde referirnos a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 259 de fecha 23 de junio de 2000 (Norma General para la Gestión de Cobro) que determina los procedimientos y plazos para el inicio y gestión de cobros, donde se advierte que los tres meses involucrados en la gestión de cobro, se encuentran inmersos en el plazo de 90 días de iniciada la mora, por lo que no ***existiría precedente jurídico o norma que ampare una gestión mayor a dicho plazo y un inicio del Proceso Ejecutivo Social mayor a los 120 días, cual se ha podido evidenciar de la norma transcrita up supra…"***

De lo transcrito queda claro que la AFP, debe realizar las gestiones de cobro dentro del plazo de los 120 días y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, tiene ***la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social*** *o incluso antes, conforme lo determina el parágrafo segundo del artículo 7 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, al determinar que la gestión de cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.*

Situación que a su vez nos lleva al precedente anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 018/2012 que determina:

"El plazo de los 120 días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, corresponde a la obligación impuesta ***a las Administradoras de Fondos de Pensiones como representantes de sus Afiliados*** *en el Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, en razón a que el objeto de tal proceso no está en sólo lograr una sentencia favorable, sino principalmente en la recuperación de las contribuciones en mora de manera oportuna, de manera tal que los asegurados no resulten perjudicados a tiempo de acceder a una prestación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por lo que en definitiva, el plazo de los 120 días corresponde al plazo máximo en que las administradoras deben dar inicio al Proceso Ejecutivo Social, hecho que de ninguna manera implica la extinción del derecho para interponer el Proceso Ejecutivo Social ante la vía jurisdiccional.*

Entonces, el incumplimiento del plazo previsto para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, se entiende clara e inequívocamente como una infracción a la normativa

regulatoria en materia de Pensiones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones…"

Del análisis ut supra se tiene que el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social es de ciento veinte (120) días calendario de la fecha de inicio de mora o agotada la Gestión de Cobro y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social.

1.5. En cuanto a la supuesta discrecionalidad por parte del ente Regulador.-

La AFP señala que existiría discrecionalidad, por parte del Ente Regulador, ya que en algunos casos considera el periodo de marzo/2010 como fuera de plazo, y en otros casos que el mismo periodo estaría dentro de plazo.

Que a Fs. 883 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de 13 de diciembre de 2011, habría determinado lo siguiente:

"Los 13 casos levantados que se encuentran descritos en el Cuadro Nº 2, responden a lo siguiente:

- *Los periodos de mora posteriores a 2010 03 fueron levantados, debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días de la cobranza administrativa.*
- *Los casos que fueron levantados para el periodo 2010 03, corresponden a aquellos casos para los que el Regulado remitió documentación que demostraba que la mora ha sido regularizada por el Empleador dentro de los 120 días…"*
- *Se ratifica el cargo para el periodo 2010 03, debido a que el regulado no remitió la documentación que permita levantar los cargos o la documentación presentada no permite levantar los cargos o que la misma refleja que la regularización de la mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días…"*

De lo transcrito se tiene que el Ente Regulador se hubiera pronunciado primero en sentido de que los periodos de mora posteriores a marzo/2010, abril/2010, mayo/2010, junio/2010, etc., fueron levantados debido a que los mismos se encontraban dentro del plazo de los 120 días calendario.

Que en los casos levantados que corresponden al periodo de marzo/2010, la AFP hubiera presentado prueba de descargo que demostraba que la mora ha sido regularizada por el Empleador dentro de los 120 días.

Por último y en los casos en los que se ratificó el cargo por el periodo marzo/2010, la AFP no hubiera remitido prueba de descargo o que la misma refleja que la regularización de la mora fue efectuada de manera posterior a los 120 días.

De lo expuesto, no existe ninguna discrecionalidad por parte del órgano regulador como

refiere el recurrente, ya que el levantamiento total o parcial correspondiente al periodo marzo/2010, se realizó en función a la documentación remitida por el recurrente, en la que se demuestra que la mora fue regularizada por el empleador dentro de los 120 días calendario.

1.6. En cuanto a la calificación de una infracción de gravedad máxima.-

La AFP señala que no existiría una infracción de gravedad máxima, debido a que en el presente caso no se configuran los elementos constitutivos de la misma, como ser: a) dolo, b) beneficio propio o de terceros o c) daño a terceros.

a) En cuanto a la existencia de dolo.-

La APS en su análisis determinó lo siguiente:

> *"…En ese sentido se tiene que en el presente caso, la conducta del regulado se ha visto* ***expresada de manera premeditada porque la AFP actuó de manera deliberada (y no dolosa), es decir conociendo el deber normativo que tenía impuesto y soslayando las consecuencias que el antijurídico acarreaba, al omitir dar inicio al PES en el plazo que le señala la norma****. Además hay que tomar en cuenta que, la inejecución de la norma lleva a deducir un grado determinado de reflexión, más aun cuando se tiene que el regulado ya fue sancionado, como elemento agravante de la conducta.*
>
> *En efecto, quien para cometer la infracción con premeditación debe ser consciente del deber vulnerado al cual estaba obligado a cumplir, pero además las consecuencias que ello acarrea. En el presente caso, no era algo extraño y que no pudiera saber la AFP de que con los aportes realizados al SSO se constituyen en el principal soporte financiero del sistema de pensiones a nivel general y a nivel particular la fuente para que un Afiliado o Derechohabientes puedan acceder a una prestación o pago que responda en proporción a las Contribuciones que le fueron tenidas por el Empleador moroso. En ese sentido, no es admisible como la AFP antes de la notificación con cargos, conociendo reflexivamente lo señalado anteriormente, tenga periodos en mora inclusive de principios del inicio del SSO…"*

De lo precedentemente citado se tiene que la APS haría referencia a que existió dolo en cuanto al incumplimiento de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en el plazo de los 120 días calendario, confundiendo así la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones con el análisis del dolo, no haciendo en ningún momento una correcta evaluación de que si la AFP actuó de manera consciente y de manera premeditada a momento de no iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales, o si este hecho se debió a la negligencia de la AFP.

b) En cuanto a la existencia de beneficio propio, o de terceros, o daño causado a terceros.-

La APS determinó lo siguiente:

"…Dentro del análisis realizado se pudo verificar la información remitida por el regulado dentro del procesos sancionatorio, y por medio de los cuales se pudo establecer y ratificar el cargo de 2925 Afiliados, quienes se encuentran afectados por la deuda del Empleador y la falta de diligencia de la AFP al momento de cumplir su deber de iniciar el Proceso Ejecutivo Social dentro de los 120 días, cuyo detalle se encuentra n el Anexo 1 de la presente Resolución Administrativa.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación, se resume los casos tanto de Empleadores como de Afiliados que se encuentran afectados..."

Por otro lado, si bien, la AFP refiere que las acreditaciones por períodos en mora posteriores a la otorgación de prestaciones y pagos (jubilación, retiros mínimos, etc.) .pueden ser devueltos a los Afiliado o sus Derechohabientes; sin embargo la AFP no considera que el impacto de una falta de recuperación oportuna de adeudos en plazo, genera que el Afiliado tenga un límite en lo que se refiere al número de cuotas que se debieron adquirir, al valor cuota del momento, para financiar una prestación, sin perjuicio de aquellos casos en los que por esos periodos faltantes de recuperación se hubiera rechazado un beneficio del SSO.

Es por eso que, la recuperación de los adeudos si depende de la gestión eficiente y diligente del regulado, quien una vez desarrollada la gestión administrativa debe iniciar el PES, previendo evitar que el Afiliado se encuentre descoberturado a momento de sufrir una contingencia, por falta de recuperación de la mora, por tanto sí afecta al Afiliado la conducta imputada al regulado…."

Por lo expuesto precedentemente, los actos fundamentados emitidos por el regulador encuentran congruencia al establecer que con el inicio de la gestión de cobro judicial diligente constriñe al Empleador a cumplir con sus obligaciones en mora y consecuentemente al pago íntegro y oportuno de la prestación.

Con relación a las cuatro (4)variables adicionales señaladas por la AFP, es decir, Tramo de la Relación Laboral, Temporalidad, Coincidencia y Cualidad de la Mora, es importante señalar que el análisis efectuado por la ex AP y actual APS, ha considerado las variables señaladas por el regulado, tomando en cuenta para este efecto que se han identificado cada uno de los Afiliados por cada Empleador por el cual se ha afectado al afiliado por no iniciar la recuperación de aportes, de otra manera no se explica como la R.A.056-2011 en su anexo detalla todos los NUA de Afiliados y el Empleador por el cual se identificó la infracción.

Asimismo, es importante considerar la contradicción en los argumentos presentados por el regulado al señalar: "Cualidad de Mora (CUM), para precisar sólo el tipo de deuda que sí incluye al afiliado (sic) excluyendo la deuda real por defecto y deuda por suspensión indebida de jubilados y extranjeros que no afectará en el cálculo del ***salario base"*** *(las negrillas son nuestras).*

Lo que quiere decir que el regulado acepta tácitamente que en todos los casos que uno o varios aportes que no hubieran ingresado a la Cuenta Individual del Afiliado, ***afectan el cálculo del salario base****, por consiguiente dañan el monto y la prestación que éste percibe en función al cálculo de su salario base.*

Por otra parte, la administradora, de acuerdo al principio de verdad material, pese a los requerimientos realizados por esta Autoridad de información, no remite documentación o información que permita corroborar el tramo laboral (bajas de afiliados) de los Afiliados identificados, los cuales se encuentran en el anexo de la R.A.056-2011, no cuenten con periodos comprometidos en los periodos identificados con mora con los empleadores por los cuales fueron identificados.

En cuanto al daño, la APS señalaría que existiría daño en 2925 Afiliados, sin embargo del análisis anterior no se establece de manera clara si el Salario Base de los 2925 Afiliados se hubiese visto afectado a momento de percibir una prestación, por lo que el Ente Regulador deberá especificar en cada caso el daño ocasionado y si la prestación dentro de los 2925 se hubiera visto afectada.

Que ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2012 de 10 de abril de 2012, determinó en cuanto a la calificación de gravedad máxima:

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

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

a) Gravedad máxima**: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el trasgresor **con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.

b) Gravedad media: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado." (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces de la lectura de la norma tenemos, que la calificación de la gravedad, implica que el comportamiento (acción u omisión) respecto a la infracción, cuente con elementos identificadores que permitan la calificación de la gravedad de la sanción.

Los elementos configuradores de la gravedad máxima son:

a) Que la acción u omisión se haya producido con premeditación o de forma dolosa,
b) Que haya resultado beneficio propio o de terceros o causado daño a terceros.

Por ello se analizará cada uno de los elementos para la determinación de la gravedad máxima:

a) En cuanto a la premeditación o dolo.-

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define el dolo como:" En acepción genérica engaño fraude, simulación "…En el Derecho Penal constituye dolo la resolución ***libre consiente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por ley…****"*

Francisco Carrara a su vez, define al dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Para Jiménez de Asúa, existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, ***con conciencia de que se quebranta el deber****, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.*

En cuanto a la intencionalidad, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala referente a la intención deliberada, hecho a sabiendas, con propósito reflexivo (…) Así, el acto intencional es previsto y querido Intencionalmente mediando conciencia y voluntad al obrar con una finalidad o propósito (intencionalmente).

De lo expuesto tenemos que tanto el dolo y la intencionalidad se entienden como sinónimos, ya que para que exista una acción u omisión dolosa o intencional, debe existir el elemento constitutivo de la voluntad, es decir (elemento volitivo) de cometer una infracción a sabiendas de su ilicitud o reprochabilidad.

De lo expuesto la APS, confunde la obligación que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales en los plazos previstos en la norma, con el elemento del dolo, siendo que en ningún momento el Ente Regulador ha demostrado de manera fehaciente, que en los 2925 casos, la AFP no hubiera dado inicio a los Procesos Ejecutivos Sociales ***de manera premeditada o dolosa****, situación que emerge de la falta de fundamentación que otorga la APS, transgrediendo el derecho del regulado de conocer las razones por las que se le impone la sanción y su cuantía.*

b) En cuanto a la existencia de beneficio propio, o de terceros, o daño causado a terceros.-

Previamente debe aclararse que la APS, fundamenta en principio su resolución en el sentido de que existiría daño o perjuicio en términos generales. Al respecto no se debe olvidar que el daño debe ser real y material, no pudiendo la APS determinar daño por ideas generales, encontrándose obligada a precisar la repercusión

evidente que se tiene por la falta de recuperación de aportes tanto en cifras como en casos concretos…."

Por lo tanto, si bien se enuncia daño, el mismo no ha sido debidamente fundamentado, cual en derecho corresponde, debiendo la Entidad Reguladora, en el marco del debido proceso proceder en consecuencia.

De lo anterior, se ha podido evidenciar que el presente proceso fue viciado de anulabilidad, al no fundamentar el Ente Regulador, cada uno de los elementos configuradores que se requieren para calificar la infracción de gravedad máxima, hecho que da lugar a la indefensión del regulado, quien se ve desprovisto de la debida fundamentación, como una garantía que otorga el procedimiento administrativo, conforme lo determinan los principios de legalidad, proporcionalidad y debido proceso.

Que en este sentido la Resolución Ministerial Jerárquica MEEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009.

"…El principio de motivación de los actos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley del Procedimiento administrativo, implicando que la administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases sobre las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica del proceso

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

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

Ahora bien complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a

través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado una correcta aplicación a los Principios de motivación y congruencia, de Sometimiento Pleno a la Ley y Debido Proceso, conforme se tiene explicado en el Considerando anterior, aspecto que necesariamente debe ser enmendado por la instancia inferior.

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

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 484-2011 de fecha 13 de diciembre de 2011, inclusive debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 502-2011 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 027/2012 DE 22 DE MAYO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 027/2012

La Paz, 22 de mayo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Seguros Illimani S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 502-2011 de 20 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 356-2011 de 7 de octubre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 043 de 25 de abril de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 6 de enero de 2012, Fernando Arce Grandchant en representación de Seguros Illimani S.A., tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0488/2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 101 del Distrito Judicial La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 502-2011 de 20 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 356-2011 de 7 de octubre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 13 de enero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Seguros Illimani S.A., mismo que fue notificado el 19 de enero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DJ/DS/3013/2011 de fecha 6 de septiembre de 2011, notifica a Seguros Illimani S.A., con la presunta contravención en la que habría incurrido la Entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

"Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la denuncia presentada por ECOFUTURO S.A. FFP se advirtió que ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *habría incurrido en la siguiente presunta infracción:*

- ***Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883, de 25 de junio de 1998,*** *al no haber cumplido con la indemnización correspondiente a su asegurado ECOFUTURO S.A F.F.P. por el siniestro reportado en fecha 12 de marzo de 2009.*

En consecuencia ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.,*** *por no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legitimo derecho a la defensa..."*.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 23 de septiembre de 2011, mediante CITE.PE. 1373/2011, Seguros Illimani S.A., presentó descargos refiriendo lo siguiente:

"A través de la presente y en referencia su nota APS/DJ/DS/3013/2.011, se observa que de acuerdo al segundo parágrafo, se habría contravenido al inciso a) artículo 12 de la Ley de Seguros, que de forma textual señala:

"Indemnizar los daños y perdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad"

Sin embargo, adjunto a la presente remitimos en copia fotostática del comprobante de pago N° 0002909 y del cheque N° 33857 del Banco Bisa por Bs. 50.000, mediante los cuales se

puede evidenciar que el pago del siniestro mencionado precedentemente se encuentra en caja para su cobro.

Sin embargo, de la documentación adjunta se evidencia que esta aseguradora cumplió con la prestación convenida en la póliza.

Finalmente y de acuerdo a la argumentación realizada, solicitamos muy respetuosamente, se deje sin efecto la notificación de Cargos realizada mediante nota APS/DJ/DS/3013/2011…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 356-2011 DE 7 DE OCTUBRE DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 356-2011 de 7 de octubre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

***"PRIMERO.- SANCIONAR a SEGUROS ILLIMANI S.A.** con una multa en bolivianos equivalente a 60.000,00 UFV's (Sesenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, en función a los argumentos expuestos en la presente Resolución Administrativa.*

***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

***TERCERO.- SEGUROS ILLIMANI S.A.** deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 3 de noviembre de 2011, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº356-2011 de 7 de octubre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 502-2011 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 502-2011 de 20 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº356-2011 de 7 de octubre de 2011.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…Análisis jurídico de los fundamentos del recurso de revocatoria y conclusiones
1. La conducta sancionada, no se encuentra tipificada.

Bajo este fundamento el representante legal de la empresa Seguros Illimani S.A., indica que se habría cumplido con la obligación prevista en el art. 12 - a) de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1998, consistente en:

"Indemnizar los daños y perdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad."

Lo citado se desprendería del cheque No. 0033857 de fecha 2 de septiembre de 2011 y del Recibo de Finiquito de fecha 2 de septiembre de 2011 suscrito por Carlos Yujra Vargas de la entidad financiera Ecofuturo S.A. FFP; concluyendo que en consecuencia no existiría infracción a la citada norma legal. Al efecto cita las Sentencias Constitucionales Nos. 0333/2011-R de 1 de abril de 2011 y 2287/2010-R de 19 de noviembre de 2010, las cuales considera vinculantes al caso en resolución.

Sobre el particular cabe señalar que la tipicidad tiene su génesis en el derecho penal y fue definida por Edmundo Mezger en su trato de la materia, como:

"El tipo en el propio sentido jurídico- -penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada (sic) la sanción penal".

La tipicidad en el derecho penal general nace en el principio de legalidad de la formulación básica elaborada por Feuerbach: "Nullum crimen, nulla poena sine previa lege", que se traduce en "Ningún delito, ninguna pena sin ley previa", que se fundamenta en la necesidad de certeza en las normas jurídicas, con la finalidad de que todo ciudadano conozca aquellas conductas permitidas y aquellas otras que se encuentran prohibidas, además en el hecho de que el Estado a través del Órgano Legislativo tiene el monopolio en la creación de las normas penales, evitando de esta manera la arbitrariedad en la actuación del poder punitivo del Estado.

En este entendido y para la aplicación de este principio en el ámbito administrativo dentro de nuestro país, el art. 73 - I y II (Principio de tipicidad) de la Ley 2341 de 22 de abril de 2002 del Procedimiento Administrativo prevé que:

"I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.
II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias."

De esta manera la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1988, en su artículo 12 establece las obligaciones que deben cumplir las entidades aseguradoras y reaseguradoras, determinándose como infracción administrativa la contenida en el inciso a) del articulado citado:

"Indemnizar los daños y perdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista."

Por otra parte el art. 1 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, establece:

"La presente norma regula los tipos de infracciones y sanciones previstos por la Ley de Seguros, cuya imposición está a cargo de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en adelante "Superintendencia..."

En este sentido la Sentencia Constitucional No. 02287/2010-R de 19 de noviembre de 2010, citada y transcrita por el recurrente, establece lo citado previamente:

"3) Se denuncia la falta de tipicidad en la falta atribuida; sin embargo, la potestad punitiva de un tribunal administrativo disciplinario se basa en el principio de legalidad, según el cual no puede sancionarse ninguna conducta ni imponer sanción alguna cuando la misma no está establecida en la ley vale decir que el Tribunal Sumariante no puede imponer sanciones de manera arbitraria o discrecional sino debe aplicar una sanción regulada por ley de acuerdo con el tipo de falta cometida".

De lo expuesto se concluye que no se presenta la situación que fundamenta el agravio expresado - falta de Tipicidad - ya que el incumplimiento en la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, se encuentra tipificada como infracción al ordenamiento administrativo, facultando al órgano fiscalizador a imponer una sanción al verificar su incumplimiento, tal como lo dispone el contenido de los arts. 73 - I y II de la Ley del Procedimiento Administrativo; 7 -c) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y 43 - c) de la Ley de Seguros y Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.

Finalmente y en cuanto al agravio contenido en el punto primero del recurso atendido, se debe indicar que el hecho de que Illimani de Seguros S.A., canceló mediante cheque No. 0033857 de 2 de septiembre de 2011 la obligación pendiente a favor de Ecofuturo S.A. FFP, no implica la inexistencia de la infracción administrativa, toda vez que dicho pago fue realizado sobrepasando el plazo establecido en el art. 1034 de Código de Comercio, computable a partir de la fecha de recepción de la carta Cite: DR 170/2010 de 2 de febrero de 2010, dirigida por Seguros Illimani S.A. a Consultores de Seguros S.A.

2. <u>Falta de motivación de la sanción impuesta y falta de atribución del ente regulador para inmiscuirse en el tema objeto de la Resolución impugnada.</u>

En este acápite la empresa regulada argumenta que la resolución impugnada no explicaría, ni fundamentaría, la forma en que habría incumplido la disposición legal contenido (sic) en el art. 12 - a) de la Ley de Seguros, siendo que dicha aseveración carecería de fundamento legal y habría sido dictada sin competencia. Por otra parte indica que la APS carecería de competencia para intervenir en aspectos inherentes al cumplimiento o incumplimiento de los contratos suscritos entre los entes regulados y terceros, considerando que esta es competencia de la justicia ordinaria, tal como lo señala la Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio de 2006; Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG S1REF1 RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 y SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005 septiembre de 2005.

En lo referente al agravio indicado, se debe señalar que la resolución objeto de análisis si, fundamenta la forma en que se incumplió lo previsto en el art. 12 -a) de la Ley de Seguros, es decir, indemnizar a Ecofuturo S.A. FFP los daños y perdidas (sic) o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista; esto se desprende del primer considerando, inciso 3 de la Resolución No. 356 -2011, cuando señala:

"3. Seguros Illimani, mediante la remisión de las fotocopias del cheque No. 33857 girado a favor de Ecofuturo S.A. FFP el 2 de septiembre de 2011 por la suma de Bs50.000,00 contra el Banco BISA S.A. y el comprobante de pago No. 0002909, solicita se desestime el cargo pretendiendo con ello deslindar su responsabilidad, sin embargo cabe resaltar que el pago referido debió haberse efectuado el 10 de febrero de 2010 como se tenía comprometido, mediante Cite DR 170/2010, o dentro de los 60 días posteriores a la aceptación del siniestro (02/FEB/2010) y no así después de un año y siete meses."

De lo relacionado se concluye en primer término, que al haber Seguros Illimani mediante carta dirigida a Consultores de Seguros S.A., Cite DR 170/2010 de 2 de febrero de 2010, comprometido (sic) proceder a la indemnización correspondiente hasta el 10 de febrero de 2010, tomó conocimiento y aceptó el reclamo, comenzándose a computar el plazo establecido en el art. 1034 del Código de Comercio de sesenta (60) días para la cancelación del siniestro, obligación que incumplió durante un año y siete meses, para finalmente hacerla efectiva.

En este sentido se evidencia y demuestra que la conducta de Seguros Illimani S.A., se adecúa a lo previsto en el art. 12 - a) de la Ley de Seguros, toda vez que incumplió la obligación contenida en la norma, al no hacerla efectiva en el plazo establecido por el Código de Comercio, extremo fundamentado en la resolución objeto de recurso de revocatoria.

En cuanto a la falta de competencia de la APS para conocer el reclamo tratado y resuelto, es necesario únicamente recordar al recurrente que la misma se entiende como la facultad que el Estado confiere a determinada autoridad para ejercer jurisdicción en un caso en concreto; dicha faculta (sic) en el caso presente se encuentra prevista y contenida en el art. 41 de la Ley de Seguros al señalar:

"...Quedan sujetas a la jurisdicción de la Superintendencia las personas y Entidades que realicen las actividades normadas por la presente ley."

De la misma forma la indicada ley establece que son atribuciones de la Superintendencia de Valores, Pensiones y Seguros (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) el:

"c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción"

El Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala en sus artículos 3, 6 y 7 - c):

"Artículo 3.- (Ámbito de aplicación). Las normas del presente Reglamento se aplicarán por las Superintendencias del SIREFI en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo

procedimientos para la protección a usuarios, y en los trámites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquicos.

Artículo 6.- (Sujetos Reguladores). A los fines del presente Reglamento, se consideran como sujetos reguladores: la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Superintendencia de Empresas, como Superintendencias sectoriales, y a la Superintendencia General del SIREFI como última instancia de impugnación en la vía administrativa del SIREFI.

Artículo 7.- (Competencia institucional). De conformidad con las leyes sectoriales pertinentes, la competencia institucional de cada una de las Superintendencias del SIREFI, es la siguiente:

c) Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros: Regular y supervisar las actividades del seguro social obligatorio de largo plazo y de los mercados de (sic) valores y seguros, en el marco de las leyes y reglamentos sectoriales."

Por su parte la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, en su artículo primero señala:

"La presente norma regula los tipos de infracciones y sanciones previstos por la Ley de Seguros, cuya imposición está a cargo de la Superintendencia de Valores, Pensiones y Seguros, en adelante "Superintendencia".

Las regulaciones contenidas en la presente norma se aplicarán a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a:

a) Las entidades aseguradoras y reaseguradoras."

De la normativa citada se establece que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), tiene competencia para imponer sanciones a sus fiscalizados cuando determina la existencia de un incumplimiento a las obligaciones establecidas por ley, encontrándose dentro de su ámbito de aplicación Seguros Illimani S.A.

Finalmente y en relación a la afirmación hecha por el recurrente, en sentido que la APS, no tiene competencia para resolver situaciones controversiales entre entidades reguladas y sus clientes, tal como lo indica la jurisprudencia citada, transcrita y adjunta, dicho extremo es evidente, pero lo que se debe aclarar que la sanción a un regulado por el incumplimiento de una obligación prevista en le Ley de Seguros, no se considera una controversia contractual, por el contrario, constituye una infracción administrativa derivada de una acción u omisión sancionada por la norma, no siendo posible la aplicación de jurisprudencia citada al caso concreto por tratarse de situaciones distintas.

3. La resolución impugnada se ampara en una premisa que no resulta ser cierta a fin de imponer una sanción.

El recurrente considera falsa la afirmación contenida en el tercer considerando, quinto numeral que señala:

"5. Finalmente queda claro que tuvo que ser necesaria la intervención del Órgano de Fiscalización y el inicio del procedimiento sancionatorio para que Seguros Illimani S.A., proceda a la emisión del cheque de indemnización por el siniestro reclamado por ECOFUTURO FFP."

Al mismo tiempo considera que dicha premisa no puede ser utilizada para fundamentar una resolución sancionatoria.

En este entendido es necesario hacer una recopilación de hechos y documentos a fin de verificar si la afirmación contenida en el tercer considerando, quinto numeral, contraría el desarrollo fáctico y lo establecido en el art. 82 de la Ley del Procedimiento Administrativo, en relación a la iniciación del procedimiento sancionatorio:

a) La Notificación de Cargos contenida en el CITE: APS/DJ/DS/3013/2011 data de 6 de septiembre de 2011 y su notificación a Seguros Illimani S.A. de 9 de septiembre de 2011, marcando el inicio del procedimiento sancionatorio.
b) El Recibo de Finiquito suscrito por Carlos Yujra Vargas de Ecofuturo S.A. FFP, data de 2 de septiembre de 2011.
c) El Recibo de Finiquito recepcionado por Ecofuturo S.A. FFP, fue puesto en conocimiento de la APS en fecha 22 de noviembre de 2011, según consta del cargo de presentación del memorial de 17 de noviembre de 2011.
d) El Cite: DR 170/2010 dirigido por Seguros Illimani S.A. a Consultores de Seguros S.A., en el cual se comprometen a proceder a la indemnización reclamada hasta el 10 de febrero de 2010, data de 2 de febrero del mismo año.
e) La Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/No. 356-2011 data de 7 de octubre de 2011, la cual consigna la afirmación objeto de tratamiento en su tercer considerando, quinto numeral.

De lo relacionado se concluye que la APS tuvo conocimiento del Recibo de Finiquito detallado en el inc. c) mediante memorial presentado por Seguros Illimani S.A. en fecha 17 de noviembre de 2011, es decir, posterior a la emisión de la resolución administrativa sancionatoria citada en el inc. e), desconociendo su existencia mediante otro medio de comunicación anterior, lo cual explica la afirmación contenida en el tercer considerando, numeral quinto, y lo cual lleva a la conclusión de que dicha afirmación se adecua a los datos que informan el proceso actual.

4. <u>En el caso de la resolución impugnada el valor justicia, la racionalidad y el principio de proporcionalidad han sido infringidos.</u>

La parte recurrente considera que los principios indicados en este punto fueron infringidos por la resolución administrativa sancionatoria, en vista que la multa ha sido impuesta con exceso punitivo, no guardando relación de proporcionalidad con los hechos y existiendo una evidente desproporción, al efecto cita y transcribe jurisprudencia constitucional ya referida en la presente resolución.

a) <u>Discrecionalidad</u>.

Las Sentencia Constitucional No. 1294/2006-R de 18 de diciembre de 2006, que sirve de fundamento a la Sentencia No. 0258/2007-R de 10 de abril de 2007, citada como apoyo

jurisprudencia por la parte recurrente establece, la diferencia entre la potestad discrecional del órgano administrativo, con la potestad reglada, ambas otorgadas por ley, al señalar:

"Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente."

Tal como lo señala la jurisprudencia citada por el recurrente, la discrecionalidad se presenta en los casos en que: …el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada". Situación que no se adecúa al caso en análisis, toda vez que por imperio de la ley el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el art. 12 de la Ley de Seguros y Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, se encuentran clasificadas en leves, graves e insubsanables, consignadas en el art. 52 y arts. 16 al 17 de la Resolución Administrativa; además de tener un procedimiento para su sanción determinado en el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

b) Valor justicia.

Bajo este literal el representante legal de Seguros Illimani S.A., explica su posición sobre el agravio sufrido por la resolución impugnada, la cual según su parecer vulneró el valor constitucional justicia, citando y transcribiendo al efecto la Sentencia Constitucional No. 790/2006-R de 15 de agosto de 2006, sobre el particular es menester hacer la siguiente consideración:

La jurisprudencia citada en relación al valor justicia, indica:

"(...) Tiene su fundamento en el art. 229 de la CPE, que determina que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, no pueden ser alterados por leyes que regulen su ejercicio, ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento, norma que determina la exclusión de la arbitrariedad no solamente en la creación de las normas, sino en la interpretación y aplicación de las mismas..."

Partiendo de esta premisa se evidencia la clara inaplicabilidad de los fundamentos esgrimidos en el precedente jurisprudencial por su falta de casuística toda vez que al aplicar el procedimiento administrativo sancionador en la falta cometida por Seguros Illimani S.A., en ningún momento la resolución sancionatoria interpretó norma legal alguna y en cuanto a su aplicación se rigió por el procedimiento establecido en la ley, sin omitir, ni alterar el mismo.

e) Principio de proporcionalidad.

En el contenido del subtitulo "Principio de proporcionalidad", el recurrente alega la vulneración de tal principio y por ende la imposibilidad de alcanzar justicia material, esto en razón de que considera la sanción impuesta desproporcional al hecho, en general, llega a un cálculo matemático mediante el cual concluye que se impuso a un siniestro avaluado en Bs. 50.000,00, una sanción que sobrepasa en un ciento cincuenta por

ciento. A los fines indicados cita la Sentencia Constitucional No. 1294/2006-R de 18 de diciembre de 2006, como apoyo jurisprudencial.

La citada sentencia establece en cuanto al principio indicado, lo siguiente:

"En cuanto al concepto de proporcionalidad, se debe dejar claro que comprende tres conceptos parciales: 1) la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; 2) la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios); y 3) la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes."

Sobre la descripción de estos conceptos parciales, se puede determinar si la actuación administrativa al momento de imponer la sanción cumplió dicho principio: en relación a los dos primeros conceptos parciales, se debe dejar claro que la ley reconoce un solo medio para la imposición de una sanción administrativa ante el incumplimiento de una obligación, tal cual es el caso, este medio es el procedimiento administrativa sancionador, consagrado en el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y en la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.

En cuanto al tercer concepto parcial de proporcionalidad de medios y fin, se deben indicar que el medio se encuentra previsto por ley, cuya finalidad es la sanción ante una acción u omisión por parte del fiscalizado, lo cual nos lleva a la conclusión de que este concepto fue valorado por el legislador al momento de elaborar la ley, no dejando opción a la autoridad administrativa en lo referente a la elección y aplicación de otro medio o procedimiento que se pueda considerar más justo, proporcional o adecuado a sus intereses.

Finalmente se debe tener en cuenta que la norma no sanciona el incumplimiento de la obligación teniendo en cuenta el valor del siniestro, por el contrario sanciona el incumplimiento como tal, siendo que establece un parámetro de multa entre 40.001 a 80.000 Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV), considerando su aplicación en este rango, justo y proporcional a los casos de infracciones leves.

5. <u>Resolución Inmotivada</u>.

El recurrente considera la resolución administrativa objeto de recurso de revocatoria, inmotivada, ya que no explica cuales los fundamentos utilizados para imponer la sanción a Seguros Illimani S.A. por el incumplimiento en la obligación prevista en el art. 12 - a) de la Ley de Seguros
La resolución objeto de análisis en su tercer considerando parte final, establece lo siguiente:

"Que cumpliendo con la normativa transcrita, para la modulación de la sanción se ha tornado en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad..."

En este párrafo se indica que para la imposición de la sanción se han tomado en cuenta los dos principios acusados de incumplidos por el recurrente: "razonabilidad y proporcionalidad, los cuales se demostraron cumplidos por la autoridad administrativa al momento de emitir su determinación. En este sentido el art. 16 - II de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, establece un rango de multa traducido en UFV's, para las infracciones leves, considerándose tales válidas, razonables y proporcionales en su aplicación, tomando en cuenta la conducta para tipificar la falta y no así el monto económico del siniestro, tal cual pretende el representante legal de Seguros Illimani S.A. Finalmente debe tenerse en cuenta que el monto mínimo de multa establecido en 40.001. UFV's, supera al presente monto del siniestro de Bs. 50.000.

6. Indefensión - falta de valoración de la prueba.

Se acusa que la resolución cita pruebas aportadas por el recurrente al momento del término probatorio, las cuales según su perspectiva no habrían sido compulsadas, ni tampoco se les habría otorgado un valor conforme a ley.

Los documentos probatorios adjuntos durante el periodo de prueba y utilizados para desvirtuar los cargos imputados, fueron adjuntos mediante memorial de 17 de noviembre de 2011 y cargo de presentación de 22 del mismo mes y año, documentos que fueron consignados y valorados en el tercer considerando, tercer y cuarto numeral de la resolución, otorgándoles un valor probatorio y una explicación de las razones por las que no desvirtuaron los cargos imputados."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 6 de enero de 2012, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 502-2011 de 20 de diciembre de 2011, argumentado lo siguiente:

"1. Ratificación inextensa del recurso de Revocatoria.- *Del contenido integro de la Resolución que se recurre mediante el presente memorial se puede colegir que el ente regulador mas allá de haber transcrito el memorial mediante el cual la institución que represento ha presentado recurso de revocatoria dentro el proceso del exordio, ha procedido a soslayar todos los argumentos esgrimidos por Seguros Illimani S.A.; la resolución ahora impugnada no es más que una reiteración de la Resolución Sancionatoria sobre la cual se ha presentado el recurso de revocatoria. La prueba y los argumentos que por nuestra parte hemos esgrimido en el recurso de revocatoria no han sido considerados ni han sido valorados por el ente regulador. En términos sencillos, materialmente* ***NO SE HA TRAMITADO EL RECURSO DE REVOCATORIA*** *pues sencillamente nuestros argumentos y pruebas no han sido valorados, el ente regulador ha reiterado la Resolución objeto de revocatoria sin el mayor reparo para con los argumentos esgrimidos por nuestra parte por lo que corresponde ratificarse bajo los mismos argumentos del recurso de revocatoria y plantearlos en el jerárquico a objeto de que esta vez, tal vez, sean valorados y se los considere ya sea para refutar la resolución sancionatoria o bien para establecer con argumentos valederos que los razonamientos y argumentos contenidos en el no son aplicables extremo que debe quedar claramente establecido a fin de no provocar indefensión a Seguros Illimani S.A. pues como he anotado, en la práctica NO HA EXISTIDO RECURSO DE REVOCATORIA, dicho recurso en*

este caso se ha convertido en una simple formalidad tendente a habilitarnos al recurso jerárquico pues el ente regulador sin el mayor reparo ni argumentación jurídica viene sistemáticamente ratificando sus propias resoluciones, extremo que reclamaremos hasta agotar todas las vías legales internas y externas en su momento pues el daño que se nos está infiriendo forzando argumentos a fin de sancionarnos a ultranza no puede quedar impune.

2. Confesión del propio ente regulador sobre la veracidad y contundencia de los argumentos del recurso de revocatoria que ahora reiteramos esta vez como jerárquico.- *El ente regulador en varios de los puntos ahora objeto de análisis y en la Resolución objeto de recurso jerárquico confiesa como evidentes y verdaderos los puntos esgrimidos por nuestra parte en el recurso de revocatoria, como sabemos, la confesión de parte no admite prueba en contrario y goza del valor probatorio que le otorga los artículos 1321 del Código Civil y parágrafo II del artículo 404 del Código de Procedimiento Civil. Los puntos a los que me refiero son los siguientes:*

a. *La resolución ahora impugnada señala: "Finalmente y en cuanto al agravio contenido en el punto primero del recurso atendido, se debe indicar que el hecho de que Illimani S.A., cancelo (sic)mediante cheque No. 0033857 de 2 de septiembre de 2011 la obligación pendiente a favor de Ecofuturo S.A. FFP, no implica la inexistencia de la infracción administrativa, toda vez que dicho pago fue realizado sobrepasando el plazo establecido en el art. 1034 de Código de Comercio, computable a partir de la fecha de recepción de la carta Cite: DR 170/2010 de 2 de febrero de 2010, dirigida por Seguros Illimani S.A. a Consultores de Seguros S.A." Dicho extremo deja palmaria constancia de que la institución que represento no puede ser sancionada por el concepto contenido en el inc. a) del Artículo 12 de la Ley 1883 pues dicha norma sanciona LA FALTA DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN y como se halla contenido en la parte pertinente de la resolución ahora impugnada ese extremo no ha ocurrido pues Seguros Illimani S.A. ha cancelado y cumplido con la indemnización, es decir que la norma por la cual se nos sanciona no se adecúa al extremo fáctico que describe la APS en los actos administrativos ahora impugnados. No es lo mismo un retraso en el pago, como perfectamente lo describe el ente regulador haciendo alusión incluso al art. 1034 del Código de Comercio que una ausencia total de pago.*

b. *Así mismo en cuanto al punto 3 de nuestra alocución y punto 3 de la resolución impugnada, no puede quedar mas elocuentemente demostrado como es que se está forzando el análisis del ente regulador a fin de sancionarnos a ultranza. Es obvio que no tuvo que ser necesaria la intervención de la APS a fin de cumplir con la indemnización como señala la resolución administrativa impugnada. Ese fue el punto reclamado, el ente regulador no puede ahora forzar las cosas y cambiar su interpretación señalando que el extremo ahora versa sobre una falta de conocimiento del ente regulador del recibo del finiquito pues el punto contenido en la Resolución sancionatoria no guarda relación de conformidad con el argumento NUEVO ahora esgrimido. Antes se nos había sancionado con el argumento de que tuvo que ser necesaria la intervención del ente regulador para que se pague, hecho que no es evidente conforme lo relaciona y reconocido por la propia resolución impugnada. Cambiando ahora su criterio sancionador, como si ello fuera posible, entendemos entonces que se nos sanciona*

debido a que no dimos aviso a la APS sobre el cumplimiento en el pago de la indemnización, EN CONSECUENCA QUEDA DEMOSTRADO QUE NO SE NOS PUDO SANCIONAR POR LOS CONCEPTOS referidos en la resolución sancionatoria pues no tuvo que intervenir la APS a fin de que por nuestra parte cumplamos con el pago de la indemnización.

En el (sic) entendido de que ninguno de los argumentos contenidos en el recurso de revocatoria fueron atendidos hago extensivos los mismos al recurso que ahora planteo a objeto de que sean considerados y con la finalidad de que se devuelva legalidad al procedimiento que imprime la APS en los recursos de revocatoria devolviéndole su naturaleza analítica y no simplemente formal tendente a ratificar a ultranza los argumentos de la resolución recurrida:

3. Supuesto incumplimiento al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros - La conducta sancionada no se encuentra tipificada.- *Conforme se tiene de los datos del proceso administrativo referido en el exordio se nos ha sancionado con la suma de Bolivianos equivalentes a 60.000,00 UFV's por supuesta contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros. La merituada norma que ha dado lugar a la sanción antes señalada establece de forma expresa que es obligación de la entidad aseguradora: "**Indemnizar los daños y perdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad.** " extremo que se ha cumplido a cabalidad con el pago del siniestro conforme se demuestra por el cheque No.- 0033857 de fecha 2 de septiembre de 2011 y el Recibo de Finiquito de fecha 2 de septiembre de 2011 suscrito por Carlos Yujra Vargas de la entidad financiera Ecofuturo S.A. FFP; en consecuencia no existe infracción alguna al inc. a) del artículo 12 de la Ley de Seguros S.A. En este sentido se expresa la VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0333/2011-R Sucre, 1 de abril de 2011 que señala: "**III.1. El debido proceso y su trascendencia constitucional.- La SC 1863/2010-R de 25 de octubre, señala: "El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. '...La doctrina en materia de derecho sancionado administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal'. (García de Enterría, E. y Fernández. 7. R., Curso de derecho administrativo, II Civitas, Madrid. 1999, página 159).**" En el mismo sentido halla coincidencia la también VINCULANTE SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2287/2010-R Sucre 19 de noviembre de 2010 que establece: " **3) Se denuncia la falta de tipicidad en la falta atribuida; sin embargo, la potestad punitiva de un tribunal administrativo disciplinario se basa en el principio de legalidad, según el cual no puede sancionarse ninguna conducta ni imponer sanción alguna cuando la misma no está establecida en la ley vale decir que el Tribunal Sumariante no puede imponer sanciones de manera arbitraria o discrecional sino debe aplicar una sanción regulada por ley de acuerdo con el tipo de falta cometida.**" *En consecuencia y conforme a la documentación que me permitiré adjuntar en vigencia del término probatorio, se evidencia que la obligación establecida en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros ha sido cumplida a cabalidad siendo absolutamente ilegal que se nos sancione por el concepto incurso en la mencionada*

*norma pues **dicha norma sanciona el incumplimiento** y en el caso en análisis, reitero, la institución que represento HA CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN QUE LE IMPONE LA LEY, resultando en consecuencia que el ente regulador ha sancionado a Seguros Illimani S.A., por un concepto que no se halla contenido en la norma utilizada para fundamentar la sanción, en consecuencia la norma que fundamenta y explica la sanción impuesta a seguros Illimani S.A., no se halla de acuerdo a los hechos que se describen en la resolución impugnada, habiendo cumplido con su obligación de indemnizar conforme los documentos que se adjuntan resulta absolutamente ilegal que Seguros Illimani resulte sancionada. En consecuencia la falta de tipicidad en cuanto a la falta atribuida por el ente regulador es absolutamente palmaria y no puede ser impuesta bajo la perspectiva de lo señalado en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros pues dicha norma sanciona la falta de pago de la indemnización, extremo que no es evidente pues Seguros Illimani pago el siniestro, en consecuencia el hecho descrito en la resolución recurrida no halla correlación con la norma que se ha utilizado para imponer la sanción.*

4. Supuesto Incumplimiento al incisos a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 - Falta de motivación de la sanción impuesta y falta de atribución del ente regulador para inmiscuirse en el tema objeto de la Resolución impugnada.- *La Resolución Administrativa impugnada señala que por nuestra parte habríamos incumplido el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No.- 1883 de 25 de junio de 1998, al efecto sanciona a Seguros Illimani S.A., con una multa global en Bolivianos equivalente a 60.000 Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV). Sin embargo la Resolución impugnada no dice en qué forma y como habríamos incumplido con dicha disposición legal, no fundamenta como es que llega a la sanción impuesta, extremo que nos sume en indefensión pues nos es imposible defendernos al no conocer a cabalidad cuales con los extremos facticos que motivaron al ente regulador a establecer que por nuestra parte habríamos incumplido con las citadas normas imponiéndonos al efecto la multa que refieren. La Resolución Administrativa Impugnada señala que se nos impone una multa por incumplir con la obligación señalada en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros; dicha sola aseveración en la parte resolutiva del acto impugnado no tiene respaldo legal alguno, la parte considerativa de la Resolución impugnada no refiere a fundamento alguno por el cual la APS de valor a semejante criterio, constituyendo el artículo primero de la Resolución impugnada una aseveración carente de fundamento legal y dictada sin competencia alguna. Los extremos inherentes al cumplimiento o incumplimiento de los contratos no son atribución de la APS, ello ha sido ya tratado en varias resoluciones uniformes de los entes reguladores estatales, cualquier cuestión relativa al cumplimiento o incumplimiento de los contratos es potestad privativa y exclusiva de los jueces ordinarios, la APS no puede invadir competencias ajenas, su accionar se halla claramente delimitado por las normas que la regulan y en ningún caso puede interferir con competencias que no le corresponden. La Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo año ha establecido claramente lo siguiente: **"La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las entidades reguladas y sus clientes o usuarios emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales** establecidas en la legislación boliviana ..."(SIC) - La competencia del ente regulador, en este caso de la APS se halla limitada a emitir regulaciones prudenciales,*

controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la actividad de seguros, cualquier cuestión relativa al cumplimiento de contratos o su incumplimiento es atribución privativa de los juzgados ordinarios de la república, la APS carece de competencia para referirse o analizar cuestión alguna relativa a dicho punto, así lo ha ratificado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 en forma incuestionable. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005. Así también en cuanto al cumplimiento o incumplimiento del pago de la indemnización, o lo que es lo mismo, el cumplimiento del contrato de seguro, la Ley de seguros y las mismas pólizas establecen la obligación de acudir a un proceso arbitral no siendo competencia de la APS dilucidar ningún asunto o extremo que tenga que ver con el cumplimiento del pago de la indemnización; una vez dilucidado dicho extremo por la vía arbitral y de incurrirse en el incumplimiento del pago, es que recién el ente regulador puede activar las sanciones que por falta de pago establece la Ley de Seguros antes no pues la APS resulta incompetente para el análisis de cualquier eventualidad relacionada con el cumplimiento de los contratos de seguro, competencia que se halla establecida a favor de los tribunales arbitrales.

5. La Resolución impugnada se ampara en una premisa que no resulta ser cierta a fin de imponer la sanción.- *La Resolución impugnada señala de forma textual lo siguiente: "**5. Finamente queda claro que tuvo que ser necesaria la intervención del Órgano de Fiscalización y al inicio del procedimiento sancionatorio para que Seguros Illimani S.A. proceda a la emisión del cheque de indemnización por el siniestro reclamado por ECOFUTURO FFP.**" - Conforme se evidencia de los datos contenidos en la Resolución ahora impugnada, el proceso sancionatorio se origino con la nota de cargos de fecha 6 de septiembre de 2011 (APS/DJ/DS No 3012/2011) - El cheque de pago se emitió en fecha 2 de septiembre de 2011 de donde resulta que el contenido literal de la Resolución impugnada incorpora un hecho que resulta no ser evidente, extremo que es de vital importancia pues no existe posibilidad alguna de que un hecho no evidente y más bien falso sirva para fundamentar nada menos que una Resolución que deriva en una sanción por 60.000 UFV's. Lo cierto y elocuente es que a momento de que se inicio el proceso sancionatorio el cheque ya había sido emitido y no es evidente de que el mismo haya sido emitido como producto del inicio de proceso sancionatorio alguno ELLO NO GUARDA RELACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA REALIDAD.*

6. En el caso de la Resolución impugnada, el valor justicia, la racionalidad y el principio de proporcionalidad han sido infringidos.- *La multa establecida en la Resolución Administrativa impugnada es confiscatorios y ha sido determinadas con evidente exceso punitivo; no guardan relación de proporcionalidad con los hechos sobre los cuales versa la misma; existiendo en consecuencia evidente desproporción entre el hecho y la sanción; por un aparte (sic) el siniestro tiene un valor de Bs.- 50.000 no pudiendo la empresa aseguradora resultar sancionada por casi un 150% de dicho valor, ello sencillamente es un abuso del Jus Puniendi que no guarda relación con el principio de PROPORCIONALIDAD. Conforme señala la Jurisprudencia Constitucional el ente público debe regir sus acciones por principios básicos rectores que se hallan consagrados en la Constitución Política del Estado, principios como el de la racionalidad, el de justicia, la equidad, igualdad, proporcionalidad que son*

considerados límites a la discrecionalidad que tiene todo servidor público al momento de juzgar a los administrados e imponer una sanción; en este contexto es claro que lo señalado no se cumple, así tenemos que la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0258/2007-R Sucre, 10 de abril de 2007 señala: ***"II.1.3. Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada (…). Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".***

7. El Valor Justicia.- *Es un valor supremo consagrado en nuestra CPE: este valor conforme a su contenido teleológico no está siendo cumplido en la Resolución Impugnada pues existe un evidente exceso punitivo y falta de proporcionalidad con el caso concreto, el acto impugnado no analiza el caso concreto; establece una multa general sin importar que para ello se infrinja el valor supremo de justicia: pues no puede resultar justo el establecer una pena tan elevada, cuando el hecho en realidad no ha causado daño alguno a nadie y la sanción es notoriamente superior al valor del hecho que se juzga, al respecto la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0790/2006-R Sucre, 15 de agosto de 2006 refiriéndose al valor supremo de justicia ha señalado lo siguiente: "(...) El valor justicia, consistente en 'dar a cada uno lo suyo', como uno de los pilares fundamentales para garantizar un orden político, económico y social justo, pues la justicia conlleva la idea de un Estado democrático, participativo y pluralista fundado en el respeto de la vida, la libertad, la dignidad humana y la diversidad, así como la distribución equitativa de la riqueza social". Mientras que en la SC 1846/2004-R, de 30 de noviembre sobre este mismo valor supremo ha hecho énfasis que el valor justicia: "(...) tiene su fundamento en el art. 229 de la CPE, que determina que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su complimiento; norma que determina la exclusión de tal arbitrariedad no solamente en la creación de las normas, sino en la interpretación y aplicación de las mismas, permitiendo ejercer la dimensión critica de los valores superiores". Concluyendo la Sentencia que este valor informa el derecho positivo y en su dimensión orientadora determina que sean ilegítimos aquellos actos que obstaculicen la consecución del valor justicia, y en su dimensión crítica, permite al órgano jurisdiccional, más aún constitucional, establecer si las resoluciones o actos impugnados están conformes con este valor constitucional, en base a cuyos fundamentos se otorgo la tutela solicitada...." En consecuencia no resulta legal y atenta contra el valor supremo constitucional de justicia que se sancione con tan elevado monto por hechos que*

materialmente no han causado daño a nadie y que son de un valor evidentemente menor al que se halla en análisis.

8. Principio de Proporcionalidad.- *El principio de proporcionalidad guarda estricta relación con el de justicia, si no hay proporcionalidad entonces es imposible alcanzar justicia material, en el hecho concreto se presenta precisamente esa discrepancia, no existe proporcionalidad entre el hecho concreto y la pena establecida en el acto impugnado por lo que es imposible alcanzar justicia material, la multa en el caso especifico ha sido establecida en exceso, obviamente no se acomoda al caso concreto ni garantiza en una perspectiva general que se alcance el valor supremo de justicia material pues existe abuso y exceso punitivo, es decir que la adecuación proporcional del hecho concreto que se trata de juzgar no existe; de tal modo que la justicia material por la desproporcionalidad que impone la resolución impugnada no se puede alcanzar en ningún caso, así lo establece la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1294/2006-R Sucre, 18 de diciembre de 2006: "**Tales principios superiores, son los de proporcionalidad y de justicia material.** En cuanto al concepto de proporcionalidad, se debe dejar claro que comprende tres conceptos parciales: I) la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; 2) la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios); y 3) la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. Lo anterior implica, a su vez, que no se debe buscar la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción total de otro. Lo que significa que debe realizarse una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del **deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios,** juega un papel crucial. Los limites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, **no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta,** se hace necesaria cuando se considera la finalidad social del Estado de Derecho de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política del Estado, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos. Dicho de otro modo, la restricción o limitación en la que se traduce la medida legal a adoptarse por la autoridad competente, debe guardar una relación equilibrada y razonable con el fin perseguido. **Rompe el mencionado equilibrio, la medida legal que impone a la persona una carga o restricción irrazonable, excesiva o inadecuada.** Por consiguiente, cuando se establezca el respeto del principio de proporcionalidad, se podrá llegar al principio de justicia material. El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la*

decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales." Así también queda evidenciado que la ASFI actúa con evidente exceso punitivo conforme lo entiende la SC No.- 0368/2005 - R ***de*** *15 de abril de 2005 refiriéndose al principio de proporcionalidad señala: "III.1.* ***Los limites del ius punendi en el Estado de Derecho El derecho penal supone la injerencia más grave que pueda llevarse a cabo par parte del Estado respecto de los ciudadanos, al hacer uso, para asegurar la inquebrantabilidad del ordenamiento, del más poderoso medio de la coerción penal; esto es, la pena publica, que limita o restringe no solo su derecho a la libertad sino que de manera derivada afecta otros derechos no previstos expresamente en la consecuencia jurídica del tipo penal correspondiente, lo que permite entender por qué la Constitución contiene importantes limitaciones a la potestad punitiva del Estado, que vincula a todos los poderes de este. Así, el poder legislativo queda limitado por la necesidad de que las normas penales supongan la mínima restricción posible de las libertades para asegurar las mismas (principio de prohibición de exceso); que la acción suponga al menos una lesión o puesta en peligro concreto el bien jurídico protegido (principio de lesividad) y que la consecuencia jurídica del hecho sea adecuada a esa lesión o en puesta en peligro (principio de proporcionalidad); el ejecutivo y judicial, por su sometimiento a la ley (principio de legalidad); principio que debe estar presente tanto en el proceso penal como en la etapa de ejecución penal; en las que se debe precautelar la legalidad y dentro de ella, el principio de culpabilidad, que se deriva del reconocimiento de la dignidad de la persona humana."***

9. Resolución inmotivada.*-La Resolución Administrativa recurrida no es motivada no explica desde la perspectiva jurídica como es que llega a la multa que sanciona; el administrado no tiene la posibilidad de entender y saber cómo se ha llegado al cálculo de la multa, que parámetros utilizó la Autoridad Administrativa para dicho cálculo. Hecho que conculca varios principios constitucionales y que conforme la SC 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala:* ***"En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución ", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentado n legal que sustenta la parte dispositiva de la misma" (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras)."***

En atención a ello su Autoridad debe revocar la resolución recurrida hasta que se pronuncie otra que de manera fundada y motivada explique de donde deriva la multa, cómo es que se ha llegado a dicha cifra, pues el proceso para llegar a las sumas sancionadas se halla aún en el anonimato y debe ser exteriorizado a objeto de que por nuestra parte podamos validarlo o objetarlo REITERO NO CONOCEMOS COMO SE HA LLEGADO A SANCIONAR POR TAN EXORBITANTE MULTA.

10. Indefensión - falta de valoración de la prueba aportada.-*Como corolario de lo anotado tenemos que muchas de las pruebas aportadas A FIN DE DESCARGARNOS no han sido compulsadas y la resolución impugnada no se refiere a las mismas ni para desvirtuarlas, reflejando una actitud omisiva que debe ser remediada; en otros casos la*

prueba es tan solo nombrada sin darle el valor probatorio que corresponde o bien sin explicar los fundamentos jurídicos que hacen a su descarte o falta de valoración, es decir que simplemente se las relaciona sin compulsarlas jurídicamente dándoles el valor legal y tasándolas como corresponde, al respecto la SC 0965/2006-R, en cuanto a la valoración de la prueba establece ***"a) existe apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, b) cuando se haya adoptado una conducta omisiva expresada, entre otras, en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso y, su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales;*** *dicha competencia del Tribunal Constitucional, se reduce, en ambos casos, a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o la actitud omisiva en esta tarea, pero en ningún caso a sustituir a la jurisdicción ordinaria examinando la misma".*

V.-PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, solicito a Vuestra Autoridad poner en conocimiento de quien corresponda el presente Recurso Jerárquico, sea con las formalidades de Ley. …"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

El recurrente señala que no existiría un incumplimiento al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, debido a que esté habría cumplido con la prestación convenida por lo que existiría una vulneración al principio de tipicidad.

En primer término corresponde analizar el principio de tipicidad, para luego entrar a su aplicación dentro del caso de autos.

Que al respecto corresponde traer a colación el precedente administrativo sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de fecha de 20 de enero de 2011, mismo que determinó:

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

"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:

La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: ***1. Como mandato al legislador le es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***

Congruentemente con lo anterior, tenemos que el ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*

El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa ***definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".***

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

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

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

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

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

las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas *(…)*

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

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

Ahora bien, subsumiendo el análisis del cumplimiento estricto del Principio de Tipicidad, amerita la transcripción y pronunciamiento respecto a la norma que se habría infringido, es así que tenemos:

> El inciso a) artículo 12 de la Ley de Seguros, que de forma textual señala:
> "***Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad***…"

De acuerdo a la aludida disposición legal se tiene que para que Seguros Illimani S.A. haya trasgredido el inc. a) del artículo 12 de la Ley de Seguros, este no debió cumplir con la prestación convenida al producirse la eventualidad.

Que sobre este hecho la Autoridad de Fiscalización de Pensiones y Seguros se ha pronunciado en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 356-2011 de 7 de octubre de 2011 "…*Según lo dispuesto por el artículo 1034 del Código de Comercio, (…) establecido el derecho del asegurado y el monto de la indemnización, el asegurador* ***debe pagar su obligación según el contrato dentro de los sesenta(60) días siguientes (…)", es decir que el plazo para el pago de la indemnización comenzó a corre el 2 de febrero de 2010*** *venciendo, los 60 días siguientes, el 3 de abril de 2010 como fecha tope, máxima para que la Entidad proceda con el pago de la indemnización*…"

De la revisión del expediente administrativo así como de la documentación adjunta a Fs. 109 y 108 se encuentra fotocopia simple del cheque Nº 0033857 de 2 de septiembre de 2011, y el Recibo de Finiquito de fecha 2 de septiembre del 2011, suscrito por Carlos Yujra Vargas de la Entidad Financiera Ecofuturo S.A., mismos que demostrarían que Seguros Illimani S.A., cumplió con el pago del siniestro.

Sin embargo de ello, se tiene que el cumplimiento de la prestación convenida se realizó después de un año y siete meses de haberse aceptado el siniestro por parte de Aseguradora, hecho que ha dado lugar a que en el presente se infrinja el inciso a) artículo 12 de la Ley de Seguros, ya que el cumplimiento de la prestación debió realizarse conforme lo establece el Artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros y sus normas conexas, mismas que determinan que el pago del siniestro debe realizarse a más tardar dentro de los sesenta días de haberse aceptado el siniestro, plazos que a su vez son obligatorios y fatales para que las Aseguradoras cumplan con la prestación convenida, por lo que el argumento de la Aseguradora de que esta habría cumplido con el pago y que por tanto no existiría un incumplimiento al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros esta fuera de toda lógica jurídica, ya que para que en el presente caso se considere que no existió un incumplimiento por parte del recurrente al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, este debió haber demostrado que el pago de la prestación se realizó en los sesenta días siguientes de haberse aceptado el siniestro, y no así cumplir con la misma un año y siete meses después de lo señalado en la norma.

Quedando claro entonces que en el presente caso no existe ninguna vulneración al principio de tipicidad en razón a que como ya se dijo del análisis ut supra Independientemente de que el recurrente haya cumplido con la prestación ésta fue cumplida un año y siete meses después de haber sido aceptado el siniestro, incumpliendo así el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros.

El recurrente señala que la APS, habría confirmado la Resolución impugnada, sin considerar los argumentos en su Recurso de Revocatoria indicando que la Resolución no se encuentra debidamente motivada, y que en la misma existiría una incongruencia al no señalar de qué manera se habría incumplido el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998.

De la Revisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DSNº 502-2011 de 20 de diciembre de 2011, se tiene que la misma hace referencia a:

> *"…que el incumplimiento en la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, se encuentra tipificada como infracción al ordenamiento administrativo, facultando al órgano fiscalizador a imponer una sanción al verificar su incumplimiento, tal como lo dispone el contenido de los artículos 73-i y ii de la Ley del Procedimiento Administrativo ; 7 c) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 " Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y 43-c) de la Ley de Seguros y Resolución Administrativa IS Nº 692 de 24 de octubre de 2003 …*
>
> *Finalmente y en cuanto al agravio contenido en el punto primero del recurso atendido, se debe indicar que el hecho de que Seguros Illimani S.A., canceló mediante cheque Nº 0033857 de 2 de septiembre de 2011 la obligación pendiente a favor de Ecofuturo S.A FFP,* ***no implica la inexistencia de la infracción administrativa, toda vez que dicho pago fue realizado sobrepasando el plazo establecido en el artículo 1034 del Código de Comercio*** *a partir de la fecha de recepción de la carta CITE DR.170/2010 de 2 de febrero de 2010, dirigida por Seguros Illimani S.A., Consultores de Seguros S.A…."*

De lo transcrito queda claro que en el presente caso existe una incongruencia por parte de la APS, ya que en primer término el ente regulador hace referencia a que el incumplimiento estaría en la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir con la prestación convenida, sin embargo líneas más adelante señala que existiría una infracción al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros en el sentido de que el pago fue realizado sobrepasando el plazo establecido en el artículo 1034 del Código de Comercio.

Por lo que en el caso de autos no se entiende si el órgano fiscalizador sanciona a Seguros Illimani S.A., por el incumplimiento al pago de la Póliza de Seguros o porque el mismo se encontraba fuera del plazo establecido conforme lo señala el artículo 1034 del Código de Comercio.

Que este hecho claramente constituye una violación a los principios de congruencia, motivación, situación que obliga a traer a colación lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009, que se pronuncia, de la siguiente manera:

> *"…El principio de motivación de los actos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley del Procedimiento administrativo, implicando que la administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases sobre las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica del proceso*
>
> *"..Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en las que se funda."*

Ahora bien, complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

> *"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "*
>
> *"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"*

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado una correcta aplicación a los principios de motivación y congruencia, de sometimiento pleno a la Ley, conforme ya se expuso, aspectos que necesariamente deben ser considerados a momento de que la Administración adopte una decisión.

Que en el presente caso al haberse violado los principios de congruencia y motivación del recurrente, corresponde anular el presente proceso.

Que, por todo lo anteriormente expresado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con el principio de motivación y congruencia al haber dado lugar a que el recurrente crea que está siendo sancionado por una conducta distinta a la imputada.

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

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 502-2011 de 20 de diciembre de 2011, **inclusive,** debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 847/2011 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 028/2012 DE 23 DE MAYO DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 028/2012

La Paz, 23 de mayo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 847/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2011 de 16 de noviembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 009/2012 de 09 de abril de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 040/2012 de 23 de abril de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 10 de enero de 2012, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** representada legalmente por su Gerente General, señor José Gonzalo Trigo Valdivia, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 367/2006 otorgado en fecha 24 de julio de 2006, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 086 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Martha Patricia Valverde Plaza, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 847/2011 de 29 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2011 de 16 de

noviembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.
Que, en fecha 13 de enero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 847/2011 de 29 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2011 de 16 de noviembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de enero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.**, mismo que fue notificado el 19 de enero de 2012.

Que, mediante memorial de fecha 26 de enero de 2012, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** se ratifica en las pruebas aparejadas al expediente.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011 DE 9 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011 de 9 de junio de 2011, se resolvió lo siguiente:

> "…***PRIMERO.- ANULAR*** *lo actuado en el procedimiento administrativo tramitado, hasta la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 007/2011 de 07 de enero de 2011, inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cumplir el procedimiento legalmente establecido en relación a la impugnación de los actos administrativos de menor jerarquía conforme lo establece la Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación Financiera de acuerdo a lo compulsado en la presente resolución…*"

2. ANTECEDENTES.-

Que, por memorial presentado en fecha 13 de octubre de 2010 por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** señala lo siguiente:

> "…*siendo evidente que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. ES TITULAR DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO Nº 0038332 IMPETRAMOS SEÑOR DIRECTOR EJECUTIVO DE LA "AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO" instruya al BANCO LOS ANDES PRO CREDIT:*
>
> - *La* ***RECTIFICACIÓN DE LOS DATOS SOBRE EL TITULAR DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO Nº 0038332, DE TITULARIDAD DE SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. DESDE EL 22 DE MAYO DE 2007,*** *como se evidencia incontrastablemente de la documentación glosada.*

- *Se instruya el respectivo pago del Certificado de Depósito a Plazo Fijo Nº 0038332 a su Titular SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. …"*

Mediante nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero respondió a **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** en los términos siguientes:

"…la entidad que usted representa, no habría procedido con el registro oportuno de CDPF referido ante la entidad financiera bancaria en el marco de la normativa enunciada, para acreditar la titularidad de éste.

En ese sentido y por la existencia de órdenes de retención de fondos emitidos por autoridades jurisdiccionales, el Banco se vería impedido de cumplir con su solicitud, por lo que se recomienda acudir a dichas instancias a efectos de levantar las medidas precautorias adoptadas y hacer valer sus derechos.

No obstante lo anterior, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, manifiesta su predisposición en coadyuvar con la información requerida dentro del marco de sus competencias…"

Por memorial de fecha 10 de diciembre de 2010, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, Recurso de Revocatoria que ha de merecer la Resolución Administrativa ASFI/No. 007/2011 de 7 de enero de 2011, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

*"…**CONFIRMAR** en todas sus partes, la Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, mediante la cual se responde el memorial de 13 de octubre de 2010, a la SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA…"*

A su turno, recurrida la Resolución Administrativa ASFI/No. 007/2011 de 7 de enero de 2011 y corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2011 de 9 de junio de 2011, cuyos fundamentos más importantes esgrimidos son:

"…Es muy importante dejar expresamente establecido que el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 que aprueba el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera constituye en procedimiento especial para la tramitación de los procesos, recursos e impugnaciones de la actividad regulatoria financiera, siendo de especial y previa aplicación a cualquier otra disposición legal; es así que dicha norma realiza una diferenciación de la condición de Resolución Administrativa con otros actos administrativos de menor jerarquía (…)

Tenemos entonces, que es disposición expresa que la procedencia de los recursos de revocatoria son contra Resoluciones Administrativas y no contra actos administrativos de menor jerarquía.

Si bien es cierto, que la norma regulatoria del sistema financiero delega la

responsabilidad al regulado para solicitar que consigne el acto administrativo (nota ASFI/DVS/V/R-11853/2010) en una Resolución Administrativa, tampoco es menos cierto que en caso de omisión por parte del administrado, la Autoridad Fiscalizadora debió reencauzar el procedimiento en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 42 y 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo (…)

Como se puede apreciar, el procedimiento administrativo para el sistema de Regulación Financiera establece un procedimiento claro y expreso para el tratamiento de los actos administrativos catalogados como de menor jerarquía, situación que no puede ser soslayada por la autoridad administrativa a momento de emitir pronunciamiento, menos pretender justificar su actuar con principios y disposiciones legales que no corresponden ser aplicadas de la manera que se hizo por lo que corresponde anular el procedimiento llevado a cabo y emitir un pronunciamiento respetando el procedimiento legalmente establecido…"

3. NOTA ASFI/DAJ/R-84923/2011 DE 17 DE AGOSTO DE 2011.-

Por nota ASFI/DAJ/R-84923/2011 de 17 de agosto de 2011 recibida por **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** el 23 siguiente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero intimó a esa entidad a subsanar el procedimiento, en los términos siguientes:

"*…En atención a lo resuelto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011 de 09 de junio de 2011, este Organismo de Control manifiesta lo siguiente:*

El proceso debe ser encausado conforme a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 que en el artículo 4, inciso c) señala "Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando para los administrados el debido proceso." y el artículo 62, numeral II del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 que a la letra dice: "La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables."

Consiguientemente, a efectos de subsanar las observaciones de la Autoridad Jerárquica conforme a los lineamientos considerados en la referida Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011, que anuló lo actuado hasta la Resolución ASFI N° 007/2011 de 7 de enero de 2011 inclusive, disponiendo se cumpla el procedimiento con relación a la impugnación de actos administrativos de menor jerarquía conforme el Decreto Reglamentario para el sistema de Regulación Financiera, mediante la presente se le intima para que en un plazo máximo de cinco días hábiles administrativos, computables desde la notificación con la presente carta, cumpla el requisito formal previsto en el artículo 20, numeral I. del referido Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, consistente en la solicitud de consignación en una resolución administrativa del acto administrativo de menor jerarquía contenido en la carta

ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, que le fuera notificada en fecha 26 de noviembre de 2010.

En caso que la entidad a su cargo incumpla la presente intimación en el plazo señalado, con la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010 se tendrá firme el presente trámite…"

4. MEMORIAL DE SOLICITUD DE CONSIGNACIÓN.-

Por memorial presentado en fecha 30 de agosto de 2011, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** solicita la consignación de la nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, en los términos siguientes:

"*…estando en tiempo y plazo oportunos señalado por la referida nota, en aplicación del Art. 20.1 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, DS. 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su autoridad CONSIGNE la carta ASFI/DDC/R122595/2010 de fecha 22 de noviembre de 2010, acto administrativo de menor jerarquía, en una RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA debidamente fundada y motivada Y SE ORDENE QUE SE CONSIGNE COMO PROPIETARIO A SUDAVAL S.A. COMO PROPIETARIO DEL DPF CUESTIONADO Y EL POSTERIORMENTE* (sic) *PAGO Y NO AFECTAR NUESTRO DERECHO DE PROPIEDAD, en ejercicio de los derechos y garantías consagrados en los Art. 115.11 y 119.11 de la Constitución Política del Estado. Sea con los recaudos de Ley…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 667/2011 DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 667/2011 de 13 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"***ÚNICO.-*** *Elevar a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010…*"

A tal efecto, expone los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, la doctrina generalmente aceptada considera al acto administrativo como un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto. La administración pública, en el ejercicio de la potestad administrativa que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva con la finalidad de satisfacer el interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas dentro de cualquier órgano del poder público.

Que, el artículo 27 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 señala que se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos

sobre el administrado; consiguientemente, es obligatorio, exigible ejecutable y se presume legítimo.

Que, la interpretación teleológica efectuada por el ex SIREFI respecto al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, considera que también podrán considerarse como actos administrativos aquellos actos que tengan naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que además revista el carácter de definitivo.

Que, el Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina textualmente en el parágrafo I del artículo 20 lo siguiente: "Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, lo sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada".

Que, el Parágrafo II del artículo 20 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo señala que el Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud.

Que, el artículo 21 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados.

Que, por su parte el artículo 32 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, determina que los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Superintendencias Sectoriales, así como los sujetos regulados y personas interesadas (…)

CONSIDERANDO:

Que, si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene plena competencia sobre los sujetos y personas sometidas a su supervisión, para investigar y pronunciarse sobre los aspectos de índole administrativo sometidos a su conocimiento en ejercicio de sus labores de control y en caso de detectar infracciones a la normativa administrativa, iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio e imponer las sanciones y responsabilidades respectivas, también es cierto que de acuerdo a los artículos 28, literales b) y e), y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo para generar una decisión idónea, respetando las reglas del debido procedimiento (sic), *el Organismo Supervisor debe basar y sustentar sus actos administrativos en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable, así como en el fundamento correcto que induzca a la Autoridad Administrativa a tomar la decisión correcta.*

Que el Informe Legal ASFI/DDC/R-92558/2011 de 06 de septiembre de 2011, emitido por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero, concluye que es procedente consignar el mencionado acto administrativo contenido en la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 en una Resolución Administrativa, conforme a lo establecido en el Parágrafo II, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 que reglamenta la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI…"

6. RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 667/2011.-

En fecha 26 de septiembre de 2011, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 667/2011 de 13 de septiembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS DE DERECHO***
El derecho propietario se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado como un derecho fundamental como se evidencia de los DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS estructurado en el Título II, Capítulo Quinto, Sección IV de la Constitución Política del Estado, DERECHO PROPIETARIO plenamente demostrado por el endoso del Título Valor a favor de SUDAVAL AGENCIA (sic) *SA., papeleta de operaciones, certificación de la Bolsa Boliviana de Valores de la operación e informes remitidos a la Bolsa Boliviana de Valores.*

1. <u>TRANSFERENCIA DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO</u>.

*El Art. 491 del Código de Comercio señala "**(CONCEPTO). Titulo valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónoma consignado en el mismo.**" La papeleta de operaciones N° 229714 de 22 de mayo de 2007 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (FS. 6) y la nota CITE BBV-DM N° 740/2010 de fecha 14 de mayo de 2010 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. evidencian la transferencia del Certificado de DPF N° 0038332 en operación de ruedo de la Bolsa Boliviana de Valores por BISA S.A AGENCIA DE BOLSA en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., y que conforme el Art. 501 del Código Comercio **"(EFECTO JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN). La transmisión de un título implica no sólo el del derecho principal consignado, sino también de los derechos accesorios."** la transmisión se ha materializado con el endoso y entrega del título valor en fecha 22 de mayo de 2007 conforme el Art. 22 literal e) de la Ley de Mercado de Valores **"Por cada transacción efectuada en favor de sus comitentes, las agencias de bolsa están obligadas a entregar un comprobante en el que conste dicha operación. <u>Este documento hará plena fe de la realización de la operación</u>;"** y art. 36 y 39 del DS. N° 25022 y bajo las previsiones del Art. 1289 del Código Civil **"(FUERZA PROBATORIA) III. Con referencia a terceros, el documento público hace fe en cuanto al hecho que ha motivado otorgamiento y a su fecha."** quedando plenamente demostrada la TRANSFERENCIA del Título Valor, certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. en operación efectuada en fecha 22 de mayo de 2007, conforme se evidencia del documento público **CITE BBV- DM N° 740/2010 de fecha 14/05/2010 de la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A. de Compra-Venta del DPF N° 0038332 entre SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. en su calidad de COMPRADOR y BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA en su calidad de VENDEDOR** operación registrada en la papeleta de operaciones N° 229714 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.*

2. TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO.

Lo glosado precedentemente muestra con toda claridad que se ha efectuado la traslación del derecho de propiedad (titularidad) a favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., resultando el TITULAR del certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007 y poseedora legítima del referido título valor DPF N° 0038332 y conforme el Art. 514 del Código de Comercio "(TENEDOR LEGÍTIMO). Se considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a la norma de su circulación.", estando el título valor debidamente endosado a favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. desde 22 de mayo de 2007 y en poder de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. Por lo que, siendo SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. el TITULAR del Certificados de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007, y en conocimiento del Banco los Andes Pro Credit, que se niega a registrar nuestra TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332, amparándose en el Art. 87 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Cartas Circulares SB/2806/2008 de fecha 19 de noviembre de 2008, ASFI/306/2009 de 04 de junio de 2009, ASFI/1332/2009 de 10 de septiembre de 2009, FECHAS MUY POSTERIORES A LA TRANSFERECIA (sic) *DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 POR SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA, violentando a todas luces el ejercicio de nuestro derecho propietario señalado en el Art. 56 de la CPE, además al negarse rectificar* (sic) *nuestros datos, violenta nuestro derecho a rectificar los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados que afectan a la imagen, honra y reputación de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA, derecho previsto en el Art. 130.1 de la Constitución Política del Estado, estando demostrado que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. propietaria, Titular del DPF referido está siendo ilegal e indebidamente impedida de registrar la TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FDO N° 0038332 EN EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, asimismo, impedidos de ejercitar nuestro derecho propietario y realizar el respectivo cobro.*

Por otra parte, la ASFI en conocimiento de esta negativa de registrar nuestra TITULAR (sic) *del certificado de depósito a plazo fijo N° 0038332, agrava la lesión con su negativa de instruir al Banco Los Andes Pro Credit el correspondiente registro, con lo que se lesiona nuestro derecho a la rectificación, consagrado en el Art. 130 de la Constitución Política del Estado, y nuestro derecho de propiedad consagrado como derecho fundamental señalado en el Art. 56 de la Constitución Política del Estado.*

*Cabe señalar que por mandato constitucional señalado en el Art. 410.1 de la CPE los "**órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución**." aplicando con primacía la Constitución Política del Estado frente a cualquier otra disposición normativa, en este caso, la ASFI aplica el Art. 9 del Reglamento de Depósito a Plazo Fijo de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (vigente bajo los principios rectores de la Constitución de 1967 y sus reformas) **anteponiendo al Art. 56 y 130 de la Constitución Política del Estado de febrero de 2009**, violentando lo dispuesto por el Art. 410 de la CPE. Asimismo, el Art. 13.1 de la CPE señala "**Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos**." de donde, en aplicación de lo dispuesto por los Art. 130 y 56 de la CPE la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en estricto cumplimiento de la Constitución tiene la obligación de restituir nuestros derechos hasta ahora violentados REVOCANDO la RESOLUCIÓN ASFI N° 667/2011 de fecha 13 de*

septiembre de 2011, que eleva a rango de Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/ R122595/2010 de fecha 22 de noviembre de 2010.

PETITORIO
Por lo expuesto, solicito a su autoridad REVOQUE la decisión materializada (sic) *RESOLUCIÓN ASFI N° 667/2011 de fecha 13 de septiembre de 2011, por el* (sic) *que su autoridad eleva a rango de Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/ R122595/2010 de fecha 22 de noviembre de 2010, en su lugar INSTRUYA AL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT EL REGISTRO DE NUESTRA TITULAR* (sic) *DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FUO N° 0038332 A NOMBRE DE SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. ADQUIRIDA EN FECHA 22 DE MAYO DE 2007, ANTERIOR A CUALQUIER ORDEN DE ANOTACIÓN A NOMBRE DEL ANTERIOR PROPIETARIO y SE EFECTIVICE EL COBRO RESPECTIVO. Sea con las formalidades de Ley..."*

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 736/2011 DE 24 DE OCTUBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 736/2011 de 24 de octubre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "*REVOCAR TOTALMENTE la Resolución ASFI N° 667/2011 de 13 de septiembre de 2011,* ***debiendo en consecuencia dictarse una nueva Resolución***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), en base a los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO****:* (…)

Que, al haber interpuesto ***SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A.*** *Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 007/2011 de 7 de enero de 2011, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011 de 9 de junio de 2011, resuelve anular la Resolución Administrativa ASFI N° 007/2011 de 07 de enero de 2011, inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero elevar la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, a Resolución Administrativa debidamente motivada de hecho y derecho.*

Que, en cumplimiento de lo dispuesto por la citada Resolución Ministerial Jerárquica, el Órgano Regulador reencauzó el procedimiento administrativo consignando la nota ASFI/DDC/R-136398/2010 de 24 de diciembre de 2010, en la Resolución ASFI N° 667/2011 de 13 de septiembre de 2011, la cual resolvió elevar a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010 (…)

CONSIDERANDO:

Que, doctrinalmente se entiende por acto administrativo a "toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos" (Tratado de Derecho Administrativo, Agustín Gordillo, pág 178).

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, establece que "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso".

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

Que, en este marco, el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2011, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa, por medio de la cual se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable. Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.

Que, concordante con lo señalado el artículo 30, de la citada disposición normativa en cuanto a la motivación, indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos.

Que, en el mismo sentido el inciso d), parágrafo II del artículo 17 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que la Resolución Administrativa debe contener en su texto los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan.

Que, con las consideraciones antes señaladas, en el caso que se analiza se advierte que la Resolución ASFI N° 667/2011 de 13 de septiembre de 2011, la cual eleva a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, carece de una adecuada motivación y fundamentación por cuanto, no se ha descrito con claridad los motivos de hecho y de derecho que dieron lugar a la emisión de la referida carta ASFI/DDC/R-122595/2010, debiendo establecer los antecedentes fácticos y el correspondiente nexo de causalidad.

Que, la motivación de la Resolución ASFI N° 667/2011, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver debiendo el recurrente conocer a cabalidad el motivo de la decisión arribada la cual debe estar acorde al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición.

Que, consiguientemente la Resolución ASFI N° 667/2011 de 13 de septiembre de 2011, no se adecúa a la normativa vigente en relación a los principios de congruencia y motivación previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que en procura de resguardar el debido proceso corresponde revocar totalmente la citada resolución, con el objeto de que se dictamine una nueva resolución por medio del cual se sustente el acto administrativo debiendo contener un fundamento técnico legal el cual exprese en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de

2002, señala que los recursos administrativos previstos en la presente ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

Que, el artículo 43 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras (sic, debió decir "para el Sistema de Regulación Financiera) *aprobado mediante del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes* (…)

CONSIDERANDO:

Que, el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala como un elemento esencial del acto administrativo el fundamento por medio del cual se debe sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable.

Que, el artículo 30 de la referida normativa estable que los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando se resuelvan recursos administrativos.

Que, el inciso d), parágrafo II del artículo 17 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que la Resolución Administrativa debe contener en su texto los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DAJ/R-110925/2011 de 19 de octubre de 2011, concluye señalando que de la revisión del acto administrativo impugnado, se puede advertir que la Resolución ASFI N° 667/2011 de 13 de septiembre de 2011, no se adecúa a los principios de congruencia y motivación, por lo que en procura del principio de debido proceso recomienda revocar totalmente la citada Resolución, debiendo emitir una nueva Resolución tomando en cuenta los hechos, antecedentes y el derecho aplicable, fundamentando las razones para la emisión de la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010…"

8. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 783/2011 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 783/2011 de 16 de noviembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"***ÚNICO.-*** *Elevar a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010…*"

A tal efecto, expone los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011 de 09 de junio del

2011 dispuso anular lo actuado en el procedimiento administrativo tramitado, hasta la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 007/2011 de 07 de enero de 2011, inclusive, instruyendo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cumplir el procedimiento legalmente establecido en relación a la impugnación de los actos administrativos de menor jerarquía conforme lo establece el Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación Financiera.

Que, en cumplimiento a lo dispuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Órgano Regulador en fecha 23 de agosto de 2011 notificó a SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. con la carta ASFI/DAJ/R-84923/2011 de 17 de agosto de 2011 intimando para que en un plazo máximo de cinco días hábiles administrativos, cumpla el requisito formal previsto en el artículo 20 numeral I del Reglamento del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, consistente en la solicitud de consignación en una Resolución Administrativa del acto administrativo de menor jerarquía contenido en la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, que le fuere notificada en fecha 26 de noviembre de 2010.

Que, adjunto a la carta SUD/GG/21875/2011 de 30 de agosto de 2011, SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. presentó memorial de fecha 29 de agosto de 2011, solicitando que se consigne la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010 en Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.

Que, de acuerdo a la Resolución ASFI N° 667/2011 de 13 de septiembre de 2011 se elevó a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010.

Que, mediante Resolución ASFI N° 736/2011 de 24 de octubre de 2011 se revocó totalmente la Resolución ASFI N° 667/2011 de 13 de septiembre de 2011, disponiendo en consecuencia que se dicte una nueva Resolución, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la precitada Resolución.

Que, en fecha 01 de noviembre de 2011 a través de la comunicación/ASFI/DAJ/R-114892/2011, la Dirección de Asuntos Jurídicos remitió a la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero la Resolución ASFI N° 736/2011, para que se emita una nueva Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, la doctrina generalmente aceptada considera al acto administrativo como un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto. La administración pública, en el ejercicio de la potestad administrativa que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva con la finalidad de satisfacer el interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas dentro de cualquier órgano del poder público.

Que, el artículo 27 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de

2002 señala que se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado; consiguientemente, es obligatorio, exigible ejecutable y se presume legítimo.

Que, la interpretación teleológica efectuada por el ex SIREFI respecto al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que también podrán considerarse como actos administrativos aquellos actos que tengan naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que además revista el carácter de definitivo.

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 dispone que: "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la administración pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso."

Que, el Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina textualmente en el parágrafo I del articulo 20 lo siguiente: "Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada"

Que, el Parágrafo II del artículo 20 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo señala que el Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud.

Que, el artículo 21 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados.

Que, por su parte el artículo 32 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, determina que los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Superintendencias Sectoriales, así como los sujetos regulados y personas interesadas.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 9 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, Título VIII, Capítulo II Sección

2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que las Entidades Financieras deberán llevar un registro cronológico de Certificados de Depósito a Plazo Fijo expedidos, con todas sus características, asimismo, deberá consignar, todos los gravámenes, anotaciones preventivas, secuestros, embargos y otras medidas precautorias que limiten su negociabilidad.

Asimismo, señala que las sucesivas transferencias de Certificados de Depósitos a Plazo Fijo deberán inscribirse en el registro de depósitos de la Entidad, siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. La Entidad Financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un Certificado de Depósito a Plazo Fijo al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposiciones no comunicados.

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 22 mayo de 2007 el Banco Los Andes ProCredit S.A. emitió el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 38332 por 321.486.16 UFV a la orden de Javier Calvo Kirigin, el mismo día por encargo del propio señor Calvo, éste título valor es colocado para su negociación en la Bolsa Boliviana de Valores S.A por Bisa S.A. Agencia de Bolsa, el Depósito a Plazo Fijo es transferido en operación de ruedo en la misma fecha a SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.

Que, en respuesta a nota SUD/GG/0925/2010 de 11 de mayo de 2010, presentada por SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., la Bolsa Boliviana de Valores S.A. certifica, mediante carta cite BBV-DM N° 740/2010 de 14 de mayo de 2010, que en fecha 22 de mayo de 2007 se realizó una operación de compra venta entre Sudaval Agencia de Bolsa S.A., en calidad de comprador y Bisa S.A. Agencia de Bolsa, en calidad de vendedor de un Certificado de Depósito a Plazo Fijo emitido por el Banco Los Andes Procredit S.A. bajo las siguientes condiciones: Serie CLAU03833207; Tasa de Rendimiento:3,28; Plazo 1080 días; Monto UFV338.783,89, Forma de Pago Física Liquidación, señalando que dicha operación se encuentra registrada en la Papeleta de Operaciones N° 229714 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A., la cual está suscrita por las Agencias de Bolsa antes indicadas.

Que, en réplica al memorial de fecha 12 de agosto de 2010, presentado al Banco Los Andes Procredit S.A. por SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., solicitando la rectificación de datos y pago de Depósito a Plazo Fijo N° 38332, la Entidad Financiera le informó por carta BLAP-GNO-OC-3322/10 de 18 de agosto de 2011, que no podían dar curso a la solicitud de levantamiento de retención de fondos y posterior pago, debido a que el mismo registra tres (3) retenciones de fondos-ordenadas por jueces en materia civil, por lo que debería realizar la tramitación de la liberación de fondos ante las autoridades mencionadas, debiendo ser remitidas (sic) *a través de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Que, mediante carta BLAP-GNO-OC-3322/2010 de 18 de agosto de 2002, el Banco Los Andes Procredit S.A., emisor del Certificado de Depósito a Plazo Fijo, informó a SUDAVAL

AGENCIA DE BOLSA S.A., que el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 38332 registra (tres) 3 retenciones de fondos y que en consecuencia debería acudir a las autoridades judiciales correspondientes para que se levanten las retenciones correspondientes por la misma vía judicial.

Que, en respuesta a (sic) *memorial de fecha 02 de septiembre de 2010 presentado al Banco Los Andes Procredit S.A. por SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A, solicitando la rectificación de datos y pago del Depósito a Plazo Fijo N° 38332; la mencionada Entidad Financiera emitió la carta BLAP-GNO-OC-3819/2010 de 06 de septiembre de 2010, señalando que no podían dar curso a la solicitud de rectificación de datos relativos a la titularidad el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 38332, debido a que el mismo registra tres (3) retenciones de fondos anteriores a la presente solicitud ratificándose en el contenido de su nota BLAP-GNO-OC-3322/2010.*

Que, en fecha 13 de octubre de 2010 el señor José Gonzalo Trigo Valdivia representante legal de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. mediante memorial de 4 de octubre del año 2011, ingresa el reclamo dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), requiriendo se instruya al Banco Los Andes Procredit S.A. la rectificación de datos del titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 y su correspondiente pago.

CONSIDERANDO

Que, la Dirección de Supervisión de Valores de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por intermedio de la comunicación/ASFI/DSV/R-111979/2010 de 26 de octubre de 2010 realiza un análisis técnico respecto al memorial de fecha 13 de octubre de 2010 presentado por SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A, estableciendo las siguientes consideraciones:

- *"De acuerdo a la documentación que acompaña al memorial de solicitud, cabe advertir que Sudaval Agencia de Bolsa S.A. es propietaria del DPF No. 38332 desde el 22 de mayo de 2007, sin embargo, como nuevo titular del Certificado sólo a partir de la gestión 2010 efectúo la solicitud de cambio de titularidad y pago del DPF.*
- *Con nota BLAP-GNO-OC-3322/2010 el Banco emisor del Certificado de Depósito a Plazo Fijo (CDPF), informó a la Agencia de Bolsa que el CDPF No. 38332 registra 3 retenciones de fondos por lo que debería acudir a las autoridades judiciales correspondientes.*
- *Con las premisas antes mencionadas, es necesario señalar que el artículo 9 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo dispone de manera expresa e inequívoca que las entidades financieras son las encargadas de llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPFs, y que las sucesivas transferencias de un CDPF deben inscribirse en el registro de depósitos de la entidad,* ***siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido*** *o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados".*

Finalmente, termina indicando que: "Es opinión de esta Dirección que Sudaval Agencia de Bolsa S.A. verificar a las instancias correspondientes a objeto de aclarar la titularidad del CDPF a objeto de dar cumplimiento al Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo emitido por ASFI".

Que, a través de la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace conocer a SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. que: "El artículo 9 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, Título VIII, Capítulo II, Sección 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece de manera expresa e inequívoca que las entidades financieras son las encargadas de llevar un registro cronológico y correlativo de tos CDPF y que las sucesivas transferencias de un CDPF deben inscribirse en el registro de depósitos de la entidad, siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en un sistema de registro. La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados".

De la misma forma, la mencionada carta indica que: "Asimismo, la citada disposición legal señala que el registro de depósitos deberá consignar todos los gravámenes, anotaciones preventivas secuestros, embargos y otras medidas precautorias que limiten su negociabilidad". "Por lo anteriormente expuesto de conformidad a los antecedentes planteados de manera precedentemente, la entidad que usted representa, no habría procedido con el registro oportuno del CDPF referido ante la entidad financiera bancaria en el marco de la normativa enunciada, para acreditar la titularidad de éste". "En ese sentido, y por la existencia de órdenes de retención de fondos emitidos por autoridades jurisdiccionales, el Banco se vería impedido de cumplir con sus solicitud (sic)*, por lo que se recomienda acudir a dichas instancias a efectos de levantar las medidas precautorias adoptadas y hacer valer sus derechos".*

Que, en fecha 7 de noviembre de 2011, la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero emitió el Informe/ASFI/DDC/R-118067, que establece que de la revisión y análisis de la documentación se advierte que Sudaval Agencia de Bolsa S.A. es titular y propietario del Depósito a Plazo Fijo N° 38332 desde el 22 de mayo de 2007. Posteriormente, en fecha 2 de septiembre de 2010, tres años y cuatro meses después, SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. realiza la solicitud al Banco Los Andes Procredit S.A. de cambio de titularidad y pago del Depósito a Plazo Fijo-DPF.

De manera complementaria, el informe menciona que las Entidades Financieras son las encargadas de llevar un registro cronológico y correlativo de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo, y que las sucesivas transferencias de un Certificado de Depósito a Plazo Fijo deben inscribirse en el registro de depósitos de la Entidad, ***siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido*** *o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. La Entidad Financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un Certificado de Depósito a Plazo Fijo al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados.*

CONSIDERANDO:

Que, en el marco de la Ley del Mercado de Valores, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), ha sancionado a SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. mediante Resolución ASFI N° 468 de 6 de junio de 2011, con una multa en bolivianos equivalente a $us. 500.- (Quinientos 00/100 Dólares Americanos) por infracción de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores que enfáticamente ordena como responsabilidad de las Agencias de Bolsa la inscripción del último titular de los Valores en los registros del emisor cuando corresponda, de la autenticidad del último endoso cuando proceda y del registro en cuenta de la entidad de depósito.

CONSIDERANDO:

Que, si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene plena competencia sobre los sujetos y personas sometidas a su supervisión, para investigar y pronunciarse sobre los aspectos de índole administrativa sometidos a su conocimiento en ejercicio de sus labores de control y en caso de detectar infracciones a la normativa administrativa, iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio e imponer las sanciones y responsabilidades respectivas, también es cierto que de acuerdo a los artículos 28, literales b) y e), y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo para generar una decisión idónea, respetando las reglas del debido procedimiento (sic)*, el Organismo Supervisor debe basar y sustentar sus actos administrativos en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable, así como en el fundamento correcto que induzca a la Autoridad Administrativa a tomar la decisión correcta.*

Que, el Informe Técnico Legal ASFI/DDC/R-118067/2011 de 07 de noviembre de 2011, emitido por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero, concluye señalando que:

- *SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., solicitó el registro del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 3833207 al Banco los Andes Procredit S.A. tres años y cuatro meses después de haberlo adquirido en negociación de ruedo de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., después que se constituyeron tres (3) retenciones de fondos ordenadas por autoridades jurisdiccionales.*
- *Conforme establece el artículo 9 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, Título VIII, Capítulo II, Sección 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, las sucesivas transferencias de un Certificado de Depósito a Plazo Fijo deben inscribirse en el registro de depósitos de la Entidad Financiera, siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido. Por lo que era en este caso, obligación de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. realizar el registro de la transferencia del Certificado en el Banco los Andes Procredit S.A.*

Asimismo, el citado informe concluye señalando que es procedente consignar el acto administrativo contenido en la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 en una Resolución Administrativa, conforme a lo establecido en el Parágrafo II, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 que reglamenta la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI…"

9. RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 783/2011.-

En fecha 30 de noviembre de 2011, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 783/2011 de 16 de noviembre de 2011, expresando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS DE DERECHO***

El derecho propietario se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado como un derecho fundamental como se evidencia de los DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS estructurado en el Título II, Capítulo Quinto, Sección IV de la Constitución Política del Estado, DERECHO PROPIETARIO plenamente demostrado por el endoso del Título Valor a favor de SUDAVAL AGENCIA (sic) SA., papeleta de operaciones, certificación de la Bolsa Boliviana de Valores de la operación e Informes remitidos a la Bolsa Boliviana de Valores.

1. TRANSFERENCIA DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO.

El Art. 491 del Código de Comercio señala ***"(CONCEPTO). Titulo valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónoma consignado en el mismo."*** *La papeleta de operaciones N° 229714 de 22 de mayo de 2007 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (FS. 6) y la nota CITE BBV-DM N° 740/2010 de fecha 14 de mayo de 2010 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. evidencian la transferencia del Certificado de DPF N° 0038332 en operación de ruedo de la Bolsa Boliviana de Valores por BISA S.A AGENCIA DE BOLSA en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., y que conforme el Art. 501 del Código Comercio* ***"(EFECTO JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN). La transmisión de un título implica no sólo el del derecho principal consignado, sino también de los derechos accesorios."*** *la transmisión se ha materializado con el endoso y entrega del título valor en fecha 22 de mayo de 2007 conforme el Art. 22 literal e) de la Ley de Mercado de Valores* ***"Por cada transacción efectuada en favor de sus comitentes, las agencias de bolsa están obligadas a entregar un comprobante en el que conste dicha operación. Este documento hará plena fe de la realización de la operación;"*** *y art. 36 y 39 del DS. N° 25022 y bajo las previsiones del Art. 1289 del Código Civil* ***"(FUERZA PROBATORIA) III. Con referencia a terceros, el documento público hace fe en cuanto al hecho que ha motivado otorgamiento y a su fecha."*** *quedando plenamente demostrada la TRANSFERENCIA del Título Valor, certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. en operación efectuada en fecha 22 de mayo de 2007, conforme se evidencia del documento público* ***CITE BBV-DM N° 740/2010 de fecha 14/05/2010 de la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A. de Compra-Venta del DPF N° 0038332 entre SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. en su calidad de COMPRADOR y BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA en su calidad de VENDEDOR*** *operación registrada en la papeleta de operaciones N° 229714 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.*

2. TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO.

Lo glosado precedentemente muestra con toda claridad que se ha efectuado la traslación del derecho de propiedad (titularidad) a favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., resultando el TITULAR del certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007 y poseedora legítima del referido título valor DPF N° 0038332 y conforme el Art. 514 del Código de Comercio ***"(TENEDOR LEGITIMO). Se***

considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a la norma de su circulación."*, estando el título valor debidamente endosado a favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. desde 22 de mayo de 2007 y en poder de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. Por lo que,* ***siendo SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. el TITULAR del Certificados de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007****, y en conocimiento del Banco los Andes Pro Credit, que se niega a cancelarnos (efectivizar su cobro) y registrar nuestra TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332, amparándose en el Art. 87 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Cartas Circulares SB/2806/2008 de fecha 19 de noviembre de 2008, ASFI/306/2009 de 04 de junio de 2009, ASFI/1332/2009 de 10 de septiembre de 2009, FECHAS MUY POSTERIORES A LA TRANSFERECIA DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 A SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA, violentando a todas luces el ejercicio de nuestro derecho propietario señalado en el Art. 56 de la CPE, además al negarse rectificar nuestros datos, violenta nuestro derecho a rectificar los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados que afectan a la imagen, honra y reputación de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA, derecho previsto en el Art. 130.1 de la Constitución Política del Estado, estando demostrado que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. propietaria, Titular del DPF referido está siendo ilegal e indebidamente impedida de registrar la TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 EN EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, asimismo, impedidos de ejercitar nuestro derecho propietario y realizar el respectivo cobro.*

Por otra parte, la ASFI en conocimiento de esta negativa de registrar nuestra TITULAR y del certificado de depósito a plazo fijo N° 0038332, agrava la lesión con su negativa de instruir al Banco Los Andes Pro Credit el correspondiente registro, con lo que se lesiona nuestro derecho a la rectificación, consagrado en el Art. 130 de la Constitución Política del Estado, y nuestro derecho de propiedad consagrado como derecho fundamental señalado en el Art. 56 de la Constitución Política del Estado.

3. JERARQUÍA NORMATIVA

Cabe señalar que por mandato constitucional señalado en el Art. 410 de la CPE los "I. (...) ***órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.****" "****II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa****" además establece la jerarquía normativa señalando "****La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, (...):***

1. ***Constitución Política del Estado***
2. ***Los tratados internacionales***
3. ***Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.***
4. ***Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.****"*

En este contexto, SUDAVAL a (sic) *cumplido con lo dispuesto por el art. 22 inc. e) y 0 de la Ley de Mercado de Valores "****e) Por cada transacción efectuada a favor de sus comitentes, las agencias de bolsa están obligadas a entregar un comprobante en el que conste dicha***

***operación. Este documento hará plena fe de la realización de la operación**" en este caso se tiene como constancia de esta operación la papeleta de operaciones N° 229714 de 22 de mayo de 2007 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (FS. 6). Asimismo, esta Compra-Venta es informada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI (Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros) en fecha 23 de mayo de 2007 según FORMAS: AB-1; AB-2; AB-3; AB-4 cumpliendo además conforme lo establecido por los art. 30, 36 y 39 del DS. 25022, en el presente caso, la ASFI aplica el Art. 9 del Reglamento de Depósito a Plazo Fijo de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (vigente bajo los principios rectores de la Constitución de 1967 y sus reformas) en contravención de lo dispuesto por el Art. 410 de la CPE, antepone el Art. 9 del Reglamento de Depósito a Plazo Fijo de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras **al Art. 56 y 130 de la Constitución Política del Estado de febrero de 2009**, a la ley de Mercado de Valores al DS. 25022 violentando lo dispuesto por el Art. 410 de la CPE. Asimismo, el Art. 13.1 de la CPE señala "**Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.**" de donde, en aplicación de lo dispuesto por los Art. 130 y 56 de la CPE la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en estricto cumplimiento de la Constitución tiene la obligación de restituir nuestros derechos hasta ahora violentados REVOCANDO la RESOLUCIÓN ASFI N° 783/2011 de fecha 16 de noviembre de 2011, que eleva a rango de Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/R122595/2010 de fecha 22 de noviembre de 2010 y en su lugar disponga el pago de nuestro DPF N° 38332.*

4. DOBLE SANCIÓN

*La ASFI, como se evidencia del séptimo considerando de la Resolución ASFI N° 783/2011, señala que en el marco de la Ley de Mercado de Valores SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. ha sido sancionada con una multa equivalente a $us 500.- (Quinientos 00/100 Dólares Americanos), determinación asumida mediante Resolución ASFI N° 468/2011 de 6/06/2011, empero, esta sanción aplicada violenta lo dispuesto por el Art. 117.11 de la CPE "**Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. La rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena**" en el presente caso su autoridad nos aplica una sanción pecuniaria, sin embargo, extrañamente en vez de ordenar el pago y cambio de titularidad como corresponde, rechaza nuestra petición, negativa que representa doble sanción PUESTO QUE YA HEMOS SIDO SANCIONADOS POR Resolución ASFI N° 468/2011 de 6/06/2011, y negarnos el cobre* (sic) *de nuestro DPF N° 038332 constituye imponernos otra sanción y generarnos grave perjuicio por violentar nuestro derecho de propiedad consagrado como derecho fundamental en el Art. 56 de la Constitución Política del Estado. Por lo que la ASFI tiene el deber en cumplimiento de la Constitución Política del Estado de REVOCAR la Resolución ahora impugnada y en su lugar, restituyendo nuestros derechos violentados disponer que el Banco Los Andes Pro Credit efectivice el pago por el DPF N° 038332.*

PETITORIO

Por lo expuesto, solicito a su autoridad REVOQUE la decisión materializada RESOLUCIÓN ASFI N° 783/2011 de fecha 16 de noviembre de 2011, por el que su autoridad eleva a

rango de Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/ R122595/2010 de fecha 22 de noviembre de 2010, y habiéndosenos ya sancionado se INSTRUYA AL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT EL PAGO DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 Y CONSIGUIENTE REGISTRO DE NUESTRA TITULAR A NOMBRE DE SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. ADQUIRIDA EN FECHA 22 DE MAYO DE 2007, ANTERIOR A CUALQUIER ORDEN DE ANOTACIÓN A NOMBRE DEL ANTERIOR PROPIETARIO. Sea con las formalidades de Ley…"

10. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 847/2011 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 847/2011 de 29 de diciembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 783/2011 de 16 de noviembre de 2011, bajo los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis de los argumentos expuestos por el recurrente, de la revisión de los antecedentes y de las normas legales que regulan el tema que se dilucida, se establecen las siguientes consideraciones:

1. *Respecto a la transferencia del certificado de depósito a plazo fijo, cabe señalar que conceptualmente se entiende por certificado de depósito a plazo fijo como "Un depósito, representado por un recibo, negociable o no, en cuyo anverso se establece que el importe del depósito es pagadero al portador o a una persona determinada o a la orden de ésta.*

   Asimismo, los certificados de depósito a plazo fijo están considerados como títulos valor, gozando de sus mismas cualidades es decir, son promesas u órdenes incondicionales de pago, de suma cierta, en dinero, pagables contra prestación, a tiempo determinado, emitidos a la orden, o al portador, asimismo, gozan de las características de necesidad, literalidad y autonomía. Además, son valores creados por ley, formales, causales y completos, el pago se realiza contra la presentación y entrega del documento" (Títulos Valores y Valores Negociables, Carlos Gilberto Villegas, pág 860).

   Bajo ese criterio jurídico, analizando la presente controversia, y de acuerdo a lo establecido por el recurrente se advierte que el Banco Los Andes ProCredit S.A. como emisor del título valor, el 22 de mayo de 2007, emitió el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 38332 por 321.486.16 UFV a la orden de Javier Calvo Kirigen, en la misma fecha a solicitud del citado señor Javier Calvo, el título valor es colocado para su negociación en la rueda de negociación en la Bolsa Boliviana de Valores S.A. por Bisa S.A. Agencia de Bolsa, fecha en la cual es transferido en operación de ruedo a SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A.

   De la operativa señalada se advierte, que el tenedor del certificado N° 0038332, es SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A., debiendo inscribir dicha transferencia en el registro de depósitos de la entidad (Banco Los Andes ProCredit S.A.), de conformidad a lo señalado por el artículo 9, Sección 2, Capítulo II, Título VIII del

Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual dispone con referencia al registro del depósito que "las entidades financieras deberán llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPFs expedidos, detallando las características de los mismos.

Las sucesivas transferencias de un CDPF deberán inscribirse en el registro de depósitos de la entidad, siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados.

Este registro de depósitos de la entidad es el único válido para todos los efectos derivados de la redención de depósitos o del pago de sus intereses, así como para la inscripción de anotaciones preventivas. Si a la fecha de vencimiento de un CDPF el endosatario no figurase en dicho registro como titular, se procederá con la actualización del registro antes de su redención, previa verificación de la validez y autenticidad del CDPF, o según el procedimiento establecido en el artículo 16 de la presente Sección para CDPFs desmaterializados.

Toda inscripción de medidas precautorias que realice una entidad financiera sobre un depósito cuyo CDPF se encuentre representado mediante anotación en cuenta, deberá ser comunicada simultáneamente a la Entidad de Depósito de Valores, con el propósito de limitar la negociabilidad del citado CDPF. Cuando por alguna situación excepcional, la Entidad de Depósito de Valores hubiera efectuado la inscripción de gravámenes o medidas precautorias por instrucción directa de juez competente, dicha entidad está obligada a informar en forma simultánea a la entidad emisora del CDPF, con el objeto que se actualicen los registros de ésta; de no ser así, la Entidad de Depósito de Valores asumirá plena responsabilidad sobre esos gravámenes o medidas precautorias y sobre las acciones judiciales que se podrían derivar de tal omisión".

Por consiguiente, la norma transcrita determina claramente que las sucesivas transferencias de un CDPF debe inscribirse necesariamente en el registro de depósitos de la entidad, como una condición para su reconocimiento de ahí la obligatoriedad del registro, siendo los responsables de realizar dicha operación el nuevo titular o la entidad de depósito de valores, sin embargo la falta de registro no implica que SUDAVAL Agencia de Bolsa no esté legitimado para su cobro ya que la legitimación del cobrador se acredita con la posesión del título valor.

En tal sentido, el tenedor legitimado en este caso SUDAVAL Agencia de Bolsa, de acuerdo a la norma transcrita precedentemente, tiene la obligación de inscribir en el registro de depósito de la entidad la transferencia del CDPF, operativa de registro que no lo efectuó en tiempo oportuno, permitiendo que en el transcurso del tiempo (desde 22 de mayo de 2007 hasta el año 2010), se graven tres órdenes de retención al título valor las cuales fueron instruidas por autoridades judiciales,

contra los derechos y acciones del señor Javier Calvo Kirigen, aspectos que imposibilitan el cambio del titular del DPF señalado.

2. *Respecto a la titularidad del certificado de depósito a plazo fijo, cabe señalar que en relación a la retención de fondos el artículo 1358, establece que la "Orden de juez competente disponiendo la retención de fondos del cuentacorrentista, afectara* (sic) *tanto al saldo actual en la hora y fecha en que el Banco reciba la notificación del juez, como a las cantidades depositadas con posterioridad hasta el límite señalado en la orden respectiva. El banco en este caso, apartará de la cuenta su importe y lo pondrá a disposición del juez ordenante, en caso de no hacerlo responde de los perjuicios ocasionados al demandante".*

   Concordante con lo señalado el artículo 3, Sección I, Capítulo VII, Título VIII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras establece que la retención de fondos es una "Orden impartida por autoridad judicial, fiscal o administrativa competente en la que dispone de manera expresa la inmovilización de los fondos que una persona natural o jurídica mantiene en las entidades de Intermediación financiera, de acuerdo al artículo 1358 del Código de Comercio", asimismo el artículo 6 de la citada disposición señala que es obligación de las entidades financieras cumplir con la retención de fondos, caso contrario dará lugar a la aplicación de Sanciones Administrativas.

   Que, el artículo 3, Sección I, Capítulo Vil, Titulo VIII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos contenidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, define a la retención de fondos como Orden impartida por autoridad judicial, fiscal o administrativa competente en la que dispone de manera expresa la inmovilización de los fondos que una persona natural o jurídica mantiene en las entidades de intermediación financiera, de acuerdo al artículo 1358 del Código de Comercio.

   Que, el artículo 6, Sección 2 del citado Reglamento señala que las entidades de intermediación financiera tienen la obligación de cumplir con la retención y la suspensión de retención de fondos dentro de las veinticuatro horas de su notificación.

   En este marco legal, SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A. goza de la titularidad del CDPF N° 0038332, dada por la operación de transferencia efectuada en rueda de negociación en la Bolsa Boliviana de Valores S.A., sin embargo según el artículo 9, Sección 2, Capítulo II, Título VIII del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es obligación del recurrente registrar en el registro de depósitos de la entidad la nueva titularidad debido a que la entidad financiera solo reconoce como titular o legitimo (sic) *tenedor de un CDPF al último propietario que figure en sus propios registros.*

Dicho registro no fue efectuado en tiempo oportuno por el recurrente, quien recién en el año 2010, solicitó el cambio de titularidad y pago del mismo, CDPF que a la fecha de solicitud ya se encontraba gravado con tres órdenes de fondos única y exclusivamente de los bienes y acciones en el Sistema Bancario del señor Javier Calvo Kirigin, emitidos por las siguientes autoridades judiciales: Juez Séptimo de Instrucción en lo Civil efectivizado por instrucción de la Carta Circular SB/2806/2008 de 19 de noviembre de 2008, Juez Cuarto Instrucción (sic) *en lo Civil efectivizado mediante Carta Circular ASFI/306/2009 de 4 de junio de 2009 y Juez Décimo Quinto de Partido en lo Civil, a través de la Carta Circular ASFI/1332/2009 de 10 de septiembre de 2009.*

Las citadas Órdenes Judiciales de Retención de Fondos fueron efectuadas en forma posterior a la operativa de transferencia del CDPF, por lo que al momento de la misma SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A. debió inscribir oportunamente dicha transferencia en el registro de depósitos del Banco Los Andes Procredit S.A. en consecuencia, el recurrente no observó la disposición contenida en el artículo 9, Sección 2, Capítulo II, Título VIII del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

3. *La disposición contenida en el referido artículo 9, Sección 2, Capítulo II, Título VIII del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, no infringe los artículos 56, 130 y 410 de la Constitución Política de Estado Plurinacional, puesto que dicho Reglamento, se encuentra elaborado acorde a las disposiciones contenidas en la Constitución Política del Estado, asimismo, es pertinente señalar que es obligación del recurrente máxime observar las normas legales propias del giro de su negocio.*

4. *Respecto a que se habría sancionado doblemente a SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A., cabe señalar que la Resolución ASFI N° 468/2011 de 6 de junio de 2011, sanciona a SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us500 (Quinientos 00/100 Dólares Americanos) por infracción de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, el cual dispone que las agencias de bolsa son responsables de la identidad y capacidad de las personas que contratan por su intermedio de la autenticidad e integridad de los valores que negocian de la inscripción de su último titular en los registros del emisor cuando corresponda, de la autenticidad del último endoso cuando proceda y del registro en cuenta de la entidad de depósito.*

   Por otra parte, es obligación del recurrente realizar el cambio de titularidad del DPF N° 0038332, aspecto que al no haber cumplido oportunamente, causó retención judicial, hecho que impide efectuar la inscripción de registro, siendo este un aspecto de orden judicial.

   La dificultad que tiene el recurrente de inscribir en el registro de depósitos de la entidad la transferencia del DPF N° 0038332, no implica que el Órgano Regulador haya vulnerado el principio "non bis in idem" aforismo latín que significa "no dos

veces sobre lo mismo", por cuanto dicha obligación está relacionada directamente a SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A. en este marco, lo contrario implica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero haya emitido dos Resoluciones Sancionatorias con identidad de sujeto, hecho y fundamento, aspecto que no se aplica en el presente caso (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1358 del Código de Comercio señala que la orden de juez competente dispone la retención de fondos del cuentacorrentista y afecta tanto al saldo actual en la hora y fecha en que el Banco reciba la notificación del juez, como a las cantidades depositadas con posterioridad hasta el límite señalado en la orden respectiva. El Banco en este caso, apartará de la cuenta su importe y lo pondrá a disposición del juez ordenante; en caso de no hacerlo, responde de los perjuicios ocasionados al demandante.

Que, el artículo 9, Sección 2, Capítulo II, Titulo VIII del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dispone que "Las entidades financieras deberán llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPFs expedidos, detallando las características de los mismos en cuanto a monto, moneda, plazo de vencimiento, tasa de interés, numeración preimpresa, numeración automática asignada por el sistema, código de identificación de certificados renovados o fraccionados o código de identificación de CDPFs representados mediante anotación en cuenta, cuando corresponda, y cualquier otra información de interés relacionada con su emisión. Este registro de depósitos deberá consignar, asimismo, todos los gravámenes, anotaciones preventivas, secuestros, embargos y otras medidas precautorias que limiten su negociabilidad.

Las sucesivas transferencias de un CDPF deberán inscribirse en el registro de depósitos de la entidad, siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido o la Entidad de depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados.

Este registro de depósitos de la entidad es el único válido para todos los efectos derivados de la redención de depósitos o del pago de sus intereses, así como para la inscripción de anotaciones preventivas. Si a la fecha de vencimiento de un CDPF el endosatario no figurase en dicho registro como titular, se procederá con la actualización del registro antes de su redención, previa verificación de la validez y autenticidad del CDPF, o según el procedimiento establecido en el artículo 16° de la presente Sección para CDPFs desmaterializados.

Toda inscripción de medidas precautorias que realice una entidad financiera sobre un depósito cuyo CDPF se encuentre representado mediante anotación en cuenta, deberá ser comunicada simultáneamente a la Entidad de Depósito de Valores, con el propósito

de limitar la negociabilidad del citado CDPF. Cuando por alguna situación excepcional, la Entidad de Depósito de Valores hubiera efectuado la inscripción de gravámenes o medidas precautorias por instrucción directa de juez competente, dicha entidad está obligada a informar en forma simultánea a la entidad emisora del CDPF; con el objeto que se actualicen los registros de ésta; de no ser así, la Entidad de Depósito de Valores asumirá plena responsabilidad sobre esos gravámenes o medidas precautorias y sobre las acciones judiciales que se podrían derivar de tal omisión…"

11. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 10 de enero de 2012, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 847/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, expresando lo siguiente:

"*…FUNDAMENTOS DE DERECHO.*

La TUTILARIDAD (sic) *DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO. El Art. 491 del Código de Comercio señala "**(CONCEPTO). Titulo valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónoma* **(sic)** ***consignado en el mismo.**" La papeleta de operaciones N° 229714 de 22 de mayo de 2007 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (FS. 6) y CITE BBV-DM N° 740/2010 de fecha 14 de mayo de 2010 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. evidencian la transferencia del Certificado de DPF N° 0038332 de fecha 22 de mayo de 2007 en operación de ruedo de la Bolsa Boliviana de Valores por BISA S.A AGENCIA DE BOLSA en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., y que conforme el Art. 501 del Código Comercio "**(EFECTO JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN). La transmisión de un título implica no sólo el del derecho principal consignado, sino también de los derechos accesorios.**" la transmisión se ha materializado con el endoso y entrega del título valor en fecha 22 de mayo de 2007 conforme el Art. 22 literal e) de la Ley de Mercado de Valores "**Por cada transacción efectuada en favor de sus comitentes, las agencias de bolsa están obligadas a entregar un comprobante en el que conste dicha operación. Este documento hará plena fe de la realización de la Operación;**" y art. 36 y 39 del DS. N° 25022 y bajo las previsiones del Art. 1289 del Código Civil "**(FUERZA PROBATORIA) III. Con referencia a terceros, el documento público hace fe en cuanto al hecho que ha motivado otorgamiento y a su fecha.**" quedando plenamente demostrada la TRANSFERENCIA del Título Valor, certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. mediante operación efectuada en fecha 22 de mayo de 2007, conforme se comprueba del documento público **CITE BBV- DM N° 740/2010 de fecha 14/05/2010 de la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A. de Compra-Venta del DPF N° 0038332 entre SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. en su calidad de COMPRADOR y BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA en su calidad de VENDEDOR** operación registrada en la papeleta de operaciones N° 229714 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. Por lo que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. es TITULAR DEL certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007 y poseedora legítima del referido título valor DPF N° 0038332 y conforme el Art. 514 del Código de Comercio "**(TENEDOR LEGÍTIMO). Se considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a la norma de su circulación.**", estando el título valor debidamente endosado a favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. desde 22 de mayo*

de 2007 y en poder de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. Por lo que, ***siendo SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. el TITULAR del Certificados de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007****, que es de conocimiento del Banco los Andes Pro Credit, y se niega realizar la RECTIFICACIÓN en los DATOS SOBRE EL TITULAR DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332, amparándose en el Art. 87 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Cartas Circulares SB/2806/2008 de fecha 19 de noviembre de 2008, ASFI/306/2009 de 04 de junio de 2009, ASFI/1332/2009 de 10 de septiembre de 2009, de FECHAS POSTERIORES A LA TRANSFERENCIA DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332, violentando a todas luces nuestro derecho constitucional previsto en el Art. 130.1 de la Constitución Política del Estado, violentándose nuestro derecho a la propiedad señalado en el Art. 56 de la CPE, violentándose nuestro derecho al trabajo señalados en el Art. 46 y 47.I de la Constitución Política del Estado, SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. como propietaria, Titular del DPF referido está siendo ilegal e indebidamente impedida de rectificar los datos registrados sobre la TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 EN EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, asimismo, impedida de realizar el respectivo cobro, violentando lo dispuesto por el Art. 410 de la Constitución Política del Estado.*

VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

La ASFI habiendo constatado documentalmente que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. es titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007 por las pruebas aparejadas al Recurso de revocatoria, como se evidencia del segundo párrafo (pág. 5), párrafo segundo (pág. 6) de la Resolución ahora impugnada, empero no se pronuncia respecto a la vulneración de nuestro derecho a la rectificación de datos contenida en el Art. 130 de la CPE, corresponde la rectificación en los datos del titular, violenta de esta manera nuestro derecho a la propiedad privada, al derecho al trabajo y nuestro derecho a la rectificados de datos del titular en el Certificado de Depósito a Plazo Fijo por ante el Banco Los Andes Pro Credit.

1. *El derecho a la* ***PROPIEDAD PRIVADA****, sea esta individual o colectiva, se encuentra consagrada en los términos del art. 56 de la Constitución Política del Estado, asimismo el* ***DERECHO AL TRABAJO*** *se encuentra protegido conforme lo señalado por loa* (sic) *Arts. 46 y 47.1 de la Constitución Política del Estado, y derecho a estar correctamente registrado en los bancos de datos. Además, los derechos reconocidos por la constitución son inviolables, universales, indivisibles y progresivos que el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos conforme lo establecido en el Art. 13.I de la CPE. En el presente caso el Dirección Ejecutiva de la ASFI, sin considerar el derecho a la propiedad, titularidad de SUDAVAL agencia de bolsa SA, el de trabajo, el derecho a la rectificación de los datos de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. confirma la Resolución ASFI N° 783/2011 rechazando nuestra petición de RECTIFICACIÓN EN LOS DATOS DE TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 A NOMBRE DE SU TITULAR SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. POR ANTE EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, violentando con esta decisión nuestro derecho constitucional a la propiedad privada, al trabajo y la rectificación de los datos del titular.*

No constituye ninguna garantía, por el contrario vulneración a un derecho constitucional como hace la resolución impugnada, reconocer nuestra titularidad plenamente, sin embargo, esta titularidad carece de protección jurídica en los términos expresados en la Resolución ASFI N° 847/2011, como se evidencia primer párrafo (pág. 7) desconociendo lo dispuesto por el Art. 56 de la CPE, antepone a este precepto Constitucional el Art. 9 del reglamento de Depósito a Plazo Fijo, Título VIII, Capítulo II, Sección 2 de la recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras violentando lo dispuesto por el Art. 410 de la CPE. A fin de garantizar nuestros derechos violentados su autoridad revoque la decisión del a quo e instruya en reconocimiento a nuestro derecho de propiedad (titularidad de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA sobre el CDPF N° 0038332) rectificación en los datos del titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 a nombre de su titular Sudaval Agencia de Bolsa SA., y su correspondiente pago, máxime cuando las retenciones dispuestas por autoridad judicial fueron ordenadas sobre los derechos de un tercero.

2. *Por otra parte, la Dirección Ejecutiva de la ASFI, al emitir la Resolución ahora impugnada, se ampara en el Art. 9 del Reglamento de Depósito a Plazo Fijo, Título VIII, Capítulo II, Sección 2 de la recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras cuando en su calidad de Servidor Público omite cumplir con la sagrada disposición del Art. 410 de la Constitución Política del Estado "I. Toda las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. II. La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y* ***goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.*** *..." cuando por disposición del art. 13.I de la CPE. "Los derechos reconocidos por esta constitución son Inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos protegerlos y respetarlos." en cuyo marco la Dirección Ejecutiva del ASFI tiene el deber jurídico de respetar y proteger el derecho propietario de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. deber jurídico omitido en la Resolución ASFI/N° 847/2011 de fecha 29/12/2011, en la misma línea, la ASFI, debido a la naturaleza de las actividades de desarrolla SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., violenta el derecho al trabajo de SUDAVAL, estando este derecho consagrado y protegido por la Constitución Política del Estado que goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Su autoridad en resguardo de nuestros derechos violentados por el A quo Revoque* (sic) *la decisión del inferior e instruya rectificación en los datos del titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 a nombre de su titular Sudaval Agencia de Bolsa SA., y su correspondiente pago.*

3. *La ASFI habiendo lesionado el derecho a la propiedad de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., sobre el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 y lesionado el derecho al trabajo característica de nuestras actividades, continúa violentando los derechos de SUDAVAL reconocidos y garantizados por la Constitución, negándonos nuestro derecho a la RECTIFICACIÓN DE LOS DATOS DE TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 POR ANTE EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, permitiendo que SUDAVAL sea privado de realizar el cobro del*

Certificado de Depósito a Plazo Fijo, incluso permitiendo que exista apropiación indebida de nuestros fondos. Extrañamente, la ASFI señala que no infringe loa (sic) *Art. 56, 130 y 410 de la CPE a sabiendas que la CPE promulgada en febrero de 2009, a* (sic) *abrogado la CPE de 1967 y sus posteriores reformas en las que se sustentaba la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

4. *Por otra parte, la ASFI aplica una multa a SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA una multa en Bolivianos equivalente a $us. 500.- (Quinientos 00/100 Dólares Americanos) sin embargo como consecuencia de esta sanción se continúa rechazando el cambio de titularidad, rechazando que SADAVAL* (sic) *AGENCIA DE BOLSA SA pueda proceder al cobro y en general se continúa negando a SUDAVAL que pueda ejercitar su derecho de titular, en consecuencia la sanción y la continuidad en el rechazo del ejercicio de sus derechos a SUSAVAL* (sic) *constituye una doble sanción "dos veces sobre lo mismo", sanción económica y negación de restituir los derechos violentados.*

De la relación expuesta, la Resolución ASFI/N⁰ 847/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, incluso sin considerar el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 a (sic) *sido transferido a SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., en fecha 22 de mayo de 2007, fecha muy anterior a cualquiera de los procesos iniciados contra Javier Calvo Klrigin, violenta nuestros derechos a la propiedad, al trabajo y a la rectificación de dato, antepone el Art. 9 del Reglamento de Depósito a Plazo Fijo, Título VIII Capítulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras a lo dispuesto por la Ley de Comercio (Art. 491, 501, 1383), Código Civil (Art. 1289), Ley de Mercado de Valores (Art. 22 e))* (sic), *Reglamento emitido por el* (sic) *entonces SBEF que se antepone a la LEY, es mas* (sic), *la Dirección Ejecutiva de la ASFI violenta nuestros derechos constitucionales anteponiendo el Art. 9 del Reglamento, emitido por la SBEF, ya referido al Art. 410 de la* ***Constitución Política del Estado de febrero de 2009****, con lo que ha violentada la aplicación misma de las normas y en consecuencia vulnera nuestros derechos constitucionalmente consagrados y protegidos. Por lo que mediante la resolución del presente recurso jerárquico debe tutelarse nuestros derechos hasta ahora lesionados.*

PETITORIO

Por lo expuesto, solicito a la su (sic) *autoridad AD* (sic) *quem REVOQUE la Resolución ASFI/N° 847/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011 y en consecuencia deje sin efecto decisión expuesta en su Nota ASFI/DDC/ R122595/2010 de fecha 22 de noviembre de 2010 elevada a rango de Resolución Administrativa mediante Resolución ASFI N° 783/2011 de 16 de noviembre de 2011. En su lugar INSTRUYA AL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT RECTIFICACIÓN EN LOS DATOS DEL TITULAR DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 A NOMBRE DE SU TITULAR SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., Y SU CORRESPONDIENTE PAGO. Sea con las formalidades de Ley…"*

12. RATIFICACIÓN DE PRUEBAS.-

Mediante memorial presentado en fecha 26 de enero de 2012, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** se ratifica en las pruebas aparejadas al expediente en los términos siguientes:

"*…en fecha 18 de enero de 2012 hemos sido notificados con auto de Admisión de Recurso Jerárquico de fecha 18/01/2012, estando en tiempo hábil y oportuno señalado por el SEGUNDO* (sic) *de la parte resolutiva del Auto de Admisión, nos ratificamos en todas y cada una de las pruebas aparejadas al expediente administrativo consistentes en:*

- *BLAP-GNO-OC-3819/10 de fecha 06/09/2010*
- *BLAP-GNO-OC-3322/10 de fecha 18/08/2010*
- *Certificado de depósito a plazo Fijo N° 0038332 de fecha 22/05/2007*
- *Boleta 229714 Operaciones de Ruedo Compra Venta de la Bolsa Boliviana de Valores de fecha 22/05/2007*
- *CITE BBV-DM N° 740/2010 de fecha 14/05/2010*
- *Formularios AB-1, AB-2, AB-3, AB-4 recepcionados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de fecha 23/05/2007*
- *Resolución N° 329/2010 de fecha 19 de junio de 2010 emitido* (sic) *por el Juzgado Décimo Quinto de Partido en lo Civil y Comercial de la Capital.*

Solicitando se tenga presente en el presente recurso jerárquico…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

De la generalidad de antecedentes que salen del expediente, como de lo manifestado por la recurrente en el memorial presentado en fecha 26 de enero de 2012, es posible la siguiente relación que hace a la controversia sobre la que versa el Recurso Jerárquico que se conoce:

- **Emisión del Certificado de Depósito a Plazo Fijo:** en fecha 22 mayo de 2007, el Banco Los Andes ProCredit S.A. emitió el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 38332 por 321.486.16 UFV, a la orden del señor Javier Calvo Kirigin, quien instruyó su negociación a través de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., resultando que mediante operación de ruedo el Valor fue transferido a **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.**

  De conformidad con el artículo 9° de la Sección 2 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, contenido en el Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su calidad de nueva titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo, le correspondía a **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** tramitar el registro de tal transferencia por ante el Banco Los Andes ProCredit S.A. a efectos que esa

entidad financiera lo reconozca como titular o legítimo tenedor, además que el registro debe observar la existencia de las medidas precautorias que limiten su negociabilidad.

No obstante ello y que **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** era titular del referido Certificado de Depósito a Plazo Fijo desde el 22 de mayo de 2007, no fue hasta el año 2010 cuando realizó las gestiones inherentes a esa su calidad, por ante el Banco Los Andes ProCredit S.A. (conforme consta a continuación).

- **Solicitud sobre rectificación de datos y pago:** en fecha 2 de septiembre de 2010, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** solicitó al Banco Los Andes ProCredit S.A. la rectificación de los datos del Depósito a Plazo Fijo en sus registros, y el pago del mismo.

- **Rechazo de la solicitud:** mediante nota BLAP-GNO-OC-3819/10 de 6 de septiembre de 2010, el Banco Los Andes ProCredit S.A. respondió a **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** que no podía dar curso al pago, por existir tres órdenes judiciales de retención de los fondos, por lo que previamente debía tramitarse su liberación (levantamiento).

- **Reclamo ante el ente regulador:** en fecha 13 de octubre de 2010, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** presenta ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el reclamo a efectos de que se instruya al Banco Los Andes Procredit S.A. la rectificación de datos del titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 y su correspondiente pago.

- **Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010:** en respuesta al reclamo de **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, por la que refiere que la reclamante "*no habría procedido con el registro oportuno de CDPF referido ante la entidad financiera bancaria en el marco de la normativa enunciada, para acreditar la titularidad de éste*" y que "*por la existencia de órdenes de retención de fondos emitidos por autoridades jurisdiccionales, el Banco se vería impedido de cumplir con su solicitud*".

- **Proceso impugnatorio administrativo:**

  Por memorial de fecha 10 de diciembre de 2010, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, Recurso de Revocatoria que ha de merecer la Resolución Administrativa ASFI/No. 007/2011 de 7 de enero de 2011, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve confirmar la nota mencionada.

  Recurrida la Resolución Administrativa ASFI/No. 007/2011 de 7 de enero de 2011 por parte de **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** y corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2011 de 9 de junio de 2011, por la que anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 007/2011 de 7 de enero de 2011.

A tal actuación le han proseguido la nota ASFI/DAJ/R-84923/2011 de 17 de agosto de 2011 por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero intimó a **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.**, a que "*cumpla el requisito formal… consistente en la solicitud de consignación en una resolución administrativa*" de la nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, la solicitud de consignación de fecha 30 de agosto de 2011, la Resolución Administrativa ASFI Nº 667/2011 de 13 de septiembre de 2011, el Recurso de Revocatoria de fecha 26 de septiembre de 2011, la Resolución Administrativa ASFI Nº 736/2011 de 24 de octubre de 2011 por la que el ente regulador resuelve "*REVOCAR TOTALMENTE la Resolución ASFI Nº 667/2011*, la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2011 de 16 de noviembre de 2011 por la que se resuelve "*Elevar a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010*", el Recurso de Revocatoria de fecha 30 de noviembre de 2011, la Resolución Administrativa ASFI Nº 847/2011 de 29 de diciembre de 2011 por la que se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2011 de 16 de noviembre de 2011, y el Recurso Jerárquico de fecha 10 de enero de 2012 de sustanciación actual conforme consta de la presente Resolución Ministerial Jerárquica; actuados todos estos que han sido relacionados supra.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. en su Recurso Jerárquico, alega que:

"…*La ASFI habiendo constatado documentalmente que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. es titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007* (…) *no se pronuncia respecto a la vulneración de nuestro derecho a la rectificación de datos* (…) ***violenta de esta manera nuestro derecho a la propiedad privada, al derecho al trabajo y nuestro derecho a la rectificados*** (sic) *de datos del titular en el Certificado de Depósito a Plazo Fijo por ante el Banco Los Andes Pro Credit*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.1. Fundamento jurídico.-

El artículo 3º, sección 1, capítulo II, título VIII, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece lo siguiente:

"…***Artículo 3° - Definición de depósito a plazo fijo.-*** *El depósito a plazo fijo es la entrega o depósito de dinero bajo la modalidad de plazo fijo, en una entidad financiera autorizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el cual debe ser documentado mediante la expedición de un CDPF cumpliendo los requisitos, términos y condiciones establecidos en el presente Reglamento, debiendo restituirse a sola presentación del CDPF o del Certificado de Acreditación de Titularidad (CAT), en caso que éste hubiera sido objeto de anotación en cuenta en el Sistema de Registro de Anotaciones en Cuenta de una Entidad de Depósito de Valores debidamente autorizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI). Por su naturaleza, estos depósitos devengan intereses*…"

Tal precepto viene a complementar lo establecido por el Código de Comercio, cuando señala que:

"…***Artículo 1383.- (Depósitos a la vista y a plazo).*** (…)

El depósito de dinero a plazo fijo es restituible una vez transcurrido el plazo convenido, con la sola presentación del certificado de depósito (…)

Artículo 1384.- (Documentos que respaldan el depósito).

Tanto el depósito a la vista como el depósito a plazo fijo deben ser documentados mediante la expedición por el banco depositario de certificados nominativos o al portador; con los datos necesarios para su identificación y condiciones convenidas. Estos certificados pueden ser negociados."

Con respecto a tal negociabilidad, el artículo 3º, sección 1, capítulo II, título VIII, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala:

"…***Artículo 11° - Negociabilidad***.- *Concordante con las disposiciones contenidas en el Artículo 1384° del Código de Comercio, los CDPFs pueden ser negociados por sus tenedores en el mercado secundario*…"

La propiedad del dinero que se deposita no se encuentra en discusión, por cuanto debe atribuírsele al depositante, resultando esclarecedor lo establecido por el artículo 862º, parágrafo I, del Código Civil, cuando señala que "*en el depósito de dinero u otras cosas fungibles, con facultad concedida para usar de lo depositado, el depositario adquiere la propiedad del depósito y queda obligado a restituir otro tanto, en género, calidad y cantidad iguales*".

Entonces, la pretensión del recurrente está referida al ejercicio de su facultad "*de gozar y disponer de una cosa* -esta es, el dinero que se halla representado en el Certificado de Depósito a Plazo Fijo Nº 0038332 expedido por el Banco Los Andes Procredit S.A.- ***sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*** (Cabanellas en su Diccionario; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)"; por su naturaleza, al mismo le es inherente también el reclamo sobre el derecho a la rectificación de datos **del titular** (o sea **del propietario del dinero**) en el Certificado de Depósito a Plazo Fijo.

Ahora, por oportuno, se transcribe lo señalado por el artículo 105º del Código Civil, aplicable al caso por imperio del artículo 1º del Código de Comercio:

"…*Art. 105.- (CONCEPTO Y ALCANCE GENERAL).*

I. La propiedad es un poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa y debe ejercerse en forma compatible con el interés colectivo, dentro de los limites y con las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico…"

Como bien señala el recurrente, tal derecho tiene implicancia constitucional cuando por el artículo 56º, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado, se halla establecido que "*toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social*". Por otra parte, Morales Guillén, en sus anotaciones al Código Civil, dice que "*no es un derecho absoluto*".

Esto último tiene que ver con que, conforme se ha dicho, el derecho propietario experimenta **limitaciones** a su ejercicio, con respecto a las cuales, la Ley Hipotecaria Española (citada por Cabanellas, ídem) señala que:

> "…*Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general,* ***cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción*** *de la finca o derecho sobre que recaigan*…"(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Para aclarar la pertinencia al caso en concreto de tal criterio, cabe señalar que un derecho real es la:

> "…*Potestad personal sobre una o más cosas, objetos del Derecho. Existe esta facultad cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata* ***oponible*** *a cualquier otro sujeto. Por tanto derecho real constituye una relación jurídica entre una persona y una cosa; aquélla como sujeto, y ésta cual objeto*…" (Cabanellas, ibídem; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora bien; como se ha señalado supra acerca de la necesaria inscripción a los fines de la oponibilidad del derecho propietario o de su limitación, y aclarada la pertinencia de ello en cuanto no se limita únicamente al registro de bienes inmuebles o muebles, sino a la generalidad de bienes que integran el patrimonio de la personas, debe establecerse que cualquier registro que la norma disponga -para el caso el artículo 9, sección 2, capítulo II, del título VIII (Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras- resulta en un registro público, independientemente de quién sea el que lo administre, sea el Estado directamente o, por delegación normativa a través de un particular.

Por pertinente, se transcribe a continuación el referido artículo:

> "…***Artículo 9° - Registro de depósitos.-*** ***Las entidades financieras deberán llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPFs expedidos****, detallando las características de los mismos en cuanto a monto, moneda, plazo de vencimiento, tasa de interés, numeración preimpresa, numeración automática asignada por el sistema, código de identificación de certificados renovados o fraccionados o código de identificación de CDPFs representados mediante anotación en cuenta, cuando corresponda, y cualquier otra información de interés relacionada con su emisión.* ***Este registro de depósitos deberá consignar, asimismo, todos los gravámenes****, anotaciones preventivas, secuestros, embargos y otras* ***medidas precautorias que limiten su negociabilidad****.*
>
> ***Las sucesivas transferencias de un CDPF deberán inscribirse en el registro de depósitos de la entidad, siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido*** *o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro.* ***La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados****.*

Este registro de depósitos de la entidad es el único válido *para todos los efectos derivados de la redención de depósitos o del pago de sus intereses, así como* ***para la inscripción de anotaciones preventivas***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, el *registro cronológico y correlativo de los CDPFs expedidos*, al haber sido dispuesto por el Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (norma cuya constitucionalidad no se encuentra en discusión, Art. 5º, Ley Nº 027 de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional) explica el contenido y función de un registro de propiedad que justifica su necesidad y funcionalidad, por lo que el Derecho materializa su estudio a través de su rama especializada (el Derecho Registral).

Así, Pérez Fernández del Castillo en *Derecho Registral*, señala que:

"…***El Régimen Público de la Propiedad se creó para dar seguridad jurídica frente a terceros, y publicidad a la propiedad*** *y a la posesión de todos los bienes inmuebles y de algunos muebles y* ***a los gravámenes y otras limitaciones que los restrinjan***.

Existen varias formas de dar publicidad respecto de la propiedad o derecho que una persona tiene sobre un bien (…), ***la publicidad se da a través de la inscripción en el registro público, pues la simple posesión o celebración de un contrato, no otorgan seguridad jurídica frente a terceros***.

Si esta institución no existiera, sería casi imposible investigar quién es el titular (…), *y cuáles son los gravámenes que lo limitan* (…)

El principio de publicidad puede examinarse desde los puntos de vista material y formal.

La publicidad material está concebida como los derechos que otorga la inscripción, y estos son: la presunción de su existencia o apariencia jurídica, y ***la oponibilidad frente a otro no inscrito*** (…)

La publicidad formal consiste en la posibilidad de obtener del Registro Público de la Propiedad las constancias y certificaciones de los asientos y anotaciones, así como de consultar personalmente los libros y los folios (…)

La legitimación nace con el asiento o anotación en el Registro, de tal manera que mientras no se pruebe la inexactitud de lo inscrito frente a lo real, ***prevalece lo que se encuentra asentado. Lo inscrito es eficaz y crea una presunción juris tantum de que el titular aparente es el real; pero si se trata de actos en los cuales se afecte el interés de un ajeno, la presunción se vuelve juris et de jure, en protección a los adquirentes de buena fe, presumiendo que un derecho inscrito existe y pertenece al titular registral*** (…)

Al respecto Roca Sastre señala los siguientes ejemplos:

1. ***La inscripción subsiste mientras no se cancela****, de suerte que ante el tercero*

el derecho inscrito existe, aunque esté extinguido en la realidad jurídica (…)
*2. **La inscripción se extingue mediante la cancelación**, de modo que, ante el tercero, un derecho cancelado no existe aunque el mismo subsista en la realidad jurídica* (…)

***La inscripción en el Registro Público de la Propiedad se realiza a instancia de parte y nunca de oficio**. Es potestativo solicitar la inscripción o cancelación de los derechos reales, posesión, gravámenes o limitaciones. Este principio está estrechamente ligado con el consentimiento, pues en la mayoría de los casos, la petición de inscripción debe ser hecha por el titular registral* (…)

*…los derechos reales nacen, se modifican, transmiten y se extinguen fuera del Registro Público de la Propiedad. Sólo **cuando se desea que surtan efectos frente al tercero (erga omnes) se inscriben y siempre a petición de parte legitimada**. Como decía Ramón Roca Sastre: "El Registro no es cuna sino palacio"* (…)

La institución registral como órgano público, fue creada para prestar un servicio público obligatorio y no potestativo (…)

***Uno de los pilares de la seguridad proporcionado por el Registro Público de la Propiedad, es la prelación o prioridad que tiene un documento y el derecho o contrato contenido en él inscrito o anotado preventivamente**. La fecha de presentación va a determinar la preferencia y rango del documento que ha ingresado al registro. Si ciertamente es válido el axioma extendido casi en todo el mundo que prior tempore, potior jure, éste, según nuestro tema, puede interpretarse y transformarse en "**el que es primero en registro es primero en derecho**".*

*Analizando este asunto desde otro punto de vista, es obvio pero fundamental que existe la impenetrabilidad registral, o sea, que **dos derechos no pueden, al mismo tiempo, ocupar un mismo lugar y preferencia**…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2. Impedimento de inscripción de los derechos de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. referidos al CDPF Nº 38332 del Banco Los Andes ProCredit S.A.-

Siendo aplicables los criterios señalados al caso que se resuelve, como del análisis de los antecedentes acumulados, se establecen los siguientes extremos:

- En fecha 22 de mayo de 2007, el Banco Los Andes ProCredit S.A. emitió el Certificado de Depósito a Plazo Fijo Nº 38332 a la orden del señor **Javier Calvo Kirigen**, y a instrucción del mismo lo colocó en rueda de negociación, en la Bolsa Boliviana de Valores S.A., resultando ser transferido en operación de ruedo a **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.**
- No obstante corresponderle, además de resultar su derecho y obligación (principio de legitimidad inherente al Derecho Registral, implementado en el artículo 9, sección 2, capítulo II, del título VIII, del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** no solicitó inmediatamente la inscripción de la transferencia en el registro

correspondiente, de manera tal que a los efectos registrales, validos en Derecho (no obstante la vigencia que pueda haber adquirido el derecho propietario del recurrente), el titular de los derechos representados en el Certificado de Depósito a Plazo Fijo Nº 38332 es el señor **Javier Calvo Kirigen**.

- Mientras **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** no solicitó la inscripción de la transferencia en su favor y en el registro correspondiente, los que sí lo hicieron fueron quienes acudieron a la vía judicial para solicitar la retención de los fondos de los que fuera titular el señor **Javier Calvo Kirigen**, de manera que lograron la retención del dinero representado en el Certificado de Depósito a Plazo Fijo Nº 38332, conforme la relación que sale de los datos del expediente:

Por Carta Circular	De fecha	Retención ordenada por:	A solicitud de
SB/2806/2008	19/11/2008	Juez 7º de Instrucción en lo Civil de la ciudad de La Paz	Liberata Ferrufino de Flores
ASFI/306/2009	04/06/2009	Juez 4º de Instrucción en lo Civil de la ciudad de La Paz	Salvador Jorge Handal Bendeck
ASFI/1332/2009	10/09/2009	Juez 15º de Partido en lo Civil de la ciudad de La Paz	Juan Barragán Ruíz

- Recién en fecha 12 de agosto de 2010 (más de tres años después de haber adquirido la titularidad, en los cuales se produjeron las retenciones señaladas), **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.** solicitó al Banco Los Andes ProCredit S.A. la rectificación de los datos del Certificado de Depósito a Plazo Fijo Nº 0038332 y el pago del dinero que representa.

Entonces y presumiéndose negligencia en ello, el recurrente no registró oportunamente su titularidad, sino que permitió que otras tres personas -seguramente acreedores del señor **Javier Calvo Kirigen**, quien sí figuraba como titular en el registro correspondiente- hicieran valer sus derechos judicialmente, de manera tal que lograron el registro de esos sus derechos a manera de retención de fondos, determinando no se pueda dar curso a la solicitud de fecha 12 de agosto de 2010, presentada tardíamente por **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.**

Completando el análisis, corresponde observar y tener en cuenta las disposiciones siguientes:

Código Civil:

"…*ART. 1335.- (DERECHO DE GARANTÍA GENERAL DE LOS ACREEDORES).*

I. ***Todos los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros del deudor que se ha obligado personalmente constituyen la garantía común de sus acreedores***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Código de Comercio:

I. "…*Art. 1358.-* ***(RETENCIÓN DE FONDOS) La orden de juez competente disponiendo la retención de fondos del cuentacorrentista, afectará tanto al saldo actual en la hora y fecha en que el Banco reciba la notificación del juez, como a las cantidades depositadas con posterioridad hasta el límite señalado en la orden***

respectiva. El Banco en este caso, apartará de la cuenta su importe y lo pondrá a disposición del juez ordenante, en caso de no hacerlo responde de los perjuicios ocasionados al demandante…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente y como para el caso concreto rigen la oponibilidad de derechos frente a terceros, la prioridad en el tiempo de la inscripción, la preferencia de los derechos que otorga el registro, y la impenetrabilidad, que tienen como propósito impedir que se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otros ya inscritos, las limitaciones que importan las tres órdenes de retención de fondos se acomodan legítimamente a la norma, contrariamente a lo señalado por la recurrente, no existe violación al orden constitucional, en ninguna de las dos pretensiones emergentes de su derecho propietario (que por otra parte, la autoridad recurrida no ha desconocido), ni el de rectificación de los datos, ni consiguientemente el de pago.

En cuanto a la acusada violación al derecho al trabajo, amén de su carácter abstracto con respecto a una controversia en concreto, dada la naturaleza de las entidades implicadas en la misma como la del negocio que importa, resulta de mención impertinente, infiriéndose que lo que el recurrente quiso acusar mas bien, es la infracción a su derecho a dedicarse al comercio, conforme lo señala el artículo 47°, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 847/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 783/2011 de 16 de noviembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 834/2011 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 029/2012 DE 23 DE MAYO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 029/2012

La Paz, 23 de mayo de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 834/2011 de 23 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 749/2011 de 28 de octubre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 010/2012 de 10 de abril de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 041/2012 de 24 de abril de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 10 de enero de 2012, el señor José Noel Zamora en representación legal del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 293/2009 de 30 de julio de 2009 y 855/07 otorgado ante la Notaría de Fe Pública Nº 02 del distrito judicial La Paz, a cargo del Dr. Hugo Alba Rodrigo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 834/2011 de 23 de diciembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI No. 749/2011 de 28 de octubre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 18 de enero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que fue notificado el 19 de enero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, notifica a **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** con la presunta infracción incurrida por la entidad de intermediación financiera no bancaria, conforme el siguiente texto:

> "…*En la evaluación de la información reportada por el Fondo a la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC), al 31 de julio de 2011, se evidenció inobservancia a las disposiciones de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en cuanto al exceso de inversiones en el Banco Bisa S.A. y el Banco Unión S.A., que entre los meses de enero y abril de 2011 superaron el 20% de su patrimonio neto, por lo que de conformidad con el artículo 66 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, concordante con el artículo 109 de la Ley N° 1488 antes citada, se NOTIFICA al Fondo Financiero Privado "PRODEM" S.A., en su persona como Gerente General y representante legal de la entidad, por la siguiente presunta contravención:*
>
> - *Al inciso g) del artículo 79 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los bancos Bisa S.A. y Unión S.A. que superan el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.*
>
> *En consecuencia, se le otorga un plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley N° 1488 antes citada, para que remita los descargos o explicaciones correspondientes debidamente documentados*…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 14 de octubre de 2011, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, mediante nota GG-296/2011, presentó los siguientes descargos:

> "...*La cobertura geográfica a nivel nacional que el FFP PRODEM S.A. tiene* (sic), *manejando el flujo de recursos líquidos, es de ciento tres (103) Agencias, y treinta y seis (36) Cajas Externas, lo cual nos obliga a trabajar con mucha eficiencia, determinando de manera inmediata la situación de liquidez de cada una de nuestras unidades de negocios ya referidas, y adicionalmente atender los servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales*

percibimos depósitos que debemos transferir con suma prontitud, a través de las cuentas corrientes que mantenemos en las distintas entidades bancarias de todo el país.

Esta situación y el volumen de operaciones que realizamos principalmente a objeto de dar cumplimiento con lo previsto por el Artículo 330 de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y la política expansiva de cobertura a sectores rurales, y la limitación regulatoria que no nos permite mantener cuentas a la vista, obligándonos a tener que recurrir al servicio de bancos del sistema para el manejo de nuestros flujos de efectivo. Sin embargo, no podemos operar con todos los bancos del sistema que quisiéramos, ya que algunas instituciones del sistema bancario (Banco Nacional de Bolivia S.A. y Banco de Crédito de Bolivia S.A.) nos ha (sic) *cerrado las cuentas, por lo que concentramos nuestras operaciones en las pocas instituciones que todavía nos permiten mantener operaciones a la vista, como son: Banco BISA S.A., Banco Unión S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Económico S.A., y de estas pocas, debemos optar por aquellas que tienen presencia a nivel nacional y que -por su nivel de liquidez- nos permitan transferir de manera inmediata, las cantidades de recursos que debemos remitir diariamente a nuestros clientes destinatarios finales de los dineros percibidos, con el objetivo de cumplir con nuestros clientes y con los mandatos establecidos por ley.*

Adicionalmente, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., nos ha prohibido el realizar depósitos en efectivo en sus agencias, por lo cual solo podemos realizar depósitos en cheques.

La situación anterior, nos ha obligado a concentrar una importante parte de nuestra liquidez, en las pocas instituciones que pueden proporcionar los servicios que requerimos, en particular el Banco Bisa S.A. y Banco Unión S.A., donde se ha presentado el caso que es objeto del presente descargo.

Es así que de la revisión de nuestro Reporte Diario de Liquidez durante los meses comprendidos de Enero a Abril, en algunos días, existieron saldos no asociados a créditos ni inversión de nuestras cuentas en dichas instituciones financieras, que sobrepasaron temporalmente el 20% de nuestro Patrimonio Neto, debido a depósitos recibidos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de impuestos Internos, Recaudaciones de registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros, los cuales deben ser transferidos a nuestra cuenta de encaje legal.

Dichas operaciones se realizan en el transcurso del día laborable, incluyendo las últimas horas de los días, mientras que los bancos con los cuales trabajamos nos reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, razón por la cual después de esta hora no podemos realizar más transferencia aun cuando continuamos recibiendo depósitos por montos considerables

No obstante, en pleno cumplimiento de lo previsto por la normativa financiera, los excesos que puedan presentarse, son transferidos a nuestra cuenta de encaje legal

mantenida en el Banco Central e (sic) *Bolivia, el primer día hábil siguiente y luego a los respectivos destinatarios.*

Ante esta situación, hemos adoptado medidas para facilitar la transferencia de los recursos captados, por lo cual hemos incrementado los límites de las firmas autorizadas. No obstante, las instituciones financieras establecen límites diarios para los débitos, lo cual nos dificulta movilizar con mayor agilidad nuestros recursos.

Como se puede apreciar, las características del hecho fortuito descritas anteriormente, determinan la imposibilidad de subsumir al artículo 79 inciso g) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que el incremento registrado no corresponde a operaciones de créditos ni de inversiones, las cuales, por su naturaleza, obedecen a un proceso de evaluación previa, aplicación de políticas financieras y adopción de la decisión que corresponda, mediante una manifestación de voluntad de transferir recursos bajo la figura de otorgamiento de crédito o colocación de recursos en instrumentos de captación emitidos por el banco destinatario de los fondos.

Por el contrario, en el marco del Principio de Verdad Material que rige la actividad administrativa y regulatoria, se trata únicamente de operaciones de depósitos en nuestras cuentas corrientes, efectuadas por nuestro clientes Estatales (ENTEL, Servicio de Impuestos Nacionales y Aduana Nacional de Bolivia) y privados, que en todos los casos fueron transferidos al siguiente día hábil, por la Oficina Nacional, a la cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de nuestras clientes, a quienes les prestamos servicios de recaudación de sus cobranzas, lo cual denota que los incrementos fueron generados en merito a operaciones realizadas en horas en que los bancos con los cuales operamos, ya no nos reciben instrucciones de débitos.

Cabe aclarar que estas operaciones, circunstancialmente pueden ubicar el saldo, aparentemente por encima de los límites legalmente establecidos, pero no por falta de prudencia o seguimiento nuestro. Al transferirse dichos recursos a la cuenta de encaje legal, los saldos se ubican nuevamente dentro de los límites legales, todo lo cual no implica que se realicen operaciones de crédito y menos inversiones que podrían conllevar a subsumir el hecho en el supuesto previsto en el artículo 79 inciso g) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, situación que debe ser considerada por el Órgano Regulador, toda vez que lo contrario podría afectar negativamente a las operaciones que realizamos en forma usual.

En ese sentido, esas diferencias que sobrepasan los límites legales, que son reparadas en forma inmediata en el día hábil siguiente no están asociadas a voluntad o control nuestro, sino por el contrario son producto del movimiento y demandas propias de nuestras clientes, a quienes resulta imposible restringirles la prestación de servicios financieras, lo cual encarecería la eficiencia del sistema en su totalidad y sería y contrasentido a las actividades que el propio Estado necesita realizar en atención a sus políticas públicas.

En merito a lo expuesto, como se podrá apreciar con absoluta nitidez, el incremento provocado por depósitos de recursos provenientes de las recaudaciones ya citadas,

las cuales son situaciones excepcionales y fortuitas por cuanto aun cuando son realizadas en horas laborables, el hecho de que se realicen en horas de la tarde, nos limita a transferir dichos recursos a nuestras cuentas de encaje legal, y en ningún caso dichas operaciones están asociadas a los conceptos de crédito o inversión, por lo cual no es aplicable la previsión legal contenida en el artículo 79 inciso g) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, razón por la que solicitamos que se de por aclarada la situación explicada en el contenido del presente documento y en todo caso se considere, que si bien nuestra entidad brinda servicios con un espectro al Sector Rural y Estatal, solo tienen el propósito del cumplir con el mandato previsto en el Artículo 330 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Adicionalmente, en virtud de las dificultades operativas anteriormente descritas, las cuales tienden a agravarse, por la negativa de los bancos a prestarnos los servicios de manera normal y restringirnos cada vez más al (sic) *acceso a los servicios por ellos prestados, lo cual nos coloca en el supuesto establecido en la norma, de inexistencia de entidades financieras dispuesta* (sic) *a prestar el servicio, solicitamos, en el marco de lo establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N°1488, de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado), nos sea ampliado el límite establecido en dicha norma...*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 749/2011 DE 28 DE OCTUBRE DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI/N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar al* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.****, con una multa de Bs205,779.70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (630.000 DEG's) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A. que superan el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.*

SEGUNDO.- *La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 del Banco Unión S.A., debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta del depósito realizado.*

TERCERO.- *De conformidad a lo establecido en el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la entidad deberá remitir a esta Autoridad de Supervisión copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas por el Directorio y la Junta de Accionistas, dentro de las 72 horas de efectuado el acto…*"

Tal determinación se fundamenta en los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) define el crédito "es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su

instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".

Que, el artículo 44 de la señalada Ley establece que "una entidad de intermediación financiera bancaria no podrá conceder o mantener créditos con un solo prestatario o grupo prestatario que, en su conjunto, excedan el veinte por ciento (20%) del patrimonio neto de la entidad. Las operaciones contingentes, contragarantizadas a primer requerimiento por Bancos extranjeros de primera línea, según registro de la Superintendencia, podrán alcanzar el límite máximo del treinta porciento (sic) *(30%) del patrimonio neto de la entidad".*

Que, el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) prohíbe a las entidades de intermediación financiera no bancarias: "Conceder créditos a una entidad del sistema financiero por más del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto, con excepción de los casos expresamente autorizados por la Superintendencia en lugares donde no existan suficientes entidades financieras.

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 determina que: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:

2. Multa a la entidad hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo".

Que, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Titulo XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determina un criterio reglado para la imposición de la sanción pecuniaria, estableciendo que las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto (límite del 3% para Fondos Financieras Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito), serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo, y conminadas a regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Órgano Regulador.

Que, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) se establece que: "Son atribuciones de la Superintendencia: (...)

10. Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando estas infrinjan las disposiciones legales".

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe Técnico Legal ASFI/DSR II/R-113535/2011 de 26 de octubre de 2011, la Dirección de Supervisión de Riesgos II, establece que los descargos presentados

por el Gerente General del Fondo no tienden a desvirtuar los cargos notificados por cuanto las justificaciones presentadas por el Fondo demuestran que existen deficiencias de control interno en la gestión de liquidez, que ocasionaron los excesos del límite establecido en el inciso g), artículo 79 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, adicionalmente, tal como lo establece el propio Fondo, este mantiene cuentas corrientes en otras entidades en las cuales de acuerdo con el cuadro que se expone más abajo se evidencia que en los días observados la entidad tenía suficiente margen para desconcentrar sus depósitos.

ENTIDAD	ENERO				FEBRERO				MARZO		ABRIL					
	12	14	18	21	1	7	14	17	11	21	11	20	26	27	29	30
BEC	9%	8%	6%	11%	12%	7%	9%	7%	5%	6%	7%	11%	9%	11%	4%	4%
BGA	0%	0%	0%	0%	0%	3%	3%	7%	14%	7%	12%	8%	9%	9%	8%	8%
BIS	25%	22%	22%	21%	23%	22%	25%	23%	20%	20%	16%	21%	21%	27%	23%	25%
BME	7%	5%	5%	7%	6%	5%	6%	7%	8%	8%	5%	5%	4%	5%	8%	9%
BUN	12%	12%	13%	12%	12%	11%	12%	11%	13%	13%	20%	21%	16%	12%	9%	10%

Que, la infracción cometida por el FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., se encuentra enmarcada en lo dispuesto en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, como parte de la administración de las entidades, conforme lo tiene previsto el artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es obligación de la planta administrativa de la entidad, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, tal el caso de las previsiones del artículo 79 inciso g) del mismo cuerpo normativo que establece la prohibición de las entidades de intermediación financiera no bancarias de conceder créditos a entidades del sistema financiero por encima del 20% de su patrimonio neto, salvo casos expresamente autorizados por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, para la gradación de la sanción a ser impuesta a la entidad, se ha considerado la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, para lo cual, conforme lo dispone la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, se establecen los siguientes elementos concurrentes: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Que, para los efectos de la gradación entre el hecho que genera el proceso sancionatorio y la sanción a ser impuesta se consideran los elementos siguientes:

Tipificación. *Se evidencia el incumplimiento a las disposiciones del inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), toda vez que el FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., habría mantenido inversiones en los Bancos BISA S.A. y Unión S.A. por encima del 20% de su patrimonio neto.*

Calificación. *Bajo el análisis precedente, conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la inobservancia a las disposiciones legales así como a las recomendaciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, circunscriben la conducta del FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., en el ámbito de omisiones graves en contraposición a las omisiones leves que ameritan la sanción de amonestación.*

Gradación. *Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configura una acción por negligencia por parte de la entidad y sus administradores en el diseño y aplicación de su política de inversiones.*

Modulación. *A los efectos de lo dispuesto en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al considerarse que la operativa realizada no reviste perjuicio económico para la entidad ni afecta los intereses de sus clientes, teniendo, en cuenta, además, que la entidad de intermediación financiera no bancaria no ha sido sancionada con anterioridad por idéntica causa, se recomienda la imposición de una sanción mínima consistente en el 20% de los excesos incurridos.*

Que, no obstante lo anterior la imposición de una sanción pecuniaria mínima del veinte por ciento (20%) del exceso de concentración de inversiones determinados en los periodos comprendidos entre los meses de enero y abril de 2011, excedería el límite legal establecido en el artículo 99 numeral 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) del 3% sobre el capital mínimo de las entidades de intermediación financiera.

Que, en ese sentido y aplicando el criterio señalado anteriormente, la sanción impuesta no puede sobrepasar el límite reglado establecido en la normativa regulatoria, correspondiendo aplicar la multa del 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados, de acuerdo a la valoración que se expone en el cuadro siguiente:

ENTIDAD	DÍA	PATRIMONIO NETO BS	LÍMITE 20%	SALDO TOTAL BS	EXCESO BS	20% SOBRE EL MONTO QUE EXCEDE	CAPITAL MÍNIMO FONDOS 630,000 D.E.G.	TIPO DE CAMBIO EN BS POR UNIDAD DE D.E.G	3% SOBRE CAPITAL MÍNIMO
BANCO BISA S.A.	12/01/2011	274.354.639,00	54.870.927,80	67.804.121,03	12.933.193,23	2.586.638,65	6.675.474,96	10,5960	200.264,25
	14/01/2011	278.630.114,00	55.726.022,80	60.632.848,45	4.906.825,65	981.365,13	6.719.809,07	10,6664	201.594,27
	18/01/2011	278.630.114,00	55.726.022,80	62.100.962,95	6.374.940,15	1.274.988,03	6.763.968,29	10,7365	202.919,05
	21/01/2011	278.630.114,00	55.726.022,80	59.009.366,54	3.283.343,74	656.668,75	6.801.044,54	10,7953	204.031,34
	01/02/2011	278.630.114,00	55.726.022,80	63.840.863,35	8.114.840,55	1.622.968,11	6.809.433,62	10,8086	204.283,01
	07/02/2011	278.630.114,00	55.726.022,80	61.990.784,32	6.264.761,52	1.252.952,30	6.816.234,60	10,8194	204.487,04
	14/02/2011	281.071.114,00	56.214.222,80	69.210.526,18	12.996.303,38	2.599.260,68	6.775.428,74	10,7546	203.262,86
	17/02/2011	281.071.114,00	56.214.222,80	64.064.687,48	7.850.464,68	1.570.092,94	6.777.608,54	10,7581	203.328,26
	11/03/2011	281.071.114,00	56.214.222,80	56.286.495,57	72.272,77	14.454,55	6.827.659,02	10,8376	204.829,77

.	21/03/2011	281.857.582,00	56.371.516,40	57.106.844,59	735.328,19	147.065,64	6.893.037,90	10,9413	206.791,14
	20/04/2011	281.811.837,00	56.362.367,40	58.412.061,22	2.049.693,82	409.938,76	6.907.789,98	10,9647	207.233,70
	26/04/2011	281.811.843,00	56.362.368,60	58.376.790,65	2.014.422,05	402.884,41	6.972.032,34	11,0667	209.160,97
	27/04/2011	281.811.844,00	56.362.368,80	75.463.236,70	19.100.867,90	3.820.173,58	6.986.573,69	11,0898	209.597,21
	29/04/2011	281.811.846,00	56.362.369,20	64.899.797,88	8.537.428,68	1.707.485,74	7.030.501,57	11,1595	210.915,05
	30/04/2011	281.811.847,00	56.362.369,40	71.264.920,34	14.902.550,94	2.980.510,19	7.030.501,57	11,1595	210.915,05
BANCO UNIÓN S.A.	11/04/2011	281.857.582,00	56.371.516,40	57.240.670,59	869.154,19	173.830,84	6.913.606,52	10,9740	207.408,20
	20/04/2011	281.811.837,00	56.362.367,40	58.025.592,98	1.663.225,58	332.645,12	6.907.789,98	10,9647	207.233,70
PROMEDIO DEL PERIODO OBSERVADO					6.627.624,53	1.325.524,91	6.859.323,23	10,8878	205.779,70

Que, conforme a los criterios y parámetros descritos en el cuadro anterior, el promedio del 3% del capital mínimo del Fondo, es decir 630,000 Derechos Especiales de Giro (DEG's) en las fechas en las cuales se produjo los incumplimientos detectados asciende a Bs205,779,70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS)…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 20 de noviembre de 2011, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2011 de 28 de octubre de 2011, con los argumentos que se transcriben a continuación:

"…***5. Fundamentación del Descargo***

De la revisión de la resolución se ha podido llegar a evidenciar que la AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO, en la emisión de la sanción, no se ha pronunciado sobre varios aspectos que son de necesaria aplicación a efectos de que el regulador cumpla con la obligación de fundamentación y motivación de su decisión.

Al respecto, se debe tomar en cuenta que la Autoridad Regulatoria, tiene la obligación de fundamentar su decisión, a cuyo efecto solicito respetuosamente se sirva cumplir con la directriz constitucional que se invoca a continuación: La Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007, indica:

> *"Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la* ***fundamentación y motivación de las resoluciones****. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada. En caso de co-procesados, se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan: "(...) el Auto de 2 de septiembre de 2002 por el que se amplía la causa contra los recurrentes, carece de motivación y de elementos de convicción para sustentar la ampliación; por tanto, en una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a*

*través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos, **resoluciones** y sentencias se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso.*

Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por el sumariante y demás autoridades competentes deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo (sic) *motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes, y resulta primordial la individualización".*

De la lectura de la Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007, se afirma que las reglas del debido proceso son aplicables de manera imperativa en materia administrativa regulatoria, motivo por el cual, la regulatoria tiene el deber de garantizar el derecho al debido proceso.

En este sentido, una de las garantías básicas de este derecho constitucional es la motivación o Fundamentación de la Resolución, que según la ratio decidendi emitida por el Tribunal Constitucional a través de las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R, 934/2003, 575/2003 y 222/2001-R, mínimamente debe contener:

- *La especificidad de los hechos objeto del proceso.*
- ***Fundamentación y motivación de las circunstancias y hechos relevantes en torno al hecho que se juzga**.*
- *Descripción y valoración clara de la prueba.*
- *Tipificación legal del hecho*
- *Individualización de cada imputado.*

En el presente caso, los aspectos descritos precedentemente que son imperativos para garantizar el debido proceso, no concurren en la Resolución de la ASFI.

En ese sentido, con el objetivo de subsumir la argumentación anteriormente expuesta, corresponde poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), no se ha pronunciado expresamente sobre los siguientes hechos y circunstancias que son directamente aplicables al caso en particular:

1. *La cobertura geográfica a nivel nacional que el FFP PRODEM S.A. tiene, manejando el flujo de recursos líquidos es de ciento tres (103) Agencias, y treinta y seis (36) Cajas Externas, lo cual nos obliga a trabajar con mucha eficiencia, determinando de manera inmediata la situación de liquidez de cada una de nuestras unidades de negocios ya referidas, y adicionalmente atender los servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales percibimos depósitos que debemos transferir con suma prontitud, a través de las cuentas corrientes que mantenemos en las distintas entidades bancarias en todo el país.*
2. *Esta situación y el volumen de operaciones que realizamos principalmente a*

objeto de dar cumplimiento con lo previsto por el Artículo 330 de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y la política expansiva de cobertura a sectores rurales, y la limitación regulatoria que no nos permite mantener cuentas a la vista, obligándonos a tener que recurrir al servicio de bancos del sistema para el manejo de nuestros flujos de efectivo. Sin embargo, no podemos operar con todos los bancos del sistema que quisiéramos, ya que algunas instituciones del sistema bancario (Banco Nacional de Bolivia S.A. y Banco de Crédito de Bolivia S.A.) nos han cerrado las cuentas, lo cual (sic), *por lo que concentramos nuestras operaciones en las pocas instituciones que todavía nos permiten mantener operaciones a la vista, como son: Banco BISA S.A., Banco Unión S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Económico S.A., y de estas pocas, debemos optar por aquellas que tienen presencia a nivel nacional y que -por su nivel de liquidez- nos permitan transferir de manera inmediata, las cantidades de recursos que debemos remitir diariamente a nuestros clientes destinatarios finales de los dineros percibidos, con el objetivo de cumplir con nuestros clientes y con los mandatos establecidos por ley.*

3. *Adicionalmente, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., nos ha prohibido el realizar depósitos en efectivo en sus agencias, por lo cual solo podemos realizar depósitos en cheques, situación que tampoco ha merecido la consideración de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de los previsto por el artículo 4 inciso d) relativo a Verdad Material, por parte del Regulador.*
4. *La situación anterior, nos ha obligado a concentrar una importante parte de nuestra liquidez, en las pocas instituciones que pueden proporcionar los servicios que requerimos, en particular el Banco Bisa S.A. y Banco Unión S.A., donde se ha presentado el caso que es objeto del presente descargo.*
5. *Es así que de la revisión de nuestro Reporte Diario de Liquidez durante los meses comprendidos de Enero a Abril, en algunos días, existieron saldos no asociados a créditos ni inversión de nuestras cuentas en dichas instituciones financieras, que sobrepasaron temporalmente el 20% de nuestro Patrimonio Neto, debido a depósitos recibidos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de impuestos Internos, Recaudaciones de registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros los cuales deben ser transferidos a nuestra cuenta de encaje legal.*
6. *Dichas operaciones se realizan en el transcurso del día laborable, incluyendo las últimas horas de los días, mientras que los bancos con los cuales trabajamos nos reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, razón por la cual después de esta hora no podemos realizar más transferencia aun cuando continuamos recibiendo depósitos por montos considerables*
7. *No obstante, en pleno cumplimiento de lo previsto por la normativa financiera, los excesos que puedan presentarse, son transferidos a nuestra cuenta de encaje legal mantenida en el Banco Central e* (sic) *Bolivia, el primer día hábil siguiente y luego a los respectivos destinatarios.*
8. *Ante esta situación, hemos adoptado medidas para facilitar la transferencia de los recursos captados, por lo cual hemos incrementado los límites de las firmas autorizadas. No obstante, las instituciones financieras establecen límites diarios para los débitos, lo cual nos dificulta movilizar con mayor agilidad nuestros recursos.*

9. *Como se puede apreciar, las características del hecho fortuito descritas anteriormente, determinan la imposibilidad de subsumir al artículo 79 inciso g) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que el incremento registrado no corresponde a operaciones de créditos ni de inversiones, las cuales, por su naturaleza, obedecen a un proceso de evaluación previa, aplicación de políticas financieras y adopción de la decisión que corresponda, mediante una manifestación de voluntad de transferir recursos bajo la figura de otorgamiento de crédito o colocación de recursos en instrumentos de captación emitidos por el banco destinatario de los fondos.*

Por el contrario, en el marco del Principio de Verdad Material que rige la actividad administrativa y regulatoria, se trata únicamente de operaciones de depósitos en nuestras cuentas corrientes, efectuadas por nuestro clientes Estatales (ENTEL, Servicio de Impuestos Nacionales y Aduana Nacional de Bolivia) y privados, que en todos los casos fueron transferidos al siguiente día hábil, por la Oficina Nacional, a la cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de nuestros clientes, a quienes les prestamos servicios de recaudación de sus cobranzas, lo cual denota que los incrementos fueron generados en mérito a operaciones realizadas en horas en que los bancos con los cuales operamos, ya no nos reciben instrucciones de débitos.

Cabe aclarar que estas operaciones, circunstancialmente pueden ubicar el saldo, aparentemente por encima de los límites legalmente establecidos, producto de una aparente falta de prudencia o seguimiento nuestro y al transferirse dichos recursos a la cuenta de encaje legal, los saldos se ubican nuevamente dentro de los límites legales, todo lo cual no implica que se realicen operaciones de crédito y menos inversiones que podrían conllevar a subsumir el hecho en el supuesto previsto en el artículo 79 inciso g) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, situación que debe ser considerada por el Órgano Regulador, toda vez que lo contrario podría afectar negativamente a las operaciones que realizamos en forma usual.

Petitorio

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46, 47 y 48 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar Totalmente la Resolución ASFI N° 749/2011 del 28 de octubre de 2011 por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A. que superan el 20% del Patrimonio neto del Fondo, por los motivos y argumentos expuesta en la presente revocatoria.*
2. *En mérito a lo previsto en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento, se pronuncie sobre cada punto el particular expuesto en el contenido del presente recurso, y no se limite a la **exposición de un cuadro histórico**. **(Pág. 4 de 7 de la Resolución Nro. ASFI 749/2011)** como base para el establecimiento de la sanción.*
3. *Siendo que la ASFI, ha admitido la existencia de que se trata de una **"Deficiencia de Control Interno"** y ante la ausencia total de premeditación o dolo en las actividades de la entidad regulada, considere la imposición de una*

recomendación con carácter previo a la sanción pecuniaria.

4. *A los efectos legales que en Derecho nos correspondan, solicito se nos extienda una copia del Informe Técnico Legal ASFI/DSR II/R-113535/2011 de 26 de octubre de 2011, la Dirección de Supervisión de Riesgos II…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 834/2011 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 de 23 de diciembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI No. 749/2011 de 28 de octubre de 2011.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis del Informe ASFI/DSR II/R-131843/2011 de 7 de diciembre de 2011, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos II, éste considera que la Resolución ASFI Nº 749/2011 de 28 de octubre de 2011 contiene, todos los aspectos contenidos en la nota del Fondo GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011 y ahora mencionados en el Recurso de Revocatoria, de acuerdo al siguiente análisis:

"De acuerdo con la información reportada por el Fondo, se estableció que la entidad ha incumplido lo señalado en el inciso g), del artículo 79, de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al mantener inversiones en el Banco BISA S.A. y Banco Unión S.A. que exceden el 20% de su Patrimonio Neto, en diferentes meses de acuerdo al siguiente detalle:

BANCO BISA S.A.

MES	DÍA	PATRIMONIO NETO BS	LÍMITE 20%	SALDO TOTAL BS	%	EXCESO BS
ENERO	12	274.354.639,00	54.870.927,80	67.804.121,03	24,71%	12.933.193,23
	14	278.630.114,00	55.726.022,80	60.632.848,45	21,76%	4.906.825,65
	18	278.630.114,00	55.726.022,80	62.100.962,95	22,29%	6.374.940,15
	21	278.630.114,00	55.726.022,80	59.009.366,54	21,18%	3.283.343,74
FEBRERO	1	278.630.114,00	55.726.022,80	63.840.863,35	22,91%	8.114.840,55
	7	278.630.114,00	55.726.022,80	61.990.784,32	22,25%	6.264.761,52
	14	281.071.114,00	56.214.222,80	69.210.526,18	24,62%	12.996.303,38
	17	281.071.114,00	56.214.222,80	64.064.687,48	22,79%	7.850.464,68
MARZO	11	281.071.114,00	56.214.222,80	56.286.495,57	20,03%	72.272,77
	21	281.857.582,00	56.371.516,40	57.106.844,59	20,26%	735.328,19
ABRIL	20	281.811.837,00	56.362.367,40	58.412.061,22	20,73%	2.049.693,82
	26	281.811.843,00	56.362.368,60	58.376.790,65	20,71%	2.014.422,05
	27	281.811.844,00	56.362.368,80	75.463.236,70	26,78%	19.100.867,90
	29	281.811.846,00	56.362.369,20	64.899.797,88	23,03%	8.537.428,68
	30	281.811.847,00	56.362.369,40	71.264.920,34	25,29%	14.902.550,94

BANCO UNIÓN S.A.

MES	DÍA	PATRIMONIO NETO BS	LÍMITE 20%	SALDO TOTAL BS	%	EXCESO BS
ABRIL	11	281.857.582,00	56.371.516,40	57.240.670,59	20,31%	869.154,19
	20	281.811.837,00	56.362.367,40	58.025.592,98	20,59%	1.663.225,58

Al respecto, el Fondo con nota GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011 informó que los excesos observados entre enero y abril de 2011, corresponden a depósitos realizados a las cuentas corrientes que el Fondo mantiene por Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores, Entel, abono de Regalías Mineras y otros, que no son atribuidos a crédito ni inversión.

Sin embargo, dicha aseveración difiere con lo establecido en las definiciones contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N"1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), donde crédito "Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".

Asimismo, tal como lo establece el Fondo, mantiene cuentas corrientes en otras entidades en las cuales de acuerdo con el siguiente cuadro se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.

ENTIDAD	ENERO				FEBRERO				MARZO		ABRIL					
	12	14	18	21	1	7	14	17	11	21	11	20	26	27	29	30
BEC	9%	8%	6%	11%	12%	7%	9%	7%	5%	6%	7%	11%	9%	11%	4%	4%
BGA	0%	0%	0%	0%	0%	3%	3%	7%	14%	7%	12%	8%	9%	9%	8%	8%
BIS	25%	22%	22%	21%	23%	22%	25%	23%	20%	20%	16%	21%	21%	27%	23%	25%
BME	7%	5%	5%	7%	6%	5%	6%	7%	8%	8%	5%	5%	4%	5%	8%	9%
BUN	12%	12%	13%	12%	12%	11%	12%	11%	13%	13%	20%	21%	16%	12%	9%	10%

Cabe aclarar que en el análisis de dicho cuadro se ha considerado lo mencionado en los párrafos 2 y 3 del Recurso de Revocatoria, en relación a que el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito de Bolivia S.A. han cerrado las cuentas del Fondo y que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha prohibido al mismo realizar depósitos en efectivo en sus agencias. Adicionalmente, el cuadro muestra que el Fondo mantiene cuentas corrientes en otras entidades diferentes a las mencionadas como son el Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Unión S.A en los cuales se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.

De la misma manera, el cuadro muestra que en el mes de abril existieron excesos en dos días consecutivos, en dos oportunidades (del 26 al 27 y del 29 al 30 de abril de 2011), lo cual no se relaciona con la justificación realizada por el Fondo en la que menciona que en ***todos*** *los casos los depósitos en sus cuentas corrientes efectuados por sus clientes Estatales y privados* ***fueron trasferidos al siguiente día hábil*** *por la Oficina Nacional a la cuenta Encaje Legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes, situación que demuestra que los incrementos generados atienden a una falta de control en el manejo de liquidez.*

Por otra parte, los argumentos vertidos en los párrafos 1 y 6 del Recurso de Revocatoria, relacionados al manejo del flujo de recursos líquidos que realiza el Fondo por la cobertura geográfica que mantiene de 103 agencias y 36 Cajas Externas y a que los bancos con los cuales trabaja el Fondo reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, fueron considerados al determinar que el control en el manejo de liquidez es deficiente, debido a que el mismo Fondo menciona que como acción correctiva para facilitar la transferencia de recursos captados ha incrementado los límites de las firmas autorizadas, evidenciándose además que a partir de dicha modificación hasta la fecha de emisión de la resolución el límite se encontraba adecuado.

En consecuencia, las justificaciones presentadas por el Fondo demostraron que existe falta de control en el manejo de liquidez, aspecto que ocasionó los excesos del límite establecido en el inciso g), artículo 79 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)".

CONSIDERANDO:

Que, los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases, para el desarrollo del procedimiento, orientadas a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, el artículo 4 de la citada Ley, en el inciso a) reconoce el Principio Fundamental, por el cual el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad.

*Que, en ese marco, corresponde ingresar al argumento que subsume los supuestos agravios expresados en el recurso de revocatoria planteado por Fondo Financiero Privado PRODEM S.A., el mismo que se centra en la supuesta concurrencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor por lo que, corresponde a esta instancia revisar si los hechos y circunstancias alegados por el Fondo Financiero PRODEM S.A. como causa del incumplimiento de los límites a los que se encuentra sujeto, responden a un motivo de **fuerza mayor**, como elemento de liberación de la obligación de cumplir.*

Que, en este sentido, Julien Bonnecase en su Tratado Elemental de Derecho Civil, Volumen 2, pág. 837 define la fuerza mayor como "el acontecimiento que hace imposible el cumplimiento de la obligación. Constituye, dice, un obstáculo absoluto para el cumplimiento". Agrega el autor que: "... nos encontraremos ante una imposibilidad absoluta, si los otros obligados, colocados en una situación análoga, no pueden cumplir sus obligaciones por el mismo acontecimiento. Si alguno de ellos, por el contrario, cumple las suyas, nos encontraremos ante una imposibilidad relativa; y al mismo tiempo fuera del dominio de la fuerza mayor".

*Que, en este sentido, el autor explica que, el **primer elemento que configura la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta para cumplir**; toda vez que la fuerza mayor es impotente por sí*

misma para producir el efecto liberatorio, si no va acompañada de una condición, negativa y externa cual es la ausencia de culpa del obligado. Dicho en otros términos, cuando el origen de la imposibilidad de cumplir es el dolo, la negligencia o imprudencia, la culpa neutraliza el obstáculo, y el obligado permanece siendo responsable.

*El **segundo elemento lo configura la imprevisibilidad**; lo que significa que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Contrariamente si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, no se estructura el elemento imprevisible.*

*El **tercer elemento**, conforme concluye Julien Bonnecase, está en que el hecho sea **irresistible**; o sea, que la persona no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.*

Que, todos los elementos integrantes de la fuerza mayor antes transcritos, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si los hechos y circunstancias alegadas ciertamente revisten el carácter de imprevisibles, pero se las puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistibles pueden preverse.

Que, los hechos y circunstancias alegadas no pueden calificarse de fuerza mayor por la sola existencia de uno de sus requisitos, o cuando la circunstancia para su realización sea más difícil o más onerosa que lo previsto inicialmente

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por el Fondo Financiero Privado PRODEM S.A., se establece lo siguiente:

a) El FFP PRODEM, de acuerdo a la información reportada, sobrepasó el límite de inversión del 20% del patrimonio debido al crecimiento del volumen de sus operaciones en el marco de la política expansiva de cobertura hacia sectores rurales.
b) Los fondos provenientes de los servicios de recaudación de pagos que provee el Fondo a numerosas instituciones públicas y privadas, sumados a los depósitos recibidos por concepto de recaudaciones aduaneras, impuestos internos, registro único automotor, ENTEL, abono por regalías mineras y otros, los cuales debían ser transferidos a su cuenta de encaje legal en el Banco Central de Bolivia y luego a los respectivos destinatarios, fueron los que originaron la existencia de saldos no asociados a créditos ni inversión que sobrepasaron temporalmente el 20% del Patrimonio Neto de la entidad.
c) Según lo expuesto por PRODEM, los Bancos Nacional S.A. y de Crédito S.A. han procedido a cerrar sus cuentas, obligándolos a concentrar sus operaciones en las pocas instituciones que todavía le permiten tener operaciones a la vista como lo son los Bancos Económico S.A., Unión S.A., BISA S.A. y Ganadero S.A. Sin embargo, el Banco Mercantil S.A. prohibió al Fondo realizar depósitos en efectivo en sus agencias, (situación que tampoco habría sido considerado por el supervisor).

d) Las operaciones por depósitos y recaudaciones se efectúan hasta la última hora del día, sin embargo, los bancos con los cuales trabaja, reciben cartas de transferencia hasta las 12:00 p.m., razón por la cual a partir de esa hora se vería imposibilitado de realizar transferencias aun cuando continúe recibiendo depósitos por montos considerables.

Que, en aplicación de los supuestos que configuran las observaciones interpuestas por FFP PRODEM S.A. de caso fortuito o fuerza mayor, debemos señalar lo siguiente:

a) El recurrente pudo prevenir y evitar el incumplimiento imputado a través de una gestión oportuna en el manejo de su liquidez, hecho que se confirma cuando la entidad en su recurso arguye que el Fondo como acción correctiva para facilitar la transferencia de recursos captados ha incrementado los límites de las firmas autorizadas, evidenciándose además que a partir de dicha modificación hasta la fecha de emisión de la resolución recurrida, el límite se encontraba adecuado.
b) En el caso de los incisos b) y c), se establece claramente que el Fondo más que en un caso de fuerza mayor o hecho fortuito incurrió en negligencia, por cuanto según el análisis técnico efectuado la entidad mantenía cuentas corrientes en otras entidades diferentes a las mencionadas como Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Unión S.A en los cuales se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.
c) La entidad recurrente no previó, para este caso, la instructiva de las entidades con las que trabaja de no recibir más transferencias después de las 12:00 p.m. aspecto que no ingresa dentro de lo que puede ser considerado como imprevisible, irresistible e imposible.

CONSIDERANDO:

Que, la ex Superintendencia General del SIREFI, sobre el punto de referencia establecida en la Resolución SG-SIREFI /RJ/11/2004 de 2 de agosto de 2004, en el punto II.2) Elementos configurativos del incumplimiento por imposibilidad, señala:

> *"El incumplimiento es un hecho negativo que se da cuando el contenido de una determinada obligación legal no se realiza de acuerdo a lo establecido en las normas que rigen alguna materia, ello configura una violación al derecho positivo que puede ser apreciada en distintas categorías y produce efectos jurídicos diferentes de acuerdo a las circunstancias y a la propia conducta del que infringe una disposición.*
>
> *Es así, que puede suceder que el obligado a cumplir determinada obligación legal incumpla la misma sin que haya mediado culpa o dolo de su parte, es decir, que el incumplimiento le sea impuesto por un hecho ajeno a él. En este caso queda liberado de cumplir con la obligación legal mientras se mantengan los supuestos que determinaron la imposibilidad de cumplimiento de la obligación.*
>
> *El Tratadista Messineo explica que el caso fortuito y la fuerza mayor, como causales que justifican un incumplimiento, deben concebirse como peculiares*

hechos positivos que, en determinadas y taxativas circunstancias se exigen a los fines de la exoneración de la responsabilidad por incumplimiento".

Que, en relación a la supuesta falta de tipicidad que el recurrente alega en su memorial argumentando que los incrementos registrados no corresponderían a operaciones de crédito ni de inversiones las cuales por su naturaleza obedecerían a un proceso distinto y que en el caso concreto se tratarían simplemente de operaciones de depósitos, debe considerarse el principio de convalidación según el cual, la entidad ha reconocido y se ha sometido al cumplimiento de este límite cuya naturaleza ahora pretende controvertir bajo un matiz jurídico de tipicidad que tampoco alcanza para atender los argumentos planteados por cuanto la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) reconoce al concepto de crédito un sentido amplio que no se limita a la sola instrumentación formal de un contrato de crédito como quiere entender a conveniencia el recurrente, sino a "todo activo de riesgo", cualquiera sea la forma de su instrumentación, en este caso depósito o inversión.

Con fundamento en lo antes expresado corresponde que en uso de la facultad de las reglas de la sana crítica, respecto a la apreciación de las cuestiones sometidas a su conocimiento, concluir que en el presente caso no se han dado de manera concurrente todos los elementos que permitan determinar que el hecho o suceso alegado por el recurrente, constituye una causal de caso fortuito o fuerza mayor a efectos de dar curso a la exoneración de responsabilidad y tener por admitido el recurso de revocatoria...."

6. RECURSO JERARQUICO.-

Que, en fecha 10 de enero de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 de 23 de diciembre de 2012, con los siguientes fundamentos:

"… ***4. Fundamentación jurídica del Recurso Jerárquico.***

4.1. Imprecisiones técnico jurídicas de la Resolución ASFI/Nro.834/2011 del 30 de diciembre de 2011.

4.2. Reitera Falta de Fundamentación y precisión jurídica en los argumentos expuestos en primera instancia

De la revisión de la resolución se ha podido llegar a evidenciar que la AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI), al momento de ratificar la decisión adoptada por Resolución ASFI Nro. 749/2011 del28 (sic) *de octubre de 2011, no se ha pronunciado sobre varios aspectos que son de necesaria aplicación a efectos de que el regulador cumpla con la obligación de fundamentación y motivación de su decisión, condición legal que no se ha cumplido en total contravención de lo dispuesto por el artículo 28 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:*

ARTÍCULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;

c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.; (sic)
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico

Sobre el particular, resulta imperioso para la autoridad jerárquica que advierta con nitidez que la ASFI, tenía la obligación de fundamentar su decisión, a cuyo efecto se invocó la jurisprudencia constitucional que se poner nuevamente a consideración dentro de la instancia de fin de vía administrativa:

La Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007, indica:

> *"Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la **fundamentación y motivación de las resoluciones**. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada. En caso de co-procesados, se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan: "[...] el Auto de 2 de septiembre de 2002 por el que se amplía la causa contra los recurrentes, carece de motivación y de elementos de convicción para sustentar la ampliación; por tanto, en una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisible las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala "la motivación de los autos, **resoluciones** y sentencias se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso.*
>
> *Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por el sumariante y demás autoridades competentes deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes, y resulta primordial la individualización".*

De la lectura de la Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 02 de octubre de 2007, se afirmar (sic) *que las reglas del debido proceso son aplicables de manera imperativa en materia administrativa regulatoria, motivo por el cual, la regulatoria tiene el deber de garantizar el derecho al debido proceso.*

En este sentido, una de las garantías básicas de este derecho constitucional es la motivación o Fundamentación de la Resolución, que según la ratio decidendi emitida por el Tribunal

Constitucional a través de las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R, 934/2003, 575/2003 y 222/2001-R, mínimamente debe contener:

- *La especificidad de los hechos objeto del proceso.*
- ***Fundamentación y motivación de las circunstancias y hechos relevantes en torno al hecho que se juzga**.*
- *Descripción y valoración clara de la prueba.*
- *Tipificación legal del hecho*
- *Individualización de cada imputado.*

En el presente caso, los aspectos descritos precedentemente que son imperativos para garantizar el debido proceso, no concurren en la Resolución de la ASFI Nro. 834/2011 del 30 de diciembre de 2011, la cual incurre en una serie de omisiones jurídicas respecto a situaciones concretas que favorecen a la entidad regulada.

*En ese sentido, con el objetivo que se proceda a un nuevo análisis sobre estos argumentos, corresponde poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), se ha pronunciado sólo en forma **enunciativa**, pero **no en el fondo** sobre los siguientes aspectos técnico legales, los cuales estaba en el deber de analizar en atención al Principio de Proceso Administrativo denominado VERDAD MATERIAL.*

1. *Se manifestó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que la cobertura geográfica a nivel nacional que el FFP PRODEM S.A. maneja y administra el flujo de recursos líquidos es de ciento tres (103) Agencias, y treinta y seis (36) Cajas Externas, lo cual nos obliga a trabajar con mucha eficiencia, determinando de manera inmediata la situación de liquidez de cada una de nuestras unidades de negocios ya referidas, y adicionalmente atender los servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales percibimos depósitos que debemos transferir con suma prontitud, a través de las cuentas corrientes que mantenemos en las distintas entidades bancarias en todo el país. Al respecto la Resolución ASFI Nro. 834/2011 del 30 de diciembre de 2011, se limita a manifestar únicamente que nuestros controles son "ineficientes" **(Pág. 4 Res. 834/2011)**, y omite realizar un mínimo análisis sobre la dimensión de lo que implica la administración de todos estos recursos, sin mencionar por supuesto que nuestra entidad es la única que responde ciertamente al mandato constitucional de la bancarización a niveles rurales. Asimismo la fundamentación incompleta del Regulador se limita a invocar la carta Nro. GG/296/2011 del 14 del 14* (sic) *de octubre de 2011, donde comunicamos la implementación de mecanismos más eficientes de control a través de la asignación de firmas autorizadas, la cual ha sido concebido* (sic) *a criterio del regulador como "confesión" que ahora es utilizada en nuestra contra, aspecto legal que de ninguna forma es concebible en el marco de las Presunciones de Buena Fe de la prácticas administrativas en el Sector Financiero.*

Lo cierto es que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en esta parte de su decisión, no aportó ningún elemento de análisis o revisión de la dimensión que implica la administración de 103 agencias y 36 agencias externas, lo cual es evidentemente contravencional a lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, relativa a la PROPORCIONALIDAD de la verificación de hechos en Sede Administrativa, por lo cual corresponde a la Autoridad Jerárquica, proceda a la revisión de este aspecto importante en el marco de la Sana Crítica y el Prudente Arbitrio.

2. *Esta situación y el volumen de operaciones que realizamos principalmente a objeto de dar cumplimiento con lo previsto por el Artículo 330 de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y la política expansiva de cobertura a sectores rurales, y la limitación regulatoria que no nos permite mantener cuentas a la vista, obligándonos a tener que recurrir al servicio de bancos del sistema para el manejo de nuestros flujos de efectivo. Sin embargo, no podemos operar con todos los bancos del sistema que quisiéramos, ya que algunas instituciones del sistema bancario (Banco Nacional de Bolivia S.A. y Banco de Crédito de Bolivia S.A.) nos han cerrado las cuentas, lo cual, por lo que concentramos nuestras operaciones en las pocas instituciones que todavía nos permiten mantener operaciones a la vista, como son: Banco BISA S.A., Banco Unión S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Económico S.A., y de éstas pocas, debemos optar por aquellas que tienen presencia a nivel nacional y que -por su nivel de liquidez- nos permitan transferir de manera inmediata, las cantidades de recursos que debemos remitir diariamente a nuestros clientes destinatarios finales de los dineros percibidos, con el objetivo de cumplir con nuestros clientes y con los mandatos establecidos por ley.*

   Respecto a este argumento, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se limitó simplemente a manifestar que el Banco Mercantil Santa Cruz, también prohibió el (sic) *Fondo, el realizar los pagos a la vista. En esta parte, en el marco del deber de fundamentación que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, correspondía que por el artículo 4 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo (Principio de Buena Fe y Deber de Cooperación), nos indique cual era la forma correcta de operar, toda vez que dada la imposibilidad material que nosotros tenemos, al estar limitados por otras entidades financieras, no tenemos mayores alternativas que trabajar con los instrumentos y entidades que se encuentran a nuestro alcance, situación que no mereció ningún análisis por parte de los servidores públicos de la entidad reguladora del Sistema Financiero.*

3. *Lo manifestado anteriormente que no es considerado en la Resolución 834/2011 del 30 de diciembre de 2011 por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es que nos ha obligado a concentrar una importante parte de nuestra liquidez, en las pocas instituciones que pueden proporcionar los servicios que requerimos, en particular el Banco Bisa S.A. y Banco Unión S.A., donde se ha presentado el caso que es objeto del presente descargo.*

   En ese sentido, de la revisión del pronunciamiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al margen de parapetarse en una decisión absolutamente desproporcionada, no ofrece ningún elemento que tienda a explicar a la entidad

regulada, cual es la forma de administrar estos recursos y este hecho en particular sin el riesgo inminente de sobrepasar el límite legal.

4. *En vía jerárquica corresponderá que se revise de nuestro Reporte Diario de Liquidez durante los meses comprendidos de Enero a Abril, el* (sic) *algunos días, ,* (sic) *existieron saldos no asociados a créditos ni inversión de nuestras cuentas en dichas instituciones financieras, que sobrepasaron temporalmente el 20% de nuestro Patrimonio Neto, debido a depósitos recibidos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de impuestos Internos, Recaudaciones de registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros los cuales deben ser transferidos a nuestra cuenta de encaje legal.*
5. *Dichas operaciones se realizan en el transcurso del día laborable, incluyendo las últimas horas de los días, mientras que los bancos con los cuales trabajamos nos reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 p.m., razón por la cual después de esta hora no podemos realizar más transferencia aun cuando continuamos recibiendo depósitos por montos considerables. No obstante, en pleno cumplimiento de lo previsto por la normativa financiera, los excesos que puedan presentarse, son transferidos a nuestra cuenta de encaje legal mantenida en el Banco Central e* (sic) *Bolivia, el primer día hábil siguiente y luego a los respectivos destinatarios.*
6. *Como se puede apreciar, las características del hecho fortuito descritas anteriormente, determinan la imposibilidad de subsumir al artículo 79 inciso g) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que el incremento registrado no corresponde a operaciones de créditos ni de inversiones, las cuales, por su naturaleza, obedecen a un proceso de evaluación previa, aplicación de políticas financieras y adopción de la decisión que corresponda, mediante una manifestación de voluntad de transferir recursos bajo la figura de otorgamiento de crédito o colocación de recursos en instrumentos de captación emitidos por el banco destinatario de los fondos.*

De lo expuesto se revela que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a (sic) *emitido una decisión en forma incompleta alejada del Principio de Verdad Material que rige la actividad administrativa y regulatoria, donde los montos que precipitan el flujo de caja y los incrementos en los depósitos se tratan únicamente de operaciones de depósitos en nuestras cuentas corrientes, efectuadas por nuestro clientes Estatales (ENTEL, Servicio de Impuestos Nacionales y Aduana Nacional de Bolivia) y privados, que en todos los casos fueron transferidos al siguiente día hábil, por la Oficina Nacional, a la cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de nuestros clientes, a quienes les prestamos servicios de recaudación de sus cobranzas, lo cual denota que los incrementos fueron generados en mérito a operaciones realizadas en horas en que los bancos con los cuales operamos, ya no nos reciben instrucciones de débitos.*

En todo caso, corresponderá al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el retomar el análisis que no fue realizado en la instancia de Revocatoria y por justicia administrativa revocar la exorbitante decisión asumida en la Resolución Nro. 834/2011 del 30 de diciembre de 2011.

***5. Petitorio*.**

Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de la ley, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 66, 67 y 68 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y concordante con los artículos 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Una vez admitido el Recurso se proceda a Revocar Totalmente en el Fondo la Resolución ASFI N° 834/2011 del 28 de diciembre de 2011 en la que ratifica la Resolución ASFI N° 749/2011 del 28 de octubre de 2011 y la presunta contravención a lo previsto por el artículo 79 inciso g) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras.*
2. *Debido a la falta de pronunciamiento por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, reitera los argumentos expuestos en la primera instancia administrativa y que son reiterados y ratificados en el presente Recurso Jerárquico.*
3. *En atención a lo previsto por el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, y frente a posible y eventual contencioso administrativo, solicito me extiendan copias legalizadas del Informe ASFI/DSRII/R-131843/2011 de 7 de diciembre de 2011, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos 11* (sic) *, el Informe Legal ASFI/DAJ/R-134695/2011 de 14 de diciembre de 2011, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*
4. *Considerando el deber de transparencia que tienen las Autoridades Jerárquicas, conforme lo establece el artículo 5 inciso a) del Reglamento de Responsabilidad por la Función Pública, aprobado por Decreto Supremo Nro. 23318-A y modificado por los Decretos Supremos Nros. 26237, 23319, 28003, 28010, 29536 y 29820, solicito su pronunciamiento expreso y fundamentado sobre cada uno de los puntos enunciados en el contenido del presente documento…*"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTE.-

Conforme se rescata de la nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, "*En la evaluación de la información reportada por el Fondo* (**FONDO FINANCIERO PRIVADO**

PRODEM S.A.) *a la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC), al 31 de julio de 2011, se evidenció inobservancia a las disposiciones de la Ley Nº 1488* (…), *en cuanto al exceso de inversiones en el Banco Bisa S.A. y el Banco Unión S.A., que entre los meses de enero y abril de 2011 superaron el 20% de su patrimonio neto*".

Tal conducta determinó la imposición del -único- Cargo, por contravención al artículo 79º, inciso g), de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financiera (Texto Ordenado), al considerar el ente regulador que **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** mantuvo entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los bancos señalados, exceso que supera el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.

El merituado artículo 79º, inciso g), de la Ley Nº 1488, que se señala infringido, establece:

> "…*Artículo 79.- Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones:* (…)
>
> *g) Conceder créditos a una entidad del sistema financiero por más del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto, con excepción de los casos expresamente autorizados por la Superintendencia en lugares donde no existan suficientes entidades financieras*…"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De la revisión atenta del Recurso Jerárquico presentado por **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** en fecha 10 de enero de 2012, se establece que su numeral 4., con el título de "***Fundamentación jurídica del Recurso Jerárquico***", lleva **un único** subtítulo ("***4.1. Imprecisiones técnico jurídicas de la Resolución ASFI/Nro.834/2011 del 30 de diciembre de 2011***"), el que a su vez tiene **un sólo** acápite ("***4.2 Reitera Falta de Fundamentación y precisión jurídica en los argumentos expuestos en primera instancia***").

Consiguientemente y toda vez que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limita "*a las pretensiones formuladas por el recurrente*" (Art. 63º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo), conforme al Recurso Jerárquico, la controversia presente está referida a que:

> "…*los aspectos descritos precedentemente* (se refiere al **deber de fundamentación y motivación de las circunstancias y hechos relevantes en torno al hecho que se juzga**, conforme al artículo 28º, inciso e), de la Ley Nº 2341) *que son imperativos para garantizar el debido proceso,* ***no concurren en la Resolución de la ASFI Nro. 834/2011 del 30 de diciembre de 2011****, la cual incurre en una serie de omisiones jurídicas respecto a situaciones concretas que favorecen a la entidad regulada* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> *En ese sentido, con el objetivo que se proceda a un nuevo análisis sobre estos argumentos, corresponde poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) se ha pronunciado sólo en forma* ***enunciativa****, pero* ***no en el fondo*** *sobre los siguientes aspectos técnico legales, los cuales estaba en el deber de*

analizar en atención al principio de Proceso Administrativo denominado VERDAD MATERIAL (…)

(En el Petitorio) 2. *Debido a la falta de pronunciamiento por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, reitera los argumentos expuestos en la primera instancia administrativa y que son reiterados y ratificados en el presente Recurso Jerárquico*…"

Obviamente, toda vez que la mencionada -y ahora recurrida- Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI No. 749/2011, la acusada falta de fundamentación y motivación debió producirse en relación al Recurso de Revocatoria mencionado, es decir, que las pretensiones del mismo no han sido debidamente fundamentadas y motivadas (razón que motiva el Recurso Jerárquico presente).

Entonces, revisado el Recurso de Revocatoria que fuera interpuesto por **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** en fecha 28 de noviembre de 2011, se establece que el mismo hace similar alegato a la falta de fundamentación, con referencia a nueve puntos en concreto, y a saber:

1. La cobertura geográfica a nivel nacional de **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**
2. Su volumen de operaciones, su política expansiva de cobertura a sectores rurales, la limitación regulatoria referida a no serles permitido mantener cuentas a la vista, y la concentración de sus operaciones en instituciones que les permiten operaciones a la vista, que tiene presencia a nivel nacional y que por su nivel de liquidez les permiten transferencias inmediatas.
3. La prohibición del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. de realizar depósitos en efectivo, por lo cual solo podrían realizar depósitos en cheques.
4. La concentración de parte de su liquidez en las "*pocas instituciones que pueden proporcionar los servicios que requerimos*".
5. La existencia de saldos no asociados ni a créditos ni a inversión, por resultar de depósitos recibidos por concepto de recaudaciones varias (aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores y ENTEL) y abonos de regalías mineras a ser transferidos a su cuenta de encaje legal.
6. La realización de operaciones en el transcurso del día laborable, incluyendo últimas horas, lo que no sucede con los bancos con los que trabajan, no pudiendo por ello realizar más transferencias.
7. No obstante, la transferencia de excesos a su cuenta de encaje legal, y después a los respectivos destinatarios, el primer día hábil siguiente.
8. La adopción de medidas para facilitar la transferencia de las captaciones, no obstante que las instituciones financieras establecen límites diarios para los débitos.
9. "*Como se puede apreciar*" (entonces, en relación a los ocho numerales precedentes), la imposibilidad de subsumir las características "***del hecho fortuito descritas anteriormente***" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) al artículo 79°, inciso g), de la Ley N° 1488.

Por su parte, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 834 interpuesto en fecha 10 de enero de 2012, se limita a seis numerales, con respecto a los cuales -conforme a lo recurrido- no existiría fundamentación o motivación; estos numerales están referidos a:

1. Su cobertura geográfica a nivel nacional.
2. Su volumen de operaciones, su política expansiva de cobertura a sectores rurales, la limitación regulatoria referida a no serles permitido mantener cuentas a la vista, la concentración de sus operaciones en instituciones que les permiten operaciones a la vista, que tiene presencia a nivel nacional y que por su nivel de liquidez les permiten transferencias inmediatas, y la prohibición del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. de realizar depósitos en efectivo, por lo cual solo podrían realizar depósitos en cheques (en el recurso precedente, esto último importa un numeral separado).
3. La concentración de parte de su liquidez en las "*pocas instituciones que pueden proporcionar los servicios que requerimos*".
4. La existencia de saldos no asociados ni a créditos ni a inversión, por resultar de depósitos recibidos por concepto de recaudaciones varias (aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores y ENTEL) y abonos de regalías mineras a ser transferidos a su cuenta de encaje legal.
5. La realización de operaciones en el transcurso del día laborable, incluyendo últimas horas, lo que no sucede con los bancos con los que trabajan, no pudiendo por ello realizar más transferencias, y la transferencia de excesos a su cuenta de encaje legal, y después a los respectivos destinatarios, el primer día hábil siguiente (en el recurso precedente, esto último importa un numeral separado).
6. "*Como se puede apreciar*" (entonces, en relación a los ocho numerales precedentes), la imposibilidad de subsumir las características "***del hecho fortuito descritas anteriormente***" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) al artículo 79º, inciso g), de la Ley Nº 1488.

Entonces y con excepción del numeral 8. del Recurso de Revocatoria (*La adopción de medidas para facilitar la transferencia de las captaciones*), el Recurso Jerárquico acusa no haberse fundamentado o motivado la decisión administrativa sobre la generalidad de alegatos de la recurrente.

No obstante, de la revisión detenida de la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 de 23 de diciembre de 2011, la que resuelve el Recurso de Revocatoria y la que por tanto, debe ser el fundamento o motivo, en términos de la norma, de la decisión del Ente Regulador con referencia a los nueve puntos expuestos en tal recurso (fundamentación que señalándose de inexistente -conforme se ha visto- constituye el alegato de la controversia presente), se obtienen los elementos siguientes:

- La Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 señala que "*mediante memorial de 28 de noviembre de 2011, el Fondo Financiero Privado PRODEM S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI No. 749/2011* (…) *en base a los siguientes argumentos:*…", y sigue la serie de alegatos, generales y concretos, entre los últimos se encuentran los nueve numerales supra referidos.

Consiguientemente, los alegatos del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** en oportunidad de su Recurso de Revocatoria, sí han sido considerados a tiempo de la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011; a este respecto, el Recurso Jerárquico señala que la autoridad recurrida "*se ha pronunciado sólo en forma **enunciativa**, pero **no en el fondo***", determinando que lo que se impugna al presente no es la falta de consideración, sino la falta de fundamentación o motivación en la decisión emergente de esa consideración.

- Conforme lo permite el artículo 52º, parágrafo III, de la Ley Nº 2341, de procedimiento administrativo (*La aceptación de informes o dictámenes servirá de fundamento a la resolución cuando se incorporen al texto de ella*), forma parte de la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 el informe ASFI/DSR II/R-131843/2011 de 7 de diciembre de 2011, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos II del ente recurrido, conforme a la transcripción textual siguiente:

"…*De acuerdo con la información reportada por el Fondo, se estableció que la entidad ha incumplido lo señalado en el inciso g), del artículo 79, de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al mantener inversiones en el Banco BISA S.A. y Banco Unión S.A. que exceden el 20% de su Patrimonio Neto, en diferentes meses de acuerdo al siguiente detalle:*

BANCO BISA S.A.

MES	DÍA	PATRIMONIO NETO BS	LÍMITE 20%	SALDO TOTAL BS	%	EXCESO BS
ENERO	12	274.354.639,00	54.870.927,80	67.804.121,03	24,71%	12.933.193,23
	14	278.630.114,00	55.726.022,80	60.632.848,45	21,76%	4.906.825,65
	18	278.630.114,00	55.726.022,80	62.100.962,95	22,29%	6.374.940,15
	21	278.630.114,00	55.726.022,80	59.009.366,54	21,18%	3.283.343,74
FEBRERO	1	278.630.114,00	55.726.022,80	63.840.863,35	22,91%	8.114.840,55
	7	278.630.114,00	55.726.022,80	61.990.784,32	22,25%	6.264.761,52
	14	281.071.114,00	56.214.222,80	69.210.526,18	24,62%	12.996.303,38
	17	281.071.114,00	56.214.222,80	64.064.687,48	22,79%	7.850.464,68
MARZO	11	281.071.114,00	56.214.222,80	56.286.495,57	20,03%	72.272,77
	21	281.857.582,00	56.371.516,40	57.106.844,59	20,26%	735.328,19
ABRIL	20	281.811.837,00	56.362.367,40	58.412.061,22	20,73%	2.049.693,82
	26	281.811.843,00	56.362.368,60	58.376.790,65	20,71%	2.014.422,05
	27	281.811.844,00	56.362.368,80	75.463.236,70	26,78%	19.100.867,90
	29	281.811.846,00	56.362.369,20	64.899.797,88	23,03%	8.537.428,68
	30	281.811.847,00	56.362.369,40	71.264.920,34	25,29%	14.902.550,94

BANCO UNIÓN S.A.

MES	DÍA	PATRIMONIO NETO BS	LÍMITE 20%	SALDO TOTAL BS	%	EXCESO BS
ABRIL	11	281.857.582,00	56.371.516,40	57.240.670,59	20,31%	869.154,19
	20	281.811.837,00	56.362.367,40	58.025.592,98	20,59%	1.663.225,58

Al respecto, el Fondo con nota GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011, informó que los excesos observados entre enero y abril de 2011, corresponden a depósitos realizados a las cuentas corrientes que el Fondo mantiene por Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores, Entel, abono de Regalías Mineras y otros, que no son atribuidos a crédito ni inversión.

Sin embargo, dicha aseveración difiere con lo establecido en las definiciones contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), donde crédito "Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".

Asimismo, tal como lo establece el Fondo, mantiene cuentas corrientes en otras entidades en las cuales de acuerdo con el siguiente cuadro se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.

ENTIDAD	ENERO				FEBRERO				MARZO		ABRIL					
	12	14	18	21	1	7	14	17	11	21	11	20	26	27	29	30
BEC	9%	8%	6%	11%	12%	7%	9%	7%	5%	6%	7%	11%	9%	11%	4%	4%
BGA	0%	0%	0%	0%	0%	3%	3%	7%	14%	7%	12%	8%	9%	9%	8%	8%
BIS	25%	22%	22%	21%	23%	22%	25%	23%	20%	20%	16%	21%	21%	27%	23%	25%
BME	7%	5%	5%	7%	6%	5%	6%	7%	8%	8%	5%	5%	4%	5%	8%	9%
BUN	12%	12%	13%	12%	12%	11%	12%	11%	13%	13%	20%	21%	16%	12%	9%	10%

Cabe aclarar que en el análisis de dicho cuadro se ha considerado lo mencionado en los párrafos 2 y 3 del Recurso de Revocatoria, en relación a que el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito de Bolivia S.A. han cerrado las cuentas del Fondo y que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha prohibido al mismo realizar depósitos en efectivo en sus agencias. Adicionalmente, el cuadro muestra que el Fondo mantiene cuentas corrientes en otras entidades diferentes a las mencionadas como son el Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Unión S.A en los cuales se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.

De la misma manera, el cuadro muestra que en el mes de abril existieron excesos en dos días consecutivos, en dos oportunidades (del 26 al 27 y del 29 al 30 de abril de 2011), lo cual no se relaciona con la justificación realizada por el Fondo en la que menciona que en todos los casos los depósitos en sus cuentas corrientes efectuados por sus clientes Estatales y privados fueron trasferidos al siguiente día hábil por la Oficina Nacional a la cuenta Encaje Legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes, situación que demuestra que los incrementos generados atienden a una falta de control en el manejo de liquidez.

Por otra parte, los argumentos vertidos en los párrafos 1 y 6 del Recurso de Revocatoria, relacionados al manejo del flujo de recursos líquidos que realiza el Fondo por la cobertura geográfica que mantiene de 103 agencias y 36 Cajas Externas y a que los bancos con los cuales trabaja el Fondo reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, fueron considerados al determinar que el control en el manejo de liquidez es deficiente, debido a que el mismo Fondo menciona que como acción correctiva para facilitar la

transferencia de recursos captados ha incrementado los límites de las firmas autorizadas, evidenciándose además que a partir de dicha modificación hasta la fecha de emisión de la resolución el límite se encontraba adecuado.

En consecuencia, las justificaciones presentadas por el Fondo demostraron que existe falta de control en el manejo de liquidez, aspecto que ocasionó los excesos del límite establecido en el inciso g), artículo 79 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)".

- Asimismo, la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 señala que el argumento que subsume los supuestos agravios expresados en el Recurso de Revocatoria y que se centra en la supuesta concurrencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor, remitiéndose para su motivación o fundamentación en lo señalado por Bonnecase en su *Tratado Elemental de Derecho Civil*, para concluir en que "*los hechos y circunstancias alegadas no pueden calificarse de fuerza mayor por la sola existencia de uno de sus requisitos, o cuando la circunstancia para su realización sea más difícil o más onerosa que lo previsto inicialmente*".

- También evalúa los argumentos del Recurso de Revocatoria por parte de la entidad recurrida (con relación a los alegatos referidos al crecimiento del volumen de operaciones en el marco de la política expansiva de cobertura hacia sectores rurales, a que los fondos que debían ser transferidos a su cuenta de encaje legal en el Banco Central de Bolivia y luego a los respectivos destinatarios fueron los que originaron la existencia de saldos no asociados a créditos ni inversión sobrepasando temporalmente el 20% del Patrimonio Neto, que la concentración de operaciones en pocas instituciones obedece a que determinados bancos han procedido a cerrar sus cuentas y otro le prohibió realizar depósitos en efectivo, o que no podía realizar transferencias en determinadas horas, porque los bancos con los cuales trabaja reciben cartas de transferencia con sujeción a horario), fundamentando la resolución ahora recurrida, que:

> "…*El recurrente pudo prevenir y evitar el incumplimiento imputado a través de una gestión oportuna en el manejo de su liquidez, hecho que se confirma cuando la entidad en su recurso arguye que el Fondo como acción correctiva para facilitar la transferencia de recursos captados ha incrementado los límites de las firmas autorizadas, evidenciándose además que a partir de dicha modificación hasta la fecha de emisión de la resolución recurrida, el límite se encontraba adecuado.*
>
> *…se establece claramente que el Fondo más que en un caso de fuerza mayor o hecho fortuito incurrió en negligencia, por cuanto según el análisis técnico efectuado la entidad mantenía cuentas corrientes en otras entidades diferentes a las mencionadas como Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Unión S.A en los cuales se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.*
>
> *…La entidad recurrente no previó, para este caso, la instructiva de las entidades con las que trabaja de no recibir más transferencias después de las 12:00 p.m. aspecto que no ingresa dentro de lo que puede ser considerado como imprevisible, irresistible e imposible*…"

- Por último, la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 834/2011, también hace referencia a los alcances de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG-SIREFI/RJ/11/2004 de 2 de agosto de 2004, al principio de convalidación aplicable toda vez que la entidad recurrente se ha sometido al criterio de que los incrementos registrados corresponden a operaciones de crédito, entendido en ello todo activo de riesgo cualquiera sea la forma de su instrumentación (depósito o inversión), y que en uso de la facultad de las reglas de la sana crítica, en el caso no se han dado de manera concurrente los elementos que permitan determinar que el hecho o suceso alegado por el recurrente constituye una causal de caso fortuito o fuerza mayor, a efectos de dar curso a la exoneración de responsabilidad y tener por admitido el recurso de revocatoria.

No obstante ello y correspondiendo a la suscrita Autoridad Ministerial Jerárquica practicar una revisión acerca de la legalidad con la que se ha desarrollado el procedimiento administrativo, resulta que de la compulsa de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2011 de 28 de octubre de 2011, a tiempo de imponer la sanción al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha desarrollado el marco teórico que hace a la tipificación, calificación, gradación y modulación de tal sanción, sin embargo, para ello ha prescindido de la serie de elementos fácticos hechos presentes por el ahora recurrente en la nota GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011 (nota de descargos).

En efecto; el recurrente ha referido en tal oportunidad

> "*…de la revisión de nuestro Reporte Diario de Liquidez durante los meses comprendidos de Enero a Abril, en algunos días, existieron saldos no asociados a créditos ni inversión de nuestras cuentas en dichas instituciones financieras, que sobrepasaron temporalmente el 20% de nuestro Patrimonio Neto, debido a depósitos recibidos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de impuestos Internos, Recaudaciones de registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros los cuales deben ser transferidos a nuestra cuenta de encaje legal.*
>
> *Dichas operaciones se realizan en el transcurso del día laborable, incluyendo las últimas horas de los días, mientras que los bancos con los cuales trabajamos nos reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, razón por la cual después de esta hora no podemos realizar más transferencia aun cuando continuamos recibiendo depósitos por montos considerables*
>
> *No obstante, en pleno cumplimiento de lo previsto por la normativa financiera, los excesos que puedan presentarse, son transferidos a nuestra cuenta de encaje legal mantenida en el Banco Central e* (sic) *Bolivia, el primer día hábil siguiente y luego a los respectivos destinatarios* (…)
>
> *Cabe aclarar que estas operaciones, circunstancialmente pueden ubicar el saldo, aparentemente por encima de los límites legalmente establecidos, pero no por falta de prudencia o seguimiento nuestro. Al transferirse dichos recursos a la cuenta de encaje legal, los saldos se ubican nuevamente dentro de los límites legales, todo lo cual no implica que se realicen operaciones de crédito y menos inversiones que podrían conllevar a subsumir el hecho en el supuesto previsto en el artículo 79 inciso g)*

de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, situación que debe ser considerada por el Órgano Regulador, toda vez que lo contrario podría afectar negativamente a las operaciones que realizamos en forma usual…"

De ello y de su contrastación con la Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2011, resulta que tales elementos no han sido tenidos en cuenta, ni valorados o desechados, según corresponda, como para justificar la determinación que allí sale, de manera tal que se ha producido la indefensión del recurrente **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, por cuanto, los considerandos teóricos sobre tipificación, calificación, gradación y modulación de la sanción, sin tener en cuenta previa la realidad de los actos u hechos que determinan la infracción, hacen una mala aplicación impertinente de tales criterios porque los torna dudosos, y de la Resolución sancionatoria, una carente de fundamento preciso, ahora en inobservancia de los artículos 28º, inciso e) y 63º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

A este respecto, señala el mencionado artículo 4º de la Ley Nº 2341, ahora en su inciso c), que "*la administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), siendo ahora pertinente rescatar lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, que establece:

"*…La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión…*"

El extremo tiene relación con el derecho al debido proceso, conforme ha sido mencionado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 109 de agosto de 2010:

"*…a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previas de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; **derecho a la motivación y congruencia de las decisiones** (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);…* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

(…)*Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente,*

sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso…"

Consiguientemente, la revisión del expediente del procedimiento permite establecer que, **la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha fundamentado y motivado en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2011 de 28 de octubre de 2011, los elementos que hacen a la infracción y a la sanción impuesta al FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.,** determinando que al haberse confirmado la Resolución señalada con la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, tales omisiones subsistan en esta última, en transgresión de los señalados derechos del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2011 de 28 de octubre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia expedirse nueva Resolución ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

AON BENFIELD ARGENTINA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 004-2012 DE 09 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 030/2012 DE 05 DE JUNIO DE 2012

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2012

La Paz, 05 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **AON BENFIELD ARGENTINA S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 004-2012 de 9 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 399-2011 de 4 de noviembre de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 011/2012 de fecha 18 de abril de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 046/2012 de fecha 02 de mayo de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de enero de 2012, AON BENFIELD ARGENTINA S.A., legalmente representada por la Sra. Claudia Sintia Vera Cárdenas tal como lo acredita el Poder Especial, Nº 231 del 16 de noviembre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública Mat. Nº 2760 del País de Argentina ciudad Buenos Aires a cargo del Dr. Raúl Mariano Olmos Vega, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 004-2012 de 9 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS /DJ/DS/Nº 399-2011 de 4 de noviembre de 2011.

Que, en fecha 27 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la Sociedad AON BENFIELD ARGENTINA S.A., representada legalmente por la Sra. Claudia Sintia Vera Cárdenas contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 004-2012 de 9 de enero de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 2 de febrero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por AON BENFIELD ARGENTINA S.A., mismo que fue notificado el 9 de febrero de 2012.

Que, mediante auto de fecha 7 de febrero de 2012, se dispuso no ha lugar a la solicitud de Suspensión de la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 004-2012 de 9 de enero de 2012, presentada por el recurrente.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DS/Nº 399-2011 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DS/Nº 399-2011 de 4 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

"PRIMERO.- *Eliminar del registro de Corredores de Reaseguros Extranjeros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a AON BENFIELD ARGENTINA S.A., signada con registro Nº012 .*

SEGUNDO.- *Disponer que los contratos de reaseguro actualmente intermediados por AON BENFIELD ARGENTINA S.A., subsistan durante el término de su vigencia hasta su finalización, no pudiendo ser renovados a través de la intermediación del Corredor de Reaseguros Extranjero mencionado.*

TERCERO.- *Disponer que a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, las entidades aseguradoras no podrán operar con el Corredor de Reaseguros Extranjero AON BENFIELD ARGENTINA S.A.*

CUARTO.- *Instruir a las Entidades Aseguradoras remitan a la APS en el término de 10 días administrativos, a partir de la notificación con la presente resolución, un detalle debidamente documentado de todos los contratos de reaseguro vigentes a la fecha de la presente resolución Administrativa intermediados por AON BENFIELD ARGENTINA S.A. consignando de manera enunciativa mas no limitativa, la siguiente información:*

- *Clase de Contrato (Automático/Facultativo)*
- *Inicio de Vigencia*
- *Fin de Vigencia*
- *Nombre Reasegurador Líder*

QUINTO.- *Se encomienda el cumplimiento de la presente resolución Administrativa a la Dirección de Seguros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros."*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que en fecha 15 de junio de 2010, se emitió el Certificado de Registro N° 012, con vigencia hasta el 17 de abril de 2011, correspondiente a la Corredora de Reaseguros Extranjera AON BENFIELD ARGENTINA S.A.

Que mediante nota de fecha 04 de mayo de 2011, Claudia Vera en Calidad de apoderada de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., solicitó la renovación de registro de esta Corredora de Reaseguro Extranjera.

Que la Jefatura Técnica de Seguros, mediante Informe/APS/DS/JTS/476/2011 de 19 de julio de 2011, concluye que la Corredora de Reaseguros Extranjera AON BENFIELD ARGENTINA S.A., no cumple con las condiciones de calidad de corredora de reaseguro para ofrecer servicios al mercado nacional, de acuerdo al numeral 2.2 i) de la Resolución administrativa N° 764/2008 debiendo demostrar que es sujeta a control gerencial y/o de la junta directiva de la casa matriz del grupo Internacional.

Que, mediante nota APS/DS/JTS/1969/2011 de fecha 19 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicita a la Corredora de Reaseguro Extranjera AON BENFIELD ARGENTINA S.A. remita a esta Autoridad certificación de la junta directiva y/o casa matriz del grupo internacional al que pertenece, señalando que las operaciones de dicha Corredora de Reaseguros se encuentran sujetas bajo su control y supervisión gerencial.

Que mediante nota de fecha 29 de julio de 2011, Claudia Vera en Calidad de apoderada de AON BENFIELD ARGENTINA S.A. adjunta la nota de Alejandro Javier Galizia presidente de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., a través de la cual señala textualmente que "En virtud de mi calidad como Presidente de la Junta Directiva de AON BENFIELD ARGENTINA S.A. le confirmo que es quien ejerce el control y supervisión gerencial de la compañía".

Que, la Jefatura Técnica de Seguros, mediante el Informe APS/DS/JTS/580/2011 de 08 de agosto de 2011, concluye que la Corredora de Reaseguros AON BENFIELD ARGENTINA S.A., no cumple con las condiciones de calidad de corredora de reaseguro para ofrecer servicios al mercado nacional, de acuerdo al numeral 2.2 i) de la Resolución administrativa N° 764/2008.

Que, mediante nota de fecha 3 de octubre de 2011, recepcionada por esta Autoridad de Fiscalización el 05 de octubre de 2011, AON BENFIELD ARGENTINA S.A. manifiesta que es miembro del grupo internacional AON, cuya casa central es AON CORP.

Que si bien en la mencionada nota AON BENFIELD ARGENTINA S.A. aclara que es miembro del grupo internacional AON, cuya casa central es AON CORP, la misma no adjunta la certificación solicitada por la APS de la casa matriz internacional que respalde esta aseveración, tal como fue solicitado a través de la nota de fecha 19 de julio de 2011.

Que asimismo se evidencia que existe contradicción en las aseveraciones de las notas de fecha 29 de julio de 2011 y 3 de octubre de 2011, por cuanto la primera señala que Alejandro Javier Galizia Presidente de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., es quien ejerce el control y supervisión gerencial de la compañía y luego en la segunda, nota, se señala que AON CORP tiene una diversidad de negocios y oficinas en todo el mundo y realiza la supervisión de todas sus operaciones por intermedio de diversas instituciones propias.

Que la Dirección de Seguros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sobre la base del Informe /APS/DS/JTS/967/2011 de 21 de octubre de 2011, concluye que luego de la revisión y evaluación de los antecedentes, debe procederse a dejar sin efecto el registro N° 012, de la Corredora AON BENFIELD ARGENTINA S.A., al haber incumplido con lo establecido en 2.2 i) de la Resolución administrativa N° 764/2008, recomendando la emisión de la correspondiente Resolución Administrativa…"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 6 de diciembre de 2011, AON BENFIELD ARGENTINA S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DS/N° 399-2011 de 4 de noviembre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 004-2012 DE 9 DE ENERO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 004-2012 de 9 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó confirmar totalmente, la Resolución Administrativa APS/DS/N° 399-2011 de 4 de noviembre de 2011 con los siguientes argumentos.

"…Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo

Que reseñados los antecedentes que dieron lugar a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DS/N0 399-2011 de 04 de noviembre de 2011 y reseñadas también las razones expuestas por ***AON BENFIELD ARGENTINA S.A.*** *para fundar su Recurso de Revocatoria, debe precederse a analizar los argumentos esgrimidos, a efectos de verificar si la disposición de la APS de eliminar del registro de corredores de reaseguros extranjeros a la Compañía, se realizó dentro del marco legal vigente.*

Que para abordar el tema se seguirá el orden expositivo presentado por AON BENFIELD ARGENTINA ***S.A.:*** *(i) en primer lugar se establecerá la diferencia entre sanción y eliminación del registro de corredores de reaseguros extranjeros (ii) se abordará la cuestión de tipicidad; (iii) se referirá al principio del debido proceso; (iii) se tocará lo relacionado al cumplimiento de las condiciones para la renovación del Registro de Corredores Extranjeros; (v) finalmente se analizará la solicitud expuesta en el petitorio del memorial respecto a la revocatoria y declaración de nulidad de la Resolución recurrida.*

(i) Diferencia entre Sanción y Eliminación del Registro

Que García de Enterría ha definido la sanción administrativa como: "aquel mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, a través de un procedimiento administrativo, con una finalidad represora, y consistiendo la sanción en la privación de un bien o la imposición de un deber, siendo los principios y garantías del Derecho sancionador administrativo sustancialmente iguales a los del

Derecho Penal (artículos. 115, 116 y 117 de la Constitución Política del Estado Plurinacional)

Que, a su vez el Diccionario de la Lengua Española define la palabra eliminar como: "Quitar, separar algo, prescindir de ello".

Que de los conceptos y definiciones transcritas se puede inferir que entre ambos existen diferencias sustanciales, a saber:

SANCIÓN	***ELIMINACIÓN DE REGISTRO***
Es la consecuencia de la existencia de un ilícito administrativo	*Se produce por la falta de uno de los requisitos o condiciones habilitantes para el registro en la APS*
La sanción está sujeta a un procedimiento administrativo.	*La eliminación del registro procede a solicitud del reasegurador, la cedente o su representante legal o, por incumplimiento del Reglamento de Reaseguro Pasivo, la emisión de la Resolución Administrativa de Eliminación de Registro no está sujeta a previo procedimiento administrativo, opera imperio legis (inciso ii) subnumeral 2.3., numeral 2 del texto ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008).*

Que lo expuesto deja entrever que no cualquier consecuencia negativa para el administrado puede ser identificada con el concepto de sanción administrativa (sic) Así, en el caso de que se desarrolle una actividad en el mercado de seguros sin contar con los requisitos exigidos para ello, la aplicación del ordenamiento jurídico, como en el presente caso la eliminación del registro de la corredura extranjera, no necesariamente es una sanción cuanto una consecuencia de la autotutela administrativa, por lo que la recurrente equivoca su defensa al calificar dicha medida como sanción administrativa.

Que lo expresado se confirma en lo formulado por FERNANDEZ RODRÍGUEZ, cuando señala que: "las autorizaciones de funcionamiento son fuente de, relaciones de tracto continuo; y la creación de una relación permanente que crea simples expectativas de continuidad condicionadas a la permanencia de su compatibilidad con el interés general excluye que pueda hablarse de verdaderos derechos adquiridos en el ejercicio de la actividad". De todo ello concluye que: "las licencias de funcionamiento, en realidad, configuran verdaderos actos-condiciones, es decir, constituyen un estatuto objetivo que exige su permanente adecuación a la normativa vigente.

Que un claro ejemplo de que la eliminación del registro de las corredoras no califica la actuación como sanción administrativa se encuentra en el inciso ii) subnumeral 2.3., numeral 2 del texto ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nª 764 de 30 de septiembre de 2008), que se limita a señalar cuáles son las causales, entre las que cita la eliminación por incumplimiento a dicho reglamento. Y desde el punto de vista procedimental, señala que el órgano de fiscalización emitirá la correspondiente Resolución Administrativa, significando que su emisión no está supeditada a previo procedimiento administrativo.

(ii) (iii) y (iv).- Ausencia de un Debido Proceso y Tipificación, y cumplimiento de las condiciones para la renovación del Registro de Corredores Extranjeros

Que de la lectura comprensiva del punto (i) se deduce lo siguiente:

- *El debido proceso administrativo es un principio jurídico procesal según el cual toda persona natural o jurídica tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo* ***dentro de un procedimiento administrativo sancionador,*** *que como ya fue explicado en el punto (i) no corresponde al caso que se examina.*
- *No puede alegarse ausencia de tipificación por cuanto al no tratarse de un procedimiento sancionador no se aplica el artículo 52 de la Ley de Seguros ni la Resolución Administrativa IS Nª 602 que lo reglamenta.*
- *La eliminación del Registro de Corredores de Reaseguros Extranjeros de AON BENFIELD ARGENTINA S.A. responde no a una sanción, sino a la falta de los requisitos exigidos por el Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, que de manera textual menciona:*

Inciso i) subnumeral 2.2 del numeral 2.

"Las corredoras de reaseguros para ofrecer servicios al mercado nacional deberán cumplir con las siguientes condiciones:

a. Contar con una póliza de errores y omisiones (...)
b. Toda nota de cobertura emitida por un corredor de reaseguro obligatoriamente deberá consignar el listado de reaseguradores que suscriben el riesgo (security) respectivo (...)
c. Las corredoras extranjeras deberán ser sujetas a supervisión en su país de origen. ***LA SPVS TENDRÁ LA POTESTAD DE PRONUNCIARSE ACERCA DE ESTA FISCALIZACIÓN.***

SE CONSIDERA QUE, EN LO REFERENTE A CORREDORES DE REASEGURO REGISTADOS (sic) EN LATINO AMERICA, SOLAMENTE LOS REGISTRADOS EN COLOMBIA Y MÉJICO" CUMPLEN CON LA FISCALIZACIÓN MÍNIMA ESPERADA. *(El resaltado corresponde a la APS).*

Que de la norma transcrita se observa con meridiana claridad que este Órgano de Fiscalización exige como condición sine quanon que las corredoras extranjeras estén sujetas a supervisión en su país de origen y tratándose de corredoras registradas en Latinoamérica reconoce únicamente a las registradas en Colombia y México por lo que al ser AON BENFIELD una Corredora Argentina registrada en Latinoamérica no cumple con la fiscalización mínima esperada.

Que por otra parte y con referencia a la afirmación de la Recurrente de que: "es evidente que, de no haber cumplido con todos los requisitos legales exigidos por las normas vigentes y aplicables, la APS no habría procedido con el registro de la Sociedad, que su autoridad -de manera arbitrara (sic)- pretende eliminar" debe recordarse lo establecido en el inciso ii) del subnumeral 2.2 de la Resolución Administrativa N° 764/2008 que determina lo siguiente: "La SPVS podrá realizar las averiguaciones pertinentes sobre la seriedad y solvencia de las corredoras de reaseguro que ofrezcan servicios a las empresas de seguros locales y ***de darse incumplimiento por parte de las corredoras de reaseguro*** *o que el cumplimiento de lo exigido esté sustentado en información falseada,* ***la SPVS prohibirá a las empresas aseguradoras hacer uso de sus servicios".*** *Como se puede apreciar la norma no limita a esta Autoridad a realizar las averiguaciones*

pertinentes sobre la seriedad y solvencia de las Corredoras de Reaseguro, considerando que el trámite inicial de registro se realizó sobre la base de una información de respaldo proporcionada por la Corredora de Reaseguro.

Que asimismo y con respecto a lo que prevé la norma de que: "en el caso de corredoras de reaseguro no sujetas a supervisión en su país de origen, pero que ***sean miembros de grupos internacionales, sujetas a control gerencial y/o de la junta directiva de la casa matriz del grupo internacional,*** *las aseguradoras podrán efectuar cesiones, únicamente con previa autorización expresa de la SPVS (actual APS, debe mencionarse que la carta original suscrita por Mike Hughes que certifica que la Sociedad se encuentra sujeta a supervisión corporativa de AON CORPORATION y específicamente a la Supervisión administrativa del grupo internacional AON BENFIELD, se considera que no es lo requerido por la norma citada, por las siguientes razones:*

1*. La referida entidad remitió la nota de fecha 29 de junio de 2011 suscrita por Claudia Vera, en calidad de apoderada de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., mediante la cual adjuntó la nota de Alejandro Javier Galizia, Presidente de AON BENFIELD ARGENTINA S.A. que textualmente señala: "En virtud de mi calidad como* ***Presidente de la Junta Directiva de AON BENFIELD ARGENTINA S.A. le confirmó que es quien ejerce el control y supervisión gerencial de la compañía".*** *Es decir que según esta nota AON BENFIELD ARGENTINA ejerce el control y supervisión gerencial de la Sociedad.*

2. *De manera posterior, y de forma contradictoria, por nota de 3 de octubre de 2011, recepcionada el 5 de octubre de 2011, señalan que "es miembro del grupo internacional AON cuya casa central es AON CORP." sin adjuntar la certificación que lo verifique.*

Que asimismo se evidencia que existe contradicción en las aseveraciones vertidas en las notas de 29 de julio de 2011 y 3 de octubre de 2011, por cuanto la primera señala que Alejandro Javier Galizia, Presidente de AON BENFIELD ARGENTINA S.A. es quien ejerce control y supervisión gerencial de la Compañía para luego señalar en la segunda que AON CORP tiene diversidad de negocios y oficinas en todo el mundo y realiza la supervisión de todas sus operaciones por intermedio de distintas instituciones propias.

(v) Solicitud de revocatoria y declaración de nulidad de la Resolución recurrida.

Que debe considerarse que el petitorio del memorial presentado por la Recurrente es incongruente por falta de logicidad (sic), toda vez que las solicitudes de revocatoria y nulidad son excluyentes entre sí, siendo que la primera busca dejar sin efecto el acto administrativo por cuestiones de fondo cuando se presentan las siguientes situaciones:

- *manifiesta oposición con la Constitución Política o las Leyes y normas conexas;*
- *no esté conforme con el interés público o social, o atente contra él; o,*
- *cuando cause agravio injustificado al regulado o administrado.*

Que por su parte la nulidad es una situación genérica de invalidez que provoca que el acto administrativo deje de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su celebración. Para que un acto administrativo sea nulo se requiere que el vicio que lo afecta sea de forma y coexistente a la emisión del mismo.

*Que es menester referirse al **OTROSÍ 1** del memorial del Recurso de Revocatoria, mediante el cual la recurrente solicita que la sanción impuesta por la Resolución Recurrida, sea suspendida hasta que ésta quede firme en todas sus instancias, ante el hecho evidente de que la eliminación del registro en la APS producirá consecuencias efectivamente lesivas que pueden causarle un daño irremediable a la sociedad y a terceros.*

Que la suspensión, por el hecho de afectar al principio de "ejecutoriedad" del acto administrativo, procede excepcionalmente cuando se presentan los siguientes criterios, que: i) exista la posibilidad de irrogar a los recurrentes daños graves y/o ii) derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.

Que en el caso concreto para fundamentar la suspensión de la sanción, se invocó el criterio del "daño grave", en cuyo mérito la suspensión procedería si la Entidad Aseguradora hubiere aportado prueba que demuestre tal situación, no bastando únicamente alegar que la sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nª 399-2011 de 4 de noviembre de 2011, le irroga perjuicio, constituyendo esta omisión grave carencia a los efectos de su atención.

*Que finalmente debe considerarse que no existe daño a terceros por cuanto la APS previendo que dicha situación pueda darse, dispuso en el Resuelve Segundo, de la Resolución hoy impugnada, textualmente lo siguiente: "(...) los contratos de reaseguro actualmente intermediados por AON BENFIELD ARGENTINA S.A., **SUBSISTIRÁN DURANTE EL TERMINO DE SU VIGENCIA HASTA SU FINALIZACIÓN (...)"***

CONSIDERANDO;

Que la presente Resolución Administrativa se emite dentro del plazo otorgado por el artículo 49 del Decreto Supremo Nª 27175, considerando que mediante Resolución Administrativa Nª 528-2011 de 23 de diciembre de 2011 fueron suspendidos los plazos y subsecuentes términos de los actos administrativos que se sustancian o que deban iniciarse ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, del martes 27 al viernes 30 de diciembre de 2011..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 24 de enero de 2012, AON BENFIELD ARGENTINA S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 004-2012 de 9 de enero de 2012, argumentado lo siguiente:

"2. FUNDAMENTOS LEGALES DEL RECURSO JERÁRQUICO.

La Resolución Recurrida fundamenta su decisión en los siguientes argumentos que exponemos y respondemos a continuación:

2.1. Que la eliminación del registro de la Sociedad en la APS, no constituye una sanción.

La APS refiere algunos significados del término sanción y citando a García de Enterría señala que sanción es- "aquel mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, a través de un procedimiento

administrativo, con una finalidad represora, y consistiendo la sanción en la privación de un bien o la imposición de un deber, siendo los principios y garantías del Derecho sancionador administrativo sustancialmente iguales a los del Derecho Penal".

La definición -que consentimos plenamente- es clara cuando advierte que la sanción es la consecuencia de una "conducta ilícita, a través de un procedimiento administrativo (...), siendo los principios y garantías del Derecho sancionador administrativo sustancialmente iguales a los del Derecho Penal". Esto último supone, como lo hemos venido alertando, el necesario cumplimiento y respeto por parte del ente administrador, de las garantías del administrado. Garantías que están descritas por declaraciones universales, tratados internacionales, la Constitución Política del Estado y por las leyes del país.

Hemos probado cómo, al no haber seguido un proceso sancionador conforme a la ley para imponer la sanción, la APS violó principios y garantías como el del debido proceso y el principio de tipicidad, principios fundamentales para llevar a cabo un proceso justo.

*La APS insiste en que la eliminación del registro no constituye una sanción, no obstante, la propia Ley de Seguros, que es la norma que rige la actividad de seguros en el país -y que en este caso parece desconocer la APS-, está reglamentada, entre otras, por una Resolución Administrativa emitida por la misma APS (Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003) que en su artículo 7 describe, como la más grave de las "sanciones", la **"Revocatoria** de la autorización de funcionamiento o de **registro"** [1] (Cuando no se exprese lo contrario, todos los subrayados y negrillas de este memorial, son incorporados por nosotros.)*

La APS hace una comparación entre una sanción y una eliminación de registro (como si se tratara de asuntos distintos) apuntando que la sanción es la consecuencia de la existencia de un hecho ilícito y que la eliminación del registro se produce por la falta de uno de los requisitos o condiciones habilitantes para el registro en la APS. Esto contradice las propias normas legales aplicables a la actividad de seguros, pues la Resolución Administrativa IS No. 602, siguiendo los preceptos de la Ley No. 1883, Ley de Seguros, tiene como objeto, precisamente, establecer las sanciones para las conductas definidas tanto en la Ley de Seguros como en la Resolución mencionada -entre las que se halla la eliminación del registro- y a la que apelamos para demostrar que se ha impuesto una sanción por una conducta inexistente y que por ello, no pudo ser probada por la APS. Existen distintos tipos de infracciones clasificadas por la Ley de Seguros: leves, graves, insubsanables y penales. Para ello, y como corresponde, existe una norma específica, que describe las sanciones para cada una de ellas, entre las que, repetimos, se halla la de la revocatoria del registro. Según el Diccionario de la Lengua Española, al que también se inclina la APS, el término "revocar" significa: "Dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución. (...) Apartar (...)".

La APS utiliza el mismo diccionario para mostrar la definición del término "eliminar", señalando que significa "Quitar, separar algo, prescindir de ello". El Diccionario de Sinónimos y Antónimos ESPASA reputa como sinónimos, las palabras "separar" y "apartar", que son, justamente, términos que la Real Academia utiliza para definir los términos "eliminar" y "revocar". Lo que, al parecer, podrían significar lo mismo. Es decir, la sanción

impuesta a la Sociedad "eliminación" o "revocatoria" del registro" sí es una sanción, en tanto, conforme a la norma legal aplicable, ésta se halla definida como tal. Se evidencia con esto, que la APS ha expuesto, mediante la Resolución Recurrida, una interpretación de la norma arbitraria y carente de lógica, desconociendo la propia ley que rige la actividad que supervisa.

2.2.Que no era necesario un proceso sancionador antes de resolver la eliminación del registro de la Sociedad en la APS.

La errónea interpretación apuntada precedentemente le ha permitido a la APS ampararse en el falso precepto de que, para resolver la eliminación del registro de la Sociedad (que como hemos demostrado sí representa una sanción), no requería llevar a cabo un proceso sancionador. Con ello, la APS transgredió normas y principios fundamentales, y violó garantías constitucionales de la Sociedad, como lo hemos señalado y lo hacemos más adelante.

2.3.Otros argumentos relacionados al supuesto incumplimiento de requisitos por parte de la Sociedad para permanecer registrada en la APS.

Nos remitimos a los fundamentos expuestos en el recurso de revocatoria interpuesto por la Sociedad (que transcribimos en este memorial), que demuestran que la Sociedad ha cumplido con todos los requisitos exigidos por el inciso 1) del numeral 2.2 de la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764/2008 del 30 de septiembre de 2008 ("Reglamento de Reaseguro Pasivo"), así como por el numeral 2.3. de dicha Resolución, que contiene el detalle de la información y documentos con que debe contar la APS para registrar a una corredora de reaseguros extranjera. Si la Sociedad no hubiera cumplido con algún requisito, no habría obtenido su registro. Debemos remarcar que dicha resolución, a la que apela la APS para eliminar el registro de la Sociedad, es exactamente la misma a la que apeló la misma APS para registrar a la Sociedad, lo que muestra la incongruencia con la que la entidad está actuando.

La Resolución Recurrida señala que "debe recordarse lo establecido en el inciso ii) del subnumeral 2.2. de la Resolución Administrativa No. 764/2008 que determina lo siguiente: "La SPVS podrá realizar las averiguaciones pertinentes sobre la seriedad y solvencia de las corredoras de reaseguro que ofrezcan servicios a las empresas de seguros locales y de darse incumplimiento por parte de las corredoras de reaseguro o que el cumplimiento de lo exigido esté sustentando en información falseada, la SPVS prohibirá a las empresas aseguradoras hacer uso de sus servicios (…).

*La APS resalta en negrillas una frase relevante de esta disposición, y la coloca como una condición para facultarla a prohibir a la Sociedad el uso de sus operaciones: "**de darse incumplimiento por parte de las corredoras de reaseguro**", lo que claramente no sucedió con el registro de la Sociedad, que, como consta en sus antecedentes y en los papeles relacionados, cumplió con todos y cada uno de los requisitos, sin los cuales reiteramos, no hubiera obtenido, de la propia Autoridad, su inscripción en la APS.*

2.4. Una contradicción e insuficiencia en las notas presentadas por la Sociedad.

La APS alega en su resolución Recurrida que "la carta original suscrita por Mike Hughes, que certifica que la Sociedad se encuentra sujeta a supervisión corporativa de AON

CORPORATION y específicamente a la Supervisión administrativa del grupo internacional AON BENFIELD, se considera que no es lo requerido por la norma citada, por las siguientes razones (…)" La APS se remite luego a otras dos cartas sin explicar las razones que, según ella, tornan insuficiente la carta suscrita por Mike le consta en el expediente).

Debemos remarcar que las dos notas a las que se refiere la APS (del 29 de 011 y del 3 de octubre de 2011) no son, como lo explicamos anteriormente y lo reiteramos más adelante, contradictorias entre sí. Por el contrario siendo la Sociedad una sociedad anónima, ésta tiene órganos propios de dirección y decisión (como la Junta de Accionistas y el Directorio), y se norma por las leyes locales y sus Estatutos. Pero a su vez, la Sociedad pertenece a un grupo internacional que ejerce otro tipo de control, como lo enseñan las distintas notas explicatorias presentadas a la APS con el ánimo de demostrar que la Sociedad se halla regulada nacional e internacionalmente en las formas en las que la ley lo permite, sin que exista superposición de competencias como parece esperar la APS cuando exige un requisito a todas luces contradictorio con las normas comerciales (pues pide que la Sociedad demuestre, pese a ser una sociedad anónima, que sólo tiene una gerencia o un directorio como lo tienen las sucursales).

2.5 Que hay contradicción en el petitorio del recurso de revocatoria que pide revocatoria y declaración de nulidad.

La APS señala, en la Resolución Recurrida, que hay una contradicción en el petitorio de la Sociedad cuando ésta pide la revocatoria y la nulidad de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 399-2011. En tanto la APS no considera haber violado principios y garantías constitucionales y administrativas al no haber llevado a cabo un proceso sancionador conforme a ley, no lograr advertir que el acto administrativo que constituye la Resolución Administrativa APS/DS/N° 399-2011, está viciado de nulidad conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo que, como señalamos en su momento y reiteramos más adelante, describe claramente qué actos son nulos de pleno derecho, entre los que, cabalmente, se encuentran "Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". Por ello, la Sociedad, además de solicitar la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DS/No. 399-2011, conforme al Decreto Supremo No. 27175, pide la nulidad de dicho acto en tanto es nulo de pleno derecho conforme a ley.

Con el ánimo de enmarcar en este memorial todos los antecedentes y los argumentos que prueban que la sanción impuesta por la APS mediante la Resolución Administrativa APS/DS/No. 399-2011 fue injusta y arbitraria, y de demostrar que la Sociedad ha cumplido con todos los requisitos exigidos que le permitieron registrarse en la APS, nos permitimos reiterar a continuación, todo lo expuesto en nuestro recurso de revocatoria:

3. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DS/NO. 399-2011 (en adelante también denominada la "Resolución Sancionadora").

3.1. Ausencia de tipicidad en la Resolución Sancionadora:

3.1.1. *La Resolución Sancionadora resolvió sancionar a la Sociedad con la eliminación del Registro de Corredores de Reaseguros Extranjeros de la APS.*

3.1.2. *De acuerdo con el artículo 7 de la Resolución Administrativa IS No. 602 del 24 de octubre de 2003 -que regula los tipos de infracciones y sanciones previstas por la Ley de Seguros-, la revocatoria de la autorización de funcionamiento o de registro, es considerada la máxima sanción de las ahí descritas.*

3.1.3. *El artículo 14 de dicha Resolución Administrativa dispone que "La revocatoria de la autorización de funcionamiento se aplicará cuando un hecho, acto u omisión sea insubsanable, de acuerdo a criterios prudenciales y al incumplimiento de obligaciones sancionables, de conformidad a lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Seguros".*

3.1.4. *El artículo 52 de la Ley No. 1883, Ley de Seguros, del 25 de junio de 1998, describe con claridad cuáles constituyen "infracciones insubsanables" señalando lo siguiente: "Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores de seguro, beneficiarios u otros terceros".*

3.1.5. *La APS sancionó a la Sociedad con la máxima sanción descrita por las normas aplicables, por el supuesto incumplimiento a los requisitos exigidos en el numeral 2.2 i) de la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 764/2008 del 30 de septiembre de 2008 (Reglamento de Reaseguro Pasivo), al momento de inscribirse en la APS.*

El inciso i) del numeral 2.2 del Reglamento referido determina expresamente lo siguiente:

i) "Las corredoras de reaseguros para ofrecer servicios al mercado nacional deberán cumplir con las siguientes condiciones'

- *Contar con una póliza de errores y omisiones donde se indique expresamente que sus operaciones en el territorio de la República de Bolivia y/o intereses bolivianos en el exterior, gozan de cobertura.*
- *Toda nota de cobertura emitida por un corredor de reaseguro obligatoriamente deberá consignar el listado de reaseguradores que suscriben el riesgo (security) respectivo, acorde al punto 1.1.*
- *Las corredoras extranjeras deberán ser sujetas a supervisión en su país de origen. La SPVS tendrá la potestad de pronunciarse acerca de esta fiscalización.*

*Se considera que, en lo referente a corredores de reaseguros registrados en Latinoamérica, solamente los registrados en Colombia y Méjico cumplen con la fiscalización mínima esperada **En el caso de corredoras de reaseguro no sujetas a supervisión en su país de origen**; pero que sean miembros de grupos internacionales, sujetas a control gerencial y/o de la junta directiva de la casa matriz del grupo internacional, las aseguradoras podrán efectuar cesiones, únicamente si cuentan con previa autorización expresa de la SPVS".*

3.1.6. *De la revisión de toda la documentación que presentó la Sociedad para solicitar el registro en la APS, su Autoridad podrá constatar el cumplimiento cabal que*

ésta hizo del inciso mencionado, así como del numeral 2.3. de la Resolución Administrativa No. 764 mencionada, que contiene el detalle de la información y documentos con que debe contar la APS para registrar a una corredora de reaseguros extranjera.

3.1.7. *La interpretación que hizo la APS -al momento de analizar los antecedentes de la Sociedad para inscribirla- de la norma a la cual dicha autoridad apela, fue correcta, pues la norma expresa una salvedad clara: "En el caso de corredores de reaseguro NO sujetas a supervisión en su país de origen, PERO que sean miembros de grupos internacionales (...)". Es decir, según la propia norma administrativa que se usa como instrumento para acusar a la Sociedad, sólo en caso de que los corredores de reaseguros no estén sujetos a supervisión de su país, se aplicará la exigencia de pertenecer a un grupo internacional, cuya junta directiva o casa matriz ejerza el control sobre ellas.*

3.1.8. *Como consta en los archivos de la APS, la Sociedad ha presentado certificados debidamente legalizados (como sus normas lo requieren), emitidos por la Superintendencia de Seguros de la Nación perteneciente al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Argentina, que acreditan la supervisión que ésta ejerce sobre la Sociedad.*

3.1.9. *Es un hecho evidente que, de no haber cumplido con todos los requisitos legales exigidos por las normas vigentes y aplicables, la APS no habría procedido con el registro de la Sociedad, que su Autoridad -de manera arbitraria- pretende eliminar.*

3.1.10. *El artículo 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo advierte que los actos de la Administración Pública sujetos a esa Ley, se presumen válidos. El registro de la Sociedad en la APS, es un acto administrativo reconocido por la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, pues constituye una decisión de la Administración Pública que ha producido efectos jurídicos sobre la Sociedad. Al ser el registro un acto administrativo, se presume válido conforme a ley en tanto no exista una declaración expresa de invalidez o ilegitimidad,* ***emergente de un proceso legal.***

3.1.11. *La APS, a tiempo de establecer la sanción contra la Sociedad, ha incumplido los principios generales de la actividad administrativa de sometimiento pleno a la ley y de proporcionalidad establecidos en el artículo 4 incisos c) y p) de la Ley N° 2341 de Procedimiento de (sic) Administrativo, y los principios sancionadores de legalidad y tipicidad dispuestos en los artículos 72 y 73 de la referida Ley. También ha desconocido el mandato constitucional establecido en el artículo 116 parágrafo II de la Constitución Política del Estado, que dispone que "Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible", y la obligación a la cual está sujeta la potestad sancionadora prevista en el artículo 62 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, que sólo puede ejercerse en un contexto de seguridad jurídica, respeto al debido proceso y sujeción estricta a los principios de la Ley N° 2341 y demás normas aplicables.*

3.1.12. *La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 parágrafos I y II*

determina que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias, y a tal efecto, la calificación de las infracciones debe someterse escrupulosamente a los criterios establecidos por las normas y sólo pueden imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente definidas en el ordenamiento jurídico aplicable.

3.1.13. *La Resolución Administrativa No. 602 del 24 de octubre de 2003, define claramente los distintos tipos de sanciones y las condiciones que deben concurrir en las conductas que las originan. Cuando esta disposición habla de "infracciones insubsanables" se remite a lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Seguros. Esta norma, como ya lo hemos hecho notar, advierte que las infracciones insubsanables son resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad "y" del daño económico o perjuicio ocasionado a terceros.*

3.1.14. *El artículo 15 de la Resolución referida en el numeral anterior, advierte que las* ***"infracciones graves" (insubsanables), "para ser sujetas a la imposición de sanciones deben configurar las características precedentemente señaladas y contenidas en la definición de Infracción Grave prevista en el artículo 52 de la Ley de Seguros."***

3.1.15. *La APS cuestiona un acto realizado por su misma entidad, y exige el cumplimiento de un requisito que no está exigido por ley y adicionalmente le aplica a la Sociedad una sanción que corresponde a una conducta "insubsanable" en la que no probó, como dice la ley, la concurrencia de las condiciones necesarias para constituir el tipo de infracción sancionada (debemos anotar que la Sociedad no ha cometido ninguna de las conductas definidas como graves por la Resolución 602 del 24 de octubre de 2003, y que dan lugar al tipo de sanción impuesta por la Resolución Recurrida). Todo ello constituye una manifiesta violación al principio de tipicidad amparado por la Constitución Política del Estado y por las leyes.*

3.1.16. *El tratadista argentino Roberto Dromi en su obra "Derecho Administrativo" (pag.302), apunta que las sanciones administrativas se caracterizan por ser regladas. Es decir "(…) Siempre deben basarse en una ley. Se requiere un titulo jurídico propio y concreto, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración la aplicación de ellas. El principio de la legalidad penal rige en forma absoluta.* ***La Administración no puede crear, por propia iniciativa, sanciones contra los administrados,*** *por cuanto la determinación de las conductas punibles y las respectivas sanciones son de atribución exclusiva del legislador, competencia indelegable que le pertenece constitucionalmente. También se excluye la aplicación analógica de las sanciones pues lo contrario significaría transformar el órgano administrador en órgano legislador(…)"*

3.1.17. *El jurista boliviano Wálker San Miguel Rodríguez en su obra "El Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia" (pág. 60), anota que: "(...) la tipicidad, entendida como la necesidad de que una conducta punible, haya sido debidamente descrita por una norma legal, es un imperativo del Derecho Administrativo Sancionador y opera en conjunto con el principio de legalidad*

(...). Por consiguiente, no sólo ha de ser necesaria la descripción de un hecho definido como (...) infracción o contravención, sino que además debe establecerse claramente en la norma legal la sanción que ha de aplicarse a cada tipo de infracción".

3.1.18. *Tanto la Ley de Seguros como la Resolución Administrativa No. 602 del 14 de octubre de 2003, imponen una sanción a una conducta en la que deben concurrir necesariamente ciertas condiciones. Por ello, la Administración no puede aplicar dicha sanción a conductas en las que no aparecen los requisitos necesarios que la hacen punible, y menos, puede aplicar por analogía, sanciones a conductas que no estén definidas como punibles en la leyes, pues eso constituye ausencia de tipicidad y en consecuencia se violan normas procedimentales y la Propia Constitución Política del Estado.*

3.2 Violación al principio del debido proceso:

3.2.1. *En virtud al inciso c) del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, "son nulos de pleno derecho los actos administrativos* ***que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;*** *(...)".*

3.2.2. *La Ley de Procedimiento Administrativo describe las etapas del Procedimiento Sancionador y regula la iniciación, tramitación y terminación del mismo, obligando a la Administración Pública a llevar a cabo un proceso previo que le permita al administrado conocer las acusaciones y defenderse, antes de que la Administración emita sanciones de cualquier índole.*

3.2.3. *El Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera también norma el procedimiento sancionador, estableciendo la necesidad legal de que en su labor de supervisión y vigilancia, la Administración realice actuaciones o diligencias que sean requeridas y que permitan comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de infracciones.*

3.2.4. *Los artículos 65 y siguientes del Reglamento referido en el numeral anterior -que su Autoridad no verificó antes de emitir la sanción, pues no llevó a cabo ningún procedimiento sancionador, aunque éste fuera una condición legal y constitucional-, describen el procedimiento y las actuaciones que la APS debió haber realizado previamente a la emisión de la Resolución Recurrida.*

3.2.5. *La Sociedad no fue notificada con la iniciación de ningún proceso investigativo ni se le solicitaron inspecciones u otras medidas preliminares, ni menos se le notificaron los cargos por los que luego se impondría la sanción.*

3.2.6. *La Ley advierte que la notificación de los cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, u otro medio que garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir defensa.*

3.2.7. *El artículo 2 de la Resolución Administrativa No. 602 del 24 de octubre de 2003, adopta -para los procedimientos previstos en esa Resolución- los principios del Debido Proceso, de Publicidad, de Igualdad y Proporcionalidad, entre otros, y el*

Capítulo IV contempla las etapas que debe contener el procedimiento sancionatorio, que su Autoridad no siguió.

3.2.8. *En tanto no se le inició ningún procedimiento sancionador a la Sociedad (alguna disposición señala que no se aplica el procedimiento sancionador a las infracciones calificadas como insubsanables por la Ley de Seguros, pero como hemos demostrado abundantemente, la conducta por la que se nos impone la sanción, ni siquiera se halla tipificada y no cumple los requisitos de una infracción insubsanable), se colocó a ésta en un incuestionable estado de indefensión, pues no tuvo oportunidad de presentar pruebas ni descargos que le hubieran permitido demostrar que su registro en la APS se llevó en completo cumplimiento de las normas establecidas al efecto.*

3.2.9. *El artículo 76 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Principio de Procedimiento Punitivo), advierte que* ***no se podrá imponer sanción administrativa alguna a las personas, sin la previa aplicación de procedimiento punitivo establecido en la presente Ley o en las disposiciones sectoriales aplicables.***

3.2.10. *Cabe advertir que el artículo 53 de la Ley de Seguros establece que los procedimientos aplicables en el sector de seguros son los establecidos para el sistema de regulación financiera, por tanto, las normas descritas son plenamente aplicables, en particular, el artículo 62 del Decreto Supremo 27175, que advierte que "El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos".*

3.2.11. *El inciso a) del artículo 2 de la Resolución Administrativa No. 602 del 24 de octubre de 2003, dispone que* ***"Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos".***

3.2.12. *El artículo 8 de la misma Resolución advierte que "la imposición de una sanción tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente, ésta será impuesta* ***previo proceso administrativo sancionatorio, que se desarrolle en sujeción al principio del debido proceso.*** *"*

3.2.13. *Se ha probado -con argumentos estrictamente legales- que la Resolución Sancionadora fue dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, y ha impuesto una sanción sin haber aplicado el procedimiento punitivo establecido, siendo ésta ilegal y nula conforme a ley.*

3.2.14. *De lo arriba señalado, se puede colegir que la Resolución Sancionadora fue emitida en contravención a los principios constitucionales consagrados en los artículos 116 y 117 de la Constitución Política del Estado y los principios que regulan la actividad administrativa y sancionadora determinados en los artículos 4 incisos c) y p), 71, 72, 73, 74, y 76 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.*

3.2.15. *La APS, a tiempo de efectuar las consideraciones para imponer la sanción a la Sociedad, no ha mencionado ni los fundamentos y menos el respaldo (documental y objetivo-verdad material), para acreditar la concurrencia de*

ninguna circunstancia que legalmente pueda dar lugar a la calificación de una infracción como insubsanable. Ello supone la contravención de lo previsto en el artículo 74 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo (Principio de Presunción de Inocencia), en concordancia con lo establecido en el artículo 116 parágrafo I de la Constitución Política del Estado, puesto que las sanciones administrativas también están inspiradas en el principio de presunción de inocencia por el cual se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo.

3.2.16. *Es importante además, añadir que la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en su artículo 4, inciso d), dispone que en la actividad administrativa la Administración Pública investigará la verdad material, en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.*

3.2.17. *El tratadista Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV "El Procedimiento Administrativo", Pág. VII -2, VII-3 y VII-4, señala que: "(...) prima, en el procedimiento administrativo la verdad material sobre la verdad formal, siendo necesario para el esclarecimiento de aquella verdad un criterio de amplitud con respecto a los recursos y reclamaciones, a fin de facilitar de este modo el control de la legalidad de la administración pública (...). En consecuencia de que la administración debe ajustarse a los hechos reales, a la verdad material prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no, resulta que la carga procesal de averiguar esos hechos y cualesquiera otros que resulten necesarios para la correcta solución del caso, recae sobre ella.* ***Si la decisión administrativa no se ajusta a tales hechos reales, aunque ello resulte de una falta de información no subsanada por el particular, el principio de la verdad material lleva a igual conclusión: el acto que no se ajusta a la verdad de los hechos se encuentra viciado*** *(...) en el procedimiento administrativo, por el contrario, la carga de la prueba recae enteramente y sin limitaciones sobre la administración".*

3.2.18. *Como lo hemos mencionado, una de las condiciones sine qua non para el surgimiento de una conducta como la que se sanciona a la Sociedad (infracción insubsanable) y que habría originado la sanción máxima aplicada, es la concurrencia de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y el daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores de seguro, beneficiarios u otros terceros.*

3.2.19. *Es necesario alertar la* ***ausencia de conducta culposa o dolosa:*** *El jurista Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, señala que: "En sentido amplio, se entiende por culpa toda falta, voluntaria o no, que causa mal o daño (...)" y que "El dolo constituye la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena, pero sin intervención de la fuerza ni de amenazas, constituidas aquélla y éstas de otros vicios jurídicos (...)". El dolo implica una conducta deliberada de dañar, que implica un elemento subjetivo que no es posible presumir ni deducir, sino que es indispensable probar.*

3.2.20. *El jurista boliviano Carlos Morales Guillen en su Código Civil, Concordado y*

Anotado (págs. 671 y 672), señala que: "(...) el dolo no se presume y debe ser probado (...), cuyo aforismo (cit. Scaevola) expresa: Dolum non nisi perspicuis, iudiciis probari convenit (el dolo no se presume, hay que demostrarlo ante los tribunales.

3.2.21. *Los criterios citados permiten comprender que para la imposición de una sanción como la impuesta a la Sociedad, es indispensable que el administrado haya obrado dolosa o cuando menos culposamente, es decir, que la supuesta transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto, quedando excluido cualquier parámetro de responsabilidad objetiva en la relación del administrado frente a la Administración. Ésta, para ejercer válidamente la potestad sancionatoria, requiere que la supuesta contravención al ordenamiento jurídico haya sido determinada por el elemento subjetivo en la conducta del administrado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73, parágrafo I, de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y el artículo 63 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, lo que evidentemente no ocurrió.*

3.2.22. *En una relación jurídica exclusiva entre el administrado y la autoridad administrativa para efectos de imposición de sanciones, es necesario demostrar la culpabilidad antes de determinar responsabilidad para la aplicación de la sanción. Es decir que, sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas que resulten responsables de las mismas, por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad o dolo constituye un requisito esencial para la configuración de la conducta sancionable -en este caso, una conducta insubsanable-, conforme lo dispone el artículo 78, parágrafo I, de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo. A esto también se refiere el principio de Presunción de Inocencia, puesto que es preciso demostrar que la conducta, dolosa o negligente del administrado, ha resultado en la infracción normativa.*

3.2.23. *Remarcamos también la ausencia de daño a terceros: El jurisconsulto Saúl A. Argeri en su obra Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa, (pág. 168), apunta que el daño es: "(...) El perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria recibido directamente en las cosas que se tiene en dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a una persona o a sus derechos o facultades y que se origina en dolo, culpa o negligencia. Su resarcimiento es comprensivo del daño material, es decir el efectivamente recibido (daño emergente) y el de la ganancia de que ha sido privado el damnificado (lucro cesante) (...)", por lo que, la responsabilidad por daños exige como regla general que exista un nexo causal entre la conducta del autor y el daño.*

3.2.24. *El jurisconsulto boliviano Carlos Morales Guillén, en su Código Civil Concordado y Anotado, (pág.482), señala que el daño: "(…) es el perjuicio material o moral sufrido por una persona, que da lugar a reparación cuando deriva del incumplimiento de una obligación contractual o legal o de un hecho ilícito cuya responsabilidad es impuesta por la ley a una persona ".*

3.2.25. *Corresponde señalar entonces, que al no haber mencionado ni demostrado objetivamente su Autoridad, que la Sociedad ha causado (como consecuencia de culpa o dolo) daños a terceros -con su registro en la APS- la APS ha quebrantado los principios de tipicidad y de presunción de inocencia, reconocidos por la Constitución Política del Estado y por las leyes.*

3.3. Elementos Fácticos del recurso de Revocatoria:

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, y no obstante que la Resolución Sancionadora es nula de pleno derecho conforme a ley, y sin que existiera convalidación de parte de la Sociedad al acto administrativo nulo y revocable, hicimos una explicación y una ampliación de los elementos expuestos en nuestras cartas del 25 de julio y del 3 de octubre de 2011, con el ánimo de que su Autoridad pudiera conocer mejor la calidad de la Sociedad (que presumimos es igual a la del resto de las corredoras extranjeras de reaseguros inscritas en esa entidad) y el modo en que, conforme a normas legales y convencionales, se ejerce un control sobre sus operaciones:

3.3.1. *El artículo 21 de la Ley No. 1883, Ley de Seguros dispone que las personas jurídicas, nacionales o extranjeras que deseen constituir una entidad dedicada al corretaje de reaseguros,* ***deberán constituirse exclusivamente como sociedades anónimas.***

3.3.2. *AON BENFIELD ARGENTINA S.A. es una sociedad anónima constituida conforme a ley y por ello cumple con el requisito básico para dedicarse al corretaje de reaseguros en el Estado Plurinacional de Bolivia. En tanto sociedad anónima, sus actos societarios están regidos por sus propios estatutos y por las leyes argentinas aplicables, y están sujetos al control social que la junta de accionistas o la junta directiva, como órganos competentes, deben ejercer.*

3.3.3. *Por otra parte, y como lo hemos aclarado en su momento, la Sociedad es una filial (su capital está conformado, en un 100%, por acciones pertenecientes a miembros del grupo internacional AON), que no es lo mismo que una sucursal, como pretende la APS.*

3.3.4. *Señala Saúl A. Argeri que una sucursal es la unidad empresarial cuya manifestación práctica mercantil se realiza porque su giro, su dirección y administración, su vida jurídica y su patrimonio, dependen y forman parte integrante de la casa matriz. La Sociedad es, conforme lo exige la norma, una sociedad anónima y por ello, su naturaleza jurídica no puede ser contemplada como sucursal, en tanto goza de una vida jurídica independiente.*

3.3.5. *No obstante, en tanto la Sociedad es una filial, está obligada a sujetarse al control operacional del grupo internacional al que pertenece y a la autoridad económica de la sociedad directriz.*

3.3.6. *Aunque -como lo hemos señalado- la Resolución Administrativa SPVS No. 764 del 30 de septiembre de 2008 exige que las corredoras de reaseguros estén sujetas a supervisión en su país de origen, o en su defecto, sean miembros de grupos internacionales, reiteramos que además de que la Sociedad está sujeta a supervisión en su país (Superintendencia de Seguros de la República Argentina),*

pertenece a un grupo internacional en calidad de subsidiaria y sus operaciones se encuentran bajo el control de una "casa matriz".

3.3.7. *Como lo adelantamos en las distintas cartas que le hicimos llegar en su momento, la Sociedad es miembro del grupo internacional AON, cuya casa central "AON CORP.", se encuentra en Chicago Illinois, Estados Unidos.*

3.3.8. *Todas las oficinas de reaseguro de la corporación (las sociedades AON BENFIELD de cada país) de Latinoamérica están bajo supervisión y control de AON BENFIELD LATIN AMERICA (AB LA) con sede en la ciudad de Miami, Florida USA. Dicha institución controla el cumplimiento de las directivas del grupo para el área de reaseguro y el funcionamiento orgánico por intermedio del directorio que se conforma por los presidentes y CEO de cada país. En el caso de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., además de ser su Presidente el Sr. Galizia -como se mencionó antes-, es Deputy chairman de AB LA y el Sr. Fernando Rodríguez - además de ser el CEO y Vicepresidente de la Sociedad- es miembro del Directorio de AB LA. La oficina de AB LA oficia de Compliance Officer para la región y a su vez reporta internamente a la Junta Directiva de AON CORP.*

3.3.9. *Este control supone además, entre otros el seguimiento que hace AON sobre sus empleados, oficiales y/o directores en todas sus sucursales y filiales a través de Códigos Conducta Comercial (Aon's Code of Business Conduct, por ejemplo) que consisten principalmente en el apoyo a la diversidad e igualdad de oportunidades entre empleados; el resguardo en favor de la seguridad, confidencialidad y privacidad de la información de la sociedad y de sus clientes; en la prohibición de cualquier abuso, amenaza sexual o racial, ya sea por género, religión o sexo, etc.; en la prohibición de violencia en ambientes de trabajo; en el compromiso de aplicar todas las normas posibles contra el cohecho y competencia desleal, en todos los países donde AON opera.*

3.3.10. *De igual forma se aplican en territorios donde opera AON, siempre que aquello no suponga contradicción o superposición con las normas locales, las siguientes normas: U.S. Foreign Corrupt Practices Act (the FCPA), OECD Convention, las cuales prohíben y sancionan pagos impropios, ofertas y promesas de pago por acciones impropias. Asimismo, la Sociedad, en virtud a distintas normas aplicadas por AON, se encuentra comprometida a controlar y evitar todo tipo de delitos financieros, o lavado de dinero, etc.*

3.3.11. *Por otra parte, y como otro modo de control, es un requisito de la casa matriz, que todos los empleados que forman parte de la compañía AON y que tienen relación directa con el cliente deben completar un curso de entrenamiento (Introduction to Trade Restictions) que es obligatorio.*

3.3.12. *Adicionalmente, y como lo hemos mencionado, AON CORP. envía anualmente sus auditores a la Sociedad a verificar sus balances operaciones, pagos, cobros, procedimientos, etc. y ellos reportan a Chicago.*

3.3.13. *La Sociedad cuenta con el 100% de su capital accionario en manos de sociedades pertenecientes a la Corporación, lo que demuestra que es una sociedad perteneciente al grupo internacional y que está bajo su control operacional.*

4. PETITORIO.

Por los argumentos de derecho y de hecho expuestos en este memorial, en estricta observación a lo dispuesto en los artículos 37, 38, 52, 53 y 54 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, solicitamos a su Autoridad, remita este proceso con todos sus antecedentes -en el plazo señalado por ley- a la autoridad jerárquicamente superior competente, para que ésta conozca el presente recurso jerárquico y pronunciándose sobre el fondo, resuelva:

1.Revocar íntegramente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 004-2012, *por haber confirmado la sanción de máxima gravedad contra la Sociedad sin haber demostrado objetivamente la existencia de los criterios condicionantes para atribuir la referida sanción, establecidos en el artículo 52 de la Ley de Seguros, así como por contravenir los principios que regulan la actividad administrativa y sancionadora determinados en los artículos 4, 71, 72, 73, 74, 75 y 76 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, protegidos por el mandato constitucional de los artículos 115 parágrafo II y 116 parágrafo I de la Constitución Política del Estado, y por ende, la potestad sancionadora dispuesta en el artículo 62 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.*

2. Declarar la Nulidad de la Resolución Administrativa APS/DS/Nª. 399- 2011, *por constituir un acto administrativo nulo de pleno derecho de acuerdo al artículo 34 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos "que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". Y como lo hemos hecho conocer, la APS, a tiempo de emitir la Resolución Sancionadora, y de establecer la sanción contra la Sociedad, incumplió los principios generales de la actividad administrativa de sometimiento pleno a la ley y de proporcionalidad establecidos en la Ley No. 2341 de Procedimiento de Administrativo, y los principios sancionadores de legalidad y tipicidad dispuestos en la referida Ley. También ha desconocido el mandato constitucional establecido en el artículo 116 parágrafo II de la Constitución Política del Estado, que dispone que "Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible"", y la obligación a la cual está sujeta la potestad sancionadora prevista en el artículo 62 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, que sólo puede ejercerse en un contexto de seguridad jurídica, respeto al debido proceso y sujeción estricta a los principios de la Ley No. 2341 y demás normas aplicables…"*

Que en fecha 21 de mayo de 2012, AON BENFIELD ARGENTINA S.A., solicita se tenga presente los siguientes argumentos:

AON BENFIELD ARGENTINA S.A. *(en adelante "la Sociedad"], una sociedad constituida en la República Argentina, legalmente representada en este acto por la Sra. Claudia Sintia Vera Cárdenas, en virtud al Poder Especial, Amplio y Suficiente emitido por la Sociedad, cuya copia original y debidamente legalizada forma parte de este proceso, ante su Autoridad con el debido respeto expone y pide: En fecha 27 de enero de 2012, el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, fue notificado con la Nota CITE:*

APS/DJ/DS/640/2012, cuya copia simple adjuntamos al presente en calidad de prueba, por la cual el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (en adelante APS) "cumpliendo" con lo dispuesto por el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, remitió el expediente a la autoridad jerárquica, que contiene el Recurso Jerárquico interpuesto por la Sociedad.

La nota referida hace un listado de la documentación que está remitiendo a la autoridad jerárquica. Entre esa documentación listada, se halla descrita la carta suscrita el 1 de diciembre de 2011 por el Sr. Mike Hughes, cuya copia simple adjuntamos al presente memorial (en tanto la original fue presentada a la APS junto con el memorial por el que se interponía recurso de revocatoria, cuyo original consta en obrados), por la que se acredita que la Sociedad se encuentra sujeta a supervisión corporativa de la casa matriz, AON Corporation, y específicamente a la supervisión administrativa del grupo internacional AON BENFIELD.

Presumiendo la buena fe de la APS, creímos que los documentos que se detallaban en la nota de remisión del expediente, serían efectivamente remitidos a la autoridad jerárquica, como lo dispone la ley. No obstante, haciendo uso de la facultad que la norma legal nos brinda, al momento de revisar el expediente ya remitido, advertimos que dicha carta (suscrita por el Ser. Hughes) ya no estaba en el expediente.

Debemos remarcar la relevancia de dicha carta, pues es precisamente, la acreditación de que la Sociedad (además de estar supervisada en su país de origen, como lo acredita el certificado debidamente legalizado, emitido por la Superintendencia de Seguros de la Nación de la Republica Argentina), se halla sujeta al control y supervisión del grupo AON. Lo que la APS desconoció en todo momento y la llevó a resolver la eliminación del registro de la Sociedad.

No obstante, y con el mero ánimo de que su Autoridad cuente con mayores elementos de valoración (dada la falta de parte de información importante que no fue remitida por la APS), y continuando con la explicación dada por la Sociedad durante la audiencia de exposición oral de fundamentos llevada a cabo hace unos días - en la que se nos otorgó la facultad de aclarar algunos puntos-, nos permitimos remarcar nuevamente lo siguiente:

Ante el primer pedido de la APS de una Certificación de Control Gerencial de parte de nuestra "Casa Matriz", presentamos una carta -de fecha 25 de julio de 2011- en la que mencionamos que somos una Sociedad Anónima supervisada por la Superintendencia de Seguros de la Nación en Argentina.

En tanto la APS parece haber considerado esta información insuficiente, el 3 de octubre de 2011 la Sociedad presentó una nueva nota donde explicaba cómo funciona la Corporación y cómo la Sociedad se halla plenamente supervisada y controlada por Aon Benfield Latinoamérica, que a su vez, reporta internamente al Directorio de AON Corporation.

Esta última nota fue ratificada por la carta de fecha 1 de diciembre de 2011, que fue suscrita por Mike Hughes, CEO de Aon Benfield Latinoamérica, quien confirma que Aon

Benfield Argentina se encuentra bajo la supervisión y control de Aon Corporation y específicamente de la unidad de reaseguros de la corporación denominada Aon Benfield.

Para demostrar todo lo anterior, nos permitimos adjuntar al presente memorial, la siguiente documentación, como parte de toda la información que acredita el control que ejerce el grupo internacional AON sobre la Sociedad:

1) *Intercambio de correos electrónicos entre personal de Finanzas de la Corporación y Aon Benfield Argentina, donde nos solicitan que enviemos todos los meses los Estados Financieros de acuerdo con los requisitos de la Corporación y nuestra respuesta adjuntando la información. Se envían los correos desde enero a diciembre 2011, adjuntando también las planillas con la información contable de uno de los meses (octubre 2011) a modo de ejemplo.*
2) *Correo Electrónico del Gerente de Auditoría Interna de Aon Corporation dirigida a Aon Benfield Argentina con copia a los Más Altos Ejecutivos de la Corporación informándonos la visita de los Auditores Internos, qué puntos comprende la Auditoria y cómo es el proceso de reporte, el cual es remitido directamente a la Alta Gerencia de Aon Corporation*
   Asimismo adjuntamos los correos electrónicos correspondientes a la Auditoría de Seguimiento que se realiza para que queden todos los puntos cerrados y aprobados.
3) *Estados Financieros certificados por los Auditores Externos (Ernesto & Young) quienes son nominados por Aon Corporation para realizar las auditorías externas en todos los países donde opera una oficina Aon. Adjuntamos los últimos tres períodos, 2008, 2009 y 2010, el del 2011aún se encuentra en proceso.*

Como se ha venido apuntando en todo este proceso, la intención de la Sociedad es volver a operar como Corredora de Reaseguro Extranjera, en la forma en la que lo ha hecho desde el año 1998, no habiendo tenido ninguna observación ni queja en cuanto a su desempeño, y habiendo trabajado con prácticamente todas las Compañías de Seguros del mercado Boliviano, quienes también están muy interesadas en que la Sociedad vuelva a operar porque comprenden la calidad del servicio que acostumbra a dar Aon Benfield Argentina y la red internacional de contactos con la que la Sociedad cuenta, respetando en todo momento las normas del Estado Plurinacional de Bolivia. Por todo lo expuesto, pedimos a su Autoridad, muy respetuosamente, tenga presente el presente memorial y lo adjunte al expediente que contiene el recurso jerárquico interpuesto por la Sociedad, para que forme parte del análisis que su Autoridad deba realizar y pueda emitir resolución conforme a ley. Sea con las formalidades de ley. "

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. De la normativa aplicable.-

Previo al análisis de fondo, amerita la transcripción y el análisis del Texto Ordenado del Reglamento de Reaseguro Pasivo, relacionado al caso de autos.

Así tenemos que el punto 1.2 del Reglamento de Reaseguro Pasivo señala:

> "…*Para las renovaciones de Certificados de Registro de Reaseguradores, se presentarán a la SPVS únicamente la certificación sobre cambios significativos y los documentos señalados en los incisos d) y e), a no ser que, los otros documentos hayan caducado o los datos hayan cambiado y deban ser actualizados.*
>
> *El Certificado de Registro de Reaseguradores quedará automáticamente sin efecto a su vencimiento, a excepción de que exista una solicitud justificada por escrito, de plazo adicional para presentar la documentación para su renovación, plazo que será máximo de 60 días calendario. En caso de una solicitud de eliminación del registro de parte del mismo reasegurador, la cedente o su representante legal, o en caso de eliminación por incumplimiento al presente Reglamento, se emitirá la correspondiente Resolución Administrativa..."*

Que, de igual manera, el punto 2.2 del Reglamento de Reaseguros Pasivo, emitido a través de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008, establece como requisito:

> "*… Las corredoras extranjeras deberán ser sujetas a supervisión en su país de origen. La SPVS tendrá la potestad de pronunciarse acerca de esta fiscalización*…"

2. Antecedentes del caso.-

Que, en fecha 4 de mayo de 2011, AON BENFIELD ARGENTINA S.A., solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, proceder a la **renovación del registro** de la Sociedad, otorgada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante certificado N° 012.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DS/JTS/1969/2011 de fecha 19 de julio de 2011, solicita a la corredora AON BENFIELD ARGENTINA S.A., **certificación** de la junta directiva y/o casa matriz, del grupo internacional al que pertenece, señalando que las operaciones de dicha Corredora de Reaseguros se encuentran bajo su control y supervisión gerencial.
Que, Claudia Vera en calidad de apoderada de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., mediante nota de fecha 29 de julio de 2011, presenta nota de Alejandro Javier Galizia, presidente de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., a través de la cual señala textualmente que "***En virtud de mi calidad como Presidente de la Junta Directiva de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., le confirmo que es quien ejerce el control y supervisión gerencial de la compañía*".**

Que, a su vez, en fecha 3 de octubre de 2011, Claudia Vera en calidad de apoderada de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., recibida el 5 de octubre de 2011 por la APS, presenta otra

nota haciendo referencia a que ***la sociedad es miembro del grupo internacional AON, cuya casa central AON CORP se encuentra en Chicago Illinois Estados Unidos.***

Que en fecha 21 de mayo de 2012, AON BENFIELD ARGENTINA S.A., refiere que esta no sólo se encontraría supervisada al ***grupo internacional AON, cuya casa central AON CORP se encuentra en Chicago Illinois Estados Unidos. Sino que la misma a su vez se encontraría supervisada por la Superintendencia de Seguros de la Nación de la República Argentina.***

3. Análisis de la Controversia.-

Precisado lo anterior y revisado el expediente administrativo, se hace el análisis de fondo:

De los antecedentes administrativos, así como de la norma anteriormente citada, se tiene que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hubiera otorgado licencia de registro signada con el N° 12; sin embargo, de la revisión del expediente administrativo no se cuenta con los antecedentes que dieron lugar a la otorgación de la licencia y si, dentro de éstos, se encontraría la "certificación" de la junta directiva y/o casa matriz del Grupo Internacional al que pertenece Aon Benfield Argentina S.A**,** requerida hoy por la APS.

Por lo que, queda claro, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, más allá de las previsiones del Reglamento de Reaseguro Pasivo, transcrito en el numeral anterior, no tomó en cuenta para su determinación, la documentación acreditada a efectos de la licencia otorgada, más aún cuando el presente proceso corresponde a una Renovación de Registro.

Sin perjuicio de lo señalado ut supra, es importante hacer notar al recurrente que, compulsados los antecedentes, se evidencia que hace referencia, en los puntos 3.3.3 al 3.3.13 de su Recurso Jerárquico y de Revocatoria, ***"…que éste sería miembro del grupo internacional AON CORP y que AON BENFIELD ARGENTINA S.A. se encontraría supervisado por AON CORP"****,* y líneas más adelante, en el punto 7.1., hace referencia a la salvedad estipulada en el punto 2.2 i), misma que señala "…***que en caso de que las corredoras de reaseguros que no estén sujetas a supervisión de su país de origen pero que sí sean miembros de grupos internacionales…* también serán objeto de permiso".**

Que, respecto de este punto, la APS haría referencia a que ***AON BENFIELD ARGENTINA S.A*** entraría en contradicción al señalar, en primer lugar, que éste es miembro del Grupo internacional **AON CORP** y que, a la vez, la misma haría referencia a que está sujeta a supervisión en su país de origen (Argentina) por lo que debería aplicarse la salvedad estipulada en el último párrafo del punto 2.2 i), de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 764 de 30 de septiembre de 2008.

De lo transcrito, se tiene que efectivamente el recurrente entra en una contradicción en sus argumentos, ya que no se entiende si éste solicita la renovación de su registro en virtud a la excepción del último párrafo del punto 2.2 i), es decir en el caso de corredoras de reaseguro **no sujetas a la supervisión en su país de origen** o en su caso la solicitud se encuentra enmarcada en el tercer párrafo del punto 2.2 i) cuando indica que "…*las corredoras extranjeras* ***deberán ser sujetas a supervisión en su país de origen…"***

Estos aspectos ya fueron aclarados en instancia Jerárquica, al referir que AON BENFIELD ARGENTINA S.A., "no sólo se encontraría supervisada al ***grupo internacional AON, cuya casa***

central AON CORP, sino que la misma a su vez se encontraría supervisada por la Superintendencia de Seguros de la República Argentina.

En el presente caso al encontrarse supuestamente supervisada tanto por el grupo internacional Aon Corp así como por la Superintendencia de Seguros de la Republica Argentina, no corresponde hablar de la excepción del último párrafo del punto 2.2 i), debido a que la misma aplica sólo en el caso de que las corredoras de reaseguro estén sujetas a control gerencial de la casa matriz del grupo internacional pero no estén sujetas a supervisión de su país de origen.

Que, el hecho de que el recurrente se ampare en el tercer párrafo del punto 2.2 i) y en el último parágrafo del punto 2.2 i) ha hecho que el ente regulador en primera instancia confunda y entre en duda en cuanto a los argumentos vertidos por el recurrente, al momento de emitir Resolución.

Aspecto que necesariamente debe ser nuevamente valorado, por la instancia inferior, al momento de determinar la otorgación de la renovación de la matrícula o el rechazo de la misma.

Ahora bien, la propia Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764 de 30 de septiembre de 2008, en el último parágrafo del punto 2.2 i), establece lo siguiente:

> "… *En el caso de las corredoras de reaseguros no sujetas a supervisión en su país de origen; pero que sean miembros de grupos internacionales , sujetas a control gerencial, y/o de la junta directiva de la casa matriz del grupo internacional,* ***las aseguradoras podrán efectuar cesiones, únicamente sí cuentan con previa autorización expresa de la SPVS…"***

Del análisis ut supra y conforme ya se tiene mencionado, no corresponde al recurrente ampararse en esta excepción debido a que este contaría con la supervisión de su país de origen así como del grupo internacional.

Que, si bien, la norma efectivamente establece una excepción, a las corredoras no sujetas a supervisión en su país de origen, para que puedan obtener el registro o la renovación del mismo, ésta se encuentra supeditada a la autorización de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, como órgano que fiscaliza y que controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de Bolivia, misma que es una prerrogativa del órgano de fiscalización de dar o no la autorización; obviamente, tanto la negativa así como el permiso deben encontrarse debida y legalmente fundamentados.

3.1. En cuanto a la no valoración de la prueba presentada en Recurso de Revocatoria.-

De la revisión del Recurso de Revocatoria, presentado por el recurrente cursante en el expediente administrativo a Fs. 114, se tiene que el ente regulador omite pronunciarse sobre la prueba presentada, así como sobre lo alegado por el recurrente en Recurso de Revocatoria, mismo que señalaría:

- Nota de fecha 1 de diciembre de 2011, firmada por Mike Hughes, misma indica lo siguiente "…*AON BENFIELD ARGENTINA S.A. se encuentra sujeta a la supervisión corporativa de nuestra compañía matriz, AON CORPORATION, y específicamente a la supervisión administrativa del grupo Internacional AON BENFIELD, nuestro negocio global de reaseguro*…"

Por su parte, la APS señala "… *debe mencionarse que la carta original suscrita por Mike Hughes que certifica que la sociedad se encuentra sujeta supervisión corporativa de AON Corporation y específicamente a la Supervisión administrativa del grupo internacional AON Benfield,* ***se considera que no es lo requerido por la norma…"***

Conforme se aprecia, la APS no ha presentado mayor argumentación en torno al tema que nos ocupa, siendo su obligación como ente regulador fundamentar las razones por las cuales la misma se considera insuficiente.

Asimismo, es importante recordar al ente regulador, que todo acto administrativo que adopte una decisión, debe regirse bajo el principio de congruencia y motivación, más aún en el presente caso, cuando la otorgación, renovación o eliminación del registro, tiene como fin justamente garantizar la seriedad de las reaseguradoras, para que cuenten con la suficiente credibilidad, solvencia y transparencia dentro del mercado nacional.

Que, de igual modo, la APS, no se habría pronunciado sobre lo alegado por el recurrente en su Recurso de Revocatoria en los puntos 3.8 y 3.11, que refieren:

> ***"…3.8.*** *Todas las oficinas de reaseguro de la corporación (las sociedades AON BENFIELD de cada país) de Latinoamérica están bajo supervisión y control de AON BENFIELD LATIN AMERICA (AB LA) con sede en la ciudad de Miami, Florida USA. Dicha institución controla el cumplimiento de las directivas del grupo para el área de reaseguro y el funcionamiento orgánico por intermedio del directorio que se conforma por los presidentes y CEO de cada país. En el caso de AON BENFIELD ARGENTINA S.A., además de ser su Presidente el Sr. Galizia -como se mencionó antes-, es Deputy chairman de AB LA y el Sr. Fernando Rodríguez -además de ser el CEO y Vicepresidente de la Sociedad- es miembro del Directorio de AB LA. La oficina de AB LA oficia de Compliance Officer para la región y a su vez reporta internamente a la Junta Directiva de AON CORP.*
>
> ***3.9.*** *Este control supone además, entre otros el seguimiento que hace AON sobre sus empleados, oficiales y/o directores en todas sus sucursales y filiales a través de Códigos Conducta Comercial (Aon's Code of Business Conduct, por ejemplo) que consisten principalmente en el apoyo a la diversidad e igualdad de oportunidades entre empleados; el resguardo en favor de la seguridad, confidencialidad y privacidad de la información de la sociedad y de sus clientes; en la prohibición de cualquier abuso, amenaza sexual o racial, ya sea por género, religión o sexo, etc.; en la prohibición de violencia en ambientes de trabajo; en el compromiso de aplicar todas las normas posibles contra el cohecho y competencia desleal, en todos los países donde AON opera.*
>
> ***3.10.*** *De igual forma se aplican en territorios donde opera AON, siempre que aquello no suponga contradicción o superposición con las normas locales, las siguientes normas: U.S. Foreign Corrupt Practices Act (the FCPA), OECD Convention, las cuales prohíben y sancionan pagos impropios, ofertas y promesas de pago por acciones impropias. Asimismo, la Sociedad, en virtud a distintas normas aplicadas por AON, se encuentra comprometida a controlar y evitar todo tipo de delitos financieros, o lavado de dinero, etc.*

***3.11**. Por otra parte, y como otro modo de control, es un requisito de la casa matriz, que todos los empleados que forman parte de la compañía AON y que tienen relación directa con el cliente deben completar un curso de entrenamiento (Introduction to Trade Restictions) que es obligatorio.*

***3.12.** Adicionalmente, debemos mencionar que AON CORP envía anualmente sus auditores a la Sociedad a verificar sus balances operaciones, pagos, cobros, procedimientos, etc. y ellos reportan a Chicago.*

***3.13.** La Sociedad cuenta con el 100% de su capital accionario en manos de sociedades pertenecientes a la Corporación, lo que demuestra que es una sociedad perteneciente al grupo internacional y que está bajo su control operacional…"*

Que, al no haberse pronunciado sobre estos aspectos, el ente regulador ha dado lugar a que su resolución no se encuentre debidamente fundamentada, vulnerando así el derecho al debido proceso, derecho a la petición, que le asiste al recurrente, implicando que la Administración Pública a tiempo de emitir resolución, ha viciado el procedimiento administrativo con la causal de anulabilidad, permitiendo que el recurrente considere que su rechazo se ha debido a la subjetividad y discrecionalidad de la Autoridad.

Congruente con lo anotado, el Tribunal Constitucional ha emitido precedentes sobre el particular, mismos que han sido rescatados por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010, de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso donde se expresa que:

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

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

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se

lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

Es así que, una vez cumplido a cabalidad el debido proceso, el ente regulador, deberá pronunciarse técnica y legalmente sobre la solicitud de renovación o eliminación de registro y determinar, de manera cierta y evidente, cuál es el motivo del rechazo, señalando la causal y desarrollándola cual en derecho hubiera correspondido.

3.2. En cuanto a que la eliminación del registro de la Sociedad no constituye una sanción.-

En este punto, es necesario realizar algunas consideraciones de orden legal que permitan diferenciar, al recurrente, el proceso sancionador y el procedimiento de renovación o eliminación del registro de las corredoras, mismo que se encuentra en la Resolución Administrativa SPVS/IS/764, de 30 de septiembre de 2008, conforme se indica a continuación:

El procedimiento sancionador, se inicia sea a denuncia o de oficio por parte de la APS, a consecuencia de que el regulados presuntamente habría infringido o incumplido la normativa de seguros, el procedimiento generalmente se inicia con las diligencias preliminares, luego o directamente la emisión de la notificación de cargos, conforme lo establece el artículo 81, 82 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

En cambio, el procedimiento de inscripción o renovación regulado por el Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado a través de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764, de 30 de septiembre de 2008, es aquel mediante el cual se establecen los requisitos para la licencia o renovación del registro, tomando en cuenta que la vigencia de la misma es anual, ese registro le permitirá operar dentro del mercado nacional.

Que, en el presente caso, la APS determinó que AON BENFIELD ARGENTINA S.A., no cumplía con uno de los requisitos establecidos en la Resolución Administrativa SPVS Nº 764, de 30 de septiembre de 2008, **para la renovación del registro,** por lo que procedió a la eliminación del registro conforme lo establece el inc. ii) subnumeral 2.3 numeral 2, de la referida Resolución Administrativa, que dice:

> "…*En caso de una solicitud de eliminación del registro de parte del mismo corredor de Reaseguros, la cedente o su representante legal, o* ***en caso de la eliminación por incumplimiento al presente Reglamento, se emitirá la correspondiente Resolución Administrativa….***"

Del análisis conceptual y de la propia norma transcrita líneas atrás, tenemos que el procedimiento sancionador así como el procedimiento para que las reaseguradoras puedan mantener o reactivar su vigencia de su registro, son distintos y que, si bien, dentro del artículo 7 inc. d) del Reglamento de Sanciones, aprobado a través de la Resolución Administrativa IS Nº 602 del 24 de octubre de 2003, tipifica como sanción máxima la eliminación del registro, en el presente caso dicha situación no se debió a una sanción, como bien ya lo refirió la APS, sino la misma se debió al incumplimiento, aparente, de los requisitos exigidos para que las corredoras **de reaseguros extranjeras operen en Bolivia,** requisitos obligatorios y que se encuentran establecidos en el Reglamento de Reaseguro Pasivo, emitido a través de Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 764/2008, norma especial y de previo pronunciamiento para otorgar la licencia o, en este caso, la renovación del registro, **normativa que faculta al regulador otorgar la renovación de licencia cumplidos los requisitos o, en su caso, proceder a la eliminación de la misma, cuando las corredoras de reaseguros extranjeras no cumplan con los requisitos establecidos en el referido Reglamento de Reaseguro Pasivo.**

De lo transcrito, de ninguna manera se puede considerar como cierto lo referido por el recurrente, en sentido de que los dos procedimientos serían iguales y que, antes de proceder a la eliminación del registro, se debe iniciar un proceso sancionador, ya que el

Reglamento de Reaseguro Pasivo no está supeditado al inicio de otro procedimiento, bastará con que el ente regulador se pronuncie en cuanto al cumplimiento o, en este caso, incumplimiento de los requisitos para proceder a la eliminación del registro, más aún si se toma en cuenta que el proceso ha sido iniciado a solicitud del recurrente, justamente para la renovación de su licencia.

Que, de igual forma el recurrente debe considerar que, en el caso de autos, en ninguna parte de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 004-2012 de 9 de enero de 2012, ni la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 399-2011 de 4 de noviembre de 2011, la APS fundamenta su decisión de eliminar el registro de la reaseguradora en una sanción y en la aplicación del artículo 7 inc.) d) del Reglamento Sanciones, sino, más bien, en todo momento hace énfasis a que la misma se debió a consecuencia de no cumplir con uno de los requisitos para que, las corredoras de reaseguros extranjeras, operen en el país.

Del análisis anterior ut supra, se tiene que la APS ha hecho un correcto análisis de la norma al determinar que la eliminación del registro no se constituye ni deriva una sanción, sino del incumplimiento de los requisitos para obtener la renovación del registro para que la aseguradora opere en Bolivia.

En cuanto a la falta de tipicidad y al principio de proporcionalidad, ésta autoridad no se pronunciará, debido a que éstos sólo son objeto de análisis dentro de un procedimiento sancionador y no así dentro de un procedimiento de renovación de registro.

3.3. En cuanto a la nulidad y revocatoria solicitada por el recurrente.-

Del petitorio del Recurso Jerárquico se tiene que, el recurrente, solicita, en el numeral primero, Revocar íntegramente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 004-2012 que corresponde a la Resolución que resuelve el recurso de Revocatoria y en el segundo numeral, solicita declarar la nulidad de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 399 de 2011.

De lo transcrito, se evidencia la confusión que existe, por parte del recurrente, al momento de determinar contra qué Resolución Administrativa se debe presentar el Recurso Jerárquico, correspondiente revisar la Ley de Procedimiento Administrativo que en su artículo 66 refiere:

> "*Contra la resolución que* ***resuelva el recurso de revocatoria, el interesado o afectado únicamente podrá interponer el Recurso Jerárquico***…" Las negrillas son insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

De lo expuesto, queda claro que el Recurso Jerárquico se presenta **sólo contra la Resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria,** en este caso contra la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 004-2012 de 9 de enero de 2012.**

No es procedimentalmente viable, presentar Recurso Jerárquico contra las dos Resoluciones, debido a que, como ya se mencionó, la primera al ser objeto de impugnación a través del Recurso de Revocatoria, ha sido confirmada por la segunda (RA APS/DJ/DS/Nº 004-2012), es decir, que intrínsecamente la primera resolución emitida por el órgano regulador, ha sido sujeta de consideración y es la que le otorga su validez; por lo tanto, se constituye como parte de la segunda resolución, es decir, no se está hablando de dos actos distintos sino de

un mismo acto, dentro de un mismo proceso, que es confirmado por la resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria.

Ahora bien, siguiendo el análisis, se evidencia la confusión que existe por parte del recurrente al solicitar a su vez, la nulidad y la Revocatoria de la Resolución impugnada, por lo que pasamos a desarrollar los conceptos de cada una de ellas, para su correcta aplicación:

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

Nulidad.-El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas refiere: "*Nulidad, Carencia de valor, Falta de eficacia, incapacidad, Ineptitud, persona inútil, Inexistencia, Ilegalidad Absoluta de un acto 1.-Apreciación técnica. Dentro de la técnica jurídica,* ***nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido,*** *como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto (…)*"

Que, en base a lo ampliamente expuesto, no corresponde la revocatoria del acto impugnado, ni declarar la nulidad absoluta del acto administrativo, y menos aún realizar una petición simultánea de ambas, al ser figuras distintas con connotación diferente.

Ahora bien, para que proceda la nulidad absoluta, el acto debe contener un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad. En el presente caso, el procedimiento se ha llevado conforme al procedimiento preestablecido en la norma, no existiendo, por ende, ninguna causal de nulidad, sin embargo de ello, se ha evidenciado una vulneración a los derechos de los recurrentes, al no considerar los argumentos de su Recurso de Revocatoria, situación que hace que el procedimiento administrativo se halle viciado con las causales de anulabilidad o nulidad relativa.

3.4. De la documentación adicional.-

En cuanto a la documentación presentada a esta instancia jerárquica, en calidad de prueba, como ser: Intercambio de correos electrónicos entre personal de Finanzas de la Corporación y Aon Benfield Argentina, Correo Electrónico del Gerente de Auditoría Interna de Aon Corporation dirigida a Aon Benfield Argentina con copia a los más Altos Ejecutivos de la Corporación y Estados Financieros certificados por los Auditores Externos, conforme se tiene anotado en los numerales anteriores, la misma deberá ser valorada en cuanto hubiere lugar en derecho por la instancia inferior.

Referente a la carta de 1 de diciembre de 2011, firmada por Mike Hughes, extrañada por el recurrente, expresando que la misma no habría sido remitida por la APS a esta instancia jerárquica, se tiene que la misma sí se encuentra cursante en el expediente a Fs. 98, por lo

que, el recurrente, antes de realizar reclamaciones infundadas previamente deberá revisar el expediente administrativo in extenso, evitando así caer en falsas apreciaciones.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas detectó que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones -conforme ya se señaló- no ha cumplido con el principio del debido proceso, fundamentación y demás preceptos y principios administrativos. Concluyendo que, el ente regulador, no ha emitido la debida fundamentación, ni se ha pronunciado debidamente sobre cuáles habrían sido las causas para el rechazo de la renovación del registro del recurrente

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa, al verse afectados los derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 004-2012 de 9 de enero de 2012, inclusive, debiendo dictarse una nueva resolución conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 022-2012 DE 13 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 031/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2012

La Paz, 06 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 022-2012 de 13 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 411-2011 de 8 de noviembre de 2011, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 047 de 02 de mayo de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 23 de febrero de 2012, Jerry Carlos Emilio Delgado Uría como Gerente de la Sucursal La Paz, y Hugo Vía Escalante como Gerente Jurídico y de Compliance, en representación legal de **La Boliviana *Ciacuz*** (sic) **de Seguros y Reaseguros S.A.**, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 022-2012 de 13 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 411-2011 de 8 de noviembre de 2011.
Que, mediante memorial presentado en fecha 23 de febrero de 2012, **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** representada por los señores **Manuel Sauma**

Guidi, apoderado en mérito al Testimonio de Poder Nº 886/2004 de fecha 26 de agosto de 2004, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 70 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Félix Armando Figueredo Pizarroso, y **Hugo Vía Escalante**, Gerente Jurídico y de Compliance en mérito al Testimonio de Poder Nº 856/2007 de fecha 13 de diciembre de 2007, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 1 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Diomar Marina Ovando Polo, aclaró existir "*un error en las generales de Ley* (razón social) *de nuestra compañía*", determinando ser esta la persona jurídica recurrente.

Que, de lo anterior resultó que quien interpuso dentro del plazo legal para ello, es **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** (no así **La Boliviana *Ciacuz*** (sic) **de Seguros y Reaseguros S.A.**) y que tratándose de persona jurídica, dentro del plazo legal señalado actuó representada únicamente por el Dr. **Hugo Vía Escalante**, Gerente Jurídico y de Compliance, no obstante acreditar posteriormente su poder legal (extremo que no sucede con el señor Manuel Sauma Guidi, quien se apersonó con posterioridad a la interposición del recurso).

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 28 de febrero de 2012, notificado el 6 de marzo de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** representada por el Dr. Hugo Vía Escalante.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DS/DS/3999/2011, de 14 de octubre de 2011, notifica a **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, con la presunta infracción incurrida por la entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

"…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 140-2011 de 06 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las Pólizas registradas, para Seguros de Vida Grupo Anual Renovable Programa del Bancosol, con sus respectivos códigos para archivo, según se aprecia del cuadro que sigue:*

Número y fecha de Resolución	Fecha notificación a la Entidad Aseguradora	Fecha de remisión de la documentación por la Entidad Aseguradora	Fecha de vencimiento	Días de retraso
R.A. 140 de 06/07/2011	11/07/2011	PRES/SPREA/591/07/11 de 03/08/2011, recibida por la APS el 04/08/2011	25/07/2011	**8 días hábiles administrativos**

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES S.A.,*** *al no haber observado debidamente la*

normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda, en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 1° de noviembre de 2011, **Zurich Boliviana Seguros Personales Sociedad Anónima**, mediante nota CITE.PRES/SPREA/910/10/11, presentó sus descargos, refiriendo lo siguiente:

"*...Por medio de la presente, acusamos recibo de la nota señalada en referencia, mediante la cual nos notifican con cargos por no haber cumplido el plazo establecido en el Resuelve Segundo de la R.A. APS/DS/N° 140-2011 de fecha 06 de julio de 2011, referido al envió a la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros, de un ejemplar del texto de la póliza registrada correspondiente a la señalada Resolución Administrativa.*

Al respecto, a tiempo de lamentar la situación presentada, corresponde indicar que la mencionada incidencia se ha originado en un desajuste administrativo de nuestro sistema de gestión de correspondencia.

Por otra parte, deseamos hacer conocer a ese órgano regulatorio (sic) *para su correspondiente evaluación, que el retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión, no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y menos aun ha ocasionado perjuicio o daño alguno.*

En ese sentido, solicitamos puedan tomar en cuenta estos extremos, informándoles que nuestra compañía ha tomado debida cuenta de estos errores y ha adoptado las medidas internas respectivas a efectos de proceder a ajustar nuestros procedimientos y así evitar que situaciones similares puedan presentarse en el futuro..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 411-2011 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 411-2011 de 8 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización de Pensiones y Seguros resuelve:

"*…**PRIMERO.- SANCIONAR A ZURICH BOLIVIANA DE SEGUROS PERSONALES S.A.** con una multa de 1.000 UFV's (Un Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda, por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de*

Pensiones y Seguros – APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 140-2011 de 6 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las Pólizas registradas, para Seguros de Vida Grupo Anual Renovable – Programa del Bancosol, con sus respectivos códigos para archivo.

***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

***TERCERO.- ZURICH BOLIVIANA DE SEGUROS PERSONALES S.A.** deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

***CUARTO.-** En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía debiendo remitirse a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre, luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 23 de diciembre de 2011, **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 411-2011 de 8 de noviembre de 2011, con los argumentos que se transcriben a continuación:

"…La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ No. 411/2011 de 8 de noviembre de 2011 (RA 411/11), se constituye en el Acto Administrativo impugnado, puesto que esta resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo sancionador, tal como pasamos a demostrar a continuación:

1. *La RA 411/11 establece que no se habría presentado la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) dentro de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No. 140-2011 de 6 de Julio de 2011, un ejemplar del texto de las Pólizas registradas para Seguros de Vida Grupo Anual Renovable Programa Bancosol, con sus respectivos códigos para archivo.*
2. *Nuestra compañía, consciente como es de los problemas operativos que a veces se presentan, admitió y lamentó ese retraso, no obstante oportunamente hizo conocer que el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aun ocasionó perjuicio.*
3. *En la RA 411/11 ese respetable órgano de fiscalización y control reconoce que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco se ha verificado daño o perjuicio a la entidad aseguradora o a terceros.*

4. *Asimismo la RA 411/11 reconoce que no existió reiteración o reincidencia y que el hecho se produjo por primera vez.*
5. *No obstante estos argumentos, la APS resuelve sancionar a nuestra compañía con una multa de 1.000 UFVs.*
6. *Al respecto debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.*
7. *En ese marco, se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación.*
8. *La amonestación también tendría que ser modulada en función al alcance de la infracción, ya que de acuerdo al Reglamento de sanciones vigente del regulador, incluso la amonestación tendría que se modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestaciones.*
9. *Uno de los principios aplicables a los procedimientos sancionatorios es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
10. *El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión que se debe resolver en cada caso, de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado, debiendo observarse que el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
11. *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "...en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión.*
12. *En el presente caso, reiteramos que la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer que una amonestación correspondería con mayor precisión al presente caso.*

PETITORIO

En mérito a los argumentos anteriormente expuestos y al amparo del Art. 64 de la Ley 2341, del Procedimiento Administrativo, interponemos Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/N^0 411-2011 de 8 de noviembre de 2011 emitida por la APS del Estado Plurinacional de Bolivia, solicitándoles tengan a bien revocar la mencionada resolución y fallando nuevamente en derecho, se nos imponga la sanción de amonestación en estricto lineamiento legal…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS DJ/DS/N° 022-2012 DE 13 DE ENERO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 022-2012 de 13 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 411-2011 de 8 de noviembre de 2012, con los argumentos siguientes:

"…***Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo***

Que del análisis del Recurso de Revocatoria se tiene que evidentemente este Órgano de Fiscalización estableció que el retraso en el cumplimiento del plazo no constituyó consecuencias que pudieran merecer gravedad y que tampoco se verificó daño o perjuicio a la entidad aseguradora ni a terceros, estableció asimismo que no hubo reiteración o reincidencia y que el hecho se produjo por primera vez.

Que debe mencionarse que en el ámbito sancionador administrativo resulta importante analizar el principio de proporcionalidad como uno de los más importantes que presiden la actividad administrativa.

Que existen dos periodos en los que puede ser analizado el principio de proporcionalidad. El primero se encuentra relacionado con un momento anterior al de la imposición de la sanción, es decir al examen que realiza el legislador cuando decide cuáles son los bienes jurídicos que desea salvaguardar de actuaciones lesivas. El segundo momento se refiere al instante en sí de la aplicación de la sanción, y tiene como sujeto activo a la autoridad administrativa. Estos dos periodos han sido comentados por el profesor Nieto García, Alejandro (Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos, Madrid, 2005)"cuando afirma que: "es necesario subrayar la omnipresencia, por así decirlo, de este principio puesto que actúa en todas las fases o eslabones de la cadena sancionadora. Primero aparece en la ley y sirve como criterio para que el Tribunal Constitucional controle si las sanciones previstas por el legislador son efectivamente proporcionadas a las infracciones a que se atribuyen. Luego vuelve a aparecer en el reglamento y con la misma función. (…) Ya en la fase aplicativa, la Administración Pública tiene que ponderar la proporcionalidad de la sanción concreta que escoge dentro del repertorio que le ofrece la norma tipificante"

Que el presente análisis se centrará en la segunda fase, o fase aplicativa que menciona el profesor Nieto García, por lo que es importante referirse a que la norma tipificante mencionada, en el párrafo anterior, está dada por la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003 que reglamenta el artículo 52 de la Ley de Pensiones N° 1883, misma que en su artículo 15 define las infracciones leves (como la aplicada a la Recurrente) de la siguiente manera:

> *"Son infracciones Leves las que corresponden al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no*

causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios y otros terceros.

Las conductas señaladas en el artículo 16 del presente Reglamento, para ser sujetas a la imposición de sanciones deben configurar las características precedentemente señaladas y contenidas en la definición de infracción Leve prevista en el artículo 52 de la Ley N° 1883 de Seguros".

Que de la norma transcrita se establece que para considerar que una infracción es leve, deben configurarse los siguientes elementos:

i) Que el incumplimiento de las normas legales sea enmendable o subsanable.
*ii) Que la conducta negligente o imprudente **no sea imputable a los representantes legales de la entidad***
iii) Que no cause daño económico o perjuicio a la aseguradora, asegurados, tomadores, beneficiario y otros terceros.

*Que subsumiendo la conducta infractora de **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES S.A.** este Órgano de Fiscalización estableció:*

i) Que el incumplimiento fue subsanado de manera posterior al vencimiento.
*ii) Que la conducta negligente **es imputable al representante legal de la entidad***
iii) Que el incumplimiento no ha causado daño económico ni perjuicio a la aseguradora ni a terceros.

Que al concurrir dos de los tres elementos dispuestos por la norma, encuentra la APS, a diferencia de lo que sostiene la recurrente, que la sanción de multa impuesta no es una medida abiertamente desproporcionada, ni que el incumplimiento del mandato administrativo contenido en el Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 140-2011 de 06 de julio de 2011 se refiera a una simple e intrascendente obligación administrativa que deba ser sancionada con amonestación; por el contrario, encontrándose ausencia de uno de los elementos tipificantes para aplicar la amonestación se impuso una sanción de multa de grado mínimo por considerarse que en la conducta omisiva existían componentes atenuantes de responsabilidad.

Que la función sancionadora se ejerció dentro de los límites de la equidad y la justicia, lo que lleva a determinar que la sanción al ser fruto de un acto reglado y no de libre elección de la APS, se situó rigurosamente en el límite de la norma, por lo que el regulador obró prudentemente al momento de aplicarla considerando que la misma no podría resultar excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Que, en fecha 25 de enero de 2012, **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 022-2012 de13 de enero de 2012, con los siguientes fundamentos:

"…***ARGUMENTOS DE LA RA 022/12 CONFIRMATORIA***

En su Resolución confirmatoria la APS se limita a señalar (entre las partes más sobresalientes) lo (sic) *siguientes argumentos que nos permitimos rebatir de la siguiente forma:*

1. *La APS señala que "...la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares." Esta afirmación es una declaración clara y contundente que no existen casos anteriores que hayan sido sancionados por el regulador contra nuestra compañía de seguros.*

   Solamente la APS menciona que hubieron varias oportunidades (no dice ni aclara cuantas) por "...imputación de cargos por infracciones similares.", es decir es un reconocimiento que hubieron imputación de cargos (acto administrativo que como es de pleno y común conocimiento jurídico no tiene efectos legales ni causan estado en sede administrativa).

   Para simplemente hacer un parangón ilustrativo, es como si se emitiera sentencia condenatoria contra una persona, basándose en que el delito cometido fue cometido varias veces por la misma persona en otras oportunidades porque existieron denuncias en su contra, aunque esas denuncias nunca fueron resueltas dentro de un proceso con sentencia con calidad de cosa juzgada. Esto a todas luces viola el derecho constitucional de presunción de inocencia.

2. *Según la APS es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia, conceptos que están inmersos en el Artículo 19 de la Resolución IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos. En ese sentido la APS señala que reincidencia significa caer de nuevo o recaer en una nueva falta o delito, siendo que su aplicación procede (SEGÚN LA APS) únicamente para el infractor que después de haber sido sancionado mediante Resolución vuelve a cometer la misma infracción. Por otro lado la APS dice que reiteración se da cuando se cometen más de dos infracciones sin que una Resolución haya dispuesto sanción por ninguna de ellas (NÓTESE LA CONTRADICCIÓN AL MENCIONARSE LINEAS ARRIBA QUE LAS INFRACCIONES FUERON OBJETO DE CARGOS, reconociendo que se iniciaron las acciones sancionatorias) es decir que no es necesaria la declaración de sanción - sigue la APS -para que el regulado incurra en la agravante de reiteración.*

   No obstante, lo que bajo ninguna circunstancia demuestra la APS es que lo que esa institución interpreta se encuentre reflejado en el Artículo 19 citado.

   En el presente caso, no se trata de interpretar o encontrar el significado de las palabras "reincidencia" y "reiteración", ya que basta remitirnos a los diccionarios y doctrina para encontrar dichos significados y son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia y reiteración, pero todas nos muestran que la APS se encuentra en un error. Por ejemplo para

Cabanellas: "Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la ***comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado.*** *Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad" (Cabanellas Tomo Vil: 112). Como se puede apreciar en la parte subrayada y en negrilla, el componente esencial para la reincidencia es la previa condena, por una simple lógica jurídica de garantía a los derechos de los administrados (No es posible sancionar con mayor gravedad a alguien alegando que ha reincidido o reiterado una conducta, sin esa supuesta conducta no quedó demostrada y sancionada)*

Por otra parte con relación a la palabra REITERACIÓN, si se busca en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se tiene que la palabra reiteración (Del lat. reiteratio, -onis). 1. f. Acción y efecto de reiterar. 2.f. Der. Circunstancia que puede ser agravante ***derivada de anteriores condenas del reo, por delitos de índole diversa*** *del que se juzga, en lo que se diferencia de la reincidencia. Por su parte en cuanto a la reincidencia, este Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala 1.f. Reiteración de una misma culpa o defecto 2. f. Der. Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa.*

Es decir que la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN ***SE HAYA JUZGADO****, por ello es que fuera de las diferencias semánticas LO IMPORTANTE ES QUE SE RESPETEN LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS dentro del ámbito jurídico aplicable, y en ese sentido aplicando una simple lógica jurídica, COMO PUEDE LA APS HABLAR DE REITERACIÓN Y DE REINCIDENCIA si no se han juzgado o procesado los casos?*

Es decir que la APS estaría vulnerando garantías constitucionales al presumir que hay reiteración o reincidencia y NO SE HAYA ESCUCHADO NI PERMITIDO DESCARGARSE AL ADMINISTRADO.

3. *Otro aspecto que señala la APS entre sus considerandos es la referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005 (misma que fue mencionada por nosotros para que el regulador pueda darse cuenta de estos criterios de objetividad para la imposición de sanciones) señala que para la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a criterios de graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador como: a) existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión. En base a eso la APS señala que nuestra compañía "... no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada,*

además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica señalada.

Respecto a este punto queda claramente demostrado que la APS en ningún momento fundamenta los elementos señalados en la Resolución Jerárquica mencionada, y solamente se limita a señalar que actuamos con negligencia por la existencia de 3 imputaciones de cargos, cuando precisamente esas imputaciones de cargos están siendo controvertidas con nuestros Recursos Administrativos y no existe ningún caso que tenga una definición final.

4. *La APS en ninguna de sus consideraciones ha rebatido nuestros argumentos mencionados en el Recurso de Revocatoria los mismos que amerita sean repetidos para demostrar a la autoridad que conozca el Recurso de Revocatoria los alcances de los mismos:*

   a. *La RA 411/11 establece que no se habría presentado la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) dentro de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No. 140-2011 de 6 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las Pólizas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para archivo.*
   b. *Nuestra compañía, consciente como es de los problemas operativos que a veces se presentan, admitió y lógicamente lamentó ese retraso, no obstante oportunamente hizo conocer que el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aún ocasionó perjuicio a los usuarios de los servicios de seguro.*
   c. *En la RA 411/11 ese respetable órgano de fiscalización y control reconoce que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco se ha verificado daño o perjuicio a la entidad aseguradora o a terceros.*
   d. *Lo extraño es que la RA 411/11 menciona también que la supuesta conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que por CITES APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS DJ/DS 4154/2011 de 19 de octubre de 2011 y APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 2011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones.*
   e. *No obstante, es necesario señalar que esos supuestos CITES no pueden constituir elementos para establecer REITERACIÓN, toda vez que la reiteración significa que la infracción fue determinada, reconocida y SANCIONADA mediante un procedimiento legalmente llevado a cabo.*
   f. *La APS no menciona cual es la Resolución sancionatoria que correspondería a estas (sic) CITES, por lo que no puede hablarse de reiteración si no existe una procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final, de lo contrario se estaría ingresando en un prejuzgamiento al mencionar una reiteración sobre una supuestas infracciones que no alcanzaron firmeza en sede administrativa.*

g. *No obstante estos argumentos, la APS resuelve sancionar a nuestra compañía con una multa de 2.000 UFVs, basando básicamente esta sanción en una REITERACIÓN que como mencionamos anteriormente no corresponde.*
h. *En consecuencia, al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.*
i. *En ese marco, se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación.*
j. *La amonestación también tendría que ser modulada en función al alcance de la infracción, ya que de acuerdo al Reglamento de sanciones vigente del regulador, incluso la amonestación tendría que se modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestaciones.*
k. *Uno de los principios aplicables a los procedimientos sanciónatenos es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
l. *El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión que se debe resolver en cada caso, de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado, debiendo observarse que el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
m. *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "...en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión.*

En el presente caso, reiteramos que la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer que una amonestación correspondería con mayor precisión al presente caso.

PETITORIO

En mérito a los argumentos anteriormente expuestos y al amparo del Art. 66 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y Artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo 27175, reglamentario a la Ley 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 022 - 2012 de 13 de enero de 2012 que

confirmó la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/N⁰ 411/2011 de 8 de noviembre de 2011 emitida por la APS, solicitándoles tengan a bien elevar el mismo a fin de que la Dirección de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Hacienda se sirva revocar la mencionada resolución y fallando nuevamente en derecho, se nos imponga la sanción de amonestación en estricto cumplimiento al ordenamiento legal…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DS/Nº 140-2011 de 6 de julio de 2011 y a solicitud de **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió registrar sus Pólizas de Seguro de Vida en Grupo Anual Renovable "Sol Protección Futuro", "Sol Protección Plus", "Sol Vida", "Sol Vida Futuro" Y "Sol Protección" (artículo primero) e "***Instruir a la Entidad Aseguradora el envío a la Dirección de Seguros, de un ejemplar del texto de las Pólizas registradas con sus respectivos códigos para su archivo, en el plazo improrrogable de 10 días hábiles administrativos***" (artículo segundo; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme a los datos que salen de la nota APS/DJ/DS/3999/2011, habiéndose notificado a **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** con la precitada Resolución Administrativa APS/DS/Nº 140-2011 en fecha 11 de julio de 2011, la aseguradora -ahora recurrente- acreditó los ejemplares instruidos en fecha 4 de agosto de 2011, mediante nota PRES/SPREA/591/07/11, es decir, con (8) ocho días hábiles administrativos de retraso, lo que en el criterio del ente regulador, importa transgresión a lo determinado por el artículo 12º, inciso j), de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, el que establece que:

"*…ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:* (…)

j) Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…"

2. DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.-

De la revisión del Recurso Jerárquico interpuesto por **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, se evidencia que sus alegatos están referidos a extremos

como los siguientes:

"…1. La APS señala que "...la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares." Esta afirmación es una declaración clara y contundente que no existen casos anteriores que hayan sido sancionados por el regulador contra nuestra compañía de seguros.
Solamente la APS menciona que hubieron varias oportunidades (no dice ni aclara cuantas) por "...imputación de cargos por infracciones similares." (…)

2. Según la APS ***es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia****, conceptos que están inmersos en el Artículo 19 de la Resolución IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos* (…)

En el presente caso, no se trata de interpretar o encontrar el significado de las palabras ***"reincidencia" y "reiteración"****, ya que basta remitirnos a los diccionarios y doctrina para encontrar dichos significados* (…)

Es decir que la APS estaría vulnerando garantías constitucionales ***al presumir que hay reiteración o reincidencia*** *y NO SE HAYA ESCUCHADO NI PERMITIDO DESCARGARSE AL ADMINISTRADO.*

3. Otro aspecto que señala la APS entre sus considerandos es la referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005 (misma que fue mencionada por nosotros para que el regulador pueda darse cuenta de estos criterios de objetividad para la imposición de sanciones) (…) *En base a eso la APS señala que nuestra compañía "... no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada,* ***además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones****, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica señalada.*

Respecto a este punto queda claramente demostrado que la APS en ningún momento fundamenta los elementos señalados en la Resolución Jerárquica mencionada, y solamente se limita a señalar que ***actuamos con negligencia por la existencia de 3 imputaciones de cargos****, cuando precisamente esas imputaciones de cargos están siendo controvertidas con nuestros Recursos Administrativos y no existe ningún caso que tenga una definición final.*

4. La APS en ninguna de sus consideraciones ha rebatido nuestros argumentos mencionados en el Recurso de Revocatoria los mismos que amerita sean repetidos para demostrar a la autoridad que conozca el Recurso de Revocatoria los alcances de los mismos: (…)

d. Lo extraño es que la RA 411/11 menciona también que la supuesta conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que por CITES APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de

2011, APS DJ/DS 4154/2011 de 19 de octubre de 2011 y APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 2011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones.

e. No obstante, es necesario señalar que esos supuestos CITES no pueden constituir elementos para establecer ***REITERACIÓN****, toda vez que la reiteración significa que la infracción fue determinada, reconocida y SANCIONADA mediante un procedimiento legalmente llevado a cabo.*

f. La APS no menciona cual es la Resolución sancionatoria que correspondería a estas CITES, por lo que ***no puede hablarse de reiteración*** *si no existe una procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final, de lo contrario se estaría ingresando en un prejuzgamiento al mencionar una reiteración sobre una supuestas infracciones que no alcanzaron firmeza en sede administrativa.*

g. No obstante estos argumentos, la APS resuelve sancionar a nuestra compañía con una multa de ***2.000 UFVs****, basando básicamente esta sanción en una* ***REITERACIÓN*** *que como mencionamos anteriormente no corresponde…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La transcripción anterior evidencia que la recurrente atribuye al ente regulador determinadas expresiones que no forman parte del expediente, fundamentalmente de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 022-2012 de 13 de enero de 2012, ni tampoco de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 411-2011 de 8 de noviembre de 2011 (inclusive refiere la existencia de "*3 imputaciones de cargos*", cuando para el caso el cargo es único, como que establece una sanción diferente a la que le ha sido impuesta).

Se concluye que los fundamentos que hacen a la impugnación no corresponden a la controversia que se ha conocido en el proceso administrativo sancionador, toda vez que los agravios expuestos están -básicamente- referidos a que el ente regulador le habría aplicado una sanción basada en la diferenciación entre las figuras de *reiteración* y *reincidencia*, conforme se mencionan en el artículo 19º (*Reiteración y Reincidencia*) del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, aprobado por el artículo 2º de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003.

Por ello, se debe aclarar a la recurrente, que el proceso al que corresponden las resoluciones mencionadas y a su turno impugnadas, está referido a haberse sancionado **ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** por haber presentado documentación solicitada con un retraso de (8) ocho días hábiles administrativos, infracción sobre la que en Recurso de Revocatoria, la recurrida ha opuesto 12 (doce) alegatos, ninguno de los cuales tiene que ver con la aludida diferencia entre *reiteración* y *reincidencia*, sino más bien a la aplicabilidad de una sanción de amonestación en lugar de la pecuniaria por simple aplicación de un criterio de proporcionalidad.

Por consiguiente, los argumentos que salen del Recurso Jerárquico no corresponden sean considerados por esta instancia jerárquica, evidenciando la inexistencia de vulneración a los intereses legítimos de la recurrente, así como la ausencia de fundamentación que pueda justificar la existencia de un perjuicio o una posibilidad del mismo, y finalmente demuestran la inexistencia de argumentos que fundamenten legalmente el pronunciamiento de la instancia recurrida, no se adecúa a la norma legal.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 022-2012 de 13 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 411-2011 de 8 de noviembre de 2011, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 021-2012 DE 13 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 032/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2012

La Paz, 06 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012 de 13 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 012 de 20 de abril de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 050 de 18 de mayo de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 25 de enero de 2012, los señores Jerry Carlos Emilio Delgado Uría y Hugo Vía Escalante, en representación legal de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, tal como lo acreditan los testimonios de poder Nº 242/09 de 23 de marzo de 2009 y Nº 855/07 de 13 de diciembre de 2007, otorgados ambos ante la Notaria de Fe Pública Nº 101 del distrito judicial La Paz, a cargo de la Dra. Diomar Ovando Polo, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012 de 13 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de febrero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, mismo que fue notificado el 7 de febrero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011, notificó a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** con el Cargo correspondiente a la presunta contravención en la que habría incurrido la entidad aseguradora, conforme el siguiente texto:

"…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 071-2011 de 15 de junio de 2011, un ejemplar del texto de las cláusulas registradas, para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para su archivo, según se aprecia del cuadro que sigue:*

Número y fecha de Resolución	***Fecha notificación a la Entidad Aseguradora***	***Fecha de remisión de la documentación por la Entidad Aseguradora***	***Fecha de vencimiento***	***Días de retraso***
R.A. 071 de 15/06/2011	*20/06/2011*	*PRES/SGREA/589/07/11 de 27/07/2011, recibida en la misma fecha*	*06/07/2011*	***15 días hábiles administrativos***

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.*

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda, en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 8 de noviembre de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** mediante nota PRES/SGREA/928/11/11, presentó sus descargos, refiriendo lo siguiente:

"…*Por medio de la presente, acusamos recibo de la nota señalada en referencia* (sic), *mediante la cual nos notifican con cargos por no haber cumplido el plazo establecido en la R.A. APS/DS/N. 071-2011 de fecha 15 de junio de 2011, referido al envío a la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros, de un ejemplar del texto de las clausulas registradas correspondientes a la Póliza señalada en dicha Resolución Administrativa.*

Deseamos hacer conocer a su autoridad para su correspondiente evaluación, que el retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión, no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y menos aun ha ocasionado perjuicio o daño.

En ese sentido, solicitamos puedan tomar en cuenta que nos encontramos en proceso de introducir cambios estructurales en nuestro departamento de IT a efectos de proceder a ajustar nuestros procedimientos y así poder dispensar a nuestros clientes y usuarios un servicio mas (sic) *amplio y oportuno*…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 427-2011 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros resuelve:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.000 UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, un ejemplar del texto de las Cláusulas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para archivo.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía debiendo remitirse a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre, luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio*…"

A efectos de tal determinación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha expuesto los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que considerando el derecho de la regulada a obtener una decisión fundada, a continuación se pasa a examinar el argumento de mayor relevancia expuesto por la Entidad Aseguradora, no para enervar el cargo que fue expresamente reconocido, sino con el objeto de establecer la existencia de posibles atenuantes de responsabilidad.

La Recurrente alega que: "el retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión, no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y menos ha ocasionado perjuicio o daño alguno"*.*

Que si bien es cierto y evidente que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco este órgano de Fiscalización ha verificado perjuicio o daño a la entidad aseguradora o a terceros, no es menos cierto que toda contravención a instrucciones emanadas por el Regulador conlleva incita (sic) *la sanción, como consecuencia jurídica de carácter administrativo; sin embargo y toda vez que los presupuestos del ilícito administrativo deben ser claramente identificados en sus aspectos racional, objetivo e igualitario, para dotar al regulado de las debidas garantías, a continuación se pasa a modular la sanción considerando los elementos atenuantes de la conducta infractora y cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad, en cuyo sentido se determina que:*

a) *El incumplimiento se encuentra tipificado:*

- *En cuanto a la conducta, por el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*
- *En cuanto a la sanción, por el inciso a), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como* ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo".*

b) *La infracción se encuentra plenamente demostrada e inclusive reconocida por el infractor.*

c) *Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 23011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones.*

Que en cuanto a los elementos atenuantes invocados por la (sic) *Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, únicamente puede considerarse la falta de daño a la entidad y a terceros.*

Que tomando en cuenta los elementos agravantes y atenuantes de la sanción, expuestos supra debe fijarse la sanción de grado mínimo en su cuantía mínima de 2.000 UFV´s (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 23 de diciembre de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, con los argumentos que se transcriben a continuación:

"…La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ No. 427/2011 de 17 de noviembre de 2011 (RA 427/11), se constituye en el Acto Administrativo impugnado, puesto que esta resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo sancionador, tal como pasamos a demostrar a continuación:

1. *La RA 427/11 establece que no se habría presentado la* (sic) *Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) dentro de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No. 140-2011 de 6 de Julio de 2011, un ejemplar del texto de las Pólizas registradas para SOBOCE/FANCESA, con srespectivos* (sic) *códigos para archivo.*
2. *Nuestra compañía, consciente como es de los problemas operativos que a veces se presentan, admitió y lamentó ese retraso, no obstante oportunamente hizo conocer que el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aun ocasionó perjuicio.*
3. *En la RA 427/11 ese respetable órgano de fiscalización y control reconoce que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco se ha verificado daño o perjuicio a la entidad aseguradora o a terceros.*
4. *Lo extraño es que la RA 427/11 menciona también que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra por CITES APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS DJ/DS 4154/2011 de 19 de octubre de 2011 y APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 2011, la* (sic) *Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones.*
5. *No obstante, es necesario señalar que esos supuestos CITES no pueden constituir elementos para establecer REITERACIÓN, toda vez que la reiteración significa que la infracción fue determinada, reconocida y SANCIONADA mediante un procedimiento legalmente llevado a cabo.*
6. *La APS no menciona cual es la Resolución sancionatoria que correspondería a estas CITES, por lo que no puede hablarse de reiteración si no existe un procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final, de lo contrario se estaría ingresando en un prejuzgamiento al mencionar una reiteración sobre una* (sic) *supuestas infracciones que no alcanzaron firmeza en sede administrativa.*
7. *No obstante estos argumentos, la APS resuelve sancionar a nuestra compañía con una multa de 2.000 UFVs, basando básicamente esta sanción en una REITERACIÓN que como mencionamos anteriormente no corresponde.*

8. *En consecuencia, al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.*
9. *En ese marco, se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación.*
10. *La amonestación también tendría que ser modulada en función al alcance de la infracción, ya que de acuerdo al Reglamento de sanciones vigente del regulador, incluso la amonestación tendría que se* (sic) *modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestaciones.*
11. *Uno de los principios aplicables a los procedimientos sancionatorios es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
12. *El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión que se debe resolver en cada caso, de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado, debiendo observarse que el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
13. *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "...en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión.*
14. *En el presente caso, reiteramos que la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer que una amonestación correspondería con mayor precisión al presente caso.*

PETITORIO

En mérito a los argumentos anteriormente expuestos y al amparo del Art. 64 de la Ley 2341, del Procedimiento Administrativo, interponemos Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011 emitida por la APS del Estado Plurinacional de Bolivia, solicitándoles tengan a bien revocar la mencionada resolución y fallando nuevamente en derecho, se nos imponga la sanción de amonestación en estricto lineamiento legal…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 021-2012 DE 13 DE ENERO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012 de 13 de enero de 2012, la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó **confirmar totalmente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011; los argumentos presentados en la Resolución Administrativa mencionada son los siguientes:

"…***Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo.-***

Que del análisis de los puntos 1, 2, 3 y 4 del Recurso de Revocatoria se tiene que evidentemente este Órgano de Fiscalización estableció que el retraso en el cumplimiento del plazo no constituyó consecuencias que pudieran merecer gravedad y que tampoco se verificó daño o perjuicio a la entidad aseguradora ni a terceros, no obstante la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares.

Que con respecto a los puntos 5 y 6 del Memorial citado, es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia, conceptos que si bien están inmersos en el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos.

Que así se entiende que la palabra reincidir proviene del latín reincidere y recidere, que significa caer de nuevo o recaer en una nueva falta o delito, siendo que su aplicación procede únicamente para el infractor que después de haber sido sancionado mediante Resolución Administrativa vuelve a cometer la misma infracción.

Que el concepto jurídico de reincidencia, por consiguiente, no coincide con la acepción corriente de la palabra, no se refiere a la mera repetición de infracciones, sino ***a la repetición por el que antes fue sancionado****.*

Que por el contrario habrá reiteración cuando se cometan más de dos infracciones sin que una Resolución Administrativa haya dispuesto sanción por ninguna de ellas, es decir, que no es necesaria la declaración de sanción previa para que el regulado incurra en la agravante de reiteración.

Que, en efecto, la correcta interpretación del artículo 19 de la Resolución Administrativa IS 602, es la de considerar que para que se incurra en reiteración, es condición necesaria que en distintos procedimientos, tramitados independientemente y sin que en ninguno haya recaído decisión definitiva o firme, se detecten infracciones de la misma índole.

Que en conclusión no es necesario, como de manera errada interpreta la entidad recurrente "que para que concurra la reiteración deba de manera previa existir un procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final", correspondiendo simplemente al órgano administrativo demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades, tal cual lo manifestó en la Resolución Administrativa que hoy se impugna, cuando en el inciso e) de la página 4, expresa de manera textual que: "Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración,

en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011 y, APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011 la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones".

Que por otra parte y respondiendo los puntos 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del Recurso de Revocatoria debe mencionarse que estando la sanción determinada como leve por el inciso a) del numeral I del artículo 16, sujeta a la imposición de sanciones de amonestación o multa, este Órgano Fiscalizador haciendo uso de la discrecionalidad reglada para la graduación de la sanción, impuso una multa en primer grado de 2000UFV's, por considerar, precisamente, lo dispuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005, citada por la recurrente, que menciona que: (…) en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios de graduación, Además (sic) *de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) existencia de intencionalidad, dolo culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión (…)".*

Que en dicho sentido se advirtió que la Aseguradora al contravenir la instrucción del Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 071-2011 de 15 de junio de 2011, no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada, además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica transcrita ut supra.

Que finalmente y por todo lo analizado, el argumento contenido en el numeral 14 del Recurso de Revocatoria de que: "la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer una amonestación (…)" no es real por la existencia, como quedó demostrado, de la reiteración, que conforme determina el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS 602 "(…) conlleva el agravamiento de la sanción (…)" y de ninguna manera podría considerarse como atenuante…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 25 de enero de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 021-2012 de 13 de enero de 2012, argumentado lo siguiente:

"…***ARGUMENTOS DE LA RA 021/12 CONFIRMATORIA***

En su Resolución confirmatoria la APS se limita a señalar (entre las partes más sobresalientes) lo (sic) *siguientes argumentos que nos permitimos rebatir de la siguiente forma:*

1. *La APS señala que "...la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares."*

Esta afirmación es una declaración clara y contundente que no existen casos anteriores que hayan sido sancionados por el regulador contra nuestra compañía de seguros.

Solamente la APS menciona que hubieron varias oportunidades (no dice ni aclara cuantas) por "...imputación de cargos por infracciones similares.", es decir es un reconocimiento que hubieron imputación (sic) *de cargos (acto administrativo que como es de pleno y común conocimiento jurídico no tiene efectos legales ni causan estado en sede administrativa).*

Para simplemente hacer un parangón ilustrativo, es como si se emitiera sentencia condenatoria contra una persona, basándose en que el delito cometido fue cometido varias veces por la misma persona en otras oportunidades porque existieron denuncias en su contra, aunque esas denuncias nunca fueron resueltas dentro de un proceso con sentencia con calidad de cosa juzgada. Esto a todas luces viola el derecho constitucional de presunción de inocencia.

2. *Según la APS es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia, conceptos que están inmersos en el Artículo 19 de la Resolución IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos. En ese sentido la APS señala que reincidencia significa caer de nuevo o recaer en una nueva falta o delito, siendo que su aplicación procede (SEGÚN LA APS) únicamente para el infractor que después de haber sido sancionado mediante Resolución vuelve a cometer la misma infracción. Por otro lado la APS dice que reiteración se da cuando se cometen más de dos infracciones sin que una Resolución haya dispuesto sanción por ninguna de ellas (NÓTESE LA CONTRADICCIÓN AL MENCIONARSE LINEAS ARRIBA QUE LAS INFRACCIONES FUERON OBJETO DE CARGOS, reconociendo que se iniciaron las acciones sancionatorias) es decir que no es necesaria la declaración de sanción - sigue la APS - para que el regulado incurra en la agravante de reiteración.*

   No obstante, lo que bajo ninguna circunstancia demuestra la APS es que lo que esa institución interpreta se encuentre reflejado en el Artículo 19 citado.

   En el presente caso, no se trata de interpretar o encontrar el significado de las palabras "reincidencia" y "reiteración", ya que basta remitirnos a los diccionarios y doctrina para encontrar dichos significados y son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia y reiteración, pero todas nos muestran que la APS se encuentra en un error. Por ejemplo para Cabanellas: "Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la ***comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado.*** *Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad" (Cabanellas Tomo VII: 112). Como se puede apreciar en la parte subrayada y en negrilla, el componente esencial para la reincidencia es la previa condena, por una simple lógica jurídica de garantía a los derechos de los administrados (No es posible sancionar con*

mayor gravedad a alguien alegando que ha reincidido o reiterado una conducta, sin (sic) *esa supuesta conducta no quedó demostrada y sancionada)*

Por otra parte con relación a la palabra REITERACIÓN, si se busca en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se tiene que la palabra reiteración (Del lat. reiteratio, -ónis). 1.f. Acción y efecto de reiterar. 2.f. Der. Circunstancia que puede ser agravante ***derivada de anteriores condenas del reo, por delitos de índole diversa*** *del que se juzga, en lo que se diferencia de la reincidencia. Por su parte en cuanto a la reincidencia, este Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala 1.f. Reiteración de una misma culpa o defecto 2.f Der. Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa.*

Es decir que la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN ***SE HAYA JUZGADO****, por ello es que fuera de las diferencias semánticas LO IMPORTANTE ES QUE SE RESPETEN LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS dentro del ámbito jurídico aplicable, y en ese sentido aplicando una simple lógica jurídica, COMO PUEDE LA APS HABLAR DE REITERACIÓN Y DE REINCIDENCIA si no se han juzgado o procesado los casos?*

Es decir que la APS estaría vulnerando garantías constitucionales al presumir que hay reiteración o reincidencia y NO SE HAYA ESCUCHADO NI PERMITIDO DESCARGARSE AL ADMINISTRADO.

3. *Otro aspecto que señala la APS entre sus considerandos es la referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005 (misma que fue mencionada por nosotros para que el regulador pueda darse cuenta de estos criterios de objetividad para la imposición de sanciones) señala que para la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a criterios de graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador como: a) existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión. En base a eso la APS señala que nuestra compañía "... no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada, además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica señalada.*

   Respecto a este punto queda claramente demostrado que la APS en ningún momento fundamenta los elementos señalados en la Resolución Jerárquica mencionada, y solamente se limita a señalar que actuamos con negligencia por la existencia de 3 imputaciones de cargos, cuando precisamente esas imputaciones de cargos están siendo controvertidas con nuestros Recursos Administrativos y no existe ningún caso que tenga una definición final.

4. *La APS en ninguna de sus consideraciones ha rebatido nuestros argumentos mencionados en el Recurso de Revocatoria los mismos que amerita sean repetidos para demostrar a la autoridad que conozca el Recurso de Revocatoria los alcances de los mismos:*

    a. *La RA 427/11 establece que no se habría presentado la* (sic) *Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) dentro de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No. 140-2011 de 6 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las Pólizas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para archivo.*
    b. *Nuestra compañía, consciente como es de los problemas operativos que a veces se presentan, admitió y lógicamente lamentó ese retraso, no obstante*
    oportunamente hizo conocer que el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aún ocasionó perjuicio a los usuarios de los servicios de seguro.
    c. *En la RA 427/11 ese respetable órgano de fiscalización y control reconoce que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco se ha verificado daño o perjuicio a la entidad aseguradora o a terceros.*
    d. *Lo extraño es que la RA 427/11 menciona también que la supuesta conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que por CITES APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS 4154/2011 de 19 de octubre de 2011 y APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 2011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones.*
    e. *No obstante, es necesario señalar que esos supuestos CITES no pueden constituir elementos para establecer REITERACIÓN, toda vez que la reiteración significa que la infracción fue determinada, reconocida y SANCIONADA mediante un procedimiento legalmente llevado a cabo.*
    f. *La APS no menciona cual es la Resolución sancionatoria que correspondería a estas* (sic) *CITES, por lo que no puede hablarse de reiteración si no existe una* (sic) *procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final, de lo contrario se estaría ingresando en un prejuzgamiento al mencionar una reiteración sobre una* (sic) *supuestas infracciones que no alcanzaron firmeza en sede administrativa.*
    g. *No obstante estos argumentos, la APS resuelve sancionar a nuestra compañía con una multa de 2.000 UFVs, basando básicamente esta sanción en una REITERACIÓN que como mencionamos anteriormente no corresponde.*
    h. *En consecuencia, al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento*

enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.

i. *En ese marco, se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación.*
j. *La amonestación también tendría que ser modulada en función al alcance de la infracción, ya que de acuerdo al Reglamento de sanciones vigente del regulador, incluso la amonestación tendría que se modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestaciones.*
k. *Uno de los principios aplicables a los procedimientos sancionatorios es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
l. *El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión que se debe resolver en cada caso, de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado, debiendo observarse que el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
m. *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "...en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión.*

En el presente caso, reiteramos que la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer que una amonestación correspondería con mayor precisión al presente caso.

PETITORIO

En mérito a los argumentos anteriormente expuestos y al amparo del Art. 66 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y Artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo 27175, reglamentario a la Ley 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 021 - 2012 de 13 de enero de 2012 que confirmó la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/N° 427/2011 de 17 de noviembre de 2011 emitida por la APS, solicitándoles tengan a bien elevar el mismo a fin de que la Dirección de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Hacienda (sic) *se*

sirva revocar la mencionada resolución y fallando nuevamente en derecho, se nos imponga la sanción de amonestación en estricto cumplimiento al ordenamiento legal…"

7. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hace presente la información que le ha sido solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 de 14 de mayo de 2012, conforme la transcripción que sigue a continuación:

"…*Imputaciones de cargos:*

1. *APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011, derivó en la* ***Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/506-2011 de 21 de diciembre de 2011****, misma que no mereció recurso de impugnación alguno y* ***al presente se encuentra ejecutoriada****.*
2. *APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011, derivo en la* ***Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/427-2011 de 17 de noviembre de 2011****, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 021-2012 de 13 de enero de 2012,* ***actualmente en Recurso Jerárquico*** *desde el 30 de enero de 2012.*
3. *APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, derivo en la* ***Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/N° 428-2011 de 17 de noviembre de 2011****, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N0 008-2012 de 10 de enero de 2012,* ***actualmente en Recurso Jerárquico*** *desde el 30 de enero de 2012.*

Cabe aclarar que debido a un lapsus calamis, ambas Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 021-2012 y APS/DJ/DS/N° 008-2012 de 13 y 10 de enero de 2012 respectivamente, citan de manera errada la Nota de Cargos APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, misma que solicitamos no sea considerada…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, en la misma oportunidad hace presente la literal que se detalla a continuación:

- Nota APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011, remitida a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** y referida a la Notificación de cargos por el concepto siguiente:

  "…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 130-2011 de 04 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las Cláusulas (A, B y C) para Carga Terrestre registradas con sus respectivos códigos para su archivo, instrucción que no se verificó sino hasta después de 48 días hábiles administrativos,…*"

- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 506-2011 de 21 de diciembre de 2011, que resuelve:

  "…***SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.500,00 UFV's (Dos Mil Quinientos 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y*

Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 130-2011 de 4 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las Cláusulas (A, B y C) para Carga Terrestre registradas con sus respectivos Códigos para su archivo…"

- Nota APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011, remitida a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** y referida a la Notificación de cargos por el concepto siguiente:

  "…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, un ejemplar del texto de las cláusulas registradas, para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para su archivo,…*"

- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, que resuelve:

  "…***SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.000 UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, un ejemplar de las Cláusulas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos Códigos para su archivo…*"

- Nota APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, remitida a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** y referida a la Notificación de cargos por el concepto siguiente:

  "…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 04 de julio de 2011, un ejemplar del texto de la Póliza registrada, incluyendo las Coberturas y Cláusulas correspondientes para SAO S.A., con sus respectivos códigos para su archivo,…*"

- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011, que resuelve:

  "…***SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.000 UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 04 de junio de 2011, un ejemplar del texto de la Póliza registrada, incluyendo las Coberturas*

y Cláusulas correspondientes para SAO S.A., con sus respectivos códigos para archivo…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, a solicitud de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** (con referencia a la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad SOBOCE FANCESA, anteriormente registrada mediante Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 164/07), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió dejar sin efecto determinadas cláusulas de la misma (artículo primero), registrar otras cláusulas (artículo segundo) e "***Instruir a la Entidad Aseguradora el envío a la Dirección de Seguros, de un ejemplar del texto de las Cláusulas registradas con sus respectivos códigos para su archivo, en el plazo improrrogable de 10 días hábiles administrativos***" (artículo tercero) Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Conforme a los datos que salen de la nota APS/DJ/DS/3992/2011, se ha notificado a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** con la precitada Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011 en fecha 20 siguiente, la aseguradora -ahora recurrente- acreditó los ejemplares instruidos en fecha 27 de julio de 2011, mediante nota PRES/SGREA/589/07/11, es decir, con quince (15) días hábiles administrativos de retraso, lo que en el criterio del ente regulador, importa transgresión a lo determinado por el artículo 12º, inciso j), de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, el que establece que:

"*…ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:* (…)

j) Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme consta del Recurso Jerárquico, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** pretende se revoque la sanción para ella establecida en el artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de

noviembre de 2011 -multa de dos mil Unidades de Fomento a la Vivienda- y en su lugar se le aplique la sanción de amonestación, por cuanto en su entender:

> "…*la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN* ***SE HAYA JUZGADO,*** *por ello es que fuera de las diferencias semánticas LO IMPORTANTE ES QUE SE RESPETEN LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS dentro del ámbito jurídico aplicable, y en ese sentido aplicando una simple lógica jurídica, COMO PUEDE LA APS HABLAR DE REITERACIÓN Y DE REINCIDENCIA si no se han juzgado o procesado los casos?*
>
> *Es decir que la APS estaría vulnerando garantías constitucionales al presumir que hay reiteración o reincidencia y NO SE HAYA ESCUCHADO NI PERMITIDO DESCARGARSE AL ADMINISTRADO.*
>
> (…) *al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.*
>
> (…) *se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes* (sic, debió decir "agravantes") *tendría que ser sancionada con una amonestación*…"

2.1. La Reiteración de las infracciones en el Sector de Seguros.-

En los argumentos que hacen al Recurso Jerárquico, la pretensión expresada en la misma tiene su origen en la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones expresada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012 (ahora recurrida), en sentido que:

> "…*este Órgano de Fiscalización estableció que el retraso en el cumplimiento del plazo no constituyó consecuencias que pudieran merecer gravedad y que tampoco se verificó daño o perjuicio a la entidad aseguradora ni a terceros,* ***no obstante la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares***..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto, la recurrente señala:

> "…*no existen casos anteriores que hayan sido* ***sancionados*** *por el regulador contra nuestra compañía de seguros* (negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> *Solamente la APS menciona que hubieron varias oportunidades (no dice ni aclara cuantas) por "...imputación de cargos por infracciones similares.", es decir es un*

reconocimiento que hubieron imputación (sic) *de cargos (acto administrativo que como es de pleno y común conocimiento jurídico no tiene efectos legales ni causan estado en sede administrativa).*

(…) Según la APS es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia, conceptos que están inmersos en el Artículo 19 de la Resolución IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos.

(…) lo que bajo ninguna circunstancia demuestra la APS es que lo que esa institución interpreta se encuentre reflejado en el Artículo 19 citado.

En el presente caso, no se trata de interpretar o encontrar el significado de las palabras "reincidencia" y "reiteración", ya que basta remitirnos a los diccionarios y doctrina para encontrar dichos significados y son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia y reiteración, pero todas nos muestran que la APS se encuentra en un error.

(…) la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN ***SE HAYA JUZGADO****,…"*

En principio, tanto en las posiciones de la recurrente y de la recurrida, empero fundamentalmente en el criterio establecido por el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado por el artículo segundo de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, los significados de *Reiteración* y *Reincidencia* no son los mismos, extremo claro en el uso de la conjunción "y" que sale del nomen iuris (*Reiteración y Reincidencia*) del artículo 19º del precitado Reglamento.

Por pertinente, se deja constancia que la Autoridad Jerárquica, en las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, ha sentado precedentes que hacen a la diversa consideración de las figuras de la Reiteración y la Reincidencia, conforme a la transcripción siguiente correspondiente a la segunda resolución nombrada:

"… este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 ya se habría pronunciado sobre la reiteración y reincidencia señalando lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Continuando con Juan Manuel Sánchez-Terán, "La Reiteración, se limita a calificar como elemento agravante de la conducta infractora la "reiteración en las conductas prohibidas", siendo necesario para otorgar relevancia jurídica a tal

reiteración que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme".

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

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

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

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

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

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

Para concluir en ello, basta con la lectura íntegra del artículo 19° del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 602, conforme la transcripción íntegra siguiente:

"…Artículo 19.- (Reiteración y Reincidencia)

La reiteración de cualquier hecho o la reincidencia en hechos, actos u omisiones sancionables, conllevará el agravamiento de la sanción, de acuerdo a lo siguiente:

a) La reincidencia en un hecho, acto u omisión sancionable en un período no mayor a ciento ochenta (180) días, será considerada como de primer grado.

b) La reincidencia en un hecho, acto u omisión sancionable en un período entre ciento ochenta y uno (181) días y trescientos sesenta y cinco (365) días, será considerada como de segundo grado.

c) La reincidencia de un hecho, acto u omisión sancionable en un período mayor a trescientos sesenta y cinco (365) días no será considerada como tal.

El primer grado de reiteración o reincidencia conllevará la aplicación inmediata de una sanción mayor.

El segundo grado de reiteración o reincidencia conllevará la aplicación inmediata del siguiente grado dentro de la misma sanción, hasta que los grados se agoten. Una vez agotados estos se aplicará una sanción mayor.

A estos efectos, los días serán contados desde la fecha de la última ocurrencia del hecho o de la comisión del acto u omisión. Si esa fecha no pudiera ser determinada o

ser determinable por cualquier causa, los días se contarán a partir de la fecha en la cual la Superintendencia comunicó o notificó el hecho, acto u omisión.

En todos los casos anteriores las infracciones deberán ser subsanables…"

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

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

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

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

Así expuesto, corresponde dar razón a la recurrente cuando refiere la aplicabilidad del Derecho a la Defensa como a la garantía del Debido Proceso Administrativo, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004:

"*Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16* (corresponde al artículo 117 de la Constitución vigente) *consagra* ***que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso***

***legal**, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio de la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos.*

*El citado Artículo 16 parágrafo III. de la Constitución Política del Estado expresa que: "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal..." garantía que consiste en que toda persona que sea acusada de haber cometido falta o contravención tiene **derecho a ser procesado previamente a la aplicación de cualquier pena o condena**.*

El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto, la Constitución Política del Estado señala que:

"*…Artículo 116. I. **Se garantiza la presunción de inocencia**. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado* (…)

*Artículo 117. I. **Ninguna persona puede ser condenada** sin haber sido oída y **juzgada previamente en un debido proceso**. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente **en sentencia ejecutoriada**…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece que:

"*…Artículo 71° (Principios Sancionadores)*

***Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad**, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.*

Artículo 72° (Principio de Legalidad)

***Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas** cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, **conforme al procedimiento establecido en la presente Ley** y disposiciones reglamentarias aplicables* (…)

Artículo 74° (Principio de Presunción de Inocencia)

En concordancia con la prescripción constitucional, ***se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Y es que, como lo refieren Castells y Crotti (en su comentario a la obra de Abelardo Latorre *Introducción al Derecho*):

"*…Todo hombre es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad y sea condenado por un tribunal legal, después de un juicio imparcial, justo y en el que se observen todas las garantías preestablecidas. Una pena, como señala A. Latorre, no puede imponerse más que a consecuencia de un proceso debidamente sustanciado: nulla poena sine iudicio…*"

Ampliando el criterio, Calvo Suárez en *Presunción de Inocencia*, señala:

"*…La presunción de inocencia es un principio de orden constitucional, y por lo tanto, integral al conjunto de garantías que gozan todos los habitantes de la Nación.*

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

De la Constitución Nacional surge que ***no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena*** (…)

Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculpado durante el proceso penal es en principio considerado inocente (…)

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. ***Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable*** (…)

La garantía es ***a "ser tratado como inocente"****, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.*

El imputado goza durante el proceso de la situación jurídica de un inocente. Así es un ***principio de derecho natural aquel que indica que nadie puede ser penado sin que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente****. Ahora bien, a este principio corresponde agregar lo que en realidad constituye su corolario natural, esto es, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa que* ***todo imputado debe ser considerado***

> ***como inocente*** *(para nosotros debe decirse no culpable hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario).*
>
> ***La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado "como un sujeto de una relación jurídico procesal"****, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con el rótulo de inocente al cual se lo nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar* (…)
>
> *Es claro que para el Derecho Procesal Penal es necesario, y así lo exige la exigencia de una sentencia condenatoria con la consecuente aplicación de una pena, para que esta presunción se desvanezca.* ***Para el Juez la duda y/o probabilidad impiden la condena, y acarrea la absolución*** (…)
>
> *El imputado es sólo eso, un sospechoso, el sujeto pasivo del proceso y únicamente la prueba puede definir su situación. Así es* ***como la presunción de inocencia se afirma claramente en el momento de la decisión, ya que la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente*** (…)
>
> *Por lo tanto* ***durante el curso del procedimiento el imputado no puede ser tratado como un sujeto culpable***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora bien; el fundamento fáctico de la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012 de 13 de enero de 2012, está referido a la existencia de "*3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones*" con respecto a las cuales, el Ente Regulador determina en la sancionada -ahora recurrente- una conducta reiterativa, que a su entender justifica una agravación de la sanción, al señalar que:

> "*…no es necesario, como de manera errada interpreta la entidad recurrente "que para que concurra la reiteración deba de manera previa existir un procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final", correspondiendo simplemente al órgano administrativo demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades, tal cual lo manifestó en la Resolución Administrativa que hoy se impugna, cuando en el inciso e) de la página 4, expresa de manera textual que: "Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011 y, APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011 la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones*".

Sin embargo de la valedera justificación doctrinal que realiza la resolución recurrida en la diferenciación de las figuras de la Reiteración y de la Reincidencia, debe quedar claro que no se encuentra en tela de juicio si para que concurra la primera de ellas, corresponde "*simplemente… demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades*" sino que no obstante ello, en tanto no exista una Resolución Administrativa firme y definitiva, que no admita recurso de impugnación en contrario, la decisión de la misma no puede constituir una verdad jurídica que pueda servir de base para la imposición

de una agravante, toda vez que como se ha dicho, "*la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente*".

En cuanto a la duda, en materia administrativa se considere en cuanto hubiere lugar, el principio *in dubio pro administrado*, definido por la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza -República Argentina- en una sentencia de 19 de agosto de 1988, como aquel que "*crea una presunción de inocencia en favor del administrado. En consecuencia, las sospechas que se tengan a su respecto deben ser suficientemente graves y concordantes como para destruir la duda y hacer pasible al administrado de una sanción*".
Para el caso de Autos, la entidad recurrida ha señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, que:

> "*…c) Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 2011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones*…"

Con respecto a las mismas se ha pronunciado la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012 de 13 de enero de 2012, cuando señala que:

> "*…este Órgano Fiscalizador haciendo uso de la discrecionalidad reglada para la graduación de la sanción, impuso una multa en primer grado de 2000UFV's, por considerar, precisamente, lo dispuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005, citada por la recurrente, que menciona que: (…) en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios de graduación, Además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) existencia de intencionalidad, dolo culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión (…)".*
>
> *Que en dicho sentido se advirtió que la Aseguradora al contravenir la instrucción del Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada, además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica transcrita ut supra*…"

El informe contenido en la nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012 -supra transcrita-, permite establecer los siguientes extremos sobre las precitadas 3 imputaciones que sirven de fundamento a la sanción:

- Primera imputación: la nota APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011 derivó en la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/506-2011 de 21 de diciembre de 2011, que al no haber merecido recurso de impugnación alguno, determina que la misma sea definitiva, por hacer a un procedimiento concluido en los términos del artículo 35º, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de

Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

No obstante, tal inamovilidad jurídica, fue adquirida recién en fecha 3 de marzo de 2012, cuando se vencieron los 15 (quince) días para recurrir contra la misma, conforme lo dispone el artículo 48º de la misma norma, de manera tal que sólo pudo constituirse válidamente en antecedente de reiteración o reincidencia desde tal fecha, y no antes, en fecha 10 de noviembre, cuando se pronunció la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427/2011.

A este respecto, resulta ilustrativo lo determinado en la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006, cuando establece que:

"…*si bien* (…) *fue sancionada anteriormente por una infracción similar, de acuerdo a los antecedentes que cursan en la jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del SIREFI, los hechos que originaron el presente procedimiento se suscitaron en forma anterior a la sanción aplicada por la SPVS en el caso similar, por lo que* ***no existe reincidencia****… la sanción debe responder a un criterio de proporcionalidad de acuerdo a los antecedentes*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Segunda imputación: la nota APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011 derivó -a su turno y dentro del procedimiento administrativo sancionador- en la Resolución Administrativa (sancionatoria) APS/DJ/DS/427-2011 de 17 de noviembre de 2011 y en la Resolución Administrativa (de Recurso de Revocatoria) APS/DJ/DS/Nº 021-2012 de 13 de enero de 2012; tales actuados corresponden al propio caso de autos, conforme se evidencia de la revisión de fojas 46, 57 y 76 del expediente, el mismo que en estado de Recurso Jerárquico, se resuelve por la presente Resolución Ministerial Jerárquica, determinando que **el ente regulador, para efectos de considerar la reiteración en la conducta sancionada, ha considerado como justificativo del agravamiento LA MISMA INFRACCIÓN que está sancionando, cual si fuera una reiteración.**

- Tercera imputación: la nota APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, derivó -a su turno y dentro del procedimiento administrativo sancionador- en la Resolución Administrativa (sancionatoria) APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011 y en la Resolución Administrativa (de Recurso de Revocatoria) APS/DJ/DS/N^{0} 008-2012 de 10 de enero de 2012.

  A este respecto, el informe contenido en la nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012, es claro cuando señala que la última resolución nombrada (APS/DJ/DS/N^{0} 008-2012) se encuentra "*actualmente en Recurso Jerárquico desde el 30 de enero de 2012*", determinando en definitiva, no hubiera constituido cosa juzgada administrativa a la fecha de la sanción -17 de noviembre de 2011- de manera tal que no pudo constituir antecedentes imprescindible para determinar una reiteración, conforme lo ha señalado el ente regulador en la resolución recurrida.

Consiguientemente, sí ha existido por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en el caso de autos, infracción al derecho constitucional de presunción

de inocencia, como a los principios de proporcionalidad y verdad material, por cuanto los antecedentes que han sido considerados como agravantes a tiempo de la sanción, no constituían verdades jurídicas o materiales susceptibles de ser tenidas en cuenta en tal calidad, e inclusive en uno de los casos, el órgano regulador ha utilizado el propio proceso -entonces tampoco con resolución ejecutoriada- como precedente para su resolución, desvirtuando la naturaleza y finalidad del agravante, por cuanto "*…no puede existir reincidencia dentro de un único y solo proceso, sino que necesariamente debe existir un proceso anterior por el cual se hubiera sancionado al recurrente por el mismo incumplimiento…*" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2009 de 6 de febrero de 2009).

En cuanto al fundamento del agravamiento por la *negligencia* señalada en la resolución recurrida, es pertinente dejar constancia que el ente regulador hace depender tal negligencia de la reiteración, cuando en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012, señala que:

> "*…la Aseguradora al contravenir la instrucción del Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada,* ***además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La última hace referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005, que establece que "*en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios de graduación…****a)*** *existencia de intencionalidad, dolo culpa,* ***negligencia****, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, si en Derecho *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, entonces el criterio sobre negligencia establecido por el ente recurrido es también inaplicable de la forma en que ha sido considerado por el mismo.

Por último, es pertinente establecer que aquello que ha señalado el ente regulador en su nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012, en sentido que:

> "*…debido a un lapsus calamis, ambas Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 021-2012 y APS/DJ/DS/Nº 008-2012 de 13 y 10 de enero de 2012 respectivamente, citan de manera errada la Nota de Cargos APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, misma que solicitamos no sea considerada…*"

No amerita mayor consideración, toda vez que al no encontrarse tampoco entre los extremos señalados como agravios y al no haber dependido las actividades de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** dentro del procedimiento sancionador, el ejercicio de sus derechos no ha sido perjudicado por del dato ahora corregido por la recurrida, importando la ocurrencia de la convalidación señalada por el artículo 37º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo).

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 008-2012 DE 10 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 033/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 033/2012

La Paz, 06 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 008-2012 de 10 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 013 de 23 de abril de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 051 de 18 de mayo de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 25 de enero de 2012, los señores Jerry Carlos Emilio Delgado Uría y Hugo Vía Escalante, en representación legal de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, tal como lo acreditan los testimonios de poder Nº 242/09 de 23 de marzo de 2009 y Nº 855/07 de 13 de diciembre de 2007, otorgados ambos ante la Notaria de Fe Pública Nª 101 del distrito judicial La Paz, a cargo de la Dra. Diomar Ovando Polo, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/Nº 008-2012 de 10 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011. Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de febrero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, mismo que fue notificado el 7 de febrero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DS/4154/2011, de 19 de octubre de 2011, notificó a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** con el Cargo correspondiente a la presunta contravención en la que habría incurrido la entidad aseguradora, conforme el siguiente texto:

"…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 133-2011 de 04 de julio de 2011, un ejemplar del texto de la Póliza registrada, incluyendo las Coberturas y Cláusulas correspondientes para SAO S.A., con sus respectivos códigos para su archivo, según se aprecia del cuadro que sigue:*

Número y fecha de Resolución	***Fecha notificación a la Entidad Aseguradora***	***Fecha de remisión de la documentación por la Entidad Aseguradora***	***Fecha de vencimiento***	***Días de retraso***
R.A. 133 de 04/07/2011	*06/07/2011*	*PRES/SGREA/590/07/11 de 27/07/2011, recibida en la misma fecha*	*20/07/2011*	***5 días hábiles administrativos***

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.*

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda, en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 8 de noviembre de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** mediante nota PRES/SGREA/929/11/11, presentó sus descargos, refiriendo lo siguiente:

"…*Por medio de la presente, acusamos recibo de la nota señalada en referencia* (sic), *mediante la cual nos notifican con cargos por no haber cumplido el plazo establecido en la R.A. APS/DS/N. 133-2011 de fecha 04 de julio de 2011, referido al envío a la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros, de un ejemplar del Texto correspondiente a la Póliza señalada en dicha Resolución Administrativa.*

Deseamos hacer conocer a su autoridad para su correspondiente evaluación, que el retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión, no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y menos aun ha ocasionado perjuicio o daño.

En ese sentido, solicitamos puedan tomar en cuenta que nos encontramos en proceso de introducir cambios estructurales en nuestro departamento de IT, a efectos de proceder a ajustar nuestros procedimientos y así poder dispensar a nuestros clientes y usuarios un servicio mas (sic) *amplio y oportuno*…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 428-2011 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros resuelve:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.000 UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 04 de julio de 2011, un ejemplar del texto de la Póliza registrada, incluyendo las Coberturas y Cláusulas correspondientes para SAO S.A., con sus respectivos códigos para archivo.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía debiendo remitirse a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre, luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio*…"

A efectos de tal determinación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha expuesto los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que considerando el derecho de la regulada a obtener una decisión fundada, a continuación se pasa a examinar el argumento de mayor relevancia expuesto por la Entidad Aseguradora, no para enervar el cargo que fue expresamente reconocido, sino con el objeto de establecer la existencia de posibles atenuantes de responsabilidad.

La Recurrente alega que: "el retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión, no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y menos ha ocasionado perjuicio o daño alguno"*.*

Que si bien es cierto y evidente que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco este órgano de Fiscalización ha verificado perjuicio o daño a la entidad aseguradora o a terceros, no es menos cierto que toda contravención a instrucciones emanadas por el Regulador conlleva incita (sic) *la sanción, como consecuencia jurídica de carácter administrativo; sin embargo y toda vez que los presupuestos del ilícito administrativo deben ser claramente identificados en sus aspectos racional, objetivo e igualitario, para dotar al regulado de las debidas garantías, a continuación se pasa a modular la sanción considerando los elementos atenuantes de la conducta infractora y cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad, en cuyo sentido se determina que:*

a) *El incumplimiento se encuentra tipificado:*
- *En cuanto a la conducta, por el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*
- *En cuanto a la sanción, por el inciso a), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como* ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo".*

b) *La infracción se encuentra plenamente demostrada e inclusive reconocida por el infractor.*

c) *Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 23011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones.*

Que en cuanto a los elementos atenuantes invocados por la (sic) *Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, únicamente puede considerarse la falta de daño a la entidad y a terceros.*

Que tomando en cuenta los elementos agravantes ***por reiteración****, así como los atenuantes de la sanción, expuestos supra debe fijarse la sanción de grado mínimo en su cuantía mínima de 2.000 UFV´s (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 23 de diciembre de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011, con los argumentos que se transcriben a continuación:

> "…*La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ No. 428/2011 de 17 de noviembre de 2011 (RA 428/11), se constituye en el Acto Administrativo impugnado, puesto que esta resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo sancionador, tal como pasamos a demostrar a continuación:*
>
> 1. *La RA 428/11 establece que no se habría presentado la* (sic) *Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) dentro de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No. 140-2011 de 6 de Julio de 2011* (sic, debió decir "Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 04 de julio de 2011"), *un ejemplar del texto de las Pólizas registradas para SAO S.A. con sus respectivos códigos para archivo.*
> 2. *Nuestra compañía, consciente como es de los problemas operativos que a veces se presentan, admitió y lamentó ese retraso, no obstante oportunamente hizo conocer que el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aun ocasionó perjuicio.*
> 3. *En la RA 427/11* (sic, debió decir "RA 428/11") *ese respetable órgano de fiscalización y control reconoce que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco se ha verificado daño o perjuicio a la entidad aseguradora o a terceros.*
> 4. *Lo extraño es que la RA 427/11* (sic, debió decir "RA 428/11") *menciona también que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra por CITES APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS DJ/DS 3992/2011 de 14 de octubre de 2011 y APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 2011, la* (sic) *Entidad fue notificada con cargos por infracciones.*
> 5. *No obstante, es necesario señalar que esos supuestos CITES no pueden constituir elementos para establecer REITERACIÓN, toda vez que la reiteración significa que la infracción fue determinada, reconocida y SANCIONADA mediante un procedimiento legalmente llevado a cabo.*
> 6. *La APS no menciona cual es la Resolución sancionatoria que correspondería a estas CITES, por lo que no puede hablarse de reiteración si no existe un procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final, de lo contrario se estaría ingresando en un prejuzgamiento al mencionar una reiteración sobre una* (sic) *supuestas infracciones que no alcanzaron firmeza en sede administrativa.*
> 7. *No obstante estos argumentos, la APS resuelve sancionar a nuestra compañía con una multa de 2.000 UFVs, basando básicamente esta sanción en una REITERACIÓN que como mencionamos anteriormente no corresponde.*
> 8. *En consecuencia, al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones*

leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.

9. *En ese marco, se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación.*
10. *La amonestación también tendría que ser modulada en función al alcance de la infracción, ya que de acuerdo al Reglamento de sanciones vigente del regulador, incluso la amonestación tendría que se* (sic) *modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestaciones.*
11. *Uno de los principios aplicables a los procedimientos sancionatorios es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
12. *El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión que se debe resolver en cada caso, de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado, debiendo observarse que el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
13. *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "...en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión.*
14. *En el presente caso, reiteramos que la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer que una amonestación correspondería con mayor precisión al presente caso.*

PETITORIO

En mérito a los argumentos anteriormente expuestos y al amparo del Art. 64 de la Ley 2341, del Procedimiento Administrativo, interponemos Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011 emitida por la APS del Estado Plurinacional de Bolivia, solicitándoles tengan a bien revocar la mencionada resolución y fallando nuevamente en derecho, se nos imponga la sanción de amonestación en estricto lineamiento legal…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 008-2012 DE 10 DE ENERO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 008-2012 de 10 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó **confirmar totalmente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011; los

argumentos presentados en la Resolución Administrativa mencionada son los siguientes:

"…***Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo.-***

Que del análisis de los puntos 1, 2, 3 y 4 del Recurso de Revocatoria se tiene que evidentemente este Órgano de Fiscalización estableció que el retraso en el cumplimiento del plazo no constituyó consecuencias que pudieran merecer gravedad y que tampoco se verificó daño o perjuicio a la entidad aseguradora ni a terceros, no obstante la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares.

Que con respecto a los puntos 5 y 6 del Memorial citado, es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia, conceptos que si bien están inmersos en el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos.

Que así se entiende que la palabra reincidir proviene del latín reincidere y recidere, que significa caer de nuevo o recaer en una nueva falta o delito, siendo que su aplicación procede únicamente para el infractor que después de haber sido sancionado mediante Resolución Administrativa vuelve a cometer la misma infracción.

Que el concepto jurídico de reincidencia, por consiguiente, no coincide con la acepción corriente de la palabra, no se refiere a la mera repetición de infracciones, sino ***a la repetición por el que antes fue sancionado****.*

Que por el contrario habrá reiteración cuando se cometan más de dos infracciones sin que una Resolución Administrativa haya dispuesto sanción por ninguna de ellas, es decir, que no es necesaria la declaración de sanción previa para que el regulado incurra en la agravante de reiteración.

Que, en efecto, la correcta interpretación del artículo 19 de la Resolución Administrativa IS 602, es la de considerar que para que se incurra en reiteración, es condición necesaria que en distintos procedimientos, tramitados independientemente y sin que en ninguno haya recaído decisión definitiva o firme, se detecten infracciones de la misma índole.

Que en conclusión no es necesario, como de manera errada interpreta la entidad recurrente "que para que concurra la reiteración deba de manera previa existir un procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final", correspondiendo simplemente al órgano administrativo demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades, tal cual lo manifestó en la Resolución Administrativa que hoy se impugna, cuando en el inciso e) de la página 3, expresa de manera textual que: "Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la ***reiteración****, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES:*

APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011 y, APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011 la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones".

Que por otra parte y respondiendo los puntos 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del Recurso de Revocatoria debe mencionarse que estando la sanción determinada como leve por el inciso a) del numeral I del artículo 16, sujeta a la imposición de sanciones de amonestación o multa, este Órgano Fiscalizador haciendo uso de la discrecionalidad reglada para la graduación de la sanción, impuso una multa en primer grado de 2000UFV's, por considerar, precisamente, lo dispuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005, citada por la recurrente, que menciona que: (…) en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios de graduación, Además (sic) *de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) existencia de intencionalidad, dolo culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión (…)".*

Que en dicho sentido se advirtió que la Aseguradora al contravenir la instrucción del Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 133-2011 de 04 de julio de 2011, no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada, además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica transcrita ut supra.

Que finalmente y por todo lo analizado, el argumento contenido en el numeral 14 del Recurso de Revocatoria de que: "la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer una amonestación (…)" no es real por la existencia, como quedó demostrado, de la reiteración, que conforme determina el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS 602 "(…) conlleva el agravamiento de la sanción (…)" y de ninguna manera podría considerarse como atenuante…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 25 de enero de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 008-2012 de 10 de enero de 2012, argumentado lo siguiente:

"…***ARGUMENTOS DE LA RA 008/12 CONFIRMATORIA***

En su Resolución confirmatoria la APS se limita a señalar (entre las partes más sobresalientes) lo (sic) *siguientes argumentos que nos permitimos rebatir de la siguiente forma:*

1. *La APS señala que "...la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares."*

Esta afirmación es una declaración clara y contundente que no existen casos anteriores que hayan sido sancionados por el regulador contra nuestra compañía de seguros.

Solamente la APS menciona que hubieron varias oportunidades (no dice ni aclara cuantas) por "...imputación de cargos por infracciones similares.", es decir es un reconocimiento que hubieron imputación (sic) *de cargos (acto administrativo que como es de pleno y común conocimiento jurídico no tiene efectos legales ni causan estado en sede administrativa).*

Para simplemente hacer un parangón ilustrativo, es como si se emitiera sentencia condenatoria contra una persona, basándose en que el delito cometido fue cometido varias veces por la misma persona en otras oportunidades porque existieron denuncias en su contra, aunque esas denuncias nunca fueron resueltas dentro de un proceso con sentencia con calidad de cosa juzgada. Esto a todas luces viola el derecho constitucional de presunción de inocencia.

2. *Según la APS es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia, conceptos que están inmersos en el Artículo 19 de la Resolución IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos. En ese sentido la APS señala que reincidencia significa caer de nuevo o recaer en una nueva falta o delito, siendo que su aplicación procede (SEGÚN LA APS) únicamente para el infractor que después de haber sido sancionado mediante Resolución vuelve a cometer la misma infracción. Por otro lado la APS dice que reiteración se da cuando se cometen más de dos infracciones sin que una Resolución haya dispuesto sanción por ninguna de ellas (NOTESE LA CONTRADICCIÓN AL MENCIONARSE LINEAS ARRIBA QUE LAS INFRACCIONES FUERON OBJETO DE CARGOS, reconociendo que se iniciaron las acciones sancionatorias) es decir que no es necesaria la declaración de sanción - sigue la APS - para que el regulado incurra en la agravante de reiteración.*

   No obstante, lo que bajo ninguna circunstancia demuestra la APS es que lo que esa institución interpreta se encuentre reflejado en el Artículo 19 citado.

   En el presente caso, no se trata de interpretar o encontrar el significado de las palabras "reincidencia" y "reiteración", ya que basta remitirnos a los diccionarios y doctrina para encontrar dichos significados y son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia y reiteración, pero todas nos muestran que la APS se encuentra en un error. Por ejemplo para Cabanellas: "Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la ***comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado.*** *Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad" (Cabanellas Tomo VII: 112). Como se puede apreciar en la parte subrayada y en negrilla, el componente esencial para la reincidencia es la previa condena, por una simple lógica jurídica de garantía a los derechos de los administrados (No es posible sancionar con*

mayor gravedad a alguien alegando que ha reincidido o reiterado una conducta, sin (sic) *esa supuesta conducta no quedó demostrada y sancionada)*

Por otra parte con relación a la palabra REITERACIÓN, si se busca en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se tiene que la palabra reiteración (Del lat. reiteratio, -ónis). 1 f. Acción y efecto de reiterar. 2.f. Der. Circunstancia que puede ser agravante ***derivada de anteriores condenas del reo, por delitos de índole diversa*** *del que se juzga, en lo que se diferencia de la reincidencia. Por su parte en cuanto a la reincidencia, este Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala 1.f. Reiteración de una misma culpa o defecto 2.f Der. Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa.*

Es decir que la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN ***SE HAYA JUZGADO****, por ello es que fuera de las diferencias semánticas LO IMPORTANTE ES QUE SE RESPETEN LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS dentro del ámbito jurídico aplicable, y en ese sentido aplicando una simple lógica jurídica, COMO PUEDE LA APS HABLAR DE REITERACIÓN Y DE REINCIDENCIA si no se han juzgado o procesado los casos?*

Es decir que la APS estaría vulnerando garantías constitucionales al presumir que hay reiteración o reincidencia y NO SE HAYA ESCUCHADO NI PERMITIDO DESCARGARSE AL ADMINISTRADO.

3. *Otro aspecto que señala la APS entre sus considerandos es la referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005 (misma que fue mencionada por nosotros para que el regulador pueda darse cuenta de estos criterios de objetividad para la imposición de sanciones) señala que para la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a criterios de graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador como: a) existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión. En base a eso la APS señala que nuestra compañía "... no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada, además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica señalada.*

   Respecto a este punto queda claramente demostrado que la APS en ningún momento fundamenta los elementos señalados en la Resolución Jerárquica mencionada, y solamente se limita a señalar que actuamos con negligencia por la existencia de 3 imputaciones de cargos, cuando precisamente esas imputaciones de cargos están siendo controvertidas con nuestros Recursos Administrativos y no existe ningún caso que tenga una definición final.

4. *La APS en ninguna de sus consideraciones ha rebatido nuestros argumentos mencionados en el Recurso de Revocatoria los mismos que amerita sean repetidos para demostrar a la autoridad que conozca el Recurso de Revocatoria los alcances de los mismos:*

    a. *La RA 428/11 establece que no se habría presentado la* (sic) *Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) dentro de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No. 140-2011 de 6 de julio de 2011* (sic, debió decir "Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 04 de julio de 2011"), *un ejemplar del texto de las Pólizas registradas para SOBOCE/FANCESA* (sic, debió decir "SRES. ADM SAO S.A."), *con sus respectivos códigos para archivo.*
    b. *Nuestra compañía, consciente como es de los problemas operativos que a veces se presentan, admitió y lógicamente lamentó ese retraso, no obstante*
    oportunamente hizo conocer que el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aún ocasionó perjuicio a los usuarios de los servicios de seguro.
    c. *En la RA 428/11 ese respetable órgano de fiscalización y control reconoce que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco se ha verificado daño o perjuicio a la entidad aseguradora o a terceros.*
    d. *Lo extraño es que la RA 428/11 menciona también que la supuesta conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que por CITES APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS DJ/DS 4154/2011 de 19 de octubre de 2011 y APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 2011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones.*
    e. *No obstante, es necesario señalar que esos supuestos CITES no pueden constituir elementos para establecer REITERACIÓN, toda vez que la reiteración significa que la infracción fue determinada, reconocida y SANCIONADA mediante un procedimiento legalmente llevado a cabo.*
    f. *La APS no menciona cual es la Resolución sancionatoria que correspondería a estas* (sic) *CITES, por lo que no puede hablarse de reiteración si no existe una* (sic) *procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final, de lo contrario se estaría ingresando en un prejuzgamiento al mencionar una reiteración sobre una* (sic) *supuestas infracciones que no alcanzaron firmeza en sede administrativa.*
    g. *No obstante estos argumentos, la APS resuelve sancionar a nuestra compañía con una multa de 2.000 UFVs, basando básicamente esta sanción en una REITERACIÓN que como mencionamos anteriormente no corresponde.*
    h. *En consecuencia, al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las*

infracciones leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.

i. *En ese marco, se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación.*
j. *La amonestación también tendría que ser modulada en función al alcance de la infracción, ya que de acuerdo al Reglamento de sanciones vigente del regulador, incluso la amonestación tendría que se modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestaciones.*
k. *Uno de los principios aplicables a los procedimientos sancionatorios es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
l. *El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión que se debe resolver en cada caso, de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado, debiendo observarse que el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
m. *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "...en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión.*

En el presente caso, reiteramos que la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer que una amonestación correspondería con mayor precisión al presente caso.

PETITORIO

En mérito a los argumentos anteriormente expuestos y al amparo del Art. 66 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y Artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo 27175, reglamentario a la Ley 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 008 - 2012 de 10 de enero de 2012 que confirmó la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 428/2011 de 17 de noviembre de 2011 emitida por la APS, solicitándoles tengan a bien elevar el mismo a

fin de que la Dirección de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Hacienda (sic) *se sirva revocar la mencionada resolución y fallando nuevamente en derecho, se nos imponga la sanción de amonestación en estricto cumplimiento al ordenamiento legal…*"

7. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hace presente la información que le ha sido solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2012 de 14 de mayo de 2012, conforme la transcripción que sigue a continuación:

"*…Imputaciones de cargos:*

1. *APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011, derivó en la* ***Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/506-2011 de 21 de diciembre de 2011****, misma que no mereció recurso de impugnación alguna y* ***al presente se encuentra ejecutoriada****.*
2. *APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011, derivo en la* ***Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/427-2011 de 17 de noviembre de 2011****, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 021-2012 de 13 de enero de 2012,* ***actualmente en Recurso Jerárquico*** *desde el 30 de enero de 2012.*
3. *APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, derivo en la* ***Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/N° 428-2011 de 17 de noviembre de 2011****, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N0 008-2012 de 10 de enero de 2012,* ***actualmente en Recurso Jerárquico*** *desde el 30 de enero de 2012.*

Cabe aclarar que debido a un lapsus calamis, ambas Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 021-2012 y APS/DJ/DS/N° 008-2012 de 13 y 10 de enero de 2012 respectivamente, citan de manera errada la Nota de Cargos APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, misma que solicitamos no sea considerada…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, en la misma oportunidad hace presente la literal que se detalla a continuación:

- Nota APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011, remitida a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** y referida a la Notificación de cargos por el concepto siguiente:

  "…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 130-2011 de 04 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las Cláusulas (A, B y C) para Carga Terrestre registradas con sus respectivos códigos para su archivo, instrucción que no se verificó sino hasta después de 48 días hábiles administrativos,…*"

- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 506-2011 de 21 de diciembre de 2011, que resuelve:

  "…***SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.500,00 UFV's (Dos Mil Quinientos 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883*

de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 130-2011 de 4 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las Cláusulas (A, B y C) para Carga Terrestre registradas con sus respectivos Códigos para su archivo…"

- Nota APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011, remitida a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** y referida a la Notificación de cargos por el concepto siguiente:

  "…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, un ejemplar del texto de las cláusulas registradas, para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para su archivo,…*"

- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, que resuelve:

  "…***SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.000 UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, un ejemplar de las Cláusulas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos Códigos para su archivo…*"

- Nota APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, remitida a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** y referida a la Notificación de cargos por el concepto siguiente:

  "…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 04 de julio de 2011, un ejemplar del texto de la Póliza registrada, incluyendo las Coberturas y Cláusulas correspondientes para SAO S.A., con sus respectivos códigos para su archivo,…*"

- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011, que resuelve:

  "…***SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.000 UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 04 de junio de 2011, un ejemplar del texto de la Póliza registrada, incluyendo las Coberturas*

y Cláusulas correspondientes para SAO S.A., con sus respectivos códigos para archivo…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 4 de julio de 2011, a solicitud de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA,** (con referencia a la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Pérdida o Daño Físico SRES. ADM SAO S.A.), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió registrar tal póliza (artículo primero) e "***Instruir a la Entidad Aseguradora el envío a la Dirección de Seguros, de un ejemplar del texto de la Póliza registrada, incluyendo las Coberturas y Cláusulas correspondientes con sus respectivos códigos para su archivo, en el plazo improrrogable de 10 días hábiles administrativos***". (artículo segundo). Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme a los datos que salen de la nota APS/DJ/DS/4154/2011, se ha notificado a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** con la precitada Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 4 de julio de 2011 en fecha 6 siguiente, la aseguradora -ahora recurrente- acreditó los ejemplares instruidos en fecha 27 de julio de 2011, mediante nota PRES/SGREA/590/07/11, es decir, con cinco (5) días hábiles administrativos de retraso, lo que en el criterio del ente regulador, importa transgresión a lo determinado por el artículo 12º, inciso j), de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, el que establece que:

> "…*ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:* (…)
>
> *j) Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero…*"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme consta del Recurso Jerárquico, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** pretende se revoque la sanción para ella establecida en el artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011 -multa de dos mil Unidades de Fomento a la Vivienda- y en su lugar se le aplique la sanción de amonestación, por cuanto en su entender:

"…*la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN* ***SE HAYA JUZGADO****, por ello es que fuera de las diferencias semánticas LO IMPORTANTE ES QUE SE RESPETEN LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS dentro del ámbito jurídico aplicable, y en ese sentido aplicando una simple lógica jurídica, COMO PUEDE LA APS HABLAR DE REITERACIÓN Y DE REINCIDENCIA si no se han juzgado o procesado los casos?*

Es decir que la APS estaría vulnerando garantías constitucionales al presumir que hay reiteración o reincidencia y NO SE HAYA ESCUCHADO NI PERMITIDO DESCARGARSE AL ADMINISTRADO.

(…) *al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.*

(…) *se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes* (sic, debió decir "agravantes") *tendría que ser sancionada con una amonestación…*"

2.1. La Reiteración de las infracciones en el Sector de Seguros.-

En los argumentos que hacen al Recurso Jerárquico, la pretensión expresada en la misma tiene su origen en la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones expresada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 008-2012 (ahora recurrida), en sentido que:

"…*este Órgano de Fiscalización estableció que el retraso en el cumplimiento del plazo no constituyó consecuencias que pudieran merecer gravedad y que tampoco se verificó daño o perjuicio a la entidad aseguradora ni a terceros,* ***no obstante la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares***..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto, la recurrente señala:

"…*no existen casos anteriores que hayan sido* ***sancionados*** *por el regulador contra nuestra compañía de seguros* (negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Solamente la APS menciona que hubieron varias oportunidades (no dice ni aclara cuantas) por "...imputación de cargos por infracciones similares.", es decir es un reconocimiento que hubieron imputación (sic) *de cargos (acto administrativo que como es de pleno y común conocimiento jurídico no tiene efectos legales ni causan estado en sede administrativa).*

(…) *Según la APS es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia, conceptos que están inmersos en el Artículo 19 de la Resolución IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos.*

(…) *lo que bajo ninguna circunstancia demuestra la APS es que lo que esa institución interpreta se encuentre reflejado en el Artículo 19 citado.*

En el presente caso, no se trata de interpretar o encontrar el significado de las palabras "reincidencia" y "reiteración", ya que basta remitirnos a los diccionarios y doctrina para encontrar dichos significados y son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia y reiteración, pero todas nos muestran que la APS se encuentra en un error.

(…) *la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN* ***SE HAYA JUZGADO****…"*

En principio, tanto en las posiciones de la recurrente y de la recurrida, empero fundamentalmente en el criterio establecido por el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado por el artículo segundo de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, los significados de *Reiteración* y *Reincidencia* no son los mismos, extremo claro en el uso de la conjunción "*y*" que sale del nomen iuris (*Reiteración y Reincidencia*) del artículo 19° del precitado Reglamento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

i. La concurrencia con otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable.
ii. La necesidad de que la previa Resolución Sancionatoria haya alcanzado firmeza en sede administrativa.

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

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

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

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

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

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

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

Para concluir en ello, basta con la lectura íntegra del artículo 19º del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 602, conforme la transcripción íntegra siguiente:

"…*Artículo 19.- (Reiteración y Reincidencia)*

La reiteración de cualquier hecho o la reincidencia en hechos, actos u omisiones sancionables, conllevará el agravamiento de la sanción, de acuerdo a lo siguiente:

a) La reincidencia en un hecho, acto u omisión sancionable en un período no mayor a ciento ochenta (180) días, será considerada como de primer grado.

b) La reincidencia en un hecho, acto u omisión sancionable en un período entre ciento ochenta y uno (181) días y trescientos sesenta y cinco (365) días, será considerada como de segundo grado.

c) La reincidencia de un hecho, acto u omisión sancionable en un período mayor a trescientos sesenta y cinco (365) días no será considerada como tal.

El primer grado de reiteración o reincidencia conllevará la aplicación inmediata de una sanción mayor.

El segundo grado de reiteración o reincidencia conllevará la aplicación inmediata del siguiente grado dentro de la misma sanción, hasta que los grados se agoten. Una vez agotados estos se aplicará una sanción mayor.

A estos efectos, los días serán contados desde la fecha de la última ocurrencia del hecho o de la comisión del acto u omisión. Si esa fecha no pudiera ser determinada o ser determinable por cualquier causa, los días se contarán a partir de la fecha en la cual la Superintendencia comunicó o notificó el hecho, acto u omisión.

En todos los casos anteriores las infracciones deberán ser subsanables…"

Resultando que en el Sector de Seguros, materia especial como es, el tratamiento de tales figuras es idéntico, mientras que en el concepto penal -como el expresado por Cabanellas-, la reiteración "*ofrece gravedad menor que cuando se tratare de delitos similares*", entonces

menor que la reincidencia dado que ésta determina "*la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad*".

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

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

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

Así expuesto, corresponde dar razón a la recurrente cuando refiere la aplicabilidad del Derecho a la Defensa como a la garantía del Debido Proceso Administrativo, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004:

> "*Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16* (corresponde al artículo 117 de la Constitución vigente) *consagra* ***que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal****, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio de la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse*

adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos.

El citado Artículo 16 parágrafo III. de la Constitución Política del Estado expresa que: "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal..." garantía que consiste en que toda persona que sea acusada de haber cometido falta o contravención tiene ***derecho a ser procesado previamente a la aplicación de cualquier pena o condena****.*

El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto, la Constitución Política del Estado señala que:

"…*Artículo 116. I.* ***Se garantiza la presunción de inocencia****. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado* (…)

Artículo 117. I. ***Ninguna persona puede ser condenada*** *sin haber sido oída y* ***juzgada previamente en un debido proceso****. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente* ***en sentencia ejecutoriada***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece que:

"…*Artículo 71° (Principios Sancionadores)*

Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad*, tipicidad,* ***presunción de inocencia****, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.*

Artículo 72° (Principio de Legalidad)

Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas *cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa,* ***conforme al procedimiento establecido en la presente Ley*** *y disposiciones reglamentarias aplicables* (…)

Artículo 74° (Principio de Presunción de Inocencia)

En concordancia con la prescripción constitucional, ***se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento***

> ***administrativo***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Y es que, como lo refieren Castells y Crotti (en su comentario a la obra de Abelardo Latorre *Introducción al Derecho*):

> "…*Todo hombre es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad y sea condenado por un tribunal legal, después de un juicio imparcial, justo y en el que se observen todas las garantías preestablecidas. Una pena, como señala A. Latorre, no puede imponerse más que a consecuencia de un proceso debidamente sustanciado: nulla poena sine iudicio*…"

Ampliando el criterio, Calvo Suárez en *Presunción de Inocencia*, señala:

> "…*La presunción de inocencia es un principio de orden constitucional, y por lo tanto, integral al conjunto de garantías que gozan todos los habitantes de la Nación.*
>
> *La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.*
>
> *De la Constitución Nacional surge que* ***no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena*** (…)
>
> *Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculpado durante el proceso penal es en principio considerado inocente* (…)
>
> *Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa.* ***Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable*** (…)
>
> *La garantía es* ***a "ser tratado como inocente"****, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.*
>
> *El imputado goza durante el proceso de la situación jurídica de un inocente. Así es un* ***principio de derecho natural aquel que indica que nadie puede ser penado sin que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente****. Ahora bien, a este principio corresponde agregar lo que en realidad*

constituye su corolario natural, esto es, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa que ***todo imputado debe ser considerado como inocente*** *(para nosotros debe decirse no culpable hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario).*

La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado "como un sujeto de una relación jurídico procesal"*, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con el rótulo de inocente al cual se lo nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar* (…)

Es claro que para el Derecho Procesal Penal es necesario, y así lo exige la exigencia de una sentencia condenatoria con la consecuente aplicación de una pena, para que esta presunción se desvanezca. ***Para el Juez la duda y/o probabilidad impiden la condena, y acarrea la absolución*** (…)

El imputado es sólo eso, un sospechoso, el sujeto pasivo del proceso y únicamente la prueba puede definir su situación. Así es ***como la presunción de inocencia se afirma claramente en el momento de la decisión, ya que la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente*** (…)

Por lo tanto ***durante el curso del procedimiento el imputado no puede ser tratado como un sujeto culpable***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora bien; el fundamento fáctico de la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 008-2012 de 10 de enero de 2012, está referido a la existencia de "*3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones*" con respecto a las cuales, el Ente Regulador determina en la sancionada -ahora recurrente- una conducta reiterativa, que a su entender justifica una agravación de la sanción, al señalar que:

"*…no es necesario, como de manera errada interpreta la entidad recurrente "que para que concurra la reiteración deba de manera previa existir un procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final", correspondiendo simplemente al órgano administrativo demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades, tal cual lo manifestó en la Resolución Administrativa que hoy se impugna, cuando en el inciso e) de la página 3, expresa de manera textual que: "Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la* ***reiteración****, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011 y, APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011 la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones*".

Sin embargo de la valedera justificación doctrinal que realiza la resolución recurrida en la diferenciación de las figuras de la Reiteración y de la Reincidencia, debe quedar claro que no se encuentra en tela de juicio si para que concurra la primera de ellas, corresponde "*simplemente… demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades*" sino que no obstante ello, en tanto no exista una Resolución Administrativa firme y definitiva, que no admita recurso de impugnación en contrario, la decisión de la misma no puede constituir una verdad jurídica que pueda servir de base para la imposición de una agravante, toda vez que como se ha dicho, "*la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente*".

En cuanto a la duda, en materia administrativa se considera en cuanto hubiere lugar, el principio *in dubio pro administrado*, definido por la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza -República Argentina- en una sentencia de 19 de agosto de 1988, como aquel que "*crea una presunción de inocencia en favor del administrado. En consecuencia, las sospechas que se tengan a su respecto deben ser suficientemente graves y concordantes como para destruir la duda y hacer pasible al administrado de una sanción*".

Para el caso de Autos, la entidad recurrida ha señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011, que:

> "*…c) Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la* ***reiteración****, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011, APS/DJ/DS/4673 de 11 de noviembre de 2011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones*…"

Con respecto a las mismas se ha pronunciado la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 008-2012 de 10 de enero de 2012, cuando señala que:

> "*…este Órgano Fiscalizador haciendo uso de la discrecionalidad reglada para la graduación de la sanción, impuso una multa en primer grado de 2000UFV's, por considerar, precisamente, lo dispuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005, citada por la recurrente, que menciona que: (…) en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios de graduación, Además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) existencia de intencionalidad, dolo culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión (…)*".
>
> *Que en dicho sentido se advirtió que la Aseguradora al contravenir la instrucción del Resuelve Segundo de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 133-2011 de 04 de julio de 2011, no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada, además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones,*

con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica transcrita ut supra…"

El informe contenido en la nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012 -supra transcrita-, permite establecer los siguientes extremos sobre las precitadas 3 imputaciones que sirven de fundamento a la sanción:

- Primera imputación: la nota APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011 derivó en la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/506-2011 de 21 de diciembre de 2011, que al no haber merecido recurso de impugnación alguno, determina que la misma sea definitiva, por hacer a un procedimiento concluido en los términos del artículo 35º, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

  No obstante, tal inamovilidad jurídica, fue adquirida recién en fecha 3 de marzo de 2012, cuando se vencieron los 15 (quince) días para recurrir contra la misma, conforme lo dispone el artículo 48º de la misma norma, de manera tal que sólo pudo constituirse válidamente en antecedente de reiteración o reincidencia desde tal fecha, y no antes, en fecha 10 de noviembre, cuando se pronunció la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427/2011.

  A este respecto, resulta ilustrativo lo determinado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006, cuando establece que:

  "…*si bien* (…) *fue sancionada anteriormente por una infracción similar, de acuerdo a los antecedentes que cursan en la jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del SIREFI, los hechos que originaron el presente procedimiento se suscitaron en forma anterior a la sanción aplicada por la SPVS en el caso similar, por lo que* ***no existe reincidencia****… la sanción debe responder a un criterio de proporcionalidad de acuerdo a los antecedentes*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Segunda imputación: la nota APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011 derivó -a su turno y dentro del procedimiento administrativo sancionador- en la Resolución Administrativa (sancionatoria) APS/DJ/DS/427-2011 de 17 de noviembre de 2011 y en la Resolución Administrativa (de Recurso de Revocatoria) APS/DJ/DS/Nº 021-2012 de 13 de enero de 2012.

  A este respecto, el informe contenido en la nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012, es claro cuando señala que la última resolución nombrada (APS/DJ/DS/Nº 008-2012) se encuentra "*actualmente en Recurso Jerárquico desde el 30 de enero de 2012*", determinando en definitiva, no hubiera constituido cosa juzgada administrativa a la fecha de la sanción -17 de noviembre de 2011- de manera tal que no pudo constituir antecedentes imprescindible para determinar una reiteración, conforme lo ha señalado el ente regulador en la resolución recurrida.

- Tercera imputación: la nota APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, derivó -a su turno y dentro del procedimiento administrativo sancionador- en la Resolución Administrativa (sancionatoria) APS/DJ/DS/N° 428-2011 de 17 de noviembre de 2011 y en la Resolución Administrativa (de Recurso de Revocatoria) APS/DJ/DS/N° 008-2012 de 10 de enero de 2012; tales actuados corresponden al propio caso de autos, conforme se evidencia de la revisión de fojas 67, 78 y 99 del expediente, el mismo que en estado de Recurso Jerárquico, se resuelve por la presente Resolución Ministerial Jerárquica, determinando que **el ente regulador, para efectos de considerar la reiteración en la conducta sancionada, ha considerado como justificativo del agravamiento LA MISMA INFRACCIÓN que está sancionando, cual si fuera una reiteración.**

Consiguientemente, sí ha existido por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en el caso de autos, infracción al derecho constitucional de presunción de inocencia, como a los principios de proporcionalidad y verdad material, por cuanto los antecedentes que han sido considerados como agravantes a tiempo de la sanción, no constituían verdades jurídicas o materiales susceptibles de ser tenidas en cuenta en tal calidad, e inclusive en uno de los casos , el órgano regulador ha utilizado el propio proceso -entonces tampoco con resolución ejecutoriada- como precedente para su resolución, desvirtuando la naturaleza y finalidad del agravante, por cuanto "…*no puede existir reincidencia dentro de un único y solo proceso, sino que necesariamente debe existir un proceso anterior por el cual se hubiera sancionado al recurrente por el mismo incumplimiento*…" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2009 de 6 de febrero de 2009).

En cuanto al fundamento del agravamiento por la *negligencia* señalada en la resolución recurrida, es pertinente dejar constancia que el ente regulador hace depender tal negligencia de la reiteración, cuando en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 021-2012, señala que:

> "…*la Aseguradora al contravenir la instrucción del Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 071-2011 de 15 de junio de 2011, no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada,* ***además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La última hace referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005, que establece que "*en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios de graduación…****a)*** *existencia de intencionalidad, dolo culpa,* ***negligencia****, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, si en Derecho *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, entonces el criterio sobre negligencia establecido por el ente recurrido es también inaplicable de la forma en que ha sido considerado por el mismo.

Por último, es pertinente establecer que aquello que ha señalado el ente regulador en su nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012, en sentido que:

> "*…debido a un lapsus calamis, ambas Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 021-2012 y APS/DJ/DS/Nº 008-2012 de 13 y 10 de enero de 2012 respectivamente, citan de manera errada la Nota de Cargos APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, misma que solicitamos no sea considerada…*"

No amerita mayor consideración, toda vez que al no encontrarse tampoco entre los extremos señalados como agravios y al no haber dependido las actividades de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** dentro del procedimiento sancionador, el ejercicio de sus derechos no ha sido perjudicado por el dato ahora corregido por la recurrida, importando la ocurrencia de la convalidación señalada por el artículo 37º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo).

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 002-2012 DE 04 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 034/2012 DE 06 DE JUNIO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 034/2012

La Paz, 06 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 002-2012 de 4 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2011 de 29 de septiembre de 2011, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 014/2012 de 27 de abril de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 052/2012 de 21 de mayo de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 27 de enero de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.** legalmente representada por el Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez tal como lo acredita el testimonio Nº 627/2008, de 24 de noviembre de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 002-2012 de 4 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2011 de 29 de septiembre de 2011.

Que, en fecha 30 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA Previsión AFP S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 002-2012 de 04 de enero de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de febrero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA Previsión AFP S.A**. mismo que fue notificado el 7 de febrero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DJ/DPC/578/2011 de 22 de febrero de 2011, notifica a **BBVA Previsión AFP S.A**. con las contravenciones en las que habría incurrido la entidad, conforme el siguiente texto:

"…Existen indicios de incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo 34 del Decreto Supremo N° 26069 de 26 de enero de 2001 y a los artículos primero y segundo de la Resolución Administrativa SPVS N° 029 de 31 de enero de 2005, debido a que en el cálculo de la Pensión de Jubilación del Afiliado señor Santiago López Cruz con NUA 36535394, la AFP aplicó el descuento por reducción de edad de tres (3) años a la CC mensual aún cuando el Afiliado presentó un Certificado de la Caja Nacional de Salud que evidencia que cuenta con nueve (9) años y cinco (5) meses de trabajo insalubre, lo que le hubiese permitido acceder a la reducción de edad por trabajos insalubres, en interior mina. Dicha situación demuestra falta de diligencia de la AFP en la otorgación de la prestación de jubilación al Afiliado.

III. NORMA INFRINGIDA:

A mayor abundamiento, la norma infringida es la siguiente:

- ***DECRETO SUPREMO N° 24469 DE ENERO DE 1997.***

  "ARTÍCULO 142 (CUIDADO EXIGIBLE). *A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia."*

- ***DECRETO SUPREMO N° 26069 DE 26 DE ENERO DE 2001.***

  "ARTÍCULO 34 (REDUCCIÓN DE EDAD POR TRABAJOS INSALUBRES EN INTERIOR MINA)

  La modalidad de reducción de edad por trabajos insalubres en interior mina, únicamente podrá efectuarse, por los Afiliados que hubieran realizado trabajos insalubres en interior mina…

…La Administradora de Fondos de Pensiones donde el Afiliado realice la Solicitud de Pensión, con base en el Certificado emitido por la Caja Nacional de Salud y de acuerdo a la escala señalada en el presente artículo, será responsable de calcular y registrar en un Formulario que se adjuntará al Certificado de CC emitido, la reducción de edad que se realice..."

- ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS N° 029 DE 31 DE ENERO DE 2005. PROCEDIMIENTO PARA EL LLENADO DEL FORMULARIO DE ACTUALIZACIÓN DE COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES.***

  "PRIMERO.- *Es responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras realizar la actualización y ajuste del monto de la Compensación de Cotizaciones (CC), de acuerdo a lo establecido en la presente Resolución.*

  SEGUNDO.- *Las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras, para efectos del cálculo deberán cumplir el "Procedimiento de Cálculo de Compensación de Cotizaciones (CC) actualizada y ajustada", establecido en el Anexo II que forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa..."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 19 de agosto de 2011 mediante nota PREV PR JUB 1933-2011, BBVA Previsión AFP S.A. presentó descargos refiriendo lo siguiente:

"…En respuesta a su Notificación con Cargos de 22 de febrero de 2011, informo a su Autoridad que una vez detectada la incidencia en el cálculo de la pensión a favor del jubilado Santiago López Cruz, esta Administradora paga con recursos propios la diferencia de reducción de edad, conforme se evidencia en la fotocopia del cheque N° 0027556-0 del Banco de Crédito BPC, evitando de esta manera un daño económico al jubilado…"

3. **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 330-2011 DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-**

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2011 de 29 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…PRIMERO.- *Sancionar a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo 34 del Decreto Supremo N° 26069 de 26 de enero de 2001 y a los artículos primero y segundo de la Resolución Administrativa SPVS N° 029 de 31 de enero de 2005.*

SEGUNDO.- I. *La AFP deberá realizar una Adenda para regularizar el pago de CC que consigna el Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable considerando erróneamente el 24% de descuento a la CC por reducción de edad.*

II. *La AFP debe gestionar ante el SENASIR el desembolso del 100% de CC que le corresponde al Asegurado desde el mes de noviembre/2011. Gestión que deberá ser*

verificable a través de la documentación de respaldo que deberá ser remitida a esta Autoridad hasta el día 15 de diciembre de 2011.

***III.** La AFP deberá efectivizar los pagos pendientes al Asegurado en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la presente Resolución Administrativa, con recursos propios, calculados a la fecha de pago de acuerdo a norma y conforme al siguiente detalle:*

- ***Diferencia en el pago de CC*** ***Bs***
  - *Marzo/2009* *190,76*
  - *Abril/2009* *190,76*
  - *Reintegro por mantenimiento de valor enero/2010* *8,90*
  - ***Total*** ***390,42***

- ***Intereses por demora en el pago de la diferencia de CC***
  - *Marzo y abril/2009*
  - *Reintegro por mantenimiento de valor enero/2010*
  - *Febrero/2010-mayo/2010*
  - *Junio-julio/2010*
  - *Septiembre/2010, Octubre/2010, Noviembre y Aguinaldo/2010*

***TERCERO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 15 de noviembre de 2011, BBVA Previsión AFP S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2011 de 29 de septiembre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 002-2012 DE 4 DE ENERO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 002-2012 de 4 de enero de 2012, mediante la cual confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2011 de 29 de septiembre de 2011, bajo los siguientes fundamentos:

"…CONSIDERANDO:

Que para determinar sobre la procedencia o improcedencia de un recurso administrativo, a parte de la forma de presentación, se han establecido dos requisitos indispensables en la legislación, comprendidos en el artículo 56 de la Ley N° 2341 de 23 de

abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, así como por el artículo 37 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. Estos, requieren de una parte, que los recursos sean interpuestos en contra de una resolución definitiva o actos administrativos de carácter equivalente, y de la otra, que el afectado considere que el acto administrativo a recurrir afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que de la revisión de los antecedentes se tiene que en el presente caso, se ha cumplido el primer requerimiento, al haberse impugnado una resolución sancionatoria de carácter definitiva. Respecto al segundo, debe procederse con su verificación, a través de la consideración de los argumentos expuestos por el recurrente, dando cumplimiento de este modo, a lo establecido por el artículo 30 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, relacionado a emitir el pronunciamiento respectivo con referencia a hechos y fundamentos de derecho planteados por el recurrente.

Que en ese contexto, se tiene que el proceso administrativo sancionatorio fue iniciado debido a que en el cálculo de la Pensión de Jubilación del Asegurado Señor Santiago López Cruz con NUA 36535394, la AFP aplicó el descuento por reducción de edad de tres 3) años a la CC mensual aún cuando el Asegurado presentó un Certificado de la Caja Nacional de Salud que evidencia que cuenta con nueve (9) años y cinco (5) meses de trabajo insalubre, lo que hubiese permitido acceder a la reducción de edad por trabajos insalubres, en interior mina. Demostrándose falta de diligencia de la AFP en la otorgación de la Prestación de Jubilación al Asegurado.

Que el cargo imputado, tanto en el proceso sancionatorio como en el recurso interpuesto, fue aceptado, debido a que la AFP reconoce la negligencia con la que actuó en la tramitación de la Prestación de Jubilación del Asegurado Santiago López Cruz, motivo por el cual, señala que realizó acciones correctivas.

Que las acciones correctivas fueron asumidas por la AFP, como consecuencia del reclamo presentado por el Asegurado Santiago López Cruz y de la intervención de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que al haber sido implementadas de hecho por la AFP, fueron sujetas a control por la APS, encontrando observaciones respecto al marco normativo, relacionadas a la existencia de pagos pendientes y a la diferencia existente en el pago de CC y los intereses por la demora en el pago de la diferencia de CC.

Que consecuentemente es menester recordar que, la negligencia inicial de la AFP, lesionó un derecho ocasionando daño a uno de sus Asegurados y, las acciones correctivas de facto implementadas posteriormente por la AFP, no fueron bien asumidas, motivo por el cual, la APS fuera de la sanción establecida, dispuso medidas a ser cumplidas para corregir los efectos de la infracción y restaurar el derecho, en cumplimiento del parágrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y a lo previsto por el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que determina que "...las sanciones administrativas impuestas por la Superintendencia, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado

daño a los Fondos o a los Afiliados al SSO"; por lo que la obligación de pagar los intereses por demora en el pago de la diferencia de CC mensual, deriva de una previsión normativa, aplicada como consecuencia de un incumplimiento que aún cuando es de naturaleza culposa, ha ocasionado un daño.

Que por otro lado, de la revisión de los argumentos expuestos en el recurso de revocatoria, se evidencia que, el recurrente no ha señalado de qué manera la APS ha podido afectar, lesionar o causar perjuicios a los derechos subjetivos o intereses legítimos del regulado, con lo dispuesto en la segunda parte del numeral III del Artículo Segundo, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N⁰ 330-2011 de 29 de septiembre de 2011, aspecto que no sólo es importante sino imprescindible en un proceso de impugnación.

Que respecto a los intereses por demora en el pago de la diferencia de CC mensual, también se han considerado los siguientes aspectos:

- *La AFP señala que, la liquidación de los intereses de la diferencia de la CC mensual por la demora en el pago se encuentra calculada hasta la fecha de emisión del cheque, conforme establece el artículo 11 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

- *La AFP indica que, en el cuadro de liquidación adjunto al Cite PREV-PR-JUB 2052/2011 de 15 de septiembre de 2011 se demuestra que la diferencia de la CC mensual fue pagada con los respectivos intereses calculados conforme al artículo citado, es decir a la fecha de emisión de los cheques generados. Sobre dicha afirmación corresponde aclarar que los cuadros remitidos adjuntos a la nota PREV-PR-JUB 2052/2011 no contemplaban el pago de intereses de los meses observados.*

- *La AFP manifiesta que el tiempo transcurrido entre la fecha de generación del cheque y la fecha de cobro efectivo del mismo es un hecho atribuible única y exclusivamente al Asegurado, por lo que señala que ha cumplido con el pago de intereses al Asegurado por la demora en el pago de la diferencia de la CC mensual; quedando cumplida la obligación emergente de su responsabilidad de no pagar oportunamente la misma, acto que carece de toda intencionalidad o culpa.*

Que sobre el particular, como señala la AFP, evidentemente realizó el pago de la diferencia de la CC de varios periodos, sin embargo existían meses pendientes de pago, como los meses de marzo y abril/2009 y el reintegro por mantenimiento de valor de enero/2010, de los cuales la AFP presentó copia del Cheque N° 0027668-3 de Bs390,44 (TRESCIENTOS NOVENTA 44/100 BOLIVIANOS) de 08 de noviembre de 2011. De dichos meses, en la documentación presentada en respuesta al Auto de apertura de término de prueba, la AFP ha cancelado los intereses con el citado Cheque N° 0027669-1 de 08 de noviembre de 2011 en fecha 14 de noviembre de 2011 de acuerdo a Comprobante de Pago de jubilación.

Que con relación a los siguientes períodos: febrero/2010-mayo/2010, junio-julio/2010, septiembre/2010, octubre/2010, noviembre y aguinaldo/2010, es importante reiterar lo señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2011, de 29 de septiembre

de 2011, respecto a que los pagos, habrían sido emitidos por la AFP en forma extemporánea al plazo establecido en norma, que señala que la pensión debería ser pagada hasta el 07 del mes siguiente al que corresponde el pago, por lo que no se está observando como indica la AFP, la fecha del cobro efectivo por parte del Asegurado, sino la emisión del cheque por parte de la AFP, como se observa a continuación:

- *Por el periodo **febrero/2010-mayo/2010,** BBVA Previsión AFP S.A. ha emitido los cheques el 17 y 20 de septiembre de 2010.*
- *Por el periodo **junio-julio/2010**, la AFP ha emitido el Cheque el 09 de agosto de 2010.*
- ***Septiembre/2010,** el Cheque ha sido emitido el 20 de octubre de 2010.*
- ***Octubre/2010**, el Cheque ha sido emitido el 15 de noviembre de 2010.*
- ***Noviembre y Aguinaldo/2010,** los Cheques han sido emitidos el 08 diciembre de 2010.*

Que si bien en el Anexo N° 2 Cuadro de liquidación adjunto al Cite PREV-P JUB 2052/2011 de 15 de septiembre de 2011, BBVA Previsión AFP S.A. remite detalle del pago de intereses, en el mismo no se contemplaba el pago de intereses de los períodos citados.

Que sin embargo en el detalle remitido con nota PREV-PR-JUB 2343/11 de 29 de noviembre de 2011, en respuesta al Auto de 21 de noviembre de 2011, de apertura de término de prueba, se observa que la AFP ha cancelado dichos intereses, con lo que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la segunda parte del numeral II de la Disposición Segunda de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330 2011, de 29 de septiembre de 2011.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión del recurso de revocatoria interpuesto por el regulado, evidencia que el mismo solamente ha impugnado la segunda parte del numeral III del artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 35-2011 de 29 de septiembre de 2011 y no así la infracción imputada, por lo que el análisis del recurso se restringe según los argumentos planteados por recurrente, entendiendo por lo demás conformidad.

Que en consideración al parágrafo I del artículo 56 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con el parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se concluye, que la AFP no ha fundamentado de qué manera, la regularización del pago dispuesto recurrido, lesiona los derechos o intereses legítimos de la AFP.

Que finalmente el ente regulador llega a la conclusión, que el recurrente en su impugnación no ha presentado argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2011 de 29 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones Seguros - APS. Consecuentemente, debe confirmarse el acto recurrido, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, de acuerdo a lo previsto por el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo

alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida e todos sus términos…"

*"…**RESUELVE:***

***ÚNICO.-** Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2011 de 29 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS…"*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 27 de enero de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 002-2012 de 4 de enero de 2012, argumentado lo siguiente:

"…I. INTERPONE RECURSO JERÁRQUICO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 002-2012 QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 330/2011.

Con la facultad conferida por el artículo 52 y siguientes del Reglamento para (sic) *de la Ley 2341 para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 53 y con sujeción al numeral III del artículo 36 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 y demás normas legales que rigen la materia, interpone RECURSO JERÁRQUICO contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 002-2012 de 04 de enero de 2011* (sic)*, en mérito a los fundamentos de hecho y derecho que expone y solicita a su autoridad se sirva admitir el Recurso Jerárquico presentado y resolver el mismo emitiendo la revocatoria total de la Resolución Administrativa citada por afectar a los derechos subjetivos e intereses legítimos de BBVA Previsión AFP S.A.*

II FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.

Esta Administradora considera que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros al momento de emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 002-2012 de 04 de enero de 2011 (sic)*, no ha hecho una correcta valoración de la prueba motivo por el que reiteramos a su autoridad los fundamentos expuesto en el Recurso de Revocatoria para que en el ejercicio de la facultad que tiene de resolver los recursos jerárquicos emita una resolución en aplicación del principio de la verdad material.*

Una vez identificada la inconsistencia en el cálculo de la Compensación de Cotizaciones Mensual del asegurado Santiago López Cruz, a quien debería aplicarse la reducción de edad por trabajos insalubres en interior mina conforme dispone el artículo 34 del Decreto Supremo 26069 de 09 de febrero de 2001 y los artículos 1 y 2 de la Resolución Administrativa SPVS 29/2005 31 de enero de 2005 "Procedimiento para el llenado del Formulario de Actualización de Compensación de Cotizaciones", esta Administradora de Fondos de Pensiones pagó la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual con recursos propios.

La liquidación de los intereses de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensuales por la demora en el pago, se encuentran calculados hasta la fecha de emisión del cheque conforme establece el Artículo 11 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997, que para el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual se aplica por analogía, que a la letra manifiesta:

> *"Cuando el pago de las Pensiones de jubilación se retrasara del día establecido en el Contrato de Pensión, por cualquier motivo atribuible a las AFP o Entidades Aseguradoras excepto aquellas señaladas por la Superintendencia como de fuerza mayor o caso fortuito, dichas entidades, según corresponda deberán pagar las respectivas Pensiones más un interés sobre el monto no pagado aplicando la tasa que resulte mayor entre la rentabilidad promedio de los Fondos y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor, publicada por el Banco Central de Bolivia. Si el retraso fuera Imputable al Afiliado, las Pensiones retrasadas se pagarán sin recargo alguno."*

Del cuadro de liquidación adjunto al Cite PREV-PR-JUB 2052/2011 de 15 de septiembre de 2011, se demuestra clara y plenamente que la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual fue pagada con los respectivos intereses calculados conforme al artículo citado, es decir, a la fecha de emisión de los cheques generados.

El tiempo transcurrido entre la fecha de generación del cheque y la fecha de cobro efectivo del mismo, es un hecho atribuible única y exclusivamente al Asegurado Santiago López Cruz y no así a esta Administradora de Fondos de Pensiones, afirmación que tiene su sustento en la última parte del párrafo citado del artículo 11 del Decreto Supremo 24469 que a la letra manifiesta:

> *"..Si el retraso fuera imputable al Afiliado, las Pensiones retrasadas se pagarán sin recargo alguno"*

Como su autoridad podrá concluir, esta Administradora de Fondos de Pensiones ha cumplido con el pago de intereses al Asegurado por la demora en el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual, quedando cumplida la obligación emergente de su responsabilidad de no pagar oportunamente la misma, acto que carece de toda intencionalidad o culpa.

IV.- <u>PETITORIO</u>

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 002-2012 QUE "CONFIRMA PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 330/2011", por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. disponiendo la revocatoria de la segunda parte del numeral II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 330/2011 de 29 de septiembre de 2011, considerando la realidad material descrita y demostrada con el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensuales y los intereses correspondientes a la demora ocasionada a la fecha de generación del pago (fecha de giro de cheque) como consecuencia de la

inconsistencia en el cálculo de la ocasionada por la demora velando los derechos subjetivos e intereses legítimos contractuales otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

- En fecha 20 de septiembre de 2007, el señor Santiago López Cruz con NUA 36535394, con 52 años de edad, presentó su Solicitud de Pensión de Jubilación en BBVA Previsión AFP S.A.
- En fecha 26 de octubre de 2007, suscribió el Contrato de Mensualidad Vitalicia Variable con BBVA Previsión AFP S.A., por un monto de Bs. 490.96 (Pensión con Cuenta Individual por Bs. 00.25 y Compensación de Cotizaciones Mensual por Bs. 490.71).
- En fecha 20 de noviembre de 2008 (Fjs. 0014), la Entidad Reguladora recibió el reclamo del Afiliado, en la que señala que BBVA Previsión AFP S.A. no consideró en su Pensión de Jubilación, el Certificado emitido por la Caja Nacional de Salud por trabajos insalubres en interior mina.
- Debido al mal pago realizado, BBVA Previsión AFP S.A. efectuó el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual y los intereses respectivos con recursos propios, sin embargo, no realizó el pago correcto, teniendo pendiente de pago los periodos de: marzo/2009 a abril/2009, reintegro por mantenimiento de valor de enero/2010 e intereses por la demora en el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones por los meses marzo/2009, abril/2009, reintegro por mantenimiento de valor de enero/2010, febrero/2010 a mayo/2010, junio/2010 a julio/2010, septiembre/2010 a noviembre/2010 y aguinaldo de la gestión 2010.

1.2. En cuanto a la incorrecta valoración de la prueba

La recurrente señala que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros al momento de emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 002-2012 de 04 de enero de 2012, no habría hecho una correcta valoración en cuanto a la inconsistencia en el cálculo de la Compensación de Cotizaciones Mensual del Asegurado Santiago López Cruz.

Al respecto se tiene que el **monto original** de la Compensación de Cotizaciones Mensual emitido por el SENASIR es de **Bs. 660.55**, al tipo de cambio de emisión de 7.99, por lo que

considerando que el tipo de cambio a fecha de solicitud es de 7.81, el **monto actualizado** de la Compensación de Cotizaciones Mensual es de Bs. **645.67**.

En virtud a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 26069 de 9 de febrero de 2001, la edad mínima para el pago de la Compensación de Cotizaciones para Afiliados es de cincuenta y cinco (55) años para hombres y cincuenta (50) años para mujeres, pudiendo acceder a la misma de forma individual, expresa y voluntaria a: a) Reducción de Edad por Descuento ó b) Reducción de Edad por Trabajos Insalubres.

A su vez, los artículos 33 y 34 del mencionado Decreto Supremo, señalan lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 33º (REDUCCIÓN DE EDAD POR DESCUENTO).-** La modalidad de reducción de edad por descuento, implica una disminución vitalicia al monto determinado en el Certificado de CC de forma vitalicia, a razón de un ocho por ciento (8%) por cada año de reducción de la edad mínima exigida, a la fecha que el Afiliado realice la solicitud de pensión para acceder al pago de la CC…"*
>
> *"**ARTÍCULO 34º (REDUCCIÓN DE EDAD POR TRABAJOS INSALUBRES EN INTERIOR MINA).-** La modalidad de reducción de edad por trabajos insalubres en interior mina, únicamente podrá efectuarse, por los Afiliados que hubieran realizado trabajos insalubres en interior mina, conforme lo establecido en el Decreto Supremo 17305 de 24 de Marzo de 1980 y puedan con esta reducción acceder a una prestación de jubilación con CC, de acuerdo a la siguiente escala:*

Tiempo de Servicio en Interior Mina	Reducción de Años en la Edad Mínima	Edad Reducida en HOMBRES	Edad Reducida en MUJERES
Dos (2) años	Uno (1)	54	49
Cuatro (4) años	Dos (2)	53	48
Seis (6) años	Tres (3)	52	47
Ocho (8) años	Cuatro (4)	51	46
Diez (10) años	Cinco (5)	50	45

> *La determinación del número de años que un Afiliado hubiera realizado trabajos insalubres en interior mina, será responsabilidad del Departamento de Medicina del Trabajo de la Caja Nacional de Salud, conforme a los procedimientos y disposiciones que a la fecha cuenta para certificar estos casos, debiendo emitirse un Certificado para cada Afiliado, en donde figure claramente el número de años que corresponde a trabajos en interior mina.*
>
> *La Administradora de Fondos de Pensiones donde el afiliado realice la Solicitud de Pensión, con base en el Certificado emitido por la Caja Nacional de Salud y de acuerdo a la escala señalada en el presente artículo, será responsable de calcular y registrar en un Formulario que se adjuntará al Certificado de CC emitido, la reducción de edad que se realice, la aplicación de esta modalidad, siempre que el Afiliado cumpla con los requisitos para acceder a una prestación de jubilación…"*

A la fecha de suscripción de la Solicitud de Pensión de Jubilación (20 de septiembre de 2007), el Afiliado contaba con 52 años de edad y BBVA Previsión AFP S.A. aplicó el veinticuatro por ciento (24%) de descuento por tres años de reducción de edad, obteniendo un monto de Compensación de Cotizaciones Mensual de Bs. **490.71.**

Sin embargo, al inicio del trámite, el Afiliado presentó el Certificado emitido por la Caja Nacional de Salud por trabajos insalubres en interior mina durante 9 años y 5 meses, por lo que no correspondía el descuento de Bs. **154.96** que efectuó la AFP al emitir el Formulario de Actualización de Compensación de Cotizaciones Mensual.

De lo expuesto, queda claro que BBVA Previsión AFP S.A., realizó un mal cálculo al determinar el monto de la Compensación de Cotizaciones Mensual, tal como lo reconoce el propio recurrente al manifestar en su Recurso de Revocatoria y Jerárquico "*…esta Administradora de Fondos de Pensiones ha cumplido con el pago de intereses al Asegurador por la demora en el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual, quedando cumplida la obligación emergente de su responsabilidad de no pagar oportunamente la misma…*" no existiendo por ende ninguna vulneración al principio de valoración de la prueba y sana critica como señala el recurrente en cuanto al análisis realizado por la APS.

1.3. En cuanto a la reposición de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual y pago de intereses con recursos propios.-

El recurrente señala que una vez identificada la inconsistencia en el cálculo de la Compensación de Cotizaciones Mensual del Asegurado, la AFP pagó la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual e intereses con recursos propios, quedando cumplida la obligación emergente de su responsabilidad de no pagar oportunamente, por lo que no existiría una infracción de gravedad media, ya que el acto carecería de los elementos de intencionalidad o culpa.

Que, importa previo al análisis de este punto, remitirnos a la norma en la que la Autoridad Fiscalizadora debe enmarcarse para la determinación de la gravedad, es así que debemos revisar el Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, que en su artículo 286 determina:

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

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

Que en el presente caso, el Ente Regulador determinó que los elementos configuradores de la gravedad media son: la culpa y el daño ocasionado al Afiliado Santiago López Cruz.

Que en ningún momento para la determinación de la gravedad media, se habría determinado la intencionalidad, y que si bien la AFP procedió a realizar el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual y los intereses con recursos propios, este hecho no exime de responsabilidad a la AFP en cuanto a su deber de buen padre de familia, diligencia exigible y deber de cuidado que tiene que tener la AFP a momento de determinar una pensión, que en el presente caso la culpa se materializó justamente al haber realizado un mal cálculo en cuanto a la pensión que le correspondería al Afiliado Santiago López Cruz, hecho que a su vez ha dado lugar a que se cause daño al Asegurado en cuanto a que este no pudo recibir el monto de pensión que le correspondía desde el inicio.

Por lo que la APS ha momento de determinar una multa de gravedad media y determinar una multa $us 5001.00 Dólares Americanos, ha hecho un correcto análisis de la norma.

Ahora bien en cuanto a lo que señala el recurrente sobre el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensual y la liquidación de intereses por la demora en el pago, respecto a que los mismos se encuentran calculados hasta la fecha de emisión del cheque generado, conforme lo establece el Artículo 11 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y que el tiempo transcurrido entre la fecha de generación del cheque y la fecha de cobro efectivo del mismo, es un hecho atribuible única y exclusivamente al Asegurado, se tiene que el artículo 11 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 señala lo siguiente:

> "***ARTÍCULO 11º (PAGO DE LA PENSIÓN DE LA JUBILACIÓN).-*** *La AFP o la Entidad Aseguradora, según corresponda a partir del mes de la firma del Contrato de Pensión, realizará el pago de las Pensiones mensuales el último día hábil del mes respectivo y a más tardar hasta el día siete (7) del mes próximo, de conformidad a dicho Contrato.*
>
> *Cuando el pago de las Pensiones de jubilación se retrasara del día establecido en el Contrato de Pensión, por cualquier motivo atribuible a las AFP o Entidades Aseguradoras, excepto aquellas señaladas por la Superintendencia como de fuerza mayor o caso fortuito, dichas entidades, según corresponda deberán pagar las respectivas Pensiones más un interés sobre el monto no pagado, aplicando la tasa que resulte mayor entre la rentabilidad promedio de los Fondos y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor, publicada por el Banco Central de Bolivia. Si el retraso fuera imputable al Afiliado, las Pensiones retrasadas se pagarán sin recargo alguno…*"

La Solicitud de Pensión de Jubilación fue presentada en fecha 20 de septiembre de 2007 y en fecha 26 de octubre de 2007, BBVA Previsión AFP S.A. suscribió con el Afiliado el Contrato de Mensualidad Vitalicia Variable, por lo que el pago fue iniciado en noviembre de 2007, considerando los periodos devengados desde octubre de 2007.

Debido al mal cálculo de la Compensación de Cotizaciones Mensual realizado por la AFP, correspondía efectuar el pago de la diferencia de CCM y los intereses generados por algunos pagos realizados fuera del plazo establecido.

De los antecedentes que se cuenta en el expediente de autos se tiene que:

a) Como consecuencia del reclamo realizado por el Afiliado, BBVA Previsión AFP S.A. detectó la inconsistencia y en julio de 2011 realizó el **pago de la diferencia** de la Compensación de Cotizaciones Mensual, sin embargo, tal como lo señala la Entidad Reguladora, no existe evidencia de que haya realizado el pago de la diferencia por los meses de marzo/2009, abril/2009 y reintegro de enero/2010.

b) Respecto al **pago de intereses,** de acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora en fs. 165, el mismo fue realizado con recursos propios de la AFP, sin embargo, no existe evidencia de que haya realizado el pago de los intereses por la demora en el pago de la diferencia de la CC de los meses de: marzo/2009, abril/2009, reintegro por mantenimiento de valor de enero/2010, febrero/2010 a mayo/2010, junio/2010, julio/2010, septiembre/2010, octubre/2010, noviembre/2010 y aguinaldo de la gestión 2010.

Si bien la Administradora de Fondos de Pensiones, regularizó la diferencia de la CCM y los intereses con recursos propios, no realizó de manera correcta la regularización de los mismos, evidenciándose que correspondía el pago de los intereses por los meses señalados precedentemente, debido a que los pagos fueron emitidos fuera del plazo establecido en normativa vigente, independientemente de la fecha de cobro del Afiliado.

Por lo tanto es evidente que BBVA Previsión AFP S.A. no actuó con la diligencia que corresponde, ocasionando un perjuicio al Afiliado de obtener de manera oportuna el monto de Compensación de Cotizaciones Mensual que le corresponde.

1.4. En cuanto a la revocatoria de la segunda parte del numeral II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 330/2011 de 29 de septiembre de 2011.-

El recurrente solicita en su Recurso Jerárquico, específicamente en el petitorio lo siguiente:

> *"…LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 002-2012 QUE "CONFIRMA PARCIALMENTE* (sic) *LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 330/2011", por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. disponiendo la revocatoria de la segunda parte del numeral II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 330/2011 de 29 de septiembre de 2011, considerando la realidad material descrita y demostrada con el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensuales y los intereses correspondientes a la demora ocasionada a la fecha de generación del pago (fecha de giro de cheque) como consecuencia de la inconsistencia en el cálculo de la*

ocasionada por la demora velando los derechos subjetivos e intereses legítimos contractuales otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A..."

De la lectura del mismo se evidencian las incongruencias y la confusión por parte del recurrente a momento de redactar su petitorio, primero solicita la "…*REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 002-2012 QUE "**CONFIRMA PARCIALMENTE*** (sic) ***LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 330/2011"*** , sin embargo de la lectura de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 002-2012 de 4 de enero de 2012, así como de su parte resolutiva se tiene que la misma confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2011 de 29 de septiembre de 2011 y no parcialmente como sugiere el recurrente.

Que en la segunda parte de su petitorio, BBVA Previsión AFP S.A. solicita ***"…la revocatoria de la segunda parte del numeral II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 330/2011 de 29 de septiembre de 2011,*** *considerando la realidad material descrita y demostrada con el pago de la diferencia de la Compensación de Cotizaciones Mensuales y los intereses correspondientes a la demora ocasionada a la fecha de generación del pago (fecha de giro de cheque) como consecuencia de la inconsistencia…"*

Sin embargo la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 330-2011 de 29 de septiembre de 2011, es sancionatoria y no así la que resuelve el Recurso de Revocatoria (no correspondiendo entonces solicitar la revocatoria de ésta, porque la misma ya ha sido confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 002-2012), además de que la Resolución sancionatoria no tiene en su parte resolutiva una segunda parte como numeral II.

Que estos hechos demuestran sin lugar a dudas que el recurrente omite cumplir con la obligación de expresar de manera clara lo solicitado, por lo que esta instancia Jerárquica no puede emitir criterio o pronunciamiento en cuanto a lo solicitado por el recurrente en su petitorio del memorial de Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, al haber sancionado a BBVA Previsión AFP S.A, por incumplimiento a la norma vigente para el efecto y por haber ocasionado un perjuicio al Afiliado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a), del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **Confirmar** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 002-2012 de 4 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 330-2011 de 29 de septiembre de 2011.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI/Nº 006-2012 DE 12 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 035/2012 DE 11 DE JUNIO DE 2012

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 035/2012

La Paz, 11 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 006/2012 de 12 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 015/2012 de 2 de mayo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 053/2012 de 25 de mayo de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 27 de enero de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** representada por su apoderado, Dr. Armando Herrera Huarachi, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 006/2012 de 12 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-11817/2012 con fecha de recepción 1° de febrero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 006/2012 de 12 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 801/2011 de 22 de noviembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 6 de febrero de 2012, notificado en fecha 7 de febrero de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 006/2012 de 12 de enero de 2012, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 20 de marzo de 2012 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Lic. Roberto Sillerico y Dr. Armando Herrera Huarachi en representación de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA E.P. 075/2011 DE 24 DE AGOSTO DE 2011.-

Por nota E.P. 075/2011 de fecha 24 de agosto de 2011 dirigida a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, eleva un reclamo en los siguientes términos:

> "…*Reiterando nuestros continuos reclamos sobre la imposición de multas por supuestas deficiencias de Encaje Legal en efectivo del 40% en custodia, en los periodos del 04/04/2011 al 25/04/2011 y del 18/04/2011 al 09/05/2011 sobre norma inexistente en esas fechas porque, la Circular/ASFI/071/2011 y la Resolución ASFI Nº 456/2011 de 30 de mayo de 2011, es* ***norma emitida posteriormente a la aplicación*** *de las citadas multas; volvemos a solicitar respetuosamente a su recta autoridad, disponer la* ***revocatoria de esa injusta aplicación de multas****,* (sic)
>
> *Señora Directora, dando respuesta a su carta ASFI/DNP/R-85215/2011, invocamos a su probidad, que nuestro reclamo sea atendido en base a la correcta, justiciera y ecuánime interpretación de la vigencia de las normas, para evitar que nuestra Mutual, acuda al Vice Ministerio* (sic) *de Pensiones y Servicios Financieros y pida la protección de las leyes vigentes, ya que dichas multas afectan significativamente a la economía de la Mutual y sus empleados, debido a la aplicación errónea de los funcionarios de ASFI…*"

2. NOTA ASFI/DNP/R-93903-2011 DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Por nota ASFI/DNP/R-93903-2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero respondió a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en los siguientes términos:

"…cabe aclarar que la imposición de la multa ha sido realizada en aplicación a las modificaciones del Reglamento de Control de Encaje Legal, aprobadas mediante Resolución ASFI Nº 039/2011 de 25 de enero de 2011; determinándose su aplicación y cumplimiento a partir del 7 de febrero de 2011 para las entidades bancarias y a partir del 4 de abril de 2011 para las entidades no bancarias.

Consecuentemente, su solicitud de revocatoria no es procedente, ratificando la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), de acuerdo a lo establecido en notas ASFI/DEP/R-69248/2011 y ASFI/DNP/R-85215 de 8 de julio y 18 de agosto de 2011, respectivamente.

Finalmente, la entidad a su cargo, conforme a disposiciones legales y normativa vigente, al sentirse vulnerada en sus derechos, se encuentra facultada para realizar las gestiones que considere pertinentes, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros…"

3. NOTA ASFI/DNP/R-112738/2011 DE 24 DE OCTUBRE DE 2011.-

Por nota ASFI/DNP/R-112738/2011 de fecha 24 de octubre de 2011 y en atención a la nota E.P. 86/2011 de 22 de septiembre de 2011 por la que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** solicitara "*la Resolución pertinente par* (sic) *proceder a realizar las gestiones sobre nuestra petición de Revocatori* (sic) *correspondiente*", la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero respondió dejando constancia de los extremos siguientes:

"*…El artículo 7 de la ley del Banco Central de Bolivia No. 1670 de 31 de octubre de 1995, dispone que el Banco Central de Bolivia (BCB) podrá establecer encajes legales de obligatorio cumplimiento por los bancos y entidades de intermediación financiera y que su composición, cuantía, forma de cálculo características y remuneración, serán determinadas por el Directorio del Banco, por mayoría absoluta de votos.*

- *Asimismo, el inciso i) del artículo 54 de la citada Ley, dispone que es atribución del Directorio del Banco Central de Bolivia, fijar y normar la administración del encaje legal al que se deberán sujetarse los bancos y otras entidades financieras, disponiendo las medidas para su cumplimiento.*

- *En ejercicio de dicha facultad, el Banco Central de Bolivia ha regulado el encaje legal al que deben sujetarse las entidades de intermediación supervisadas por ASFI a través de Resoluciones del Directorio que aprueban el Reglamento de Encaje Legal y sus modificaciones.*

- *En ese sentido, el Ente Emisor con Resolución de Directorio Nº 007/2011 de 18 de enero del año en curso, entre otras cosas aprueba la* ***modificación parcial al artículo 17 (Fondos en Custodia)*** *del Reglamento de Encaje Legal de la siguiente manera:*

  "Las entidades financieras deberán mantener el 40 % de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia en cualquier plaza. Cualquier excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos

en Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encaje en títulos.

Indicando que estos cambios entrarán en vigencia a partir del 7 de febrero de 2011 para las entidades bancarias y 4 de abril de 2011 para las entidades no bancarias.

- *Las modificaciones del Ente Emisor se efectuaron en ejercicio de su facultad de establecer condiciones técnicas y operativas sobre la constitución y forma de administración del encaje legal por parte de las entidades de intermediación financiera, las mismas que son de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades, en las fechas señaladas por el ente emisor.*

- *El numeral 9 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, controlará el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez del sistema financiero.*

- *En este sentido, el artículo 84 de la citada Ley establece que si alguna entidad deja de constituir el encaje legal requerido, el Director Ejecutivo de ASFI impondrá una multa del dos por ciento (2%) de la deficiencia promedio, incurrida en el período de dos semanas o porcentaje equivalente al doble del promedio de su tasa activa de los treinta (30) días precedentes al inicio de la deficiencia, divida* (sic) *entre (26); la que sea mayor. Si la deficiencia continúa, se impondrá el doble de la multa establecida anteriormente, por cada período sucesivo de dos semanas. Asimismo, establece que ASFI, podrá suspender la aplicación de multas por desencaje por causa de fuerza mayor verificada.*

- *Con el fin de controlar que las EIF cumplan con las normas de encaje legal dispuestas por el BCB, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) emitió el Reglamento de Control de Encaje Legal, estableciendo en los artículos 1 y 2 de la Sección 5, la obligación de las entidades de reportar en el Sistema de Información Financiera (SIF) el encaje legal constituido y el cálculo de multas por deficiencia del mismo.*

  Así como establece la obligación de la entidad supervisada de enviar el reporte de multas y una copia del abono de la misma en la cuenta de un determinado Banco a la orden de ASFI, adicionalmente en caso de que la entidad no abone la multa en el término de 24 horas, faculta a esta Autoridad de Supervisión a instruir a la Gerencia de Contabilidad del Banco Central de Bolivia efectuar el débito del importe de la multa de cualquiera de las cuentas que la entidad infractora mantenga en el ente emisor, conforme establece el punto 4 del artículo 3 Sección 6 del citado Reglamento.

- *Mediante Resolución ASFI Nº 039/2011 de 25 de enero de 2011, se introdujo en el Reglamento de Control de Encaje Legal, las modificaciones efectuadas por el BCB*

mediante Resolución de Directorio Nº 07/2011 de 18 de enero de 2011, con el fin único de controlar el cumplimiento del encaje en fondos en custodia establecido por el BCB en ejercicio de su facultad establecida por ley, aspecto que se hace conocer a todo el sistema financiero mediante CIRCULAR/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011.

- *Asimismo, corresponde señalar que en el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 84 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el artículo 3º, Sección 6 Capítulo II Título IX del Reglamento de Control de Encaje Legal, ASFI realizó el control de excedentes y deficiencias de Encaje Legal, de acuerdo a los reportes de encaje efectuados por las entidades supervisadas en el Sistema de Información Financiera (SIF), en los periodos del 04/04/2011 al 25//04/2011 y del 18/04/2011 al 09/05/2011, donde se advirtió que Mutual el* (sic) *Progreso registraba deficiencias en la constitución del 40% del encaje en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia por Bs66.143.83 y Bs131.185.31, en los periodos del 04/04/2011 al 25/04/2011 y del 18/04/2011 al 09/05/2011 respectivamente, procediéndose a instruir a la Gerencia de Contabilidad del Banco Central de Bolivia efectuar el débito del importe de la multa, ante la omisión del abono de la multa por parte de la Mutual, en cumplimiento del numeral 4º del artículo 3 Sección 6 del citado Reglamento de Control de Encaje Legal.*

- *De acuerdo a los antecedentes, se puede evidenciar que Mutual el* (sic) *Progreso mediante carta E.P. 52/2011 de 28 de mayo de 2011, aceptó la deficiencia, atribuyendo la misma a un descuido y a una falta de interpretación completa de la normativa de encaje legal.*

- *Sin embargo, la Entidad a su cargo mediante sucesivas cartas solicita la revocatoria de la multa, señalando que la deficiencia de encaje se habría basado en lo dispuesto en al mencionada Circular y lo dispuesto en el Reglamento de Control de Encaje legal, interpretando como la constitución de Fondos en Custodia solamente para la partida Otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal y en atención a que no cuentan con dicho tipo de obligaciones, no han constituido dichos fondos en efectivo.*

- *Al respecto corresponde aclarar que la obligación de constituir encaje legal en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia por parte de las EIF y la forma de constitución del mismo, ha sido determinado por el Banco Central mediante norma específica y de conocimiento de todos mediante la publicación de la normativa y Resolución de Directorio Nº 007/2011 en la página WEB del Ente Emisor y de cumplimiento obligatorio desde la fecha establecida por dicho ente.*

  Asimismo, la Reglamentación emitida por ASFI, reitera lo establecido por el BCB únicamente para el control del encaje conforme establece el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. En ese sentido, dentro de dicha atribución de control establecida en la Ley de Bancos y Entidades Financieras en su artículo 84 faculta únicamente a ASFI a suspender la aplicación de multas por desencaje por

causa de fuerza mayor; en ese marco, al no haber alegado ni probado la Mutual fuerza mayor, nos encontramos impedidos de revocar o suspender la misma.

- *En ese sentido, si no se encontraba de acuerdo con la Resolución de Directorio Nº 007/2011 emitida por el Banco Central o con la Resolución ASFI Nº 039/2011 o las mismas le parecían confusas, podía haber interpuesto recurso de revocatoria contra cualquiera de dichas Resoluciones dentro del plazo establecido en el artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado por el D.S. Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

Por todo lo expuesto, las multas efectuadas a Mutual el (sic) *Progreso se efectuaron en cumplimiento de la Ley del Banco Central de Bolivia, la Ley de Bancos y Entidades Financieras, el Reglamento del Encaje legal, el Reglamento de Control de Encaje Legal y demás normativa vigente…*"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 801/2011 DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 801/2011 de 22 de noviembre de 2011 y toda vez que por memorial presentado en fecha 8 de noviembre de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** había solicitado "*emitir resolución motivada y fundamentada referida a la multa impuesta por presunto incumplimiento de encaje legal*", la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "*Rechazar la solicitud de la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO***" con base a los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

*Que, según reclamo presentado por la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO** mediante cartas E.P. 43/2011, E.P. 49/2011, E.P. 52/2011, E.P. 53/2011E.P. 58/2011, E.P. 70/2011, E.P. 075/2011, E.P. 86/2011 de 3, 17 y 28 de mayo, 2 y 24 de junio, 25 de julio, 24 de agosto y 22 de septiembre de 2011, respectivamente, solicitó se efectué la suspensión de la multa establecida por concepto de deficiencia de Encaje Legal incurrida en los periodos del 04 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril de 2011 al 09 de mayo de 2011.*

Que, en atención a dichas solicitudes esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante cartas ASFI/DSR II/R-52430/2011, ASFI/DSR II/R-54465/2011, ASFI/DSR II/R-57835/2011, ASFI/DEP/R-69248/2011, ASFI/DNP/R-85215/2011, ASFI/DNP/R-93903/2011 y ASFI/DNP/R-112738/2011 de 23 de mayo, 27 de mayo, 7 de junio, 8 de julio, 18 de agosto, 8 de septiembre y 24 de octubre de 2011, respectivamente, emitió respuesta considerando los aspectos siguientes:

- *El artículo 7 de la Ley del Banco Central de Bolivia Nº 1670 de 31 de octubre de 1995, dispone que el Banco Central de Bolivia (BCB) podrá establecer encajes legales de obligatorio cumplimiento por los bancos y entidades de intermediación financiera y que su composición, cuantía, forma de cálculo características y remuneración, serán determinadas por el Directorio del Banco, por mayoría absoluta de votos.*

- *Asimismo, el inciso i) del artículo 54 de la citada Ley, dispone que es atribución del Directorio del Banco Central de Bolivia, fijar y normar la administración del Encaje Legal al que deberán sujetarse los bancos y otras entidades financieras.*
- *En ejercicio a dicha facultad, el Banco Central de Bolivia ha regulado el encaje legal al que deben sujetarse las entidades de intermediación supervisadas por ASFI, a través de Resoluciones del Directorio que aprueban el reglamento de Encaje Legal y sus modificaciones.*

- *En este contexto, el Ente Emisor con Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, aprueba la modificación parcial al artículo 17 del reglamento de Encaje Legal señalando "Las entidades financieras deberán mantener el 40% de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia en cualquier plaza. Cualquier excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos en Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuenta del BCB o encaje en títulos", indicando que estos cambio entraran en vigencia a partir del 7 de febrero de 2011, para las entidades bancarias y 4 de abril de 2011, para las entidades no bancarias.*

- *En ejercicio de la facultad establecida en el artículo 84 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y el artículo 3, Sección 6, Capítulo II, Título IX del Reglamento de Control de Encaje Legal contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero realizó el control de excedentes y deficiencias de Encaje Legal, de acuerdo a los reportes de encaje efectuados por las entidades supervisadas en el Sistema de Información Financiera (SIF), en los periodos del 04 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril de 2011 al 09 de mayo de 2011, donde se advirtió que Mutual el Progreso registraba deficiencias en la constitución del 40% del encaje en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia por Bs66.143.83 y Bs131.185.31, en los periodos del 04 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril de 2011.*

Que, mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 8 de noviembre de 2011, ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO****, solicita pronunciamiento expreso a la solicitud de Encaje Legal, de conformidad al artículo 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.*

CONSIDERANDO:

Que, doctrinalmente se entiende por acto administrativo a "toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos" (Tratado de Derecho Administrativo, Agustín Gordillo, pág 178).

Que, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2001, dispone que "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular,

emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Que, con las consideraciones citadas precedentemente, en el caso que se analiza se advierte que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero multó a la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO*** *con Bs66.143,83 y Bs131.857,31, por deficiencias en el Encaje Legal incurridos en los periodos comprendidos del 04 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril de 2011 al 09 de mayo de 2011, consiguientemente la citada entidad a través de las cartas E.P. 43/2011, E.P. 49/2011, E.P. 52/2011, E.P. 53/2011 E.P. 58/2011, E.P. 70/2011, E.P. 075/2011, E.P. 86/2011 de 3, 17 y 28 de mayo, 2 y 24 de junio, 25 de julio, 24 de agosto y 22 de septiembre de 2011, solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se suspenda la multa establecida.*

Que, en este sentido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha revisado, tomado en cuenta y valorado la citadas solicitudes de la entidad financiera, como se desprende de las diversas notas ASFI/DSR II/R-52430/2011, ASFI/DSR II/R-54465/2011, ASFI/DSR II/R-57835/2011, ASFI/DEP/R-69248/2011, ASFI/DNP/R-85215/2011, ASFI/DNP/R-93903/2011 y ASFI/DNP/R-112738/2011 de 23 de mayo, 27 de mayo, 7 de junio, 8 de julio, 18 de agosto, 8 de septiembre y 24 de octubre de 2011, respectivamente.

Que, dentro de este contexto, de acuerdo al parágrafo I del artículo 56 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo, señala que "Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos".

Que, por su parte el parágrafo II del referido artículo manifiesta que "se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa".

Que, el precedente administrativo Jerárquico SG SIREFI RJ 18/2006 de fecha 29 de marzo de 2006, establece que "no solo las resoluciones definitivas pueden ser objeto de impugnación por medio de los recursos administrativos, sino también podrán ser recurribles aquellos actos administrativos de carácter definitivo que a criterio del o los administrados les ocasionaran una vulneración a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Es decir, que todo acto administrativo que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Ley de Procedimiento, es susceptible de ser impugnado, sin interesar que sea una resolución o un auto, basta que se encuentre acorde a la descripción y definición de acto administrativo.

Si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2005 en su artículo 37, así como la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005 en su artículo 1, parágrafo III, determinan que la Superintendencia General del SIREFI es competente para conocer y resolver los recursos Jerárquicos interpuestos contra resoluciones definitivas

de las Superintendencias del SIREFI, efectuando una cabal interpretación sistemática de todas las normas mencionadas (artículos 27, 28 y 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo, con relación a los artículos 36 y 37 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2005, así como el artículo 1, parágrafo III de la Ley Nº 3076), el hecho de que estas normas no hagan referencia a los actos administrativos definitivos, de ninguna manera, ni bajo argumento alguno pueden dar lugar a considerarse que los actos administrativos definitivos no contenidos o no consignados en Resoluciones Administrativas queden fuera del régimen de las impugnaciones administrativas, puesto que tal determinación daría lugar a una directa vulneración al derecho de defensa y debido proceso administrativo".

Que, en este contexto y dentro del régimen de impugnaciones del acto administrativo la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO*** *tenía facultad para interponer recurso de revocatoria contra cualquiera de las notas emitidas por este Órgano Regulador o contra la Resolución de Directorio Nº 007/2011 emitida por el Banco Central o finalmente contra la Resolución ASFI Nº 039/2011 de 25 de enero de 2011, puesto que el único requisito indispensable para activar la vía recursiva es que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos a intereses legítimos.*

CONSIDERANDO:

En cuanto a los actos administrativos de menor jerarquía, el mismo se encuentra establecido en el artículo 19 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobada mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que "los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación".

En este marco, el artículo 20 del referido Decreto Supremo dispone que "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitaran al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada. II. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución administrativa en el plazo de diez días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud".

Que, siguiendo con el análisis de la Ley de Procedimiento Administrativo, corresponde hacer referencia a los principios consagrados en el artículo 4 de este cuerpo legal, entre los cuales se mencionan el Principio de Eficacia, por el cual todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas; y el Principio de Economía, simplicidad y celeridad que debe ser aplicado a todo procedimientos administrativo.

Que, siguiendo con el análisis de la cuestión planteada, es necesario mencionar a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 14 de diciembre de 2005, en la cual y con respecto a lo analizado señala: "La previsión normativa descrita, (parágrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175), constituye una garantía a favor del administrado para poder ejercer su irrestricto derecho a la defensa permitiéndole la facultad de impugnar actos administrativos, que si bien no están plasmados en una Resolución Administrativa, pueden tener una naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos, aspecto que al no estar consignado en un acto administrativo propiamente dicho (Resolución Administrativa) de ninguna manera puede imposibilitar que el administrado pueda presentar impugnaciones correspondientes en la vía administrativa".

Que, efectuada la revisión de las cartas de respuesta ASFI/DSR II/R-52430/2011, ASFI/DSR II/R-54465/2011, ASFI/DSR II/R-57835/2011, ASFI/DEP/R-69248/2011, ASFI/DNP/R-85215/2011, ASFI/DNP/R-93903/2011 y ASFI/DNP/R-112738/2011 de 23 de mayo, 27 de mayo, 7 de junio, 8 de julio, 18 de agosto, 8 de septiembre y 24 de octubre de 2011, respectivamente, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se advierte que las mismas constituyen actos administrativos definitivos los cuales a criterio de la entidad financiera afectan, lesionan, derechos subjetivos o intereses legítimos.

*Que, en este entendido **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO** de conocida dichas respuestas podía ejercer su derecho a que las mismas sean elevadas a Resolución Administrativa en el plazo de cinco días de conocidas las respuestas, de conformidad al artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, atribución que no fue ejercida por la entidad más aun cuando la última carta ASFI/DNP/R-112738/2011, emite una respuesta clara y fundamentada, toda vez que en la página 1, señala que "El artículo 7 de la Ley del Banco Central de Bolivia N° 1670 de 31 de octubre de 1995, dispone que el Banco Central de Bolivia podrá establecer encajes legales de obligatorio cumplimiento por los bancos y entidades de intermediación financiera" (...), asimismo, en la página 2 señala que "El artículo 84 de la citada Ley establece que si alguna entidad deja de constituir el encaje legal requerido, el Director Ejecutivo de ASFI impondrá una multa del dos por ciento (2%) de la deficiencia promedio, incurrida en el periodo de dos semanas o un porcentaje equivalente al doble del promedio de su tasa activa de los treinta (30 días precedentes al inicio de la deficiencia, divida entre (26); la que sea mayor. Si la deficiencia continúa, se impondrá el doble de la multa establecida anteriormente, por cada periodo sucesivo de dos semanas. Asimismo, establece que ASFI podrá suspender la aplicación de multas por desencaje por causa de fuerza mayor verificada".*

Que, conforme a lo expresado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió varias notas de respuesta debidamente fundamentadas, las cuales no fueron objeto de ningún recurso ulterior (Recurso de Revocatoria) y considerando que de acuerdo al artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre

de 2003, la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso no presentó dentro del plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva respuesta, que se consigne dicho acto administrativo en una Resolución, por lo que en virtud del artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, corresponde rechazar la pretensión de la entidad regulada (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 27 de la de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2001, dispone que "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legitimo".

Que, el artículo 56 de la citada Ley dispone que "I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa".

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 19 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.

Que, el artículo 20 del referido Reglamento dispone "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitaran al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada".

Que, el parágrafo I del artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que "I. Los procedimientos administrativos, deberán necesariamente concluir con la emisión de una resolución administrativa que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión del administrado, sin perjuicio de lo previsto en el parágrafo III del artículo 17 de la presente Ley…"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 13 de diciembre de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución

Administrativa ASFI/N° 801/2011 de fecha 22 de noviembre de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…*Fundamentos de orden normativo.-*

La Resolución motivo del presente recurso, rechaza la solicitud de Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", señalando que el plazo para la presentación de solicitud de resolución habría vencido, aspecto alejado de los antecedentes del presente caso, toda vez que las cartas presentadas por la mutual son en un total de 9 al margen del último memorial, de las que solo se recibió respuesta en un total de 7, por eso es que pareciera que nuestra petición de manera inicial no habría tenido la respuesta adecuada, no olvidemos que la primera carta de la mutual de fecha 3 de mayo señala de manera tácita fuerza mayor, porque existe riesgo el mantener en caja de las oficinas montos por encima de $us. 500.000.- es por eso que en las próximas cartas se señala la construcción de una estructura maciza de bóveda con hormigón armado en el semisótano, y por otra parte si es revisan las cartas se efectúa la petición de emitir resolución para quedar habilitados en la interposición de recursos, sin embargo pese a estas solicitudes que fueron oportunas ante su autoridad, la ASFI, respondió con mucho retraso, siendo que a la última petición de emitir resolución, no se la efectúa, por el contrario también se nos responde mediante una carta y después de mucho tiempo.

Es contradictoria la resolución emitida por su autoridad porque señala por una parte a lo establecido por el art. 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que refiere que los recursos administrativos proceden contra toda clase re (sic) *resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Dentro del presente caso, no existió hasta antes de la presentación del memorial de solicitud de pronunciamiento de resolución (memorial de fecha 8 de noviembre de 2011), algún acto administrativo de carácter definitivo. Es decir que no se cumplió con lo establecido por el parágrafo II del referido artículo que señala, "se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos que tenga carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa", es por eso que mediante memorial se pidió que se ponga fin a ese acto administrativo reclamado por veces consecutivas, sin merecer la respuesta adecuada al ordenamiento jurídico administrativo vigente.*

Porque de haber puesto fin un acto administrativo no existiría respuestas en siete oportunidades y de haber seguido presentando cartas, al presente estamos seguros que las respuestas podían haberse dado también por cartas.

Ahora el señalar que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señale: "los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas" las que pueden ser impugnadas, sin embargo resulta que los oficios o cartas emitidas por la ASFI, no tienen la calidad de circulares, instructivos, órdenes y directivas, consecuentemente se ingresa en una contradicción de aplicación de normativa, lo que lesiona el sagrado derecho al debido proceso.

Defectos de la resolución que hacen anulable el acto

Al existir inobservancia y emisión de resolución prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, se hace nulo el acto por cuanto se debió de haber emitido resolución ingresando al fondo de la petición, consecuentemente ese acto da lugar a la anulabilidad de la resolución por cuanto estamos en incertidumbre, en indefensión, no se pueden convalidar actos anulables que vulneran garantías constitucionales.

Aspectos de fondo

El encaje legal reglamentado mediante circular ASFI/063/2011 y RESOLUCIÓN ASFI N° 039/2011 de fecha 25 de enero del año 2011, que en la parte resolutiva señala: "RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Titulo (sic) *IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF),* ***de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución****", En* (sic) *la circular como en el anexo hacen referencia a que el encaje legal surge como aplicación de porcentajes previstos en el artículo 2 de la sección 2 del presente capítulo, ahora bien trasladándonos a dicho artículo 2 de la sección 2, se tiene: "artículo 2°-* ***otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal)****, a lo que debemos señalar que la Mutual de Ahorro y Préstamo EL PROGRESO, no maneja esas cuentas, consecuentemente no puede ser pasible a sanción con debido* (sic) *del 2% de multa de la presunta deficiencia promedio, de encaje legal, esto hasta fecha 30 de mayo del presente año, porque a partir de esta fecha se pone en vigencia la CIRCULAR ASFI 071/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, y la RESOLUCIÓN ASFI N° 456/2011, donde refieren que "el importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo para moneda extranjera, en Fondos en Custodia, surgirá de aplicar el porcentaje previsto en el artículo 2 de la sección 3 del presente capítulo" además que dicha resolución en la parte resolutiva señala: "RESUELVE: PRIMERO- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNGEF), de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución", ahora bien revisado el artículo 2 de la sección 3, hace referencia que el encaje legal requerido en Fondos en Custodia para moneda extranjera, debe ser constituido en montos proporcionales a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera, por lo que esta resolución alcanza a Mutual El Progreso, consecuentemente su aplicación según reglamentación de la ASFI que regula a las entidades financieras y particularmente en cuanto a encaje legal su alcance a la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso, se hace pertinente su aplicación a partir del 30 de mayo en adelante. Pero no se puede aplicar la multa en fecha anterior a dicha Circular y Resolución con lo que se está quebrantando la garantía del debido proceso, a la presunción de inocencia y aplicación de norma inexistente.*

No puede existir multa de presunto incumplimiento a normativa regulatoria o reglamentaria antes de su emisión, lo que contraviene el art. 115, 116 y 117 de la Constitución Política del Estado, porque nadie puede ser condenado sin haber sido oído y juzgado

previamente en un debido proceso, además que se estaría vulnerando el art. 123 de la Constitución Política del Estado, que señala: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine a favor de los trabajadores.....", por lo que no se puede aplicar una multa antes de la vigencia de la circular ASFI 071/2011 y RESOLUCIÓN ASFI N° 456/2011 de fechas (sic) *30 de mayo.*

PETITORIO

Por lo precedentemente expuesto, la conducta de Mutual El Progreso, no se encuentra calificado como falta ni infracción, ni mucho menos el incumplimiento a lo dispuesto en la circular ASFI 063/2011 de fecha 25 de enero de 2011, ni en la RESOLUCIÓN ASFI N° 039/2011, por lo que en previsión al inciso b) del art. 121 del D.S. 27113 concordante con el apartado I inc. b) del art. 43 del D.S. N° 27175, solicito REVOCAR DE MANERA TOTAL LA RESOLUCIÓN ASFI N (sic)*/801/2011, DE FECHA 22 DE NOVIEMBRE DE 2011, en su lugar se disponga la devolución de las sumas debitadas de encaje legal, por no existir falta ni mucho menos infracción, debiendo dejar sin efecto la multa…*"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 006/2012 DE 12 DE ENERO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 006/2012 de fecha 12 de enero de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI/ N° 801/2011 de fecha 22 de noviembre de 2011, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, mediante Resolución ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió rechazar la solicitud de la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO****.*

Que, mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 13 de diciembre de 2011, la MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO, presenta Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, manifestando los siguientes extremos:

- *La Resolución ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, habría rechazado la solicitud de la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso, señalando que el plazo para la presentación de la solicitud habría vencido, aspecto alejado de los antecedentes, toda vez que de las nueve cartas presentadas por la entidad solo habría recibido siete notas de respuesta.*
- *Con el objeto de estar habilitados para la interposición de recursos ulteriores, la entidad mediante cartas habría solicitado la emisión de una resolución.*

- *La Resolución ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, es contradictorio puesto que antes del memorial de fecha 8 de noviembre de 2011, el Órgano regulador no habría emitido resolución definitiva o acto administrativo que tenga carácter equivalente de acuerdo a lo establecido por el parágrafo II*

del artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.

- *Las cartas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tienen calidad de circulares, instructivos, órdenes y directivas por lo que existe una contradicción en la aplicación de la norma.*

- *La Resolución ASFI N° 801/2011, es nulo* (sic) *porque la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debió emitir pronunciándose en el fondo.*
- *A partir del 30 de mayo de 2011, se habría puesto en vigencia la Circular ASFI 071/2011 de 30 de mayo de 2011 y la Resolución ASFI N° 456/2011, por lo que la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso no puede ser sancionado con el 2% de la presunta deficiencia, por cuanto hasta antes del 30 de mayo se habría encontrado vigente la Circular ASFI/063/2011 y la Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011.*

- *La Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso no podría ser multada por presunto incumplimiento a la normativa regulatoria antes de su emisión lo que habría contravenido el artículo 115, 116 y 117 de la Constitución Política del Estado.*

Concluye el memorial solicitando la Revocatoria total de la Resolución ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los argumentos expuestos por el recurrente, de la revisión de los antecedentes y de las normas legales que regulan el tema que se dilucida, se establecen las siguientes consideraciones:

1. *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero multó a la* ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO*** *con Bs66.143,83 y Bs131.857.31, por deficiencias en el Encaje Legal incurridos en los periodos comprendidos del 04 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril de 2011 al 09 de mayo de 2011, consiguientemente la citada entidad a través de las cartas E.P. 43/2011, E.P. 49/2011, E.P. 52/2011, E.P. 53/2011E.P. 58/2011, E.P. 70/2011, E.P. 075/2011, E.P. 86/2011 de 3, 17 y 28 de mayo, 2 y 24 de junio, 25 de julio, 24 de agosto y 22 de septiembre de 2011, solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se suspenda la multa establecida.*

   En el caso en particular, se tiene que a raíz de la citadas cartas emitidas por el recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió las notas de respuesta ASFI/DSR II/R-52430/2011, ASFI/DSR II/R-54465/2011, ASFI/DSR II/R-57835/2011, ASFI/DEP/R-69248/2011, ASFI/DNP/R-85215/2011, ASFI/DNP/R-93903/2011 y ASFI/DNP/R-112738/2011 de 23 de mayo, 27 de mayo, 7 de junio, 8 de julio, 18 de agosto, 8 de septiembre y 24 de octubre de 2011, respectivamente.

Dentro de este contexto, el tratadista Andrés Serra Rojas, respecto al acto administrativo dispone que "En todo acto administrativo perfecto concurren determinados elementos o conjunto de circunstancias exigidas por ley, de los cuales depende su validez, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares. Estos actos tienden a crear una situación jurídica nueva, a modificar una situación existente o suprimirla".

El mismo autor hace una clasificación de los elementos del acto administrativo en subjetivos, objetivos y formales, en el presente caso se analizará los elementos objetivos.
Entre los elementos objetivos, señala el "presupuesto de hecho, objeto y fin; a) el objeto o contenido determinado por el efecto práctico producido de inmediato o directamente por el acto, declaración de voluntad contenido en el acto, b) El motivo que es antecedente o presupuesto que procede al acto y lo provoca, es decir, su razón de ser o razones que mueven a realizar el acto, c) La finalidad es el propósito de interés público contenido en la ley" (Derecho Administrativo, primer curso pág 255 a 237).

En coherencia con los principios señalados, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que "se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Asimismo, el artículo 28 de la citada Ley señala que son elementos del acto administrativo los siguientes: "a) competencia: Ser dictado por autoridad competente; b) causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; c) objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible; d) Fundamento: deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y, f) finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico".

En el mismo sentido la Resolución Ministerial Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2006 de 20 de marzo de 2006, dispone que "No solo las resoluciones definitivas pueden ser objeto de impugnación por medio de los recursos administrativos, sino también podrán ser recurribles aquellos actos administrativos de carácter definitivo que, a criterio del o los administrados, les ocasionaran una vulneración a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Es decir, que todo acto administrativo que cumpla los requisitos señalados por el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es susceptible de ser impugnado, sin interesar que sea una resolución o un auto, basta que se encuentre acorde a la descripción y definición de acto administrativo que se ha expuesto anteriormente.

Si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2005 en su artículo 37, así como la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005 en su artículo 1 parágrafo III, determinan que la superintendencia General del SIREFI es competente para conocer y resolver los recursos jerárquicos interpuestos contra resoluciones definitivas de las Superintendencias del SIREFI, efectuando una cabal interpretación sistemática de todas las normas mencionadas (artículos 27, 28 y 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo, con. relación a los artículos 36 y 37 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2005, así como el artículo 1, parágrafo III de la Ley N° 3076), el hecho de que estas normas no hagan referencia a los actos administrativos definitivos, de ninguna manera, ni bajo argumento alguno pueden dar lugar a considerarse que los actos administrativos definitivos no contenidos o no consignados en Resoluciones Administrativas queden fuera del régimen de las impugnaciones administrativas, puesto que tal determinación darla lugar a una directa vulneración al derecho de defensa y debido proceso administrativo".

De la interpretación lógica y sistemática de las normativa transcrita se infiere que la cartas ASFI/DSR II/R-52430/2011, ASFI/DSR II/R-54465/2011, ASFI/DSR II/R-57835/2011, ASFI/DEP/R-69248/2011, ASFI/DNP/R-85215/2011, ASFI/DNP/R-93903/2011 y ASFI/DNP/R-112738/2011 de 23 de mayo, 27 de mayo, 7 de junio, 8 de julio, 18 de agosto, 8 de septiembre y 24 de octubre de 2011, respectivamente constituyen actos administrativos, ya que las mismas se encuentran investidas de los elementos esenciales, es decir, tienen a) competencia, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; b) causa, se encuentran debidamente sustentadas en hecho y derecho; c) objeto, d) procedimiento; e) fundamento, se encuentran debidamente fundamentas y f) finalidad.

En ese sentido las cartas emitidas por el Órgano Regulador son actos administrativos de carácter definitivo, permitiendo al recurrente impugnar dichos actos, que si bien no están plasmados en una Resolución Administrativa, pueden tener una naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO****.*

Dentro del contexto de impugnación del acto administrativo, esta atribución no fue ejercida por el recurrente, más aún cuando la carta ASFI/DNP/R-112738/2011 de 24 de octubre de 2011, emite una respuesta fundamentada en hecho y derecho, la cual señala lo siguiente:

- *"El artículo 7 de la Ley del Banco Central de Bolivia N° 1670 de 31 de octubre de 1995, dispone que el Banco Central de Bolivia (BCB) podrá establecer encajes legales de obligatorio cumplimiento por los bancos y entidades de intermediación financiera y que su composición, cuantía, forma de cálculo características y remuneración, serán determinadas por el Directorio del Banco, por mayoría absoluta de votos.*

- *Asimismo, el inciso i) del artículo 54 de la citada Ley, dispone que es atribución del Directorio del Banco Central de Bolivia, fijar y normar la*

administración del encaje legal al que deberán sujetarse los bancos y otras entidades financieras, disponiendo las medidas para su cumplimiento.

- *En ejercicio de dicha facultad, el Banco Central de Bolivia ha regulado el encaje legal al que deben sujetarse las entidades de intermediación supervisadas por ASFI a través de Resoluciones del Directorio que aprueban el Reglamento de Encaje Legal y sus modificaciones.*

- *En ese sentido, el Ente Emisor con Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero del año en curso, entre otras cosas aprueba la modificación parcial al artículo 17 (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal de la siguiente manera:*

  "Las entidades financieras deberán mantener el 40% de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia en cualquier plaza. Cualquier excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos en Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encajes en títulos".

  Indicando que estos cambios entraran en vigencia a partir del 7 de febrero de 2011 para las entidades bancarias y 4 de abril de 2011 para las entidades no bancarias.

- *Las modificaciones del Ente Emisor se efectuaron en ejercicio de su facultad de establecer condiciones técnicas y operativas sobre la constitución y forma de administración del encaje legal por parte de las entidades de intermediación financiera, las mismas que son de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades, en las fechas señaladas por el ente emisor.*

- *El numeral 9 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, contratará el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez del sistema financiero.*

- *En ese sentido, el artículo 84 de la citada Ley establece que si alguna entidad deja de constituir el encaje legal requerido, el Director Ejecutivo de ASFI impondrá una multa del dos por ciento (2%) de la deficiencia promedio, incurrida en el periodo de dos semanas o un porcentaje equivalente al doble del promedio de su tasa activa de los treinta (30) días precedentes al inicio de la deficiencia, dividida entre (26); la que sea mayor. Si la deficiencia continúa, se impondrá el doble de la multa establecida anteriormente, por cada período sucesivo de dos semanas.*

Asimismo, establece que ASFI podrá suspender la aplicación de multas por desencaje por causa de fuerza mayor verificada.

- *Con el fin de controlar que las EIF cumplan con las normas de encaje legal dispuestas por el BCB, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) emitió el Reglamento de Control de Encaje Legal, estableciendo en los artículos 1 y 2 de la Sección 5, la obligación de las entidades de reportar en el Sistema de Información Financiera (SIF) el encaje legal constituido y el cálculo de multas por deficiencia del mismo.*

  Así como establece la obligación de la entidad supervisada de enviar el reporte de multas y una copia del abono de la misma en la cuenta de un determinado Banco a la orden de ASFI, adicionalmente en caso de que la entidad no abone la multa en el término de 24 horas, faculta a esta Autoridad de Supervisión a instruir a la Gerencia de Contabilidad del Banco Central de Bolivia efectuar el débito del importe de la multa de cualquiera de las cuentas que la entidad infractora mantenga en el ente emisor, conforme establece el punto 4 del artículo 3 Sección 6 del citado Reglamento.

- *Mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, se introdujo en el reglamento de Control de Encaje Legal, las modificaciones efectuadas por el BCB mediante Resolución de Directorio N° 07/2011 de 18 de enero de 2011, con el fin único de controlar el cumplimiento del encaje legal en fondos en custodia establecido por el BCB en ejercicio de su facultad establecida por ley, aspecto que se hace conocer a todo el sistema financiero mediante CIRCULAR/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011.*

- *Asimismo, corresponde señalar que en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 84 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el artículo 3, Sección 6, Capítulo II, Título IX del Reglamento de Control de Encaje Legal, ASFI realizó el control de excedentes y deficiencias de Encaje Legal, de acuerdo a los reportes de encaje efectuados por las entidades supervisadas en el Sistema de Información Financiera (SIF), en los periodos del 04/04/2011 al 25/04/2011 y del 18/04/2011 al 09/05/2011, donde se advirtió que Mutual El Progreso registraba deficiencias en la constitución del 40% del encaje en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia por Bs66.143.83 y Bs131.185.31, en los periodos del 04/04/2011 al 25/04/2011 y del 18/04/2011 al 09/05/2011 respectivamente, procediéndose a instruir a la Gerencia de Contabilidad del Banco Central de Bolivia efectuar el débito del importe de la multa, ante la omisión del abono de la multa por parte de la Mutual, en cumplimiento del numeral 4 del artículo 3 Sección 6 del citado Reglamento de Control de Encaje Legal.*

- *De acuerdo a los antecedentes, se puede evidenciar que Mutual el*

Progreso mediante carta E.P. 52/2011 de 28 de mayo de 2011, aceptó la deficiencia atribuyendo la misma a un descuido y a una falta de interpretación completa de la normativa de encaje legal.

- *Sin embargo, la entidad a su cargo mediante sucesivas cartas solicita la revocatoria de la multa, señalando que la deficiencia de encaje se habría basado en lo dispuesto en la mencionada Circular y lo dispuesto en el Reglamento de Control de Encaje Legal, interpretando como la constitución de Fondos en Custodia solamente para la partida otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal y en atención a que no cuentan con dicho tipo de obligaciones, no han constituido dichos fondos en efectivo.*

- *Al respecto, corresponde aclarar que la obligación de constituir encaje legal en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia por parte de las EIF y la forma de constitución del mismo, ha sido determinado por el Banco Central mediante norma específica y de conocimiento de todos mediante la publicación de la normativa y Resolución de Directorio Nº 007/2011 en la página web del Ente Emisor y de cumplimiento obligatorio desde la fecha establecida por dicho ente.*

  Asimismo, la Reglamentación emitida por ASFI, reitera lo establecido por el BCB únicamente para el control del encaje conforme establece el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. En ese sentido, dentro de dicha atribución de control establecida en la Ley de Bancos y Entidades Financieras en su artículo 84 faculta únicamente a ASFI a suspender la aplicación de multas por desencaje por causa de fuerza mayor, en ese marco al no haber alegado ni probado la Mutual fuerza mayor, nos encontramos impedidos de revocar o suspender la misma.

- *En ese sentido, si no se encontraba de acuerdo con la Resolución de Directorio Nº 007/2011 emitida por el Banco Central o con la Resolución ASFI Nº 039/2011 o las mismas le parecían confusas, podía haber interpuesto recurso de revocatoria contra cualquiera de dichas Resoluciones dentro del plazo establecido en el artículo 48 del reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI aprobado por el D.S. Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003"*

En tal sentido dentro del régimen de impugnaciones del acto administrativo el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, faculta al recurrente impugnar no solo las Resoluciones definitivas, sino también a impugnar aquellos actos administrativos de carácter definitivo como lo son las cartas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en este marco, todo acto administrativo que no se encuentre consignado en una Resolución, pero que cumpla con los elementos esenciales del acto administrativo es susceptible de ser impugnado sin interesar que sea resolución

o una carta.

2. *Las notas de respuesta ASFI/DSR II/R-52430/2011, ASFI/DSR II/R-54465/2011, ASFI/DSR II/R-57835/2011, ASFI/DEP/R-69248/2011, ASFI/DNP/R-85215/2011, ASFI/DNP/R-93903/2011 y ASFI/DNP/R-112738/2011 de 23 de mayo, 27 de mayo, 7 de junio, 8 de julio, 18 de agosto, 8 de septiembre y 24 de octubre de 2011, respectivamente emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero constituyen actos administrativos, en ese sentido no constituye óbice para que la* ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO*** *hubiera solicitado que el contenido de cualquiera de las citadas notas sean establecidas en una Resolución.*

   Precisando lo anterior el artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, lo (sic) *sujetos regulados o personas interesadas solicitaran al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consignen dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada. II. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivo su solicitud.".*

   Sobre lo manifestado la Resolución Ministerial Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 24/2005 de 19 de julio de 2005, dispone que "En cuanto a los actos administrativos de menor jerarquía, esta es una innovación contenida en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, que a la letra señala: "Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas obligaran a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación".

   Dentro de ese contexto, el artículo 20 del señalado Decreto Supremo establece que: I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en un resolución administrativa debidamente fundamentada y motivada. II. El Superintendente Sectorial deberá emitir resolución administrativa en el plazo de diez días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud.

La previsión normativa descrita constituye una garantía a favor del administrado para poder ejercer su irrestricto derecho a la defensa permitiéndole la facultad de impugnar actos administrativos, que si bien no están plasmados en una resolución administrativa, pueden tener una naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos, aspecto que al no estar consignado en un acto administrativo propiamente dicho (Resolución Administrativa) de ninguna manera puede imposibilitar que el administrado pueda presentar las impugnaciones correspondientes en la vía administrativa..."

Por lo expuesto, se advierte que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió varias notas de respuesta debidamente fundamentadas las cuales no fueron objeto de recurso ulterior, en este entendido, el recurrente podía ejercer su derecho a que dichas cartas sean elevadas a Resolución en el plazo de cinco días de conocidas las respuestas, de conformidad al artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, facultad que no fue ejercida. Asimismo, de acuerdo al citado artículo 20, el recurrente podía interponer recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivo (sic) *la solicitud, es decir podía interponer recurso de revocatoria contra cualquiera de las notas de respuesta emitidas por el Órgano Regulador, aspecto que tampoco fue ejercido por la* ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO****.*

3. *De acuerdo a la Resolución ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, se rechazo* (sic) *la solicitud de la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso, en este entendido en virtud del parágrafo II del artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el recurrente podía interponer recurso de revocatoria contra la Resolución de Directorio N° 007/2011 emitida por el Banco Central de Bolivia o contra la Resolución ASFI N° 039/2011 y finalmente contra cualquiera de la cartas ASFI/DSR II/R-52430/2011, ASFI/DSR II/R-54465/2011, ASFI/DSR II/R-57835/2011, ASFI/DEP/R-69248/2011, ASFI/DNP/R-85215/2011, ASFI/DNP/R-93903/2011 y ASFI/DNP/R-112738/2011 de 23 de mayo, 27 de mayo, 7 de junio, 8 de julio, 18 de agosto, 8 de septiembre y 24 de octubre de 2011, respectivamente, tomando en cuenta que el único requisito indispensable para activar la vía recursiva es que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o causen perjuicio a sus derechos subjetivos.*

En tal sentido la ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO*** *ante el rechazo de su solicitud debió interponer recurso de revocatoria contra el acto administrativo que motivo* (sic) *su solicitud, aspecto que en el presente caso no se cumplió, por cuanto el recurrente presentó recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, que rechaza la solicitud de la* ***MUTUAL DE AHORR O*** (sic) ***Y PRÉSTAMO EL PROGRESO****…"*

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2001, dispone que "I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa".

Que, el artículo 27 de la referida Ley dispone que "Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Que, el artículo 28 de la citada Ley dispone como los elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: a) competencia, b) causa, c) objeto, d) procedimiento, e) fundamento y f) finalidad.

Que, el artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo 19, lo sujetos regulados o personas interesadas solicitaran al Superintendente sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.

Que, el artículo 19 del citado Reglamentos dispone que los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-2253/2012 de 9 de enero de 2012, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011,…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 27 de enero de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 006/2012 de fecha 12 de enero de 2012, expresando lo siguiente:

"…*Fundamentos de orden normativo.-*

La Resolución ASFI N° 006/2012 motivo del presente recurso, que confirma la Resolución N° 801/2011, bajo los argumentos de que "La autoridad de Supervisión del Sistema Financiero multó a la MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO",,, (sic) *pero no existe ninguna resolución que la ASFI haya emitido para establecer dicha multa, nos enteramos de la misma porque existió un debito* (sic) *por el Banco Central de Bolivia, es así que de manera inmediata se presentó nota al BCB en fecha 30 de abril de 2011, posteriormente a la ASFI a partir del 3 de mayo de 2011, sin merecer respuesta mediante resolución, a pesar de las notas consecutivas para la emisión de resolución que tenga carácter definitivo, sin embargo se rechazó resolución señalando que el plazo para la presentación de solicitud de resolución habría vencido, aspecto alejado de los antecedentes del presente caso, toda vez que las cartas presentadas por la mutual son en un total de 9 al margen del último memorial, de las que solo se recibió respuesta de 7, por eso es que pareciera que nuestra petición de manera inicial no habría tenido la respuesta adecuada, no olvidemos que la primera carta de la mutual data de fecha 3 de mayo señalando de manera categórica y tácita, fuerza mayor, porque existe riesgo el mantener en caja de las oficinas montos por encima de $us. 500.000- es por eso que en las próximas cartas se señala la construcción de una estructura maciza de bóveda con hormigón armado en el semisótano, por otra parte si se revisan las cartas se efectúa la petición de emitir resolución para quedar habilitados en la interposición de recursos, sin embargo pese a estas solicitudes que fueron oportunas ante directora de la ASFI, éstas fueron respondidas con mucho retraso, siendo que a la última petición de emitir resolución, no se la efectúa, por el contrario también se nos responde mediante una carta y después de mucho tiempo.*

Persiste la contradicción en la Resolución de Recurso de Revocatoria al señalar: "En ese sentido las cartas emitidas por el Órgano Regulador son actos administrativos de carácter definitivo, permitiendo al recurrente impugnar dichos actos, ***que si bien no están plasmados en una Resolución Determinativa….."****, AHÍ PRECISAMENTE ESTÁ LA CONTRADICCIÓN PORQUE RECONOCEN QUE NO FUERON CUMPLIDOS MEDIANTE UNA RESOLUCIÓ* (sic) *DETERMINATIVA, lo que siempre fue solicitada por la Mutual de Ahorro y Préstamo el Progreso", además que el art. 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo, refiere que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo. Pero dentro del presente caso, no existió hasta antes de la presentación del memorial de solicitud de pronunciamiento de resolución (memorial de fecha 8 de noviembre de 2011), algún acto administrativo de carácter definitivo. Es decir que no se cumplió con lo establecido por el parágrafo II del referido artículo que señala, "se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos que tenga carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa", es por eso que mediante memorial se pidió que se ponga fin a ese acto administrativo reclamado por veces consecutivas, sin merecer la respuesta adecuada al ordenamiento jurídico administrativo vigente.*

Porque de haber puesto fin un acto administrativo no existiría respuestas en siete oportunidades y de haber seguido presentando cartas, al presente estamos seguros que las respuestas podían haberse dado también por cartas. Aspectos que no fueron valorados en el recurso de revocatoria.

El haber dado respuesta mediante cartas de manera inoportuna la ASFI, no quiere decir que sea una resolución que ponga fin a lo reclamado, porque de ser así no hubiese existido más de una carta de respuesta, a lo más que hubiesen señalado la carta subsiguientes era, estarse a los antecedentes de la anterior carta o la primera nota de respuesta, pero no fue así, en cada petición se recibía una carta distinta, lo que desde ya no puso fin a lo reclamado, por lo mismo se vulneró el debido proceso porque existió la petición concreta a la ASFI para que emita resolución que ponga fin a lo reclamado pero no sucedió en ningún momento, lo que hasta el presente nos tiene en indefensión.

La resolución de recurso de revocatoria, señala que: "Dentro del contexto de impugnación del acto administrativo, esta atribución no fue ejercida por el recurrente..",, (sic) *ASPECTO QUE NO HACE A LOS ANTECEDENTES DEL PRESENTE CASO, porque existe la carta N° 86/2011 por parte de MUTUAL EL PROGRESO DE FECHA 22 DE SEPTIEMBRE de 2011, que a la letra señala: "De nuestra consideración: Saludándole cordialmente y dando respuesta a su carta del rubro, le pedimos respetuosamente disponer que la ASFI* ***emita resolución pertinente para proceder a realizar las gestiones sobre nuestra petición de Revocatoria correspondiente en la forma que señala su citada carta."****, de donde se puede establecer que existió la petición de Mutual El Progreso a la ASFI para que emita resolución, para posteriormente presentar recurso de revocatoria.*

De manera más contradictoria e incongruente aún, se señala ahora en la Resolución de Recurso de Revocatoria lo siguiente: "Las notas de respuesta respectivamente emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero constituyen actos administrativos, en ese sentido no constituye óbice para que la MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO hubiera solicitado que el contenido de cualquiera de las citadas notas sean establecidas en una Resolución.", aceptación clara de que MUTUAL EL PROGRESO SOLICITÓ MEDIANTE NOTAS QUE SE EMITA RESOLUCIÓN, pero contradicción con la resolución inicial ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre en el que se señala: "..la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso no presentó dentro del plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respuesta respectiva, que se consigne dicho acto administrativo en una Resolución,…..", consecuentemente existe total incongruencia y contradicción que afecta al debido proceso consagrado por la Constitución Política del Estado en su arts. 115 I II, 116 I II y 117 I.

Defectos de la resolución que hacen anulable el acto

AI existir inobservancia y emisión de resolución prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, se hace nulo el acto por cuanto se debió de haber emitido resolución ingresando al fondo de la petición, consecuentemente ese acto da lugar a la anulabilidad de la resolución por cuanto estamos en incertidumbre e indefensión, no se pueden convalidar actos anulables que vulneran garantías constitucionales conforme a lo expuesto de manera precedente.

Aspectos de fondo

El encaje legal reglamentado mediante circular ASFI/063/2011 y RESOLUCIÓN ASFI N°

039/2011 de fecha 25 de enero del año 2011. que en la parte resolutiva señala: "RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Titulo IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), ***de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución****", de lo expuesto tanto en la circular como en el anexo hacen referencia a que el encaje legal surge como aplicación de porcentajes previstos en el artículo 2 de la sección 2 del presente capítulo, ahora bien trasladándonos a dicho artículo 2 de la sección 2, se tiene: "articulo* (sic) *2º-* ***otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal****), a lo que debemos señalar que la Mutual de Ahorro y Préstamo EL PROGRESO, no maneja esas cuentas, consecuentemente no puede ser pasible a sanción con debido* (sic) *del 2% de multa de la presunta deficiencia promedio, de encaje legal, esto hasta fecha 30 de mayo del presente año, porque a partir de esta fecha se pone en vigencia la CIRCULAR ASFI 071/2011 de fecha 30 de mayo de 2011 y la RESOLUCIÓN ASFI Nº 456/2011, donde refieren que "el importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo para moneda extranjera, en Fondos en Custodia, surgirá de aplicar el porcentaje previsto en el artículo 2 de la sección 3 del presente capítulo". Dicha resolución en la parte resolutiva señala: "RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNGEF), de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución", ahora bien revisado el artículo 2 de la sección 3, hace referencia que el encaje legal requerido en Fondos en Custodia para moneda extranjera, debe ser constituido en montos proporcionales a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera, por lo que esta resolución alcanza a Mutual El Progreso,* ***consecuentemente su aplicación según reglamentación de la ASFI*** *que regula a las entidades financieras y particularmente en cuanto a encaje legal alcanza a la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso,* ***a partir del 30 de mayo de 2011*** *en adelante. Pero no se puede aplicar la multa en fecha anterior a dicha Circular y Resolución con lo que se está quebrantando la garantía del debido proceso, a la presunción de inocencia y aplicación de norma inexistente.*

No puede existir multa de presunto incumplimiento a normativa regulatoria o reglamentaria antes de su emisión, lo que contraviene el art. 115 I.II., 116 I.II. y 117 de la Constitución Política del Estado, porque nadie puede ser condenado sin haber sido oído y juzgado previamente en un debido proceso, "CUALQUIER SANCIÓN DEBE FUNDARSE EN UNA LEY ANTERIOR AL HECHO" a más vulnerar el art. 123 de la Constitución Política del Estado, que señala: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine a favor de los trabajadores", por lo que no se puede aplicar una multa antes de la vigencia de la circular ASFI 071/2011 y RESOLUCIÓN ASFI Nº 456/2011 de fechas (sic) *30 de mayo de 2011.*

PETITORIO

Por lo precedentemente expuesto, la conducta de Mutual El Progreso, no se encuentra calificado (sic) *como falta ni infracción, ni mucho menos el incumplimiento a lo dispuesto en la circular ASFI 063/2011 de fecha 25 de enero de 2011 y*

RESOLUCIÓN ASFI N° 039/2011, por lo que en previsión al inciso b) del art. 124 del D.S. 27113 solicito emitir resolución REVOCANDO DE MANERA TOTAL LA RESOLUCIÓN ASFI N° 006/2012 DE FECHA 12 DE ENERO DE 2012 Y RESOLUCIÓN ASFI N° 801/2011, DE FECHA 22 DE NOVIEMBRE DE 2011, por ser actos nulos al haberse emitido dichas resoluciones prescindiendo de manera total del procedimiento establecido, en su lugar se disponga la devolución de las sumas debitadas de encaje legal…"

8. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 20 de marzo de 2012 se llevó adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos solicitada por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, a la que asisten los señores Armando Herrera Huarachi, abogado apoderado, y Roberto Sillerico, auditor interno, en representación de la recurrente.

9. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

9.1. Documentación complementaria presentada por la recurrida.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-23307/2012 de 29 de febrero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta la documentación que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2012, y consistente en:

- Nota E.P. 43/2011 de 3 de mayo de 2011, dirigido por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que solicita que:

  "*…previo estudio del tenor de nuestra carta EP.08/2011 adjunta, enviada al Banco Central de Bolivia, sobre los efectos de la aplicación del formulario: "SEL - Modulo* (sic) *Entidades Financieras Multas Forma 1/1", por principio de equidad y correcta aplicación, conceda a esta Mutual la liberación de la multa que aparece en dicho Modulo* (sic)*, porque consideramos que no alcanza a esta Entidad no bancaria pequeña y el alto riesgo que significa el mantener en caja de las oficinas, montos por encima de $us. 500.000…*"

- Nota E.P. 08/2011 de 30 de abril de 2011, dirigido por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** al Banco Central de Bolivia, por la que señala que:

  "*…nos permitimos presentar nuestra preocupación, porque sorpresivamente el módulo "Entidades financieras multas del periodo 04-04-2011 al 25-04-2011", debido a la circular SGDB N° 003/2011 refleja una multa de Bs 66.143.83, para esta Mutual porque no habría tenido en ese periodo en caja Cuenta No. 111.01 por encima de $us. 500.000 que es imposible por el alto riesgo de robo que conlleva tener dicha suma en caja.*

  Sobre este particular, nos corresponde expresar que dicha multa no procede ya que nuestra Entidad no es bancaria y es pequeña, por lo que mantiene su liquidez

inmediata y de libre disponibilidad en Entidades Bancarias vecinas y en ese periodo tenía por encima de $us. 700.000 en caja de ahorros Cuenta No. 122.01.

Por esta razón Sr. Gerente, le rogamos respetuosamente dejar sin efecto dicha multa porque no procede a una Entidad no bancaria…"

- Nota E.P. 51/2011 de 26 de mayo de 2011, dirigido por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que señala que:

"*…nos corresponde informar que esta Mutual con bastante preocupación y desconsuelo, ha determinado adoptar los mecanismos correspondientes para asumir dicha multa, aún en desmedro de su economía, no obstante haber tenido suficiente liquidez y disponibilidad del Encaje Legal. A la fecha hemos implementado las medidas de precaución para no volver a incurrir en dicha multa…*"

- Nota E.P. 52/2011 de 28 de mayo de 2011, dirigido por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que señala que:

"…***- Causas que generaron deficiencia de Encaje físico en bóveda:***

Las deficiencias en los periodos citados se deben a que la Circular, ASFI/063/2011 no fue interpretada completamente porque parecía que más se refería al incremento del porcentaje de encaje requerido en efectivo y señala que elimina el texto anterior, por lo que no se advirtió el punto 4 referente a tener el 40% en bóveda propia. Por esta razón y teniendo La Mutual en esas fechas, suficiente cantidad de liquidez en Encaje Legal en el BCB y que en ese mismo periodo se envió aun más Encaje, no se pensó en tener el dinero físicamente en bóveda propia de la Mutual, con riesgo de disminuir rentabilidad y pérdida por robo.

- Medidas Adoptadas para subsanar esa deficiencia:

Ante la recepción sorpresiva del primer cargo por multa del BCB, la Mutual pidió la devolución del Encaje, que lamentablemente por demora en el envío y el paro de transporte La Paz-Oruro, los días fueron pasando y generando la continuación de la inexistencia en Caja de la Mutual, generando una segunda multa, sin atender nuestros reclamos al BCB y la ASFI.

Al presente no obstante que esta Mutual, desde su fundación tiene una caja fuerte en semisótano, como para guardar esa cantidad o más, por decisión expresa del Directorio se mandó a construir una estructura maciza de bóveda con hormigón armado en el semisótano, dotado de cámaras de seguridad, sensores de movimiento y alarmas externas; todo este trabajo está en terminación conforme a documentación adjunta.

Por otra parte ya se tiene en Caja fuerte físicamente el Encaje Requerido (sic)

hasta en demasía, (reporte adjunto).

Los Responsables operativos y de control interno son El (sic) *Lic. Roberto Sillerico Aud. Interno y Lic. Rolando Barrios Resp. de la Unidad de Riesgos…*"

- Solicitud de "*COMPRA DE CAMARAS DE SEGURIDAD Y LA INSTALACION DE SEGURIDAD PARA LA BÓVEDA*" de fecha 20 de mayo de 2011, documento interno de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Reporte "*SEL MODULO ENTIDADES FINANCIERAS MULTAS DEL 02/May/2011 AL 23/May/2011… ENTIDAD MUTUAL EL PROGRESO*" de fecha 28 de mayo de 2011, expedido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y que señala:

"…

Moneda Nacional				
ENCAJE EFECTIVO				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
33,512.76	*6,240,742.66*	*4.00%*	*6,207,229.91*	*0.00*

ENCAJE TITULO				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
9,237,589.79	*9,237,875.28*	*4.00%*	*285.49*	*0.00*

Moneda Extranjera				
ENCAJE EFECTIVO (40%)				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
3,665,127.87	*3,988,437.99*	*4.00%*	*323,310.12*	*0.00*

ENCAJE EFECTIVO (60%)				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
5,497,691.80	*15,436,536.71*	*4.00%*	*9,938,844.90*	*0.00*

ENCAJE TITULO				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
5,429,819.07	*5,430,204.86*	*4.00%*	*385.80*	*0.00*

Moneda Nacional CMV				
ENCAJE EFECTIVO				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
0.00	*0.00*	*4.00%*	*0.00*	*0.00*

ENCAJE TITULO				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
0.00	*0.00*	*4.00%*	*0.00*	*0.00*

Moneda Nacional UFV				
ENCAJE EFECTIVO				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
0.00	*0.00*	*4.00%*	*0.00*	*0.00*

ENCAJE TITULO				
Requerido	*Constituido*	*Tasa*	*Excedente Deficiencia*	*Multa*
0.00	*0.00*	*4.00%*	*0.00*	*0.00*

IMPORTE DE MULTA 0.00 Bolivianos…"

- Documento privado de fecha 23 de mayo de 2011, suscrito entre la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** y la Empresa Constructora Córdova – Calcina, referido al contrato de de construcción de "*cámara y puerta de archivo en sus dependencias*".

- Muestrario fotográfico sin mayor referencia.

- Nota circular/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, con referencia "*MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL*".

- Resolución Administrativa ASFI Nº 039/2011 de 25 de enero de 2011, que resuelve "*aprobar las modificaciones al **REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL**, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras*", con más ejemplar del Capítulo II señalado.

- Nota circular/ASFI/071/2011 de 30 de mayo de 2011, con referencia "*MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL*".

- Resolución Administrativa ASFI Nº 456/2011 de 30 de mayo de 2011, que resuelve "*aprobar las modificaciones al **REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL**, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras*", con más ejemplar del Capítulo II señalado.

- Nota ASFI/JFI/R-49807/2011 de 11 de mayo de 2011, dirigida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al Banco Central de Bolivia, y que establece que:

  "*…Mucho agradeceremos a usted tenga a bien instruir a quien corresponda, efectuar débitos a cuentas de diferentes entidades, por concepto de multa por DEFICIENCIAS DE ENCAJE LEGAL, de acuerdo al siguiente detalle:*

ENTIDAD	***PERÍODO***	***TOTAL Bs***
Mutual El Progreso	*Del 04/04/2011 al 25/04/2011*	*66,143.85*

  (…)

  Dichos importes, deberán ser abonados en nuestra cuenta corriente Nº 10000004678352 del Banco Unión S.A.

  Asimismo, las comisiones y gastos que demanden estas operaciones, deberán ser cargados a las entidades infractoras, correspondiendo abonar a la cuenta

Multas, el importe requerido por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…"

- Nota ASFI/JFI/R-51149/2011 de 18 de mayo de 2011, dirigida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al Banco Central de Bolivia, y que establece que:

"*…Mucho agradeceremos a usted tenga a bien instruir a quien corresponda, efectuar débitos a cuentas de diferentes entidades, por concepto de multa por DEFICIENCIAS DE ENCAJE LEGAL, de acuerdo al siguiente detalle:*

ENTIDAD	***PERÍODO***	***TOTAL Bs***
Mutual El Progreso	*Del 18/04/2011 al 09/05/2011*	*131,857.81*

(…)

Dichos importes, deberán ser abonados en nuestra cuenta corriente Nº 10000004678352 del Banco Unión S.A.

Asimismo, las comisiones y gastos que demanden estas operaciones, deberán ser cargados a las entidades infractoras, correspondiendo abonar a la cuenta Multas, el importe requerido por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…"

9.2. Documentación complementaria presentada por la recurrente.-

Mediante memorial presentado en fecha 3 de abril de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, presenta la documentación consistente en:

- Con carátula "*MUTUAL "EL PROGRESO" ORURO – BOLIVIA FORMAS "A" Y "B" Superintendencia de Bancos Oruro, 31 de Enero de 2011*", Reporte de Estado de Situación Patrimonial Departamento.

- Con carátula "*MUTUAL "EL PROGRESO" ORURO – BOLIVIA FORMAS "A" Y "B" Superintendencia de Bancos - ASFI Oruro, 28 de Febrero de 2011*", Reporte de Estado de Situación Patrimonial Consolidado.
- Con carátula "*MUTUAL "EL PROGRESO" ORURO – BOLIVIA FORMAS "A" Y "B" Superintendencia de Bancos - ASFI Oruro, 31 de Marzo de 2011*", Reporte de Estado de Situación Patrimonial Departamento.

- Con carátula "*MUTUAL "EL PROGRESO" Oruro – Bolivia Superintendencia de Bancos FORMAS "A" Y "B" Oruro, 30 de abril de 2011*", Reporte de Situación Patrimonial Departamento.

- Con carátula "*MUTUAL "EL PROGRESO" Oruro – Bolivia Superintendencia de Bancos FORMAS "A" Y "B" Oruro, 29 de febrero de 2012*", Reporte de Estado de Situación Patrimonial Departamento.

Al tiempo y con respecto a las mismas, la recurrente expresa los extremos siguientes:

> "…*Para que su autoridad pueda evidenciar que las cuentas que refiere el artículo 2 de la sección 2 de la Circular ASFI 063/2011 de fecha 25 de enero de 2011 y la resolución ASFI Nº 039/2011 de fecha 25 de enero de 2011, no son aplicables las cuentas con que cuenta MUTUAL EL PROGRESO, (ARTÍCULO 2º.- OTRAS OBLIGACIONES CON EL PUBLICO Y CON EMPRESAS CON PARTICIPACIN* (sic) *ESTATAL.- Los pasivos con el público y con empresas con participación estatal correspondientes a otros depósitos se registran en las siguientes subcuentas: 211.09, 211.10, 211.11, 211.12, 211.99, 214.01, 214.05, 214.06, 214.99, 241.07, 281.99, 284.01, 284.05, 284.06, 284.99).*
>
> *Por lo mismo se puede evidenciar de la documentación que adjunto al presente, que las cuentas a las que se refiere dicha resolución y circular de la ASFI, no aplican a las que maneja la Mutual, por lo que no pudo haber existido sanción sin ley previa, aspecto que fue de conocimiento de dicha institución conforme se tiene de los reportes de los meses de enero de 2011, febrero de 2011, marzo de 2011, abril de 2011, finalmente el último reporte de febrero de 2012, aspectos que pido tener presente a momento de emitir la resolución jerárquica…*"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme se desprende del informe ASFI/DAJ/ R-124715/2011 de 22 de noviembre de 2011, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 84º de la Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, realizó el control de excedentes y deficiencias de Encaje Legal, de acuerdo a los reportes de encaje efectuados por las entidades supervisadas en el Sistema de Información Financiera (SIF), en los periodos comprendidos del 4 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011, y del 18 de abril de 2011 al 9 de mayo de 2011, advirtiéndose que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** registraba deficiencias en la constitución del 40% del encaje en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia, conforme la relación que sale de la nota ASFI/DSR II/R-52430/2011 de 23 de mayo de 2011:

> "…*presenta en dos períodos consecutivos, deficiencia respecto al encaje requerido, incumpliendo lo dispuesto en el Artículo 1º, Sección 3ª, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, tal como se detalla a*

continuación:

(En Bolivianos)

ENCAJE LEGAL		*ENCAJE EN EFECTIVO*			
PERIODO		*MONEDA*	*REQUERIDO*	*CONSTITUIDO*	*DEFICIENCIA*
04/04/2011	*25/04/2011*	*ME*	*3,708,527.7*	*401,336.1*	*3,307,191.6*
18/04/2011	*09/05/2011*	*ME*	*3,694,488.3*	*398,055.5*	*3,296,432.7*

(…)"

En consecuencia, mediante las notas ASFI/R-49087/2011 de 11 de mayo de 2011 y ASFI/JFI/R-51149/2011 de 18 de mayo de 2011, el Ente Regulador solicitó al Banco Central de Bolivia, el débito a las cuentas de la ahora recurrente por concepto de multa por las deficiencias señaladas.

Tal actuación, conforme a la nota ASFI/DNP/R-112738/2011 de 24 de octubre de 2011, ha sido amparada en la Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras) que en lo pertinente, se transcribe a continuación:

"…***Artículo 84.-*** *Si alguna entidad de intermediación financiera deja de constituir el encaje legal requerido, el Superintendente impondrá una multa del dos por ciento (2%) de la deficiencia promedio, incurrida en el período de dos semanas, o un porcentaje equivalente al doble del promedio de su tasa activa de los treinta (30) días precedentes al inicio de la deficiencia, dividida entre veintiséis (26); la que sea mayor. Si la deficiencia continúa, se impondrá el doble de la multa establecida anteriormente, por cada período sucesivo de dos semanas.*

La Superintendencia, podrá suspender la aplicación de multas por desencaje por causa de fuerza mayor verificada por ella..."

"…***Artículo 154.-*** *Son atribuciones de la Superintendencia:* (…)

9. Controlar el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez en el sistema financiera (…)

Para el cumplimiento de las atribuciones, conferidas en la presente Ley, la Superintendencia deberá determinar los criterios de clasificación y evaluación de activos y sus previsiones. Asimismo, deberá operar la Central de Información de Riesgos, definir los requerimientos mínimos de información de Riesgos, definir los requerimientos mínimos de información institución y reglamentar la aplicación de sanciones, dentro del marco de la presente Ley..."

2. INFRACCIÓN A LA NORMATIVA REFERIDA A LA CONSTITUCIÓN DEL ENCAJE LEGAL REQUERIDO.-

La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** argumenta en su recurso, que tanto la Resolución Administrativa ASFI Nº 456/2011 como la nota Circular ASFI 071/2011, en lo referido a que el importe promedio de Encaje Legal requerido en efectivo para moneda extranjera en Fondos en Custodia, debe ser constituido "*en montos proporcionales*

a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera" determinando la deficiencia en la constitución del 40% de encaje en efectivo en moneda extranjera en fondos de custodia, ha adquirido vigencia a partir de la fecha de tal Resolución, entonces recién **desde el 30 de mayo de 2011.**

Consiguientemente y a su entender, no puede existir multa por el presunto incumplimiento anterior a la vigencia de esa normativa, en razón a que los periodos sancionados son los comprendidos entre el **4 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011**, y **del 18 de abril de 2011 al 9 de mayo de 2011**.

No obstante, si bien la norma señalada por la recurrente (Resolución Administrativa ASFI Nº 456/2011) fue emitida con posterioridad a los periodos observados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no es aquella en cuya virtud se impuso la multa a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, sino por la Resolución Administrativa ASFI Nº 039/2011 de **25 de enero de 2011**, circularizada mediante la nota ASFI/063/2011 de la misma fecha.
Efectivamente, conforme a las disposiciones de la Resolución Administrativa ASFI Nº 039/2011 de 25 de enero de 2011, notificada a las diversas entidades financieras bancarias y no bancarias mediante la nota CIRCULAR/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, la redacción del Reglamento de Control de Encaje Legal (Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) ha sido modificado a la siguiente:

> "…***SECCIÓN 3: CÓMPUTO DEL ENCAJE LEGAL***
>
> ***Artículo 1º - Encaje legal en efectivo y en títulos.-*** *Las entidades de intermediación financiera depositarán en las cuentas habilitadas en el Instituto Emisor o en bancos autorizados para este fin por el Banco Central de Bolivia, los montos de encaje requerido a efectos de integrar el encaje legal constituido* (…)
>
> *Las entidades financieras no bancarias deberán contabilizar dichos depósitos en la siguiente subcuenta:*
>
> *112.05 Cuenta encaje – Entidades no Bancarias…*
>
> *Esta disposición es aplicable únicamente en las monedas nacional y extranjera* (…)
> ***Artículo 2º - Fondos en Custodia.-*** (…)
>
> *…Asimismo, las entidades financieras deberán mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera, en su cuenta caja, contabilizados en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas". El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos de Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encaje en títulos…*"

Por otra parte, la documentación aparejada al expediente permite inferir que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, si bien realizó un depósito en el Banco Central de Bolivia por concepto de encaje legal, el monto del mismo resultaba

deficitario en relación a lo establecido por el artículo 2º, Sección 3º, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determinando el incumplimiento al haber entrado en vigencia a partir de fecha **4 de abril de 2011** para entidades no bancarias

A este respecto, el ente regulador mediante nota ASFI/DSR II/R-52430/2011 de 23 de mayo de 2011 -parte pertinente transcrita en el acápite de antecedentes supra-, hizo presente a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** la existencia de la deficiencia respecto al encaje requerido, disponiendo la remisión de un "*informe sobre las causas que generaron dichas deficiencias, además de señalar las medidas adoptadas… para subsanar la deficiencia recurrente…*"

En atención a ello, la ahora recurrente en su nota E.P. 52/2011 de 28 de mayo de 2011, reconoce y admite el incumplimiento al señalar que:

> "…*Las deficiencias en los periodos citados se deben a que la Circular ASFI/063/2011 no fue interpretada completamente porque parecía que más se refería al incremento del porcentaje de encaje requerido en efectivo y señala que elimina el texto anterior, por lo que no se advirtió el punto 4 referente a tener el 40% en bóveda propia. Por esta razón y teniendo La Mutual en esas fechas, suficiente cantidad de liquidez el Encaje Legal en el BCB y que ese mismo periodo se envió aun más Encaje, no se pensó en tener el dinero físicamente en bóveda propia de la Mutual, con riesgo de disminuir rentabilidad y pérdida por robo…*"

Consiguientemente, existe evidencia de haberse infringido la normativa por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, en cuanto a la constitución del encaje legal requerido, lo que bien justifica se procese tal infracción conforme a la normativa administrativa sancionadora que rige la materia.

3. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN LAS IMPRECISIONES DEL ENTE REGULADOR.-

No obstante, existen imprecisiones en los actos del ente regulador, con referencia a la normativa utilizada a los fines de justificar la imposición de multa.

Así y conforme lo arriba señalado, cuando debió hacerse referencia a la norma que determina el monto a ser aplicado (esta es el artículo 2º -***Fondos en Custodia***-Sección 3º, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por ser el que establece la forma de determinación del encaje requerido), el ente regulador alude al artículo 1° (***Encaje legal en efectivo y en títulos***), que trata del encaje en cuanto al deber de depósito de los montos correspondientes y la subcuenta dispuesta para ello, entonces de una manera general, no determinando *per se* una infracción en concreto.

Asimismo, cuando la Resolución Administrativa ASFI Nº 039/2011 de 25 de enero de 2011 viene a disponer la modificación de la Recopilación de Normas para Bancos en su Capítulo II, Título IX, Sección 6, Artículo 3º, Numeral 1.1 -conforme se menciona en la nota circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011-, establece la redacción siguiente:

> "…***1.1.*** *El importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo y en títulos, para los pasivos sujetos a encaje legal establecidos en el Artículo 1° de la Sección 2*

> *del presente Capítulo, surgirá de aplicar las tasas previstas en el Artículo 4º de la Sección 1, a los saldos contables de dichos pasivos. En moneda nacional y MNUFV se deducirá el incremento de cartera correspondiente a cada moneda según lo establecido en el artículo 7º, Sección 2. Por su parte, el monto promedio requerido del encaje adicional en títulos para depósitos en moneda extranjera y MVDOL, se obtendrá mediante la diferencia entre el monto resultante de aplicar las tasas establecidas en el Artículo 5º, Sección 1. a los saldos de la base de encaje adicional (BEA) a que se refiere el Artículo 7º de la Sección 2. y el monto resultante de aplicar las mismas tasas del Artículo 5º, Sección 1, a los saldos de la base de compensación descrita en el Artículo 8º de la Sección 2.*
>
> ***El importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos de Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2º de la Sección 2 del presente Capítulo***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo anterior se desprende que el Artículo 2º de la Sección 2 del mismo Capítulo, **no hace referencia a porcentaje alguno** como mal refiere el numeral 1.1 precitado, sino a un clasificador de subcuentas bajo el denominativo común "*Otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal*" y en referencia a 15 códigos correspondientes a otras tantas subcuentas.

El extremo adquiere trascendencia por cuanto, el Recurso Jerárquico ha señalado que al referirse la norma al Artículo 2º de la sección 2, las cuentas "*Otras obligaciones con el público y con empresas de participación estatal*", no son cuentas con las que opere la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, por lo que en consecuencia no correspondería sanción alguna.

Al respecto, la entidad reguladora mediante nota ASFI/DEP/R-69248/2011 de 8 de julio de 2011 señala que:

> "…*se identificó que en el numeral 1.1. del artículo 3º, Sección 6, Capítulo II, del Reglamento de Control de Encaje Legal, se cita a la Sección 2 en lugar de la* ***Sección 3,*** *aspecto que fue subsanado con la CIRCULAR/ASFI/074/2011* (sic, se infiere tratarse más bien de la nota Circular/ASFI/071/2011 **de 30 de mayo de 2011**) *lo cual no altera lo determinado sobre la constitución del 40% del Encaje Legal requerido en efectivo (Fondos de Custodia) para todas las obligaciones sujetas a Encaje Legal en moneda extranjera*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De todo ello, resulta que la incongruencia identificada y reconocida por el propio ente regulador en la nota ASFI/DEP/R-69248/2011, pudo haber inducido a error a la recurrida, por cuanto la fecha de subsanación mediante la nota Circular/ASFI/071/2011 de 30 de mayo de 2011, hace aplicables recién de esta fecha, determinadas modificaciones dispuestas el 25 de enero de 2011 mediante la nota Circular/ASFI/063/2011, con respecto a las cuales se impuso la multa aquejada.

Bien puede que tal incongruencia, como ha señalado el ente regulador, no altere "*lo determinado sobre la constitución del 40% del Encaje Legal requerido en efectivo*", empero ello no guarda la debida observancia del principio de tipicidad establecido en el artículo 73º de la Ley Nº 3241 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), cuando señala:

> "…*I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*
> *II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias*…"

Así establecido, el principio de tipicidad exige la descripción completa, clara e inequívoca, cuanto del *praeceptum legis* (la orden de observar un determinado comportamiento) como -en caso de su infracción- de la consiguiente *sanctio legis* (la sanción) en aplicación del principio general de derecho *nullum crimen, nulla poena sine lege*, buscando que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan de la protección jurídica de sus actos legítimos.

Consiguientemente y en el caso que se analiza, las actuaciones y actos del regulador han prescindido del carácter normativo que debió corresponder al procedimiento, en infracción a su esencial carácter típico, tanto porque el precepto sustantivo incurrió en la incongruencia señalada, como porque la sanción emergente de ello resulta en una multa impertinente; la descripción que han efectuado la nota ASFI/DSR II/R-52430/2011 y la Resolución Administrativa ASFI Nº 039/2011 de 25 de enero de 2011, adolecen de la claridad necesaria que hubiera permitido a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, conozca exactamente las conductas reprochables, dando lugar a una inaceptable indeterminación del origen de la multa impuesta.

Al respecto además, el artículo 17º, parágrafo II, inciso e), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 (a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera) establece que:

> "…*Artículo 17.- (Concepto).* (…)
>
> *II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto:* (…)
> *e)* ***La decisión clara y expresa*** *del Superintendente que la expide*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, ha existido un acto administrativo carente de claridad por parte del ente regulador, que por ello bien pudo inducir a error al recurrente.

4. INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.-

De la revisión íntegra del expediente, se establece que si bien han abundado las notas entre las ahora recurrente y recurrida, anteriores o simultáneas a la imposición de las multas, las mismas no han integrado un procedimiento administrativo propiamente dicho, por cuanto se constituyen en un confuso intercambio de correspondencia, informal en tanto no corresponde al procedimiento normativo que debe hacer al tratamiento de una infracción y su consiguiente sanción (como lo es una multa), reforzando el señalado carácter confuso

que ha caracterizado al trámite.

No obstante ello, es posible identificar las actuaciones administrativas que en concreto y trascendentalmente, han determinado la imposición de las multas señaladas en las notas ASFI/JFI/R-49087/2011 de 11 de mayo de 2011 y ASFI/JFI/R-51149/2011 de 18 de mayo de 2011, conforme a la relación cronológica presentada a continuación:

- **11 de mayo de 2011**: mediante la nota ASFI/JFI/R-49087/2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero solicita al Banco Central de Bolivia, efectúe el débito de Bs 66.143,83.- de las cuentas de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** -entre otras entidades- "*por concepto de multa por DEFICIENCIAS DE ENCAJE LEGAL*".
- **18 de mayo de 2011**: mediante la nota ASFI/JFI/R-51149/2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero solicita al Banco Central de Bolivia, efectúe el débito de Bs 131.857,81.- de las cuentas de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** -entre otras entidades- "*por concepto de multa por DEFICIENCIAS DE ENCAJE LEGAL*".

- **23 de mayo de 2011:** mediante nota ASFI/DSR II/R-52430/2011, el ente regulador dispone que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** le remita:

  > "…*un informe sobre las causas que generaron dichas deficiencias, además de señalar las medidas adoptadas por su gerencia para subsanar la deficiencia recurrente, adjuntando la documentación sustentatoria, si corresponde, así como la identificación de los responsables operativos y de control interno*…"

- **28 de mayo de 2011:** por nota E.P. 52/2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** informa a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sobre las "*Causas que generaron deficiencia de Encaje físico en bóveda*" y las "*Medidas Adoptadas para subsanar esa deficiencia*".

Consiguientemente, en cuanto a lo determinado por el ente regulador, nos encontramos frente a un procedimiento que no ha sido iniciado conforme a las exigencias de los artículos 65º al 68º de del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto:

- **Primero** (en fechas 11 y 18 de mayo de 2011) se ejecuta la sanción de multa, sin que se fundamente el motivo y el procedimiento para ello.

- **Una semana después** (23 de mayo de 2011), **recién** el ente regulador dispone que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** le remita "*un informe sobre las causas que generaron dichas deficiencias*".

- **Posteriormente**, en fecha 28 de mayo de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE**

AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO" expide el informe requerido.

Entonces, no han existido diligencias preliminares, notificación de cargos, la consiguiente tramitación y en definitiva, la Resolución Administrativa sancionadora que imponga la multa, determinando que en el caso de autos, conforme lo ha presentado el ente regulador, se ha invertido el procedimiento establecido en la normativa administrativa, por cuanto, a la ejecución expresada en el débito del monto de la multa y que por ello debiera resultar en una actuación posterior, le sucede la solicitud de informe que debió servir para previamente determinar la existencia de la infracción, por tanto una actuación que debió ser la inicial, toda vez que es en base a la misma que pudo desarrollarse el procedimiento sancionatorio ulterior en los términos del artículo 62º del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 (resultando por ello pretensioso, relacionar la secuencia de las actuaciones iniciales, con las formales del presente proceso recursivo, toda vez que las primeras no siguen una lógica procesal administrativa).

Al tenor del artículo 69º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, la ejecución de una resolución sancionatoria (como lo es el débito de cuentas por emergencia de la multa), debe consistir en cumplir "*la resolución sancionadora*", resolución que para el caso de autos **no existe**, así como *inaudita altera pars*, tampoco existe proceso legal previo en la definitiva determinación e imposición de las multas.

No obstante que la recurrida señala, en la nota ASFI/DNP/R-112738/2011, que "*las multas efectuadas a Mutual el* (sic) *Progreso se efectuaron en cumplimiento de la Ley del Banco Central de Bolivia, la Ley de Bancos y Entidades Financieras, el Reglamento del Encaje legal, el Reglamento de Control de Encaje Legal y demás normativa vigente*", no existe en las normas señaladas permisión para un procedimiento especial como el que ha adoptado el ente regulador en este caso, resultando en la ejecución anticipada de la multa y en la imposición no sustanciada de la misma.

Antes mas bien, el artículo 109º de la Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras) establece que;

> "…*El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, deberá* ***notificar el cargo*** *correspondiente a la institución o presunto infractor*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal extremo es plenamente concordante con lo señalado por los artículos 66º (*Notificación de Cargos*) y 67º (*Tramitación*) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175; entonces no es ajeno al debido proceso que importa el proceso administrativo sancionador y que es plenamente aplicable para el caso de autos.

Al respecto, la entidad recurrida ha tenido expresiones como las siguientes:

> "…*si no se encontraba de acuerdo con la Resolución de Directorio Nº 007/2011 emitida por el Banco Central o con la Resolución ASFI Nº 039/2011 o las mismas le parecían confusas, podía haber interpuesto recurso de revocatoria contra cualquiera de dichas Resoluciones dentro del plazo establecido en el artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera*

"*SIREFI" aprobado por el D.S. Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003*…" (Nota ASFI/DNP/R-112738/2011 de fecha 24 de octubre de 2011).

"…*la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió varias notas de respuesta debidamente fundamentadas, las cuales no fueron objeto de ningún recurso ulterior (Recurso de Revocatoria) y considerando que de acuerdo al artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso no presentó dentro del plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva respuesta, que se consigne dicho acto administrativo en una Resolución, por lo que en virtud del artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, corresponde rechazar la pretensión de la entidad regulada*…" (Resolución Administrativa ASFI Nº 801/2011 de 22 de noviembre de 2011).

Sin embargo, ello no justifica la falta de procedimiento previo para la imposición de la multa, además de que como se ha dicho, el curioso carteo entre la reguladora y la regulada, no importan un procedimiento administrativo válido, fundamentalmente por responsabilidad de la primera, por cuanto era ella la compelida a regir "*sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso*" (Art. 4º, Inc. c), a presumir buena fe (ídem, inciso e), a "impulsar el procedimiento" (ibídem, inciso n), y "*a dar una respuesta oportuna y pertinente*" (Art. 4º, Reglamento aprobado por D.S. No. 27113 de 23 de julio de 2003).

Asimismo, ni la Resolución de Directorio Nº 007/2011 emitida por el Banco Central, ni la Resolución Administrativa ASFI Nº 039/2011, aludidas por la recurrida, hacen referencia concreta de la imposición de la multa como parte de un procedimiento adjetivo necesario para ello, sino que constituyen el marco sustantivo, de alcance general a todas las entidades financieras y de contenido abstracto, que de ninguna manera hacen a las etapas propias de un procedimiento sancionador concreto, entonces en inobservancia de los principios de legalidad (Art. 72º de la Ley Nº 2341, en el mismo sentido, Art. 62º del Reglamento aprobado por el D.S. 27175), de presunción de inocencia (Ley Nº 2341, Art. 74) y de procedimiento punitivo (ídem, Art . 76).

Es pertinente tener en cuenta lo establecido por la Constitución Política del Estado en sus artículos 115º, parágrafo II (*El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa*), 116º, parágrafo I (*Se garantiza la presunción de inocencia*), 117º, parágrafo I (*Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada*), 119º (*I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan… II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa*) y 120º, parágrafo I (*Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente*), así como vale remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, la que ha establecido que:

"…*el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales*

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

Por su parte, el anterior Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha establecido que:

"*…a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);* (…)

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

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso…"

CONSIDERANDO:

Que, en la sustanciación del presente proceso administrativo, se ha evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha obrado con inobservancia al procedimiento administrativo previsto en la normativa aplicable, con infracción a las garantías de la recurrente y que hacen al debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 801/2011 de 22 de noviembre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse la nota de cargos extrañada, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 009-2012 DE 11 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 036/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 036/2012

La Paz, 12 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Nacional Vida Seguros de Personas S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 054/2012 de fecha 28 de mayo de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 31 de enero de 2012, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., representada legalmente por su Gerente General Lic. Alvaro Toledo Peñaranda tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 251/2009, de 28 de septiembre de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 100, a cargo de la Dra. Margarita Suarez Arana Ribera del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012, que en Recurso de

Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, en fecha 3 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 6 de febrero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mismo que fue notificado el 9 de febrero de 2012.

Que, el 9 de marzo de 2012, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Nacional Vida Seguros de Personas S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/JTS Nº 425-2011 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó el documento para cambio de plan para seguros de vida de corto o largo plazo, resolviendo:

> ***"…PRIMERO.-*** *Aprobar para su correspondiente registro, el "Anexo por cambio de plan para seguros de vida de corto o largo plazo", que forma parte inseparable de la presente resolución.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Instruir a las Entidades de Seguros en la modalidad de Seguros de Personas, registrar el Anexo adherido a la presente resolución, en un plazo máximo de 5 días administrativos a partir de su notificación, para la correspondiente implementación.*
>
> ***TERCERO.-*** *Disponer el uso obligatorio del Anexo registrado a partir de la notificación de la presente Resolución Administrativa, para todo cambio de plan y/o producto de seguro de vida, que solicite el asegurado, tomador del seguro ó gestione la aseguradora, ó bien emerja producto de la caducidad de primas, el cual formara parte integrante de la nueva póliza de seguros a contratar. Todo Anexo que implique cambio de plan y/o producto, deberá llevar la correspondiente firma del asegurado en señal de conformidad.*
>
> ***CUARTO.-*** *Disponer que la no entrega del Anexo a los asegurados y/o la emisión de un Anexo que no corresponda al aprobado mediante la presente resolución, será*

considerado como falta grave, siendo pasible de sanción según corresponda en la normativa vigente.

QUINTO.- *Queda sin efecto cualquier registro contrario a la presente Resolución Administrativa, que se haya efectuado ante la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y/o Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

SEXTO.- *Se encomienda el cumplimiento de la presente Resolución Administrativa a la Dirección de Seguros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros..."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 7 de diciembre de 2011, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 009-2012 DE 11 DE ENERO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó desestimar el Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, con los siguientes argumentos.

"…CONSIDERANDO:

Que con carácter previo al análisis de los agravios planteados se hace necesario verificar la procedencia o no del Recurso de Revocatoria.

- ***De la verificación de los Requisitos de Forma.***

Que el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que ***cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,*** *debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento" (el resaltado es de la APS)*

Que a su vez el artículo 48 de la misma norma determina: "El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada".

Que de las normas transcritas se infiere que son dos los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria contra una Resolución de Carácter General: i) la demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente y ii) que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Regulatoria.

Que con relación al segundo elemento de procedibilidad, se verificó que la Resolución APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, fue notificada a Nacional Vida Seguros de Personas SA. el 24 de noviembre de 2011 y el Recurso de Revocatoria fue interpuesto el 07 de diciembre de 2011; es decir, dentro del plazo establecido por el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175.

Que con referencia al primer elemento de procedibilidad del Recurso de Revocatoria, se pasa a realizar el siguiente:

• ***Análisis jurídico y conclusiones.***

De lo expuesto en el memorial de recurso de revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., del análisis de los antecedentes que informan el caso y de los preceptos jurídicos aplicables consultados, se llega a las siguientes conclusiones:

1. De manera general Enrique Lino Palacios en su Manual de Derecho Procesal, define el recurso como:

"El acto procesal en cuya virtud ***la parte que se considera agraviada*** *por una resolución judicial pide en su reforma o anulación total o parcial, sea al misma (sic) juez o tribunal que la dictó o a un juez o tribunal jerárquicamente superior" (El resaltado es de la APS)*

Por su parte Roberto Dromi en su libro de Derecho Administrativo, otorga el concepto general de recuso (sic) mencionando que es:

"(...) el medio por el cual se acude a un juez o a otra autoridad con una demanda o petición para que sea resuelta."

El mismo autor, en el ámbito específico administrativo lo define como:

"(...) un remedio administrativo específico por el que se atacan solamente actos administrativos ***y se defienden derechos subjetivos o intereses legítimos.*** *"(El resaltado es de la APS)*

El indicado autor establece que los recursos tienen requisitos, que según los define son:

"(...) recaudos que éstos deben reunir para que pueda ser examinada la cuestión de fondo que se plantea."

Dentro de los requisitos exigidos el autor cita: el sujeto, el objeto y la causa. En el caso que nos atiene nos remitimos al primero de los indicados; "el sujeto": entre ellos se distinguen dos, la administración pública y el particular administrado; en relación al

segundo además de la capacidad para actuar o recurrir, requiere legitimación, ya que titulariza un derecho subjetivo o interés legítimo lesionado o afectado por el acto administrativo contra el cual se recurre; concluyendo que si el particular está legitimado puede la administración examinar la cuestión de fondo.

La Ley del Procedimiento Administrativo N°. 2341 de 23 de abril de 2002 (LPA) en el parágrafo I del artículo 56, señala:

"I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, ***lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos*** *"El resaltado es de la APS)*
El Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003, Reglamento a la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo (RLPA), en su art. 117 prevé:

"Los recursos SOLO PODRÁN SER DEDUCIDOS por quienes invoquen un derecho subjetivo o interés legitimo (sic) lesionado, de manera actual o inminente, por el acto objeto de impugnación". *(El resaltado es de la APS)*

El Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", en su artículo 15, prevé:

"Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial de -SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley ***y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos.*** *" (El resaltado es de la APS)*

El art. 37 de la citada norma en cuanto a la procedencia de los recursos administrativos señala:

"Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, ***afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos."*** *(El resaltado es de la APS)*

2. El recurso de revocatoria presentado por el representante de Nacional Vida Seguros de Personas S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/No. 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, no cumple con la carga procesal impuesta para el recurrente, cual es fundarla demostrando la afectación, lesión o perjuicio en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, no expresa el gravamen concreto y cierto resultante del pronunciamiento de la administración pública y que lo afecte de manera directa.

3. El artículo 43, parágrafo I, inciso c) del Decreto Supremo No. 27175, establece como una de las formas de resolución del recurso de revocatoria la desestimación del mismo, exigiendo al efecto:

*"Desestimatorias: Cuando el recurrente **no haya demostrado vulneración a sus derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos,** sin cumplir con el Artículo 15 del presente reglamento." (El resaltado es de la APS)…"*

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 31 de enero de 2012, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 009-2012 de 11 de enero de 2012, argumentado lo siguiente:

"…ANTECEDENTES E IMPUGNACIÓN

1. *En la resolución hoy impugnada, su autoridad no ingresa a la consideración del fondo o mérito de la cuestión impugnada y extrema sus esfuerzos para sostener la falta de "legitimación" de nuestra sociedad con una serie de argumentos y afirmaciones carentes de sustento en la norma positiva boliviana. Su autoridad en ningún momento toma en cuenta lo que expresamente establece la LPA, cuando en su Art. 56 dice:*

"... Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resoluciones de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos..."

Esta norma que es de aplicación preferente por su autoridad, en sujeción a lo dispuesto por los Arts. 409 y 410 de la constitución Política del estado que dicen:

*"... **Artículo 409.-** Todas las -personas, así como los órganos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución..."*

***".. Artículo 410** La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. La aplicación de las normas jurídicas se regirán por la siguiente jerarquía:*

1° La Constitución.
2° Las leyes y los tratados internacionales.
3° Los decretos supremos.
4° Las normas departamentales, regionales municipales
5° Normas de carácter administrativo…"

Es decir que cualquier autoridad del Estado Plurinacional de Bolivia debe aplicar con preferencia, lo dispuesto por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y por la Ley, respecto de cualquier otra norma inferior. Un Decreto Supremo es una norma inferior y no puede sobreponerse a lo que dice la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. La doctrina extranjera, a la que su autoridad pretende aferrarse, no es derecho positivo boliviano, y es inapropiada su cita cuando se hace completamente descontextualizada del sistema legal extranjero al cual se refiere o al cual comenta, mucho menos si dicho sistema legal no se asemeja ni remotamente, en evolución, estructura ni sofisticación del derecho administrativo positivo boliviano.

La LPA (una LEY), establece que no es necesaria la "demostración" previa de una lesión a intereses legítimos, para que un recurso de revocatoria pueda ser aceptado o para que el peticionante pueda ser legitimado, como lo sostiene su autoridad en su ilegal resolución, aferrándose a un erróneo principio de un mero Decreto Supremo, sin tomar en cuenta lo que establece la LPA (una LEY) que tiene primacía absoluta por disposición expresa de la Constitución Política del Estado.

La LPA, para la legitimación de la calidad de impugnador, establece textualmente un parámetro subjetivo y un parámetro objetivo que legitiman el accionar de un peticionante dentro de un proceso impugnatorio.

El parámetro subjetivo es la existencia de una lesión o de hechos que "pudieran causar" perjuicio a derechos subjetivos "a criterio" del interesado impugnador, es decir en opinión, del impugnador.

Verá usted que ello de ninguna manera implica la necesidad de proceder a la demostración "ex ante" de la existencia de dichas lesiones como un requisito previo de la aceptación y consiguiente consideración de un recurso de revocatoria, como erróneamente lo sostiene su autoridad, para forzar la "desestimación" de nuestro recurso.

Su autoridad tampoco toma en cuenta que la norma exige un elemento objetivo que es la "posible" ocurrencia existencia de un perjuicio y no la "actual" existencia del mismo con base en un interés legítimo.

El interés legítimo, es nuestra calidad de operadores autorizados por el estado para colocar y ofrecer de (sic) seguros de personas, cuyas condiciones han sido distorsionadas y modificadas por la resolución de su autoridad impugnada en nuestro recurso de revocatoria, cuyos méritos fueron pasados por alto por su autoridad, limitándose a meras cuestiones de rito, las cuales carecen de sustentación en el derecho positivo boliviano.

2. Su autoridad paso por alto que la RA 425, nos perjudica como operadores de seguros de personas al aprobar un Anexo de Modelo Único por cambio de Plan para Seguros de Vida de Corto o Largo Plazo (en adelante simplemente "el ***Anexo"),*** *basando ésta disposición en dos pilares citados en el segundo considerando de la página 2 de la Resolución al decir:*

"... Se informa que se han presentado denuncias por parte de asegurados ante el órgano de fiscalización, sobre cambios de planes de seguros de vida efectuados sin un correcto asesoramiento por parte de las entidades aseguradoras sobre las implicancias que conlleva el cambio... "

"... se tiene evidencia documental sobre cambios de planes de seguros de vida de largo plazo que implican reducción en las tasas de interés, incremento en las primas cobradas, ampliación de períodos para el pago de primas y otros, sin documentación que respalde el correcto asesoramiento hacia los asegurados..."

En la citada resolución, su autoridad crea condiciones que serán claramente dañinas a nuestra sociedad y a los usuarios pues no crea condiciones de transparencia mediante mecanismos como la introducción del Anexo hoy impugnado, en los casos en que se

soliciten o propongan cambios de planes en seguros de vida. Por el contrario su autoridad crea condiciones de asimetría de información y evitar (sic) que quienes ofrecemos mejores condiciones a los usuarios podamos mostrar las virtudes de nuestro producto, en detrimento del usuario.

2. Dentro de los principios esenciales a los cuales debe regirse la actividad administrativa del Estado, están los siguientes que son relevantes al objeto que nos ocupa, que en el marco de la LPA que en su Art. 4, dice:

".. Artículo 4°.- (Principios Generales de la actividad Administrativa).-La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:..."...a) (principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad;..."...f) (Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados..."

Uno de los aspectos más importantes de ésta porción normativa, es la orientación de los actos de la autoridad en función a los intereses de la colectividad, evitando la introducción de trato diferenciado entre los administrados, tanto desde el punto de vista de contenido de la información intercambiada, como desde el punto de vista de la forma exposición o redacción de la misma.

Su autoridad introduce conceptos absolutamente confusos, que originan un escenario en el cual nos vemos impedidos de mostrar las bondades de nuestro producto y lo que es peor, nos vemos impedidos de competir con productos que claramente son favorables a los usuarios

Es claro que el significado que se asigne a una misma palabra de contenido técnico, por un agente u operador regulado y por un usuario, podría ser completamente distinto, debido a las obvias diferencias en su formación y especialización y fundamentalmente debido a los distintos alcances que un mismo vocablo puede tener en el ámbito asegurador.

Su autoridad no toma en cuenta ese principio e introduce conceptos distorsionantes y técnicos que limitan la posibilidad de exposición de las virtudes de productos como los nuestros que claramente son mucho más aventajados que los de la competencia, creando un escenario proteccionista indirecto para las compañías que ofrecen productos mucho menos ventajosos para los usuarios, que estarán muy cómodas con el anexo y la resolución impugnados, el Art. 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de fecha 25 de junio de 1998, regula brevemente el tema, al decir:

"...ARTÍCULO 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.- Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de: a) (Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos..."

Las palabras más relevantes de éste texto, son las relativas a la "inducción a error" sobre la situación de productos ofrecidos por una entidad aseguradora. El error, no es más que el falso conocimiento o la falsa apreciación de la realidad. Cuando el error es inducido, se

dice que la parte que induce al error actúa con dolo, modificando la realidad con el objeto de que la otra parte otorgue su consentimiento, el cual no habría otorgado si hubiera tenido conocimiento preciso de la realidad.

Su autoridad, con la resolución impugnada, crea un escenario desventajoso para el usuario quien no puede ser más exigente de lo que el Anexo se lo permite y perjudicial a nuestra compañía quien está limitada al ofrecimiento de productos claramente ventajosos y mucho más sofisticados, por la protección indirecta que reciben los productos clásicos (hoy caducos), con el texto de la resolución impugnada.

En síntesis, la norma impone a la autoridad reguladora, la obligación de evitar que un operador del ámbito de seguros induzca a error a un usuario en relación a las condiciones de un producto, con el objeto de lograr una ventaja indebida, como producto de dicho error, aspecto que de ninguna manera nuestra empresa ha pretendido o está pretendiendo llevar adelante con el cambio de plan del producto de vida entera a vida flexible.

Señor director, de lo expuesto surge una interrogante lógica, que es la relativa a ¿Cuáles serían esas formas por las que es posible inducir a error a un usuario o consumidor sobre las condiciones de un producto, de modo tal que el operador o asegurador (agente regulado) obtenga una ventaja indebida, tomando en cuenta que el seguro de vida flexible ha sido debidamente aprobado y autorizado por su autoridad?

Su autoridad no tomó en cuenta que en mi impugnación anoté claramente que dentro de amplio abanico de posibilidades por medio de las cuales es posible inducir a error a un usuario, la menos indirecta y más encubierta, la constituye de manera incuestionablemente (sic) la utilización del vocabulario y la redacción para comunicarse, con el objetivo de asegurarse que el usuario no tome conocimiento preciso y completo de los alcances verdaderos de una modificación a los términos de un contrato.

Es claro que en un ámbito tan especializado y técnico como es la actividad empresarial de los seguros, las palabras simples (sueltas) o las locuciones o vocablos compuestos, tienen un significado y alcance muy preciso, que muchas veces puede ser distinto a su significado semántico común y corriente, precisamente porque su estructura es eminentemente técnica y especializada. Es éste el punto en el cual, la tarea del regulador sin duda adquiere singular importancia y relevancia.

Dentro de este contexto, su autoridad en el antepenúltimo Considerando de resolución que impugnamos, establece lo siguiente:

"… A fin de vetar por la transparencia de las operaciones del mercado y proteger a los asegurados, tomadores y Beneficiarios, se considera necesario crear un Anexo de modelo único que sea adherido a las condiciones…"

"El propósito de su autoridad, al dictar la RA 425, es claramente el de velar por la transparencia y la protección de los usuarios, mediante la inclusión obligatoria de información clara que permita al usuario tomar una decisión con base en información completa. En otras palabras, su autoridad, como es tarea de todo regulador, busca evitar

que las asimetrías de información emanadas de los procedimientos de modificación, definan el curso de una relación contractual en contra del usuario.

Su autoridad no toma en cuenta que no solamente la redacción, sino también la estructuración de la información son completamente contrarios a quienes pretendemos ofrecer productos mucho más sofisticados y favorables a los usuarios, limitando el contenido de su anexo a la muestra de las bondades de productos que ya son obsoletos en el mercado de seguros internacional. Coincidimos en que actualmente, al existir una asimetría de conocimiento, el consumidor de los seguros de vida no está en igualdad de condiciones que le permitan pactar lo que realmente quiere o no está en condiciones de conocer el alcance preciso de las modificaciones que le son planteadas. Esto es tan evidente, que la mayoría de los usuarios están en desventaja respecto de un jugador habitual en el ámbito de los seguros, cuando se trata de comprender el verdadero alcance de las palabras de un contrato de seguros o de sus modificaciones, tarea que obviamente puede ser realizada por un agente o asesor de seguros, que interviene en la formación de una relación contractual, debidamente autorizado por la autoridad competente.

No obstante de lo anterior, el Anexo contenido en la RA 425, introduce un vocabulario tan técnico que en lugar de simplificar la decisión o la voluntad de un asegurado para un cambio de plan, por el contrario la complica y la hace más confusa y desventajosa respecto de la forma cómo originalmente se ha estado instrumentando dicho cambio de plan.

El lenguaje técnico utilizado como ser: Componente de Ahorro , Tasa de Interés técnica, Tasa de Interés garantizada, indisputabiliidad, valores garantizados, etc., constituye un conjunto de conceptos propios del ámbito de los seguros, que normalmente son desconocidos para un usuario en sus alcances precisos por ser temas esencialmente técnicos. Estos vocablos, no solo tienen un significado demasiado puntual en el ámbito de los seguros, que muy bien podría ser distinto al que surge de su alcance semántico, sino que también forman parte de un conjunto de conceptos propios del ámbito asegurador, como señalábamos precedentemente, sin un significado cabal para quienes no son especialistas en la materia.

Su autoridad no toma en cuenta que lo anterior claramente ocasionaría perjuicio a nuestra sociedad al crear condiciones encubiertas de protección de productos de seguro que son mucho menos favorables al usuario que los nuestros.

3. Sin embargo de lo anterior, la introducción del Anexo que hoy impugnamos, se acoge en forma indirecta a un sistema de técnica normativa que en derecho se denomina de ***"númerus clausus".*** *Esta alocución latina expresa una limitación ante una determinada relación de derechos a información que tiene el usuario, que nunca deberían ser limitados, sino por el contrario se debería permitir brindar al consumidor de seguros, información clara comprensible e indubitable.*

La imposición de un listado cerrado utilizando conceptos técnicos respecto de la información a que el usuario tiene derecho, como el caso presente de cambios de planes, implica la imposibilidad de alterar o ampliar la información, añadir una nueva

unidad, o algún nuevo derecho o ventaja que sea distinto al enumerado en la lista "clausus", aunque fuera considerado en interés del asegurado.

En otras palabras señor Director Ejecutivo, la intensión (sic) inicial de lograr (con estricto apego a lo dispuesto por la norma), la tan ansiada transparencia en el mercado y muy especialmente en la oferta de productos de seguro, sin duda generara mas (sic) bien una limitación al acceso a la información, al precisamente cerrar el conocimiento del conjunto de los derechos que el usuario tiene dentro de un contexto transparente y que como ya manifestamos constituye una limitación a su derecho a la información, mas aun (sic) si ha sido formulado contérminos (sic) extremadamente técnicos.

Su autoridad está creando condiciones que podrán ocasionar un perjuicio a nuestra sociedad al limitar las condiciones de libre competencia en el mercado. Como podrá su autoridad analizar, la introducción del Anexo que hoy impugnamos, no tiene la claridad y simplicidad que debe tener todo Anexo, sino al contrario, genera un ámbito mucho más desventajoso para el usuario al limitar su derecho, constitucionalizado, a recibir información, restringiendo la misma a lo expresamente detallado dentro del contexto del Anexo.

En apego a los principios que se encuentran en la norma y que fueron muy brevemente expuestos en nuestra primera impugnación, para que el Anexo se acoja a lo textualmente establecido en la norma se deberían introducir acápites que al menos incluyan lo siguiente lo que su autoridad no tomó en consideración:

a. Las ventajas que el usuario obtendrá como producto del cambio de planes.

b. Las características nuevas del producto que normalmente no se ofrecen en el mercado.

c. Los beneficios adicionales que brinda el nuevo producto, como ser:

i. Posibilidades de Retiros parciales de su fondo de ahorro.
ii. Libre disponibilidad de su dinero ahorrado, que puede ser destinado a satisfacer sus necesidades.
iii. Participación en los rendimientos financieros con el operador.
iv. Posibilidad de la realización de depósitos extraordinarios con potenciales rendimientos financieros.
v. No caducidad del seguro de vida, mientras exista un saldo suficiente en la cuenta individual que cubra la prima de riesgo, protegiendo la inestabilidad en la cobranza de las primar (sic) y evitando la caducidad de las pólizas.
vi. Derecho de los beneficiarios a recibir el capital asegurado mas el ahorro de ocurrir el fallecimiento (opción B)
vii. Facilidad en la transacción y ahorro de costo y tiempo en el nuevo plan.
viii. Características de ser un verdadero seguro de vida ya que cubre la supervivencia del cliente.
ix. Existencia un ahorro considerable en costos de transacción que desde luego redunda a favor del usuario.
x. Prima flexible fijada a voluntad del asegurado (con prima mínima).

xi. Indemnización por fallecimiento, por una suma asegurada variable, de acuerdo con las necesidades en cada fase de la vida del asegurado.
xii. Amplia apertura y acceso por parte del usuario a los factores de mortalidad, interés, gastos, utilizados para calcular la tasa de prima y los valores de rescate que se expresan en la póliza por separado, información que están (sic) disponible en cualquier por parte (sic) del usuario.

Como podrá ver su autoridad, un exceso de regulación o una deficiente regulación, puede conducir a distorsiones en el mercado que sin duda representan desventajas y perjuicios para los actuales y potenciales usuarios.

Los términos de la resolución inicialmente impugnada y de la actualmente impugnada, son absolutamente contrarios a nuestros intereses legítimos y a los intereses de los usuarios y tienen un efecto proteccionista indirecto de productos superados que no tienen elementos de innovación en favor de los usuarios que si tienen nuestros productos.

PETITORIO *En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, interponemos recurso Jerárquico en contra de la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011*** *y pedimos se sirva remitir el mismo a consideración del superior en grado, quien con seguridad dejará sin efecto lo dispuesto por su autoridad."*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1.- Antecedentes.-

Que, en fecha 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011, misma que determina instruir a las **entidades de seguros,** en la modalidad de Seguros de personas, cumplir con **el anexo de cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto o largo plazo, en un término de "cinco días administrativos" a partir de su notificación,** asimismo dispone que el no cumplimiento de dicho anexo será considerado como una falta grave.

Que, en fecha 7 de diciembre de 2011, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, solicitando la revocación de la misma.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 009-2012 de 11 de enero de 2012 desestima el Recurso de Revocatoria de Nacional Vida Seguros de Personas S.A., fundamentando lo siguiente:

"…Que el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: "I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que ***cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,*** *debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento" (el resaltado es de la APS)…"*

"…El recurso de revocatoria presentado por el representante de Nacional Vida Seguros de Personas S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/No. 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, ***no cumple con la carga procesal impuesta para el recurrente, cual es fundarla demostrando la afectación, lesión o perjuicio en sus derechos subjetivos o intereses legítimos****, no expresa el gravamen concreto y cierto resultante del pronunciamiento de la administración pública y que lo afecte de manera directa...."*

De lo transcrito, se tiene que, la APS, ha basado la improcedencia del Recurso de Revocatoria, en que el recurrente no habría demostrado afectación, lesión o perjuicio en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

1.2. En cuanto al interés legítimo del recurrente.-

Que, Guillermo Cabanellas en su diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala que el **derecho subjetivo** es **"…** *el inherente a una persona activa o pasivamente como titular de un derecho real "… la potestad individual de proceder o no de modificar lo establecido o mantenerlo, dentro de los limites legislados. "*

Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, en el libro de Derecho Administrativo Contemporáneo, señalan que el derecho subjetivo "… *se edifica sobre el reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición) (…)Los derechos subjetivos, así entendidos, garantizan situaciones jurídicas de utilidad directa para su titular, por ello están protegidos con todo tipo de acciones que buscan reconocerlos o repeler algún ataque en su contra…."*

La Enciclopedia Jurídica Básica, de Editorial Civitas, señala que "…***existe interés legítimo,*** "…*en concreto en derecho administrativo,* ***cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el derecho****, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero sí a exigir de la administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarle.*

Que, por su parte García de Enterría sobre los derechos subjetivos señala "…*Es aquel que tienen algunas personas que, por la situación objetiva en la que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los* ***destinatarios de una regulación sectorial,*** *son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo al ordenamiento jurídico cuando con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese interés propio, aunque la actuación de que se trate no le ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato…*"

Que, de igual manera, García Enterría señala "…*En general, la doctrina concibe al interés legítimo como una institución mediante la cual se faculta a todas aquellas personas que, sin ser titulares del derecho lesionado por un acto de autoridad, es decir, sin ser titulares de un derecho subjetivo tienen, sin embargo, un interés en que la violación del derecho o libertad sea reparado. En otras palabras, implica interés legítimo que podría verse afectado dentro del proceso,* ***a quien se brinda la oportunidad de intervenir en la acción tutelar en reconocimiento de sus derechos y garantías constitucionales…".***

Que, la economía jurídica administrativa boliviana determina que, cualquier persona que se sintiera agraviada puede presentar recursos administrativos (recursos de revocatoria y jerárquico), Artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo "…contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente *siempre que dichos actos administrativos a* ***criterio de los interesados*** ***afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***. II. *Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…*"

Que, sobre el tema en cuestión, Agustín Gordillo, señala que: *Los recursos administrativos, en sentido amplio, serían* ***los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos -lato sensu- y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.***

El mismo autor señala que los recursos administrativos, pueden ser calificados como:

"*a) Un derecho, b) Un Acto; y c) Un medio de defensa. Como un derecho: '…el recurso es un derecho del individuo, que integra su garantía constitucional de la defensa'; como un acto es, '…el ejercicio efectivo y concreto del derecho a recurrir…'; y, como un medio de defensa: '...* ***de los derechos del individuo ante las autoridades públicas'. (…) Es decir, el recurso administrativo, es el ejercicio de un medio de defensa como derecho, para impugnar los actos emanados de la administración que afectan sus derechos o garantías constitucionales"***

De lo precedentemente se puede aseverar sin lugar a dudas, que la norma emitida por la APS, hoy impugnada, justamente determina una obligación a las aseguradoras a (usar el anexo e implementar el mismo para todo cambio de plan y/o producto de seguro de vida, que solicite el asegurado, tomador del seguro ó gestione la aseguradora, o bien emerja

producto de la caducidad de primas), por lo tanto la misma es susceptible de generar la afectación del interés legítimo del regulado.

De lo expuesto, en el párrafo anterior, se tiene que, el recurrente considera que ha sido afectado su interés legítimo y por ello presenta Recurso de Revocatoria con argumentos que justificarían su afectación. Pese a ello, el Ente Regulador desestima la impugnación presentada (por falta de acreditación de interés legítimo) y por ende le priva del derecho a recurrir a su administrado, cual ocurrió en el caso de autos.

Es por ello, que importa traer a colación el Recurso de Revocatoria, donde se puede apreciar que el recurrente impugna el mismo con los siguientes argumentos –entre otros- :

- Que el anexo se acoge en forma indirecta a un sistema técnico normativo, que en derecho se denomina de números clausus, que ésta alusión expresaría una limitación a la información, hecho que nunca debería ser limitado, sino, por el contrario, se debería permitir brindar al consumidor de seguros, información clara comprensible e indubitable.
- Que a su vez, dentro del anexo, se deberían introducir acápites que al menos incluyan las ventajas que el usuario obtendrá con el producto de cambio de planes, características nuevas del producto, beneficios adicionales que brinda el nuevo producto, etc.

Que este hecho, demuestra, sin lugar a dudas, que el recurrente sí cumplió con el deber de fundamentar cual sería el interés legítimo afectado, que le impulsa a impugnación presentada contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, haciendo hincapié que la aprobación del anexo se entendería "*…como un exceso de regulación o una deficiente regulación pudiendo conducir a distorsiones en el mercado que sin duda pueden dar lugar a perjuicios a los usuarios. De igual modo una regulación no adecuada, determinará un desincentivo para los usuarios a utilizar el mecanismo de seguros de vida como ahorro…*"

Por todo lo expuesto precedentemente, se tiene que el administrado, sí presentó argumentos que a su entender afectarían su interés legítimo, mismos que no han sido considerados por el Ente Regulador, al no haber resuelto su Recurso de Revocatoria en el fondo, hecho que ha dado lugar a que el procedimiento administrativo se encuentre viciado con las causales de anulabilidad, al haberse vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y el derecho a la petición del recurrente.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, corresponde, traer a colación, lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010 referente al debido proceso, donde tenemos que:

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

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

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que

el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

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

Congruentemente con lo anotado, se ha constatado que al haber declarado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., el Ente Regulador ha vulnerado el debido proceso y derecho a la defensa del recurrente, correspondiendo por ende anular el presente proceso, debiendo -en consecuencia- la autoridad fiscalizadora, pronunciarse, técnica y legalmente, sobre todos los argumentos vertidos por el recurrente en su Recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con el principio del debido proceso y principio de legalidad, al haber declarado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A.

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

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

Que, asimismo y no menos importante, es que este Ministerio, no puede entrar al análisis de fondo, debido a que no tiene competencia, ya que el presente Recurso versa en cuanto a la improcedencia o procedencia del Recurso de Revocatoria presentado por **Nacional Vida Seguros de Personas S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012, y no así sobre los temas de fondo que previamente deben ser resueltos por el ente regulador.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 009-2012 de 11 de enero de 2012, **inclusive,** que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 078-2012 DE 01 DE FEBRERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 037/2012 DE 29 DE JUNIO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2012

La Paz, 29 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 078-2012 de 1º de febrero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la nota APS/DS/JTS/5482/2011 de 9 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 016/2012 de 15 de mayo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 062/2012 de 08 de junio de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de febrero de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, representada por su Gerente General, Dr. José Rodrigo Jordán Guzmán, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 078-2012 de 1º de febrero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la nota

APS/DS/JTS/5482/2011 de 9 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/1272/2012 con fecha de recepción 23 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 078-2012 de 1º de febrero de 2012.

Que, habiéndose dispuesto por providencia de fecha 24 de febrero de 2012, que con carácter previo se acredite la personería de los representantes legales de la recurrente, mediante nota APS/DJ/2066/2012 de fecha 21 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros acredita el Testimonio de la Escritura Pública de Convenio de Asociación Accidental otorgado en fecha 20 de octubre de 2010 por ante Notaria de Fe Pública Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, y suscrito entre **Seguros y Reaseguros Credinform International Sociedad Anónima** y **Seguros Illimani Sociedad Anónima**, así como el Testimonio del poder general de administración conferido por las mismas entidades aseguradoras (en su común calidad de asociadas) a favor del Gerente General, Dr. José Rodrigo Jordán Guzmán, y otorgado por ante la notaría señalada en fecha 29 de octubre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 23 de marzo de 2012, notificado en fecha 27 de marzo de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 078-2012 de 1º de febrero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE FECHA 17 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante nota presentada en fecha 17 de agosto de 2011 a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la señora **Juanita Romero Cruz** señala y solicita lo siguiente:

> "…*A tiempo de saludarlo muy atentamente, reseñar a su autoridad, que en fecha 25 de mayo de 2.009 mi señor padre de nombre* ***ESTANISLAO ROMERO RIVERA,*** *fallece a causa de un accidente de tránsito (atropello) seguido de muerte, donde el conductor se da a la fuga, razón por la cual me apersone, a la oficina del* ***FISO,*** *para recabar los requisitos e iniciar el trámite que corresponde.*
>
> *Posteriormente en fecha 06 de abril de 2011, mi persona, presento* (sic) *toda la documentación, ante la oficina del* ***"FISO"*** *en la persona del* ***Dr. Jose R. Bazoalto Medrano REPRESENTANTE DE LA ASOCIACION ACCIDENTAL FISO SANTA CRUZ,*** *como constancia de lo manifestado en líneas de arriba, esta* (sic) *el sello y firma del profesional, quien recibe conforme dichos documentos.*
>
> *Como podrán observar a* (sic) *transcurrido aproximadamente cuatro meses, a la fecha sin que tenga ninguna respuesta mi tramite* (sic)*, por lo que solicito a usted,*

tomar las acciones que corresponda, siendo el ***Caso N° 1393 de fecha de recepción 06 de abril de 2.011 año****…"*

2. NOTA APS/DS/JTS/2871/2011 DE 25 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante nota APS/DS/JTS/2871/2011 de fecha 25 de agosto de 2011 y dirigida a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros expresa lo siguiente:

"…Hemos tomado conocimiento del siniestro ocurrido el 25 de mayo de 2009 en el que ha fallecido el Sr. Estanislao Romero Rivera a consecuencia de un accidente de tránsito. (Adjunto reclamo)

En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 agradeceremos que en el plazo de 5 días administrativos impostergables a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización lo siguiente:

1. *Informe cronológico de la atención del siniestro.*

2. *Informe que respalde su posición respecto al siniestro reclamado.*

No obstante lo anterior, aclaramos a usted que debe dar estricto cumplimiento a los requerimientos de este órgano de fiscalización por lo que este plazo es improrrogable y perentorio…"

3. NOTA AS AC – FISO CITE: 632/11 DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota AS AC – FISO CITE: 632/11 de 6 de septiembre de 2011, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** responde a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en los términos siguientes:

"…En respuesta a su requerimiento mencionado en la referencia; informamos lo siguiente:

1. *El reclamo fue realizado al FISO, el 25/05/2009.*
2. *En fecha 08/04/2011, los familiares del fallecido Estanislao Romero Rivera, entregaron documentación referida a su derecho sucesorio.*
3. *Conforme se establece de la fotocopia adjunta, en fecha 13/04/11, mediante carta SI-FISO-CITE No. 030/11, la anterior administradora del FISO procedió a requerir a los interesados la aclaración y complementación sobre algunos aspectos importantes.*
4. *Dicha nota fue recibida por la Sra. Mariela Romero Cruz, en fecha 15/04/11, (fotocopia adjunta).*
5. *Pese al tiempo transcurrido, a la fecha no hemos recibido la documentación o las aclaraciones mencionadas anteriormente.*

Según los antecedentes del hecho, el reclamo tiene cobertura, por lo que una vez complementada la documentación adicional solicitada; procederemos al pago de la indemnización en el plazo correspondiente..."

4. NOTA PRESENTADA EN FECHA 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota presentada en fecha 29 de septiembre de 2011 a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la señora **Juanita Romero Cruz** señala lo siguiente:

> "…*A tiempo de saludarlo muy atentamente, continuando con mi petición es que me permito en* (sic) *adjuntar a la presente, el Certificado de Defunción, de mi señora madre* ***MARIA CRUZ PARINA,*** *en original.*
>
> *Por lo que solicito muy encarecidamente se continúe y concluya con el tramite N°1393, habiendo sido la victima* (sic) *mi señor padre* ***ESTANISLAO ROMERO RIVERA,*** *tomando en cuenta que se presento* (sic) *toda la documentación en fecha 06 de abril de año en curso, ante las oficinas del "FISO", habiendo transcurrido desde esa fecha, cinco meses aproximadamente, sin tener ninguna respuesta al respecto…*"

5. NOTA APS/DS/JTS/3406/2011 DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota APS/DS/JTS/3406/2011 de fecha 19 de septiembre de 2011 y dirigida a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros expresa lo siguiente:

> "…*Acusamos recibo de su Cite N° 632/11 por el que remiten la información solicitada en nuestro Cite APS/DS/JTS/2871/2011, respecto al reclamo formulado por la Sra. Juanita Romero Cruz.*
>
> *Al respecto, recordamos a usted que el Artículo 30 (DEPOSITO JUDICIAL), establece lo siguiente:*
>
> *"En caso de conflicto de intereses entre los Derechohabientes por los beneficios emergentes de la muerte del accidentado, la entidad aseguradora hará un depósito judicial en un Juzgado de Partido en lo Civil de Turno, en el mismo plazo determinado por el artículo 20 a partir de la evidencia de dos o más reclamos por la indemnización que genere un conflicto de intereses ante la entidad aseguradora o el FISO.*
>
> *Asimismo, la compañía podrá efectuar el depósito judicial en el plazo señalado, cuando en el procedimiento de pago se presenten problemas de orden legal que pudieran generar controversias judiciales."*
>
> *En este sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos impostergables a partir de la recepción de la presente remita a este órgano de fiscalización lo siguiente:*
>
> 1. *Documentación que acredite el cumplimiento a lo establecido por el artículo 30 (DEPOSITO JUDICIAL) del Decreto Supremo 27295.*

Por otra parte agradeceremos aclare si el Dr. David Cornejo sigue desempeñando las funciones de Gerente General, dado que desde el segundo semestre de la gestión 2010 se ha tornado conocimiento de que el Gerente General es el Sr. Rodrigo Jordán y el Cite SI-FISO N° 030/11 de fecha 13 de abril de 2011 es firmado por el Sr. David Cornejo como Gerente General del FISO.

No obstante lo anterior, aclaramos a usted que debe dar estricto cumplimiento a los requerimientos de este órgano de fiscalización por lo que este plazo es improrrogable y perentorio…"

6. NOTA AS AC – FISO CITE: 732/11 DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota AS AC – FISO CITE: 732/11 de 29 de septiembre de 2011, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** responde a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros de la siguiente manera:

"*…En respuesta a su nota mencionada en la referencia, informo a Ud. que procederemos a efectivizar la indemnización que corresponde al fallecimiento del* ***Sr. Estanislao Romero Rivera****, directamente en favor de las personas que acreditaron su derecho sucesorio de manera documental. Al no existir solicitudes de pago de diferentes grupos familiares, consideramos que no es aplicable el Art. 30 del D.S. 27295, tal como Ud. sugiere.*

En tal sentido, hemos remitido a Santa Cruz la documentación respectiva para realizar el mencionado pago, una vez que se nos remita la documentación debidamente suscrita por los interesados, estará a disposición de ese órgano de control, (ver fotocopia adjunta).

Asimismo, debemos indicar que los documentos y cheques para el pago de indemnizaciones en el interior, son emitidos y remitidos desde esta oficina central; por lo que tratándose de una indemnización a pagarse en Santa Cruz, no puede considerarse un plazo tan breve como el establecido por ese órgano de fiscalización. En tal sentido, solicitamos se amplié (sic) *razonablemente el plazo inicialmente establecido para efectuar el pago de esta indemnización.*

En respuesta al segundo punto de su nota, aclaramos que el Dr. David Cornejo no es Gerente General de la Asociación Accidental FISO..."

7. NOTA APS/DS/JTS/4545/2011 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota APS/DS/JTS/4545/2011 de 4 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros responde a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** de la siguiente manera:

"*…Acusamos recibo de su Cite 732/11 de fecha 29 de septiembre de 2011, por el que informan que procederán con el pago correspondiente al siniestro de fecha 25 de mayo de 2009.*

Al respecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 agradeceremos remitir en un plazo de 3 días administrativos impostergables a partir de la recepción de la presente lo siguiente:

1. *Copia de los correspondientes comprobantes de pago los mismos que deberán contemplar el pago de los intereses correspondientes toda vez que la documentación fue presentada por el reclamante en fecha 6 de abril de 2011 y a la fecha se ha vencido ampliamente el plazo estipulado por el Artículo 20 del Decreto Supremo 27295.*

2. *Informe legal que determine cuál es la situación actual del FISO en relación a que el Sr. David Cornejo detenta la calidad de Gerente General de Servicios Integrales FISO S.R.L. y el Sr. Rodrigo Jordán detenta la calidad de Gerente General de la Asociación Accidental FISO. (Deberán remitir documentación respaldatoria).*

No obstante lo anterior, aclaramos a usted que debe dar estricto cumplimiento a los requerimientos de este órgano de fiscalización a efecto de evitar el inicio de los procesos sancionatorios que correspondan por lo que este plazo es improrrogable y perentoria…"

8. NOTA AS AC – FISO CITE: 860/11 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota AS AC – FISO CITE: 860/11 de 11 de noviembre de 2011, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** responde a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros de la siguiente manera:

"*…En respuesta a su nota mencionada en la referencia; informamos lo siguiente:*

Al punto uno: *Se acompaña documentación que acredita el pago de la indemnización por el fallecimiento del Sr. Estanislao Romero Rivera, el cual fue efectivizado en fecha 27/09/11, en favor de las dos derecho habientes que acreditaron su derecho al cobro.*

En relación al pago de intereses mencionado por esa autoridad, consideramos que es improcedente, en razón de que la demora en la liquidación y pago de este reclamo, se debió únicamente a que las interesadas no subsanaron la observación realizada en fecha 15/04/11. (Tal como se documento (sic) *anteriormente).*

El pago de la indemnización, fue viabilizado, previa confirmación telefónica de la abogada de las interesadas respecto de la inexistencia de otros coherederos; lo cual fue ratificado por las dos derecho habientes, mediante firma del finiquito de indemnización suscrito en fecha 27/09/11, cuya fotocopia se adjunta.

No obstante de lo referido, en caso de que las beneficiarias consideren que tienen derecho al cobro de los aludidos intereses; podrán realizar su solicitud de forma escrita, la cual será respondida como corresponde.

Al punto dos:

En relación al punto dos es importante aclarar que el año 2009, la única empresa que vendía SOAT fue CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., habiendo administrado el FISO en

tal gestión la sociedad de responsabilidad limitada "Servicios Integrales FISO SRL", sociedad que fue regentada por el Dr. David Cornejo y que a la fecha estaría cerrando los siniestros que atendió en esa gestión.

Durante el año 2010, año en el que ingresa una nueva compañía de seguros a comercializar SOAT, se constituyo la Asociación Accidental FISO, que tiene por asociados a "Seguros Illimani S.A." y "Credinform Internacional S.A.", y que es gerentada por mi persona.

Es así que al tratarse el presente de un siniestro del año 2009, en anterior oportunidad, la correspondencia fue firmada por David Cornejo…"

9. NOTA APS/DS/JTS/5482/2011 DE 9 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota APS/DS/JTS/5482/2011 de 9 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros responde a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** de la siguiente manera:

"*…Acusamos recibo de su Cite 860/11 por el que han rechazado el pago de los intereses correspondientes al siniestro reclamado por la Sra. Juanita Romero Cruz.*

Al respecto, recordamos a usted que la Asociación Accidental FISO tenía en su poder los documentos necesarios para proceder al pago del beneficio del SOAT en fecha 6 de abril de 2011, sin embargo procedió a la cancelación recién en fecha 4 de octubre de 2011, por lo que el plazo de pago establecido por el artículo 20 del Decreto Supremo 27295 fue abundantemente vencido.

En este sentido, agradeceremos que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 remita a este órgano de fiscalización, en un plazo de 3 días administrativos impostergables a partir de la recepción de la presente documentación que consigne el cálculo de los intereses que la Asociación Accidental FISO va a pagar por concepto de intereses, de acuerdo a lo establecido por el artículo 36 del Decreto Supremo 27295.

No obstante lo anterior, aclaramos a usted que debe dar estricto cumplimiento a los requerimientos de este órgano de fiscalización a efecto de evitar el inicio del proceso sancionatorio que corresponda por lo que este plazo es improrrogable y perentorio…"

10. NOTA AS AC – FISO CITE: 943/11 DE 15 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante nota AS AC – FISO CITE: 943/11 de 15 de diciembre de 2011, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** responde a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros de la siguiente manera:

"*…En respuesta a su nota mencionada en la referencia, nos cumple puntualizar lo siguiente:*

- *Si bien es evidente **que parte** de la documentación presentada por los familiares del Sr. Estanislao Romero Rivera, fue remitida al FISO en fecha 08/04/11, no es menos cierto, que dicha documentación estaba **incompleta** y fue observada mediante carta de fecha 11/04/11; debiendo las interesadas aclarar la existencia de otros coherederos y principalmente de la cónyuge del fallecido, situación que como Uds. conocen NO fue subsanada, si no hasta nuestra comunicación con la Abogada de las beneficiarias, en la que recién se nos confirmo que no existían otros coherederos y que la cónyuge del Sr. Estanislao Romero Rivera, también había fallecido.*

- *Estos antecedentes fueron plasmados en el finiquito de indemnización suscrito en fecha 27/09/11 por las beneficiarias, por lo que deben ser considerados como validos para todos los efectos.*

*Por otro lado, no se debe perder de vista que, si bien los familiares del fallecido han acudido a instancias de la APS para reclamar el pago de la indemnización por el fallecimiento de su Padre, esta solicitud nunca contemplo el pago intereses u otros accesorios. Del mismo modo esa entidad de fiscalización debe considerar **que existía una observación pendiente de ser subsanada** por los interesados, y que a la fecha la obligación de pago reclamada **se encuentra cubierta por el FISO;** por lo que bajo el principio de congruencia y eficacia administrativa, el caso debe ser considerado como cerrado.*

Consideramos muy preocupante pretender atribuirse derechos de terceros para la realización de gestiones de cobro de beneficios económicos que ni los propios beneficiarios han solicitado; más aun cuando el FISO ya ha cumplido con el pago de la indemnización correspondiente.

*De ser atendible el pago de intereses o accesorios por la supuesta demora, este debió ser solicitado por los beneficiarios, y por la propia APS cuando remitió su nota Cite 3406/2011, recibida el 26/09/11, con la que sugería al FISO pagar la indemnización mediante un **depósito judicial,** sin referir el pago de accesorios.*

Sin embargo ahora, de forma extemporánea al pago del beneficio, ocurre que también se debería cubrir un interés por la demora en el pago, la cual no existe.

Ante este panorama, obligadamente debemos recordar que sus competencias administrativas, están claramente definidas por el Artículo 43 de la Ley de Seguros No.01883 (sic)*, entre las que no se encuentran atribuciones para realizar gestiones de cobro de dinero que no ha sido solicitada por los propios beneficiarios; dando a pensar que existiría el interés de alguna persona en particular en lograr el pago de una suma de dinero que no corresponde.*

*Por lo expuesto, en ejercicio irrestricto del derecho a la defensa que nos asiste y toda vez que su nota **APS/DS/JTS/5482/2011,** genera efectos jurídicos en contra nuestra y afecta derechos e intereses legítimos; de conformidad a lo establecido en el Artículo 56 y siguientes de la Ley 2341, y Artículos 19 y 20 Inc. 19 Inc. I), del DS. 27175;*

*solicitamos a Uds. elevar a Resolución Administrativa su nota **CITE: APS/DS/JTS/5482/2011**, en el término establecido por Ley…"*

11. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 3 de enero de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** presenta Recurso de Revocatoria contra la nota APS/DS/JTS/5482/2011 de 9 de diciembre de 2011, en base a los fundamentos siguientes:

"…***DEL RECURSO***

Como es de su conocimiento, mediante nota AS AC-FISO-CITE: 943/11, de fecha 15/12/11, amparados en lo previsto por los Artículos 56 y siguientes de la Ley 2341, y Artículos 19 y 20 Inc. I9 (sic) *Inc. I), del DS. 27175; hemos solicitado a su autoridad, elevar a Resolución Administrativa su nota **CITE: APS/DS/JTS/5482/2011**, habiéndose realizado para el efecto la fundamentación legal correspondiente.*

El parágrafo II del mencionado Artículo 20, establece que la Resolución Administrativa solicitada debe ser emitida en el plazo de 10 días hábiles administrativos de haberse realizado la petición, bajo alternativa de interponerse directamente la revocatoria en caso de que la autoridad de fiscalización no hubiera emitido el acto administrativo solicitado.

Como consta de la fotocopia adjunta, nuestra nota de solicitud AS AC-FISO-CITE: 943/11, fue presentada en su mesa de correspondencia a horas 17:45 del 15/12/2011.

Como Ud. conoce, el Artículo 21 de la Ley 2341 establece que los plazos administrativos comienzan a correr a partir del día siguiente hábil a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto y concluyen al final de la última hora del día hábil de su vencimiento.

Siendo así, y tomando en cuenta la fecha de presentación de nuestra solicitud escrita, se establece que al presente ha vencido el plazo de 10 días hábiles establecidos en la normativa legal citada para la emisión de la Resolución Administrativa solicitada.

*Por lo resumidamente expuesto, al no haberse emitido la resolución administrativa peticionada dentro el plazo otorgado por la norma legal vigente, al amparo de lo previsto por el Artículo 20 parágrafos II y III del D.S. 27175; INTERPONEMOS RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA NOTA **CITE: APS/DS/JTS/5482/2011**, por ser atentatoria a nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos; sea bajo el siguiente fundamento.*

- *Si bien es evidente **que parte** de la documentación presentada por los familiares del Sr. Estanislao Romero Rivera, fue remitida al FISO en fecha 08/04/11, no es menos cierto, que dicha documentación estaba **incompleta** y fue observada mediante carta de fecha 11/04/11; debiendo las interesadas aclarar la existencia de otros coherederos y principalmente de la cónyuge del fallecido, situación que*

como Uds. conocen NO fue subsanada, si no (sic) *hasta nuestra comunicación con la Abogada de las beneficiarias, en la que recién se nos confirmo* (sic) *que no existían otros coherederos y que la cónyuge del Sr. Estanislao Romero Rivera, también había fallecido.*

- *Estos antecedentes fueron plasmados en el finiquito de indemnización suscrito en fecha 27/09/11 por las beneficiarias, por lo que deben ser considerados como validos* (sic) *para todos los efectos.*
- *Por otro lado, no se debe perder de vista que, si bien los familiares del fallecido han acudido a instancias de la APS para reclamar el pago de la indemnización por el fallecimiento de su Padre, esta solicitud nunca contemplo* (sic) *el pago intereses u otros accesorios. Del mismo modo esa entidad de fiscalización debe considerar* ***que existía una observación pendiente de ser subsanada*** *por los interesados, y que a la fecha la obligación de pago reclamada* ***se encuentra cubierta por el FISO****; por lo que bajo el principio de congruencia y eficacia administrativa, el caso debe ser considerado como cerrado.*
- *Asimismo, consideramos que de ser atendible el pago de intereses o accesorios por la supuesta demora, este* ***debió ser solicitado*** *por los beneficiarios, y por la propia APS cuando remitió su nota Cite APS/DS/JTS/3406/2011, recibida el 26/09/11, con la que sugería al FISO pagar la indemnización mediante un* ***depósito judicial, sin referir el pago de intereses o accesorios****. Sin embargo ahora, de forma extemporánea y cuando ya hemos cubierto el pago de esta indemnización, se les ocurre que también se debería pagar un interés por la demora en el pago, la cual reiteramos desde* (sic) *NO EXISTE, y que injustamente ese órgano de fiscalización nos pretende atribuir.*
- *Consideramos entonces que vuestro requerimiento de pago de intereses, no es atendible por lo siguiente:*

    - *Porque no ha existido demora perjudicial atribuible al FISO,*

    - *Porque el pago de intereses no ha sido solicitado por los beneficiarios*

    - *Porque tampoco esa autoridad de fiscalización, refirió el pago de intereses en su oportunidad, vale decir en ocasión de que dispuso el pago de la indemnización vía Depósito Judicial, con nota Cite APS/DS/JTS/3406/2011.*

    - *Porque según las competencias administrativas definidas por el Artículo 43 de la Ley de Seguros No.01883* (sic)*, no se encuentran atribuciones para realizar gestiones de pago de intereses o accesorios que no hubiera sido solicitado* (sic) *por los propios beneficiarios.*

Como Uds. conocen la actividad administrativa en nuestro país aún se rige por el principio de legalidad de tal manera que la observancia de la norma es la regla general, no solo garantía para evitar la arbitrariedad, si no (sic) *también para asegurar la certeza del actuar de la administración con relación al respeto de los derechos del administrado. En ese orden de cosas, la Ley de procedimiento administrativo, en su Artículo 4 literal c) de la ley 2341, señala que: "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: c) principio de sometimiento pleno*

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

12. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 078-2012 DE 1° DE FEBRERO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 078-2012 de 1° de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "***CONFIRMAR*** *en todas sus partes el contenido íntegro de la carta CITE: APS/DS/JTS/5482/2011 de 9 de diciembre de 2011*", a cuyo efecto, expone los extremos siguientes:

"…***Fundamentos Jurídicos***

Que hacen al Recurso de Revocatoria esencialmente cinco agravios, correspondiendo al Órgano de Fiscalización pronunciarse sobre la inconformidad del regulado sobre los siguientes aspectos de fondo:

Que con referencia a lo alegado por el Recurrente en sentido de que:: (sic) ***"Si bien es evidente que parte de la documentación presentada por los familiares del Sr. Estanislao Romero Rivera, fue remitida al FISO en fecha 08/04/11, no es menos cierto, que dicha documentación estaba incompleta, y fue observada mediante carta de fecha 11/04/11; debiendo las interesadas aclarar la existencia de otros coherederos y principalmente de la cónyuge, situación que como ustedes conocen no fue subsanada, sino hasta nuestra comunicación con la abogada de las beneficiarias en la que recién se nos confirmó que no existían otros coherederos y que la cónyuge también había fallecido (...)",***

Que el Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003, en su artículo 29 al establecer los documentos necesarios, para el pago del SOAT en caso de accidentes con muerte menciona textualmente que: "Para que proceda el pago de la indemnización, el damnificado o los Derechohabientes, cuando corresponda, deberán presentar ***ÚNICAMENTE*** *la siguiente documentación:*

- *Documento que identifique al fallecido.*
- *Certificado del accidente emitido por el Organismo Operativo de Tránsito.*
- *Certificado del médico forense.*
- ***Declaratoria de Herederos****"*

Que según el diccionario de la lengua española, la palabra ***"UNICAMENTE"*** *destacada en el párrafo anterior, significa "de un sólo modo o* ***sin nada más****" por ello cuando la Asociación Accidental FISO hace referencia que habría observado la documentación necesaria presentada por las reclamantes al detectar que la cédula de identidad del fallecido mencionaba que era casado y la esposa no había sido declarada heredera, ingreso a una esfera de competencia no le fue atribuida por norma alguna, toda vez que las reclamantes fueron instituidas como sucesoras legales del de cujus mediante la correspondiente Sentencia Judicial de Declaratoria de Herederos; Resolución que al haber sido emanada de autoridad jurisdiccional competente no puede ser cuestionada por ninguna instancia administrativa ni por*

personas naturales o jurídicas de carácter privado, ya que la validez (sic) *de sus efectos únicamente pueden ser anulados mediante otra Resolución emanada del órgano jurisdiccional.*

Que por otra parte y según afirma la Asociación Accidental FISO las observaciones fueron subsanadas mediante comunicación con la abogada de las beneficiarias, sin embargo no adjunta prueba (comunicación o documento equivalente) que demuestre tal hecho para proceder al pago del siniestro reclamado, evidenciándose que la Entidad Recurrente de manera inconsistente por una parte observa una sentencia emanada por autoridad competente y, por otra, sin ningún tipo de respaldo (que sea de conocimiento de APS) y de manera contradictora con el procedimiento de atención del siniestro procede a subsanar las observaciones pagando la indemnización a las reclamantes.

Que la Asociación Accidental FISO también alega que: ***"Estos antecedentes fueron plasmados en el finiquito de indemnización suscrito en fecha 27/09/11 por las beneficiarias, por lo que deben ser considerados como válidos para todos los efectos"***

Que evidentemente y como lo afirma el recurrente, se consignó en la Clausula Cuarta del finiquito, firmado por las beneficiarias, lo siguiente:

"Asimismo para fines legales consiguientes declaramos expresamente que no existen otros coherederos al fallecimiento de nuestro padre, siendo las únicas herederas forzosas mi hermana Mariela Romero Cruz y mi persona ya que también nuestra madre, María Cruz Parena, falleció anteriormente".

Que la aclaración transcrita en el párrafo anterior pudo y debió haberse consignado en el finiquito correspondiente, respetando el plazo establecido por el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27295, es decir dentro de los quince (15) días hábiles administrativos posteriores a la presentación de los documentos necesarios y no esperar, como se hizo, una comunicación que pudo o no llegar y que definitivamente ocasionó la mora del deudor (FISO).

Que asimismo el Recurrente arguye: ***"Por otro lado, no se debe perder de vista que, si bien las familiares del fallecido han acudido a instancia de la APS para reclamar el pago de la indemnización por el fallecimiento de su padre, esta solicitud nunca contemplo el pago de intereses y otros accesorios. Del mismo modo esa entidad de fiscalización debe considerar que existía una observación pendiente de ser subsanada por las interesadas, y que a la fecha la obligación de pago reclamada se encuentra cubierta por el FISO, por lo que bajo el principio de congruencia y eficacia administrativa, el caso debe ser considerado como cerrado"***.

Que respecto a lo señalado por la Asociación Accidental FISO, se debe dejar claramente sentado que el artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, determina las funciones y objetivos del Órgano de Fiscalización, de entre (sic) *las cuales se destacan las siguientes:*

c) Proteger a los Asegurados, tomadores y beneficiarios de los seguros
e) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Que por su parte el artículo 43 de la citada norma determina:

a) otorgar, modificar y revocar las autorizaciones de funcionamiento de las personas sujetas a su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley y sus reglamentos
c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción
k) Ordenar inspecciones o auditorías a las entidades o personas bajo su jurisdicción.
t) ***Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones*** *(el resaltado es de la APS)*

Que no obstante lo anterior, el artículo 52 del Decreto Supremo N° 27295 prescribe lo siguiente:

*"****(SUPERVISIÓN DEL FISO)***

El FISO será supervisado por la SPVS, por consiguiente deberá presentar la información que le sea solicitada y con periodicidad determinada.

El representante del FISO enviará un informe a la SPVS sobre cualquier entidad aseguradora que tenga un atraso mayor a quince (15) días, en el pago de sus aportes al FISO. Al recibir dicho informe, la SPVS revocará su licencia para trabajar con el SOAT y traspasará su cartera a otras entidades aseguradoras.

Asimismo, a los efectos del artículo 48, ***la SPVS intercederá por los beneficiarios del FISO, en todos aquellos actos en los que estén involucrados****"*

Que por tanto, puede apreciarse que las atribuciones y competencias de la APS son lo suficientemente amplias como para solicitar a una entidad aseguradora, o en este caso a la Asociación Accidental FISO, que proceda a dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27295, independientemente de que las beneficiarias soliciten o no el pago de los intereses que por ley les corresponde.

Que a lo expuesto por la Asociación Accidental FISO de que: "(...) ***consideramos que de ser atendible el pago de intereses o accesorios por la supuesta demora, este debió ser solicitado por los beneficiarios y por la propia APS cuando remitió su nota Cite APS/DS/JTS/3406/2011, recibida el 26/09/11, con la que sugería al FISO pagar la indemnización mediante un depósito judicial, sin referir el pago de intereses o accesorios. Sin embargo ahora, de forma extemporánea y cuando ya hemos cubierto el pago de esta indemnización, se les ocurre que también se debería pagar un interés por la demora en el pago, la cual reiteramos NO EXISTE, y que injustamente ese órgano de fiscalización, nos pretende atribuir"****, debe aclararse que el pago de intereses por mora es una obligación de inexcusable cumplimiento que nace como sanción por imperio del artículo 36 del Decreto Supremo N° 27295, para la entidad*

aseguradora o el FISO si dentro del plazo de los 15 días señalados por el artículo 20 de la misma norma no se pagara la indemnización correspondiente, por ello el hecho de que las beneficiarias no lo hayan solicitado o la APS no lo haya instruido no libera a la Entidad del pago de dicha obligación.

*Que finalmente y con relación a la afirmación que hace el recurrente en sentido de que: "**Consideramos entonces que nuestro requerimiento de pago de intereses, no es atendible por lo siguiente:***

- ***Por que no ha existido demora perjudicial atribuible al FISO***
- ***Porque el pago de intereses no ha sido solicitado por los beneficiarios***
- ***Porque tampoco esa autoridad de fiscalización refirió el pago de intereses en su oportunidad, vale decir en ocasión de que dispuso el pago de la indemnización vía depósito judicial, con nota Cite APS/DS/JTS/3406/2011.***
- ***Porque según las competencias administrativas definidas por el artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883, no se encuentran atribuciones para realizar gestiones de pago de intereses o accesorios que no hubiera sido solicitado por los propios beneficiarios****"*

Se tiene lo siguiente:

- *Ha quedado plenamente demostrado a través de los argumentos expuestos en la presente resolución, la existencia de la demora en el pago del siniestro reclamado toda vez que las observaciones efectuadas, sin competencia y atribuciones, a un documento emitido por una autoridad jurisdiccional ocasionó que el pago no se efectué dentro del plazo contemplado por el artículo 20 del Decreto Supremo 27295.*
- *Se ha demostrado que las funciones del Órgano de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atinentes a este caso, se encuentran establecidas en los incisos c) y e) del artículo 41 e inciso l) del artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883.*
- *Se ha demostrado que el pago de intereses opera por imperio de la ley y no por solicitud del beneficiario ni por instrucción de la APS…*"

13. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 16 de febrero de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 078-2012 de 1° de febrero de 2012, expresando el alegato siguiente:

"…***DEL RECURSO JERARQUICO***

*Señor Director, habiéndose procedido a nuestra legal notificación con la Resolución Administrativa **APS/DS/JTS/078/212,** emitida en fecha 01/02/2012, mediante la cual ratifican el contenido integro* (sic) *de su nota **APS/DS/JTS/5482/2011** de fecha 09/12/2011; en tiempo hábil, de conformidad a lo establecido en el Art.* (sic) *52 y 53 del DS. 27175, interponemos el correspondiente **Recurso Jerárquico** contra la resolución* (sic) *Administrativa **APS/DJ/DS/078-2012,** de fecha 01/02/2012. En este*

sentido procedemos a ratificar y reproducir todos los argumentos y las pruebas de descargo ofrecidas en el recurso de revocatoria rechazado por esa entidad…"

14. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota APS/DJ/DS/3905/2012 de 28 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remite nueva copia, in extensa, del memorial de Recurso de Revocatoria presentado por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** en fecha 3 de enero de 2012, conforme le fuera solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2012 de 25 de mayo de 2012, en razón a que el ejemplar originalmente remitido está incompleto.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 25 de mayo de 2009, las familiares del fallecido en accidente de tránsito, señor **Estanislao Romero Rivero**, reclamaron al Fondo de Indemnización del Seguro Obligatorio para Accidentes de Tránsito (FISO) la indemnización correspondiente a tal contingencia.

En fecha 8 de abril de 2011, las mismas familiares presentan por ante la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** el Certificado de Defunción Nº 28261 de 16 de marzo de 2011 que acredita tal suceso, el testimonio del proceso voluntario sobre Declaratoria de Herederos seguido por las señoras **Juanita Romero Cruz** y **Mariela Romero Cruz**, Requerimiento Fiscal de 25 de mayo de 2009 sobre autopsia de ley, el Certificado Médico Nº 1616627 referido al mismo acontecimiento y fotocopia de la Cédula de Identidad del número de kardex 1959069 S.C. correspondiente al fallecido.

Mediante nota SI-FISO CITE No. 030/11 recibida en fecha 11 de mayo de 2011, **Servicios Integrales FISO SRL**, en ese entonces administradora del FISO, comunicó a las hermanas **Mariela y Juanita Romero Cruz**, que:

"*…deben remitir de forma urgente lo siguiente:*

- *Aclaración escrita sobre la situación legal de la Sra. María Cruz Parena, toda vez que la cédula de identidad del fallecido establece que era casado.*
- *En caso de fallecimiento de la cónyuge, deberán adjuntar el respectivo certificado de defunción.*

- *En caso de que la cónyuge se encuentre con vida, deberán complementar la declaratoria de herederos a su favor, debiendo remitir fotocopia de su cédula de identidad y poder de representación para el cobro de su cuota parte…*"

En fecha 17 de agosto de 2011, la señora **Juanita Romero Cruz** presenta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros su reclamo, en sentido que:

> "*…en fecha 06 de abril de 2011, mi persona, presento* (sic) *toda la documentación, ante la oficina del* ***"FISO"*** (…)
>
> *…a* (sic) *transcurrido aproximadamente cuatro meses, a la fecha sin que tenga ninguna respuesta mi tramite* (sic)*, por lo que solicito a usted, tomar las acciones que corresponda* (…)*, siendo el* ***Caso N° 1393 de fecha de recepción 06 de abril de 2.011 año****…*"

En fecha 27 de septiembre de 2011, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** -administradora actual del FISO- efectiviza la indemnización por el fallecimiento del señor **Estanislao Romero Rivero** "*en favor de las dos derechohabientes que acreditaron su derecho al cobro*", extremo del que deja constancia en su nota AS AC – FISO CITE: 860/11 de 11 de noviembre de 2011, por la que además señala que:

> "*…En relación al pago de intereses* (…)*, consideramos que es improcedente, en razón de que la demora en la liquidación y pago de este reclamo, se debió únicamente a que las interesadas no subsanaron la observación realizada en fecha 15/04/11. (Tal como se documento* (sic) *anteriormente).*
>
> *El pago de la indemnización, fue viabilizado, previa confirmación telefónica de la abogada de las interesadas respecto de la inexistencia de otros coherederos; lo cual fue ratificado por las dos derecho habientes, mediante firma del finiquito de indemnización suscrito en fecha 27/09/11, cuya fotocopia se adjunta…*"

A este extremo y por nota APS/DS/JTS/5482/2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establece que:

> "*…la Asociación Accidental FISO tenía en su poder los documentos necesarios para proceder al pago del beneficio del SOAT en fecha 6 de abril de 2011, sin embargo procedió a la cancelación recién en fecha 4 de octubre de 2011, por lo que el plazo de pago establecido por el artículo 20 del Decreto Supremo 27295 fue abundantemente vencido.*
>
> *En este sentido, agradeceremos que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 remita a este órgano de fiscalización, en un plazo de 3 días administrativos impostergables a partir de la recepción de la presente documentación que consigne el cálculo de los intereses que la Asociación Accidental FISO va a pagar por concepto de intereses, de acuerdo a lo establecido por el artículo 36 del Decreto Supremo 27295…*"

Consiguientemente, el carácter controvertido radica en la procedencia o improcedencia

del pago de intereses sobre el monto de la indemnización, donde el ente regulador los considera procedentes por el retraso en haberse hecho efectivo el pago desde la acreditación de la documental necesaria para ello, mientras que la recurrente los considera improcedentes porque en su entender, se la estaría imputando por un retraso del cual no es responsable.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme lo establecen respectivamente los artículos 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, y 38º del Reglamento a la Ley de Procedimiento para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, "*los recursos se presentarán* ***de manera fundada***" y "*los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito,* ***de manera fundamentada***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), extremo al que no se acomoda el Recurso Jerárquico de fecha 16 de febrero de 2012, por cuanto su único argumento está referido a estar procediendo "*a ratificar y reproducir todos los argumentos y las pruebas de descargo ofrecidas en el recurso de revocatoria rechazado por esa entidad*", lo que mal puede considerarse el debido fundamento que debe hacer a un recurso, por cuanto no contiene ni hace referencia a agravio alguno que se hubiere hecho constar a tiempo del Recurso Jerárquico que debe conocer y resolver el suscrito Ministro como Autoridad Jerárquica, distinta del ente fiscalizador a la que ha tocado resolver el Recurso de Revocatoria.

Sin perjuicio de ello, los extremos señalados a tiempo del Recurso de Revocatoria (tales como las que hacen a *las observaciones pendientes referidas a la documentación incompleta* y al *deber de aclaración sobre la existencia de otros coherederos*, que *las beneficiarias conocían y por tanto asintieron tales extremos a tiempo del aceptar el finiquito de indemnización*, que *la obligación de pago reclamada ya se encuentra cubierta por el FISO*, entonces que *se trata de un tema cerrado*, que *ni las propias interesadas ni el ente fiscalizador solicitaron oportunamente el pago de interés*, o que el último nombrado *no tiene atribuciones para realizar tal gestión de cobro*), han sido dilucidados en oportunidad de la Resolución Administrativa que le ha correspondido -APS/DJ/DS/Nº 078 de 1º de febrero de 2012- sin que al presente, por el motivo establecido en el párrafo supra, exista argumento o alegato sobre el que la Autoridad Jerárquica pueda pasar a realizar un análisis como el que exige la actividad resolutoria recursiva.

Asimismo, la generalidad de observaciones expresadas en la nota SI-FISO CITE No. 030/11 de 13 de abril de 2011 (*aclaración escrita sobre la esposa del fallecido*, *certificado de defunción de la esposa del fallecido* y *documentación requerida para el caso de que la cónyuge siga con vida*), tienen que ver en concreto, con la existencia eventual de otra beneficiaria, extremo que ya había quedado esclarecido con la declaración -escrita- ante la autoridad judicial que salía del otrosí 2º del memorial de demanda de declaratoria de herederas (donde dice: "*Para los efectos del Artículo 643 inc 3º del Código de Pdto. Civil debemos manifestar que no existen otros herederos*") y con el Auto Definitivo de fecha 21 de abril de 2010 (que dice: "*CONSIDERANDO:… Asimismo, manifiestan que no existen otros herederos*…"), pronunciado por el señor Juez Décimo de Instrucción en lo Civil de la ciudad de Santa Cruz, y que eran de conocimiento del FISO por cuanto se los había acreditado

mediante testimonio judicial en fecha 8 de abril de 2011.

Lo anterior determina que, por su naturaleza judicial, cualquier otro antecedente, sea confirmatorio o negatorio de la existencia de derechos a favor de la cónyuge, no iban a adquirir mayor validez que la evidencia hasta ese monto acreditada, sino mediando un otro proceso judicial, por lo que las observaciones del FISO de fecha 13 de abril de 2011 eran impertinentes, máxime si a esas alturas se encontraba cumplido el artículo 29° del Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003 (referido a los requisitos para efectos del resarcimiento del SOAT en los casos de fallecimiento), y más aún cuando la propia **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** refiere en su nota AS AC – FISO CITE: 860/11 de 11 de noviembre de 2011, que "*el pago de la indemnización, fue viabilizado, previa* (simple) *confirmación telefónica de la abogada de las interesadas respecto de la inexistencia de otros coherederos*", entonces a simple aclaración y sin necesidad de mayor acreditación.

Este extremo determina además que, contrariamente a lo que la recurrida señala en su nota AS AC – FISO CITE: 860/11 de 11 de noviembre de 2011, en sentido que:

> "…*En relación al pago de intereses* (…)*, consideramos que es improcedente, en razón de que la demora en la liquidación y pago de este reclamo, se debió únicamente a que las interesadas no subsanaron la observación realizada en fecha 15/04/11. (Tal como se documento* (sic) *anteriormente)*.

Las derechohabientes del señor **Estanislao Romero Rivero** sí cumplieron pertinentemente con la generalidad de trámites y requisitos que les eran exigibles para obtener el resarcimiento de la contingencia, por tanto, el retraso en el pago que importa lo mismo, sólo le puede ser imputable a la ahora recurrente **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**.

Por último, sobre la legitimidad de la autoridad recurrida para exigir el pago de intereses, y lejos de la lógica facultativa y privada propia del Derecho Civil (por la cual "*el acreedor, en caso de incumplimiento, **puede** exigir que se haga efectividad la prestación*", Art. 291°, Par. II, del Código Civil) que parece ser la que tiene en cuenta la recurrente, conviene remitirse a lo determinado por el artículo 36° del Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003, el que en lo pertinente señala que:

> "…***ARTÍCULO 36.- (SANCIONES PARA LA ENTIDAD ASEGURADORA) Si en el plazo señalado en el Artículo 20 del presente cuerpo normativo, la entidad aseguradora no pagare la indemnización correspondiente, procederá el pago adicional de intereses*** *sobre el capital no pagado entre la fecha límite de pago y la fecha de pago efectivo, que se calcularán diariamente aplicando la tasa bancaria activa comercial promedio nominal utilizada para créditos en moneda extranjera publicada por el Banco Central de Bolivia y aplicada por la SPVS.*
>
> ***Independientemente a lo anterior****, la SPVS, en uso de sus atribuciones aplicará las sanciones que correspondan de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 1883 de Seguros y en sus reglamentos*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su efecto, corresponden las conclusiones siguientes:

Existe la obligación taxativa e inexcusable para el ente regulador, de exigir el cumplimiento de la norma como facultad taxativa de dicha entidad, a efectos del pago de los intereses por el tiempo transcurrido.

Encontrándose así prevista en la norma, tampoco es atendible aquello de que "*según las competencias administrativas definidas por el artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883, no se encuentran atribuciones para realizar gestiones de pago de intereses o accesorios que no hubiera sido solicitado por los propios beneficiarios*", por cuanto, al haber el artículo 43°, inciso t) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), reservado para el ente regulador "*todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones*", lleva implícita la atribución normativa de representar a las beneficiarias en los casos como el que ahora se analiza.

3. INFRACCIONES AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.-

De la revisión del expediente, se evidencia que mediante la nota AS AC-FISO CITE: 943/11, recibida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones en fecha 15 de diciembre de 2011, la recurrente solicitó oportunamente:

> "…*en ejercicio irrestricto del derecho a la defensa que nos asiste y toda vez que su nota APS/DS/JTS/5482/2011, genera efectos jurídicos en contra nuestra y afecta derechos e intereses legítimos; de conformidad a lo establecido en el Artículo 56 y siguientes de la Ley 2341, y Artículos 19 y 20 Inc. 19 Inc. I), del DS. 27175****; solicitamos a Uds. elevar a Resolución Administrativa su nota CITE: APS/DS/JTS/5482/2011****, en el término establecido por Ley*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante ello y en contravención al plazo de 10 (diez) días para la consignación de la nota en Resolución Administrativa debidamente fundada que prevé el artículo 20°, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), el ente regulador no emitió la resolución ahora extrañada, determinando que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** interponga en Recurso de Revocatoria de fecha 3 de enero de 2012, dentro de los alcances del mencionado artículo 20°, pero ahora en su parágrafo III, es decir con el silencio administrativo que importa una inobservancia que da lugar a la responsabilidad administrativa del ente regulador, toda vez que es su deber el de pronunciarse, conforme lo señala el artículo 17° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

Asimismo y con mayor trascendencia, mediante la nota APS/DS/JTS/5482/2011 de 9 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros viene a establecer la concurrencia de intereses sobre el monto de la indemnización, empero con inobservancia de lo señalado por el mencionado y transcrito artículo 36° del Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003, por cuanto al prever este último los intereses como parte de las "*sanciones para la entidad aseguradora*", no ha tenido en cuenta que

dada esa naturaleza sancionatoria, no existe -y el proceso actual no lo es- un procedimiento que hubiera sido iniciado conforme a las exigencias de los artículos 65º al 68º de del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto no han existido diligencias preliminares, notificación de cargos, la consiguiente tramitación y en definitiva, la Resolución Administrativa sancionadora que, con la legitimidad que establece la norma, imponga los intereses.

Tal extremo es concordante con lo señalado por los artículos 66º (*Notificación de Cargos*) y 67º (*Tramitación*) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175; entonces no es ajeno al debido proceso que importa el proceso administrativo sancionador y que es plenamente aplicable para el caso de autos.

La existencia de la demora en el pago del siniestro reclamado, demostrado en los términos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 078-2012 de 1º de febrero de 2012, no puede justificar la falta de procedimiento previo para la imposición de los intereses por cuanto, era la recurrida a regir "*sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso*" (Art. 4º, Inc. c, Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo), a "impulsar el procedimiento" (ídem, inciso n), y "*a dar una respuesta oportuna y pertinente*" (Art. 4º, Reglamento aprobado por D.S. No. 27113 de 23 de julio de 2003).

Es pertinente tener en cuenta lo establecido por la Constitución Política del Estado en sus artículos 115º, parágrafo II (*El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa*), 116º, parágrafo I (*Se garantiza la presunción de inocencia*), 117º, parágrafo I (*Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada*), 119º (*I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan… II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa*) y 120º, parágrafo I (*Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente*), así como vale remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, la que ha establecido que:

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

Por su parte, el anterior Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha establecido que:

> *"…a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);* (…)
>
> *Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).*
>
> *Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso…"*

CONSIDERANDO:

Que, en la sustanciación del presente proceso administrativo, se ha evidenciado que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha obrado con inobservancia al procedimiento administrativo previsto en la normativa aplicable, con infracción a las garantías de la recurrente y que hacen al debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la NOTA APS/DS/JTS/5482/2011 de 9 de diciembre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia seguirse el procedimiento sancionatorio que en derecho corresponda, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a través de su máximo ejecutivo, por no haber seguido correctamente el proceso administrativo, conforme se encuentra detallado en la parte considerativa de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 057-2012 DE 27 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 038/2012 DE 29 DE JUNIO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 038/2012

La Paz, 29 de junio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 057-2012 de 27 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 017/2012 de 18 de mayo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 063/2012 de 11 de junio de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de febrero de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** representada legalmente por su Gerente de Inversiones José Antonio Gil Sensano, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 057-2012 de 27 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 28 de febrero de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, mismo que fue notificado el 6 de marzo de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 22 de marzo de 2012, se hizo un llamamiento al tercer interesado, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos.

Que, el 13 de abril de 2012, a horas 15:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 432-2011 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

> ***"PRIMERO.- I.*** *Se aprueban los "Procedimientos para Consultores de Línea, Consultores por Producto y Consultores" cuyo texto ordenado en encuentra adjunto a la presente en Anexo 1 y los siguientes anexos detallados a continuación, que forman parte inseparable de la presente Resolución Administrativa.*
>
> *Anexo 2: Especificaciones Técnicas para la Base de Datos de Rezagos de Consultores.*
> *Anexo 3: Especificaciones Técnicas para la Base de Datos de Consultores.*
> *Anexo 4: Especificaciones Técnicas para la Base de Datos de Contratantes.*
> *Anexo 5: Formulario de Pago de Contribuciones Consultor de Línea, Consultor por Producto y Consultor.*
> *Anexo 6: Formulario de Registro de Consultores.*
>
> ***II.*** *La Dirección de Prestaciones Contributivas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS queda encargada de la ejecución y control del cumplimiento de la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Se deja sin efecto la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 129-2011 de 01 de julio de 2011…"*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 21 de diciembre de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 057-2012 DE 27 DE ENERO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 057-2012 de 27 de enero de 2012, la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, bajo los siguientes fundamentos:

"…CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado el 21 de diciembre de 2011, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

1. De la inversión de tiempo y recursos por la modificación de procedimiento.

La AFP señala en su Memorial de fecha 21 de diciembre de 2011, lo siguiente:

"Nuestra administradora ha venido invirtiendo tiempo, recursos económicos y humanos para desarrollar las herramientas informáticos (sic) *que nos permitan la implementación de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 129-2011 de 01 de julio de 2011; sin embargo de ello toda esta inversión no ha rendido fruto alguno ni beneficio a favor de los Asegurados que desarrollan sus actividades como consultores, por cuanto dicho procedimiento ha sido modificado radicalmente mediante la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, tal es así, que en su RESUELVE SEGUNDO ha establecido literalmente que "Se deja sin efecto la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 129-2011de (sic) 01 de julio de 2011".*

La situación precedentemente descrita, genera perjuicio no solo (sic) a nuestra AFP por el hecho de que no puede cobrar su comisión por servicio de Afiliación, sino también a los Asegurados Consultores por cuanto no cuentan con sus aportes acreditados en su Cuenta Personal Previsional, por el hecho de que no se terminan de definir con claridad los conceptos y procedimientos que deben ser aplicados en el SIP bajo los criterios establecidos por la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y su normativa reglamentaria para la acreditación de sus aportes".

Respecto a lo señalado por la Administradora en este punto, cabe señalar lo siguiente:

La R.A.432-2011 si bien en su Artículo Segundo del Resuelve ha establecido literalmente que "Se deja sin efecto la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 129-2011 de 01 de julio de 2011", no ha modificado radicalmente los procedimientos establecidos previamente en la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 129-2011 de 01 de julio de 2011 (R.A. 129-2011), tal es así que los formatos de Formularios de Pago de Contribuciones, esquemas de contribución establecidos a través de Decreto Supremo No. 0778 de 26 de enero de 2011, procedimiento de acreditación y reporte del Ingreso Cotizable se mantienen.

Asimismo, los procedimientos establecidos respecto a Consultores Extranjeros, Excesos también se mantienen en base a lo normado en la R.A. 129-2011, por lo que los mismos fueron de conocimiento del regulado desde su notificación, en ese

entendido no es evidente que existan radicales modificaciones a la Resolución antes mencionada.

Sin perjuicio a lo señalado, a continuación se presenta el análisis a los siguientes puntos expuestos por el Regulado a través del Memorial de 21 de diciembre de 2011.

2. De la interpretación de la definición de "Consultor".

Sobre este punto, la Administradora señala lo siguiente:

"El incisa (sic) c) del artículo 1 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora aprobado mediante Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, ha definido que "Para efectos del SIP, Consultor es toda persona natural que presta servicios en una entidad privada, por un tiempo determinado y de manera independiente en el marco de una relación contractual civil".

Sin embargo de lo anterior, no se han definido ni ejemplificado mediante reglamentación, que actividades se encontrarían dentro del servicio de consultaría (sic)...

Por lo que siguen (sic) *dudas respecto a* (sic) *por ejemplo, si la contratación por una reparación, mantenimiento o realización de una obra menor a cargo de un albañil, plomero, carpintero, jardinero, etc. En una empresa se constituye en un servicio de consultorio; o ¿Cuál es el tratamiento de los contratos por igualas* (sic) *en los servicios de abogacía, específicamente cuando no incluyen fecha de finalización, ni monto a recuperar. Se entiende que al no tener un plazo no se consideraría Consultoría?"*

Ante lo expuesto por la AFP en este punto, corresponde señalar, que como bien menciona Futuro de Bolivia S.A. AFP, la definición de Consultor se encuentra establecida en el Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 0778 de 26 de enero de 2011.

En este sentido la definición de Consultor señala claramente: "...Consultor es toda persona natural que presta servicios en una entidad privada, por un tiempo determinado y de manera independiente ***en el marco de una relación contractual civil..."*** *(Las negrillas son nuestras).*

Por lo expuesto, considerando la definición que otorga la norma no corresponde señalar ejemplos entre una profesión o actividad que desarrolle una persona natural, por cuanto independientemente de la labor que desarrolle ésta, si la misma se encuentra en el marco de una relación contractual civil la persona natural deberá ser considerada como Consultor para efectos del SIP.

Asimismo, en caso que esta Autoridad efectuara (sic) *categorizaciones por actividad laboral o profesiones, correspondería que la misma se pronuncie por todos los tipos*

laborales y/o profesiones que una persona natural pueda desarrollar en el Estado Plurinacional de Bolivia. En este sentido, identificar y desarrollar norma o ejemplificaciones para cada caso no es necesario por cuanto la definición de Consultor establecida en el Decreto Supremo No. 0778, abarca a toda relación contractual civil independientemente de la naturaleza del oficio, profesión o actividad laboral que desarrolle la persona natural.

3. De la aplicación del concepto de Rezagos a los aportes de Consultores dentro del SIP.

Sobre este punto, la Administradora señala lo siguiente:

"Al no haberse definido en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, ni en sus dos Decretos de Desarrollo Parcial (D.S. 0778 y 0822) el concepto de Rezago, se nos remite al concepto expresado por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1977 (sic) que señala ***"Rezago:*** *Recursos depositados por concepto de Contribuciones en una AFP, pero que no tienen identificación o respaldo satisfactorio para ser acreditados a una Cuenta Individual".*

Contrariamente al concepto que se tiene de los aportes en Rezagos, los aportes efectuados por Consultores cuentan en su totalidad con la identificación del Asegurado (nombre y apellidos, número de documento de identidad y número de CUA) y los mismos han sido efectuados en el formulario de recaudación creado para el efecto, por lo que cumplen con los requisitos de acreditación en la Cuenta Personal Previsional; sin embargo, su Autoridad ha determinado que dichos aportes no pueden ser acreditados, por el simple hecho de que los empleadores que contratan consultores, no los han declarado en el registro creado para el efecto.

El condicionar la acreditación de las contribuciones (sic) del Consultor en Cuenta Personal Previsional a la existencia del registro del Consultor, actividad realizada por el Contratante a través del llenado y presentación del Formulario de registro de Consultor ante la AFP, no solo (sic) limita las posibilidades de acceso a la prestación de vejez, impactando desfavorablemente en el cálculo del referente salarial y saldo acumulado en cuenta personal previsional (sic), afecta también al cálculo de cobertura y posibilidad de acceso a prestaciones de invalidez y de muerte, lo que constituye una violación al derecho que tienen todas las bolivianas y bolivianos de acceder a la seguridad social establecido en el artículo 45° de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, no se considera el extremo tal, de que el Contratante nunca declare, presente y registre el Formulario de Registro de Consultores ante una AFP y en el Futuro (sic) a la Gestora Pública de la Seguridad Social (sic); ya sea por voluntad propia, al no existir un mecanismo coercitivo para tal fin o un régimen de sanciones que forcé (sic) el registro, ó por que la misma ha cerrado. Por consiguiente, y afecto (sic) de la aplicación normativa, los aportes de Consultores que no tengan registro por parte de su Contratante, nunca podrán ser acreditados en las Cuentas Personales Previsionales respectivas, con todo el daño mencionado anteriormente".

Sobre lo señalado por la AFP, cabe mencionar lo siguiente:

*La definición mencionada por la Administradora indica lo siguiente: **"Rezago:** Recursos depositados por concepto de Contribuciones en una AFP, pero que no tienen identificación o respaldo satisfactorio para ser acreditados a una Cuenta Individual" (el subrayado es nuestro).*

En este sentido, los pagos de Contribuciones efectuados por Consultores de Línea, Consultores por Producto o Consultores, si bien pueden contar con todas las características de identificación personal, no cumplen con el respaldo documental necesario, para verificar si los mismos efectivamente corresponden al pago de Consultores de Línea, Consultores por Producto o Consultores.

Cabe señalar que la Administradora al señalar que "por el simple hecho de que los empleadores que contratan consultores, no los han declarado en el registro creado para el efecto" desvirtúa las responsabilidades de los Contratantes y pone en riesgo la veracidad de la información que se pueda dar y obtener de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Si bien la AFP señala que, el no contar con la acreditación de Contribuciones en la Cuenta Personal del Asegurado impactaría desfavorablemente en el cálculo del referente salarial y saldo acumulado del mismo, con dicha aseveración, Futuro de Bolivia S.A. AFP no evalúa la posibilidad que existe de afectar negativamente a los Fondos del SIP que se traduciría en afectar los recursos de todos los Asegurados.

Lo anterior se ejemplifica de la siguiente manera:

- *Si se considerara "irrelevante" el registro del Contratante, no existiría un método de control para conocer a todos los que verdaderamente fuesen Consultores de Línea, Consultores por Producto o Consultores.*
- *De darse lo anterior cualquier persona, sin importar si trabajó o no como Consultor, se encontraría en la posibilidad de efectuar el pago por períodos pasados desde febrero de 2011 sin ningún control.*

Asimismo, se recuerda a la AFP que el pago por períodos pasados de Consultores de Línea cuyo contratante no se declaró Agente de Retención, Consultores por Producto y Consultores, no conlleva el pago de intereses por Mora.

Por lo anterior, una persona podría tener la motivación desfavorable de querer efectuar en la fecha pagos por períodos pasados con el sólo objeto de completar requisitos, incrementar o disminuir referentes salariales para acceder a una Pensión de Vejez, incrementar períodos de cotización para acceder a mayores niveles en la escala de la Pensión Solidaria de Vejez o contar con mayores períodos cotizados en el caso de Cobertura de Riesgos sin haber trabajado en su momento como Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor. Lo anterior, sin duda se convierte en un riesgo que puede afectar el pago de prestaciones y beneficios afectando el uso de recursos de los Fondos del SIP.

Por lo señalado, la Administradora debe precautelar a todos los Asegurados por igual, evitando que algún Asegurado pueda incurrir en prácticas que a la postre puedan afectar los beneficios y derechos de todos los Asegurados beneficiándose a través de la afectación a los Fondos del SIP; en este sentido se considera necesario e imprescindible contar con el "respaldo satisfactorio" que permita evidenciar que un Asegurado trabajó en un momento determinado efectivamente como Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor.

4. De los excesos.

Sobre este punto la Administradora se pronuncia de la siguiente manera:

"El Artículo 22 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/DPC/DJ N° 432-2011 (sic), hace alusión a la devolución de los pagos en exceso que se hubiera generado por pagos de Asegurados Independientes en el periodo comprendido entre el 01/02/2011 al 30/09/2011, de cuya interpretación se tiene que no estarían comprendidos los Asegurados Consultores que hubieran hecho el pago de sus aportes en formulario de pago de contribuciones (sic) para Independientes.

Es conveniente aclarar que los pagos en excesos por tope salarial efectuados por los Asegurados se acreditaron en su Estado de Ahorro Previsional como cotizaciones adicionales y no se encuentran registrados como excesos, esto de acuerdo a norma vigente, es decir, la Resolución Administrativa SPVSIPN° 280/2001.

Asimismo es pertinente señalar que la normativa de excesos arriba citada, establece que el plazo para solicitar la devolución de los mismos -los excesos- es de dos años a partir de la recepción de la notificación, situación que es claramente contradictoria al plazo perentorio del 31 de diciembre de 2011 que se señala el (sic) punto IV del Artículo 22 del Anexo I de la R.A. SPVS/DPC/DJ/N° 432-2011, por lo que es necesario que se efectúe la aclaración o complementación pertinente. … (sic)

Bajo los preceptos normativos ya citados, no existiría un procedimiento de devolución de aportes pagados por los Asegurados como Consultores, cuyos procesos de contratación se iniciaron con anterioridad a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 778, y para los que cuales (sic) no existía la obligación de pago, por cuanto estos, no podrían ser considerados pagos en exceso".

Sobre lo expuesto por la AFP, es importante señalar lo siguiente:

La R.A.432-2011, como en su momento la R.A. 129-2011, establecen un procedimiento especial para el pago de excesos en Formularios de Pagos de Contribuciones de Independientes, considerando que no fue sino hasta el primer día hábil de octubre que se puso en vigencia el FPC-CO; en este contexto se otorga una posibilidad excepcional para los Asegurados que hubieran procedido al pago de Contribuciones a través del FPC de Independientes y presenten excesos en vista de lo anterior.

Asimismo, es importante aclarar que no se ha dejado sin efecto la Resolución Administrativa SPVS IP N° 280/2001, ni demás normativa relacionada a la devolución de pagos en exceso que se hubiera encontrado vigente antes de las R.A. 129-2011 y 432-2011, por lo que las mismas siguen vigentes.

Lo único que establece la ahora recurrida R.A.432-2011, es un procedimiento especial considerando que durante el período comprendido entre el 01 de febrero de 2011 y el 30 de septiembre de 2011 no se contaba con un FPC específico para Consultores, lo que pudo originar pagos en exceso de los Asegurados.

Por otra parte, es importante aclarar que con relación a los casos de Consultores por Producto y Consultores de Línea cuyos procesos de contratación se iniciaron con anterioridad a la publicación del Decreto Supremo No. 0778 y en consideración a lo establecido en la Disposición Final Segunda de dicho Decreto Supremo, no existe obligación del pago de Contribuciones de dichos casos.

5. De los empleadores como agente de retención.

La Administradora en su Recurso de Revocatoria, señala lo siguiente:

"De acuerdo al marco normativo establecido por el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, el empleador (sic) podrá actuar como Agente de Retención para las contribuciones (sic) realizadas por un Consultor de Línea, sin embargo a tiempo de reglamentar dicho aspecto se ha omitido establecer de manera clara y precisa lo siguiente:

- *Cuál el formulario que debe utilizar el agente de retención para el pago de estas contribuciones (sic).*
- *Si el empleador (sic) está obligado a pagar como Agente de Retención de un Consultor de Línea, algún otro concepto.*
- *En caso de que una Entidad Pública actúe como Agente de Retención de un Consultor ¿en qué Formulario debe ser pagado a la AFP y qué conceptos deberá pagar como Agente de Retención?*
- *Sí por la falta de pago oportuno del empleador que oficia como agente de retención, se debe generar interés por mora e incremental. En caso de ser afirmativo, cuál seria (sic) el Formulario para realizar el pago que incluya estos conceptos."*

Sobre lo señalado por la AFP, cabe mencionar lo siguiente:

Es importante recordar a la AFP que el Adjunto al Decreto Supremo No. 0778 de 26 de enero de 2011, establece claramente los conceptos de Contribución de un Consultor, de acuerdo a lo siguiente:

Tipo de Asegurado		Consultores	
Detalle	Porcentaje de Aporte	Menor de 65 años	Mayor de 65 años
Aporte Patronal Solidario	3%	NO APLICA	NO APLICA
Aporte Solidario del Asegurado	0,50%	APLICA	APLICA
Cotización Mensual	10%	APLICA	APLICA
Prima por Riesgo Común	1,71%	APLICA	NO APLICA

Prima por Riesgo Profesional	*1,71%*	*NO APLICA*	*NO APLICA*
Prima por Riesgo Laboral	*1,71%*	*APLICA*	*NO APLICA*
Comisión	*0,50%*	*APLICA*	*APLICA*
Aporte Nacional Solidario de Dependientes	*1% 5% 10%*	*APLICA*	*APLICA*

Como es posible apreciar en el cuadro anterior el Decreto Supremo No. 0778, claramente establece los conceptos por los cuales un Consultor debe efectuar el Pago de Contribuciones.

Por otra parte, respecto al Formulario de Pago de Contribuciones que debe usar un Contratante en caso de optar por ser Agente de Retención corresponde al FPC del Sistema Integral de Pensiones y del Fondo Solidario, si corresponde, aprobados mediante Circular AP/DPC/CO/01-2011.

Como podrá apreciar la Administradora, los conceptos del Pago de Contribuciones a través de un Agente de Retención corresponde en forma similar al Pago de los Trabajadores Cooperativistas Mineros, por lo que no es necesario efectuar un Formulario diferente, existiendo a la fecha los Formularios que permita efectuar este tipo de pagos.

Asimismo, cabe recordar a la AFP que el artículo 23 de la ahora recurrida R.A. 432-2011, señala:

*"**ARTÍCULO 23.- (IDENTIFICACIÓN DE MORA). I.** Los aportes efectuados por Consultores de Línea, Consultores por Producto y Consultores, por periodos comprendidos en el plazo de Vigencia de un Contrato de Consultoría, independientemente del periodo al cual se acrediten no generarán mora.*

***II.** Las Contribuciones efectuadas por un Consultor de Línea, a través de un Agente de Retención que se efectúen fuera del plazo establecido en el artículo 4 anterior, generaron mora y recargos cuando corresponda".*

Por lo expuesto, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/432-2011, establece la generación de mora y recargos cuando corresponda para los Agentes de Retención que efectúen el pago de Contribuciones fuera de plazo.

Asimismo, para el cobro de Contribuciones en mora corresponderá la aplicación de los Formularios de Pago de Contribuciones antes señalados en este punto.

6. De la realización de dos o más pagos por un mismo periodo.

Respecto a este punto, la Administradora, señala lo siguiente:

"El Art. 18 inciso I, II, III (Acreditación del Ingreso Cotizable), indica que en caso que un Asegurado Independiente efectúe dos o más pagos por un mismo periodo de cotización, el Estado de Ahorro Previsional deberá reportar como Ingreso Cotizable aquella cotización efectuada con fecha de pago más antigua y el pago posterior

deberán ser acreditados como Cotización Adicional. Considerando el principio jurídico de la irretroactividad de la norma, y considerando que la ahora recurrida R.A. APS/DPC/DJ/N° 432-2011 nos fue notificada en fecha 30 de noviembre de 2011, los efectos de la misma sería aplicable al periodo de cotización correspondiente al mes de diciembre de 2011.

Considerando lo arriba expresado, se hace notar que no se cuenta con procedimiento para periodos de cotización cancelados de forma anterior a la emisión y notificación de la R.A. APS/DPC/DJ/N° 432-2011, por ejemplo múltiples aportes de independientes de periodos Junio 2011, Agosto 2010, etc.

Asimismo, no se ha previsto que el pago de dos o más aportes por un mismo periodo se deban a que un Consultor está realizando consultorios con distintos Contratantes, lo que no justificaría que uno de los pagos se acredite como cotización adicional. Asimismo y en el evento de que uno solo (sic) de los Contratantes declaro el FRC. El Aporte que corresponda por una consultoría (sic) de un empleador (sic) que no declaró el FRC se quedaría en RECNA o se Acreditaría en REZAGO".

Sobre lo señalado por la AFP, cabe mencionar lo siguiente:

Respecto a la acreditación del Ingreso Cotizable, el artículo 14 de la R.A. 129-2011, establecía los mismos criterios de acreditación del Ingreso Cotizable, los cuales se encontraban vigentes previa a la emisión de la ahora recurrida R.A.432-2011, por lo anterior, se demuestra que se contaba con un procedimiento vigente para la acreditación del Ingreso Cotizable por periodos anteriores a la vigencia de la R.A.432-2011.

Con relación al enunciado de la AFP que señala: "... no se ha previsto que el pago de dos o más aportes por un mismo periodo se deban a que un Consultor está realizando consultorios con distintos Contratantes", esta afirmación no es valedera dado que el mismo Formulario de Pago de Contribuciones de Consultores FPC-CO, cuenta con cinco (5) campos a objeto que el Consultor pueda llenar la información del periodo por todos los Contratos que éste tuviera en el mes. Cabe resaltar que este Formulario también se encontraba dispuesto en los Anexos de la R.A.129-2011, por lo que extraña que la AFP señale que no es posible el pago de Contribuciones por más de un Contratante en un mismo período de cotización.

Asimismo, cabe recordar a la AFP que el parágrafo IV del Decreto Supremo No. 0778 establece: "... En caso de realizar simultáneamente dos (2) o más consultorios, las Contribuciones se realizarán sobre la suma total de contratos.", esta posibilidad fue considerada en el Formato del FPC-CO, establecido en la R.A. 129-2011.

7. Del registro de los Asegurados.

La Administradora en su memorial señala:

"El artículo 4-. (PROCESO DE ASEGURAMIENTO) en su inciso a) señala que se debe proceder al registro del Consultor en Línea (sic), Consultor por Producto o Consultor,

de acuerdo al procedimiento vigente de Asegurados Independientes, el cual de acuerdo a normativa emitida debe considerar necesariamente la realización del primer pago para el registro. De lo citado, se tiene la imposibilidad de procesar el registro y la asignación de CUA en caso de que el Asegurado quiera registrarse sin realizar el pago, puesto existe (sic) procedimiento para ello.

Asimismo, el artículo 4-.(PROCESO DE ASEGURAMIENTO) el inciso b) señala que se debe proceder al registro del Consultor en Línea (sic), Consultor por Producto o Consultor, de acuerdo al procedimiento vigente para Asegurados en Rezago. Hacemos notar que el registro de Asegurados en Rezago se denomina Registro de Afiliados Dependientes con Cotizaciones en Rezagos, establecido en el artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS Nº 13 de 2 de enero de 2008 GESTIONES PARA COTIZACIONES EN REZAGO, para lo cual debe existir relación de dependencia Laboral, procedimentalmente el llenado del Formulario de Registro lo realiza el Empleador reemplazando la firma del Asegurado, por lo cual solicitamos expliquen y/o complementen el procedimiento específico a seguir para estos casos, dado su contradicción e inaplicabilidad de la Resolución ahora recurrida". Sobre lo señalado por la AFP, cabe mencionar lo siguiente:

En primera instancia, la primera parte expuesta por la AFP implicaría la posibilidad de generar CUA sin aportes, lo cual como se ha demostrado a la fecha ha generado la asignación de CUA a personas que nunca efectuaron el pago de Contribuciones, casos que incluso a la fecha se encuentran en depuración y son de conocimiento de la Administradora. En este sentido la R.A.432-2011, ha sido consistente en cuanto a la necesidad de contar con al menos un pago de Contribuciones efectuado por el Consultor en su calidad de Asegurado Independiente con el objeto antes mencionado de evitar la generación de CUA sin aportes.

Por otra parte, si bien para el levantamiento de cotizaciones en Rezago previa a la R.A.432-2011, el Registro de Afiliados Dependientes con Cotizaciones en Rezago señalaba la existencia de la relación laboral, para el caso de Consultores, se cuenta asimismo con un Registro presentado por el mismo Contratante (Formulario de Registro de Consultores - FRC) para lo cual el procedimiento vigente es el mismo sólo que en lugar de señalar Empleador, se debe abrir la posibilidad a la firma del Contratante sin afectar el actual procedimiento. Por lo anterior no existe una inaplicabilidad del procedimiento vigente sino lo que corresponde es aplicar el mismo abriendo la posibilidad a la firma del Contratante así como del Empleador según corresponda.

8. Del vacío normativo para otros casos.

Respecto a este punto, se procederá a analizar cada de las consideraciones expuestas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, de acuerdo a lo siguiente:

"Fuera de lo precedentemente señalado, se han detectado otras casuísticas que se han plasmado en la consulta efectuada a su Autoridad y que aprovechamos para ratificarlas de acuerdo al siguiente detalle:

1. *En el caso de que un Consultor, Consultor por producto (sic) o Consultor de Línea presente su renuncia antes de la fecha de culminación de su contrato, ¿qué documentación es válida para procesar la baja y cual el procedimiento para su registro?"*

En este aspecto es importar recordar a la AFP que, el artículo 5 de la R.A.432-2011 dispone:

***"ARTÍCULO 5.- (REGISTRO DE CONTRATANTES).** I. Todo Contratante se encuentra en la obligación de informar a las AFP, sobre lo siguiente:*

a) El inicio de los Contratos de Consultoría, a partir de la suscripción del mismo.
b) La conclusión de los Contratos de Consultoría o si corresponde su ampliación a partir de la conclusión o ampliación del Contrato de Consultorio...

***ARTÍCULO 6.- (PLAZO PARA EL REGISTRO).** I. Todo Contratante se encuentra en la obligación de informar lo señalado en el artículo 5 anterior, hasta el último día hábil del siguiente mes al reporte".*

Por lo expuesto, la AFP cuenta con un Formulario y el plazo vigente para que el Contratante reporte la conclusión o ampliación de un Contrato de Consultoría independientemente de la fecha de culminación de éste.

2. *"Todos los aportes pagados en Formularios de Independientes por periodos pasados, pagados hasta el 30 de septiembre de 2011 que tengan el sello correspondiente ¿deberán tener declarado FRC para su correspondiente acreditación en cuenta individual o rezagos, según corresponda?"*

En su momento uno de los criterios establecidos por la R.A. 129-2011, establecía el sello de la AFP como condición para aceptar un pago de Consultores de Línea, Consultores por Producto o Consultores, por lo que para la acreditación de éstos casos (pagos efectuados hasta el 30 de septiembre de 2011) la condición de acreditación es el sello de la AFP, de acuerdo a la norma vigente en su momento.

3. *Existen pago de Consultores cuyo Ingreso Cotizable supera los Bs. 13.000 (sic) sin embargo no pagaron el Nacional Solidario. ¿Cuál el procedimiento para su regularización?*

En primera instancia, corresponde señalar que la AFP es la única responsable por la Recaudación, asimismo lo es también por la selección y contratación de Entidades encargadas de la recaudación si así correspondiera, por lo que la revisión de un aspecto de pago de Contribuciones debió ser comunicado oportunamente a dichas entidades.

Independientemente de lo señalado, la R.A.432-2011, no tiene como objeto una regularización de casos o posibles casuísticas que emerjan de la aplicación de la misma, por lo que si corresponde un proceso de regularización o en su defecto la

responsabilidad de la administradora por la recaudación efectuada, la misma será analizada en una Normativa complementaria.

4. *¿Existen pago de aportes cuyo Ingreso Cotizable es menor a un Salario Mínimo Nacional, como se regularizan estos casos?*

Similar al punto 3. anterior.

5. *Existen pagos en Formularios de Independientes por periodos pasados, anteriores a febrero/2011. ¿Cómo se regularizaran estos casos?*

De acuerdo al Decreto Supremo No. 0778 de 26 de enero de 2011, las Contribuciones de Consultores de Línea, Consultores por Producto o Consultores inician a partir del periodo de cotización febrero de 2011, por lo señalado, la AFP en su oportunidad debió comunicar las características de aceptación a sus Entes Recaudadores.

Asimismo, en caso de presentarse casos de FPC con el sello de Administradora, los mismos serán en su momento objeto de análisis y del procedimiento administrativo que corresponda.

Finalmente en caso que la Entidad Recaudadora hubiera aceptado pagos en FPC de Independientes, cabe recordar a la AFP que la responsabilidad por la recaudación es de la Administradora y el objeto de la R.A.432-2011 no es regularizar errores que pudieran o no atribuirse a la AFP o entidad recaudadora. Lo anterior será sujeto de análisis respectivo y comunicado a la AFP, en normativa complementaria, si correspondiese.

6. *"Existen casos de Consultores que no declararon el mes de inicio, ni el mes de conclusión de contrato en el FPC-CO, considerando que para poder ser acreditado el aporte debe tener FRC y estos datos se encuentran en el mismo, la información faltante en el FPC-CO seria solo (sic) referencia!?"*

A este punto cabe señalar que, las fechas de inicio y fin de contrato del FPC-CO si bien pueden ser consideradas referenciales, es importante la comunicación y educación a los Asegurados para el llenado completo y correcto del FPC-CO, dado que éste y el FRC se constituyen en documentos que en su momento permitan cruzar e identificar la veracidad de la información.

Por lo expuesto, las fechas de inicio y conclusión son importantes a objeto de verificar que el período de cotización por el cual el Asegurado efectúa un pago efectivamente se encuentre dentro de los períodos habilitados para tal efecto, como son el inicio y conclusión de un Contrato de Consultoría.

7. *"Cual (sic) la forma de llenado del FRC en el campo fecha de conclusión de contrato de consultoría, en los casos cuyo término sea indefinido, se debe entender que el contrato que no tiene fecha de conclusión no tiene calidad de Consultor?"*

Como se señaló en el primer punto de esta sección, el Contratante tiene un plazo para reportar tanto el inicio como el final de los Contratos de Consultoría, de presentarse el caso que por la naturaleza del Contrato de Consultoría éste no considere una fecha de conclusión en un principio, es obligación del Contratante informar el periodo de inicio de la relación en los plazos establecidos en norma.

Asimismo, una vez se llegue a la Conclusión del mismo, independientemente de los motivos que la originen, el Contratante de acuerdo a los artículos 5 y 6 de la R.A.432-2011 cuenta con un plazo para reportar dicha información.

8. *"Existen pagos cuyos Ingresos Cotizables no han sido declarados, sin embargo los porcentajes pagados (sic), se debería inferir el ingreso cotizable a partir de los conceptos pagados?"*

Nuevamente, es importante señalar que la casuística señalada se debe a una falta en la verificación al momento de la declaración y presentación de los Formularios de Pago de Contribuciones a las Entidades Recaudadoras, la cual es una responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

La alternativa propuesta por la Administradora deberá ser evaluada en función a las características que presente la casuística, de las cuales no se presenta documentación. Asimismo, es importante señalar que las correcciones a errores o deficiencias originadas al momento de pago no son el objeto de la R.A.432-2011, las mismas serán analizadas y normadas sin perjuicio de la responsabilidad de la Administradora, en una normativa complementaria, si corresponde.

9. *"¿Un consultor realizo (sic) su primer aporte en junio de 2011, sin embargo su contrato recién se inicia en julio/2011, podrá el consultor solicitar la rectificación del periodo de cotización, mediante nota?"*

Es importante considerar para el ejemplo señalado por la Administradora, la vigencia de la normativa y la característica del pago a objeto de responder y analizar el caso. De acuerdo a lo señalado en los puntos anteriores, es posible que el pago de Consultor se hubiera efectuado antes incluso de la vigencia de la R.A.432-2011, que cuente con sello de la Administradora u otra casuística particular, por lo que para el objeto del análisis respectivo del caso es importante conocer a detalle el mismo.

10. *"Si los aportes de Consultores se acreditan en rezago, una vez que se regularice el FRC, se deberá levantar el rezago ¿cómo se debe proceder si el periodo del aporte en rezago no está dentro del periodo de contrato declarado en el Formulario de Registro del Empleador?"*

Como bien lo señala la AFP, si un periodo de cotización se encuentra en el rango de periodos declarados en el FRC, el mismo se podrá levantar y el periodo de cotización deberá ser acreditado en la Cuenta Personal del Asegurado. Si el periodo del aporte en rezago no se encuentra dentro del periodo de contrato declarado en el FRC, el mismo no podrá ser acreditado en la Cuenta Personal del Asegurado.

11. "No se establece si las formulas descritas en los puntos II y III del Artículo 15 de la resolución recurrida, tienen su alcance para los casos de Consultores por Producto y Consultores"

Claramente el parágrafo IV del artículo señalado por la Administradora establece:

"…

IV. En el caso de ***Consultores por Producto y Consultores*** *cuyo Contrato de Consultoría considere un periodo de tiempo mayor a un mes, en cumplimiento al artículo 8 del Decreto Supremo No. 0778 de 26 de enero de 2011, el pago de Contribuciones al SIP deberá efectuarse sobre el monto total del contrato entre la duración en meses del mismo" (las negrillas son nuestras)*

12. "En referencia al Artículo 4, inciso d), numeral ii de la R.A. ***APS/DPC/DJ/N° 432-2011*** *cuando un Consultor de línea (sic), Consultor por Producto o Consultor no se encuentra en el FRC pero realice el pago de contribuciones (sic) en el FPC-CO, la Administradora registrara* (sic) *al mismo y llenara* (sic) *el formulario FRC según instrucción de la APS considerando que no se encuentre al Contratante, la consulta es si el formulario debe ir sin firma y/o sello del Contratante o Representante Legal o debe existir un sello específico de la Administradora."*

El inciso al cual hace referencia la Administradora señala:

"…

ii) En el caso que no se encontrara la dirección del Contratante o éste no respondiera a la nota enviada por la AFP, la Administradora deberá registrar al Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor, solicitando que el mismo presente una copia del Contrato de Consultoría que contenga el periodo pagado en el FPC-CO."

Por lo expuesto, si el Contratante no pudo ser hallado, el FRC no contará con la firma ni sello del Contratante ni del Representante Legal del mismo, a este efecto, con el fin de no perjudicar al mismo, y poder proceder con el registro del Consultor el inciso iii) del mismo artículo señala:

"…

iii) La AFP debe guardar una copia del Contrato en el Archivo Físico del Asegurado como respaldo del periodo y del pago efectuado por éste".

En este sentido, el respaldo para el registro del Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor, es la copia del Contrato de Consultoría, del cual la AFP podrá extraer la información pertinente para verificar los períodos de cotización a ser pagados por el Consultor.

13. "Solicitamos confirmar la exposición del ejemplo 2 del Art. 18"

El ejemplo 2 del artículo al que hace referencia se basa en el parágrafo II del artículo 18 que señala:

"II. Todo pago de Contribuciones al SIP de un Asegurado Independiente que se efectúe en fecha posterior al pago de Contribuciones como Asegurado Dependiente o como Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor, deberá ser acreditado como Cotización Adicional".

Por consiguiente, los ejemplos señalados en el artículo 18, corresponden a lo establecido en el parágrafo II del artículo 18.

14. "¿Cuál el tratamiento de declaración en el Formulario de Registro de Consultores, para aquellas consultorías por producto, que tienen un ingreso variable, en el que se tiene un precio por unidad y el Total Mensual está sujeto a la producción mensual?"

Sobre lo señalado por la AFP, cabe mencionar lo siguiente:

Como se señaló en el punto 1 de la presente sección, existen casos que ya sea por la naturaleza del Contrato de Consultoría u otros factores, el mismo puede afectar tanto las fechas de culminación de los contratos como por consecuencia de lo anterior también afectar el monto de aportes mensuales.

En este sentido, la información tanto de la culminación del Contrato de Consultoría así como de los montos finales o verificación de los mismos, deberán ser declarados por el Contratante en los plazos establecidos en norma.

Cabe señalar que el aspecto principal que debe considerar la Administradora para verificar los periodos que puede cotizar un Consultor en Línea, Consultor por Producto o Consultor, es el periodo de inicio del Contrato de Consultoría, a partir del cual se pueden presentar cualesquiera de las otras casuísticas señaladas precedentemente por las cuales el Contratante cuenta con un plazo y procedimiento de reporte.

9. De los plazos de implementación.

"La Resolución N° 432-2011 que es recurrida, no contempla los plazos de la implementación de los aplicativos para su cumplimiento, que incluyen actividades tales como:

a) Análisis y diseño de los requerimientos.
b) Desarrollo de las herramientas informáticas
c) Pruebas funcionales
d) Puesta en producción.

Que se desarrollarán de acuerdo a un análisis preliminar de nuestro departamento de Tecnología en tres meses, sin embargo hay que considerar que el hecho de haber realizado consultas procedimentales y haber evidenciado vacios normativos que a la fecha no fueron resueltos, el proceso de desarrollo tecnológico no puede empezar".

Sobre lo señalado por la AFP, cabe mencionar lo siguiente:

La R.A. 129-2011, ya establecía los lineamientos y procedimientos principales para el cumplimiento de la normativa de Consultores, tal es el caso que a la fecha ambas Administradoras de Fondos de Pensiones ya contaban con Bases de Datos de Consultores, así como el establecimiento de los Formularios de Pago de Contribuciones, por lo que el desarrollo informático que señala la AFP ya habría iniciado y no tiene como punto de partida la ahora recurrida R.A. 432-2011.

Sin perjuicio a lo anterior, y considerando los ajustes y modificaciones resultado de la ahora recurrida Resolución Administrativa, corresponde señalar que la misma otorgó un plazo adicional para la remisión de las Bases de Datos al mes de enero de 2012 permitiendo a la AFP efectuar los ajustes que requiera a partir de la notificación de la R.A. 432-2011 hasta su primer envío, el cual como se señaló no fue establecido con carácter inmediato precisamente en consideración a las modificaciones que efectuaría la AFP.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar totalmente la R.A.432-2011, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 16 de febrero de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 057-2012 de 27 de enero de 2012, con los siguientes argumentos:

"I.FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-
a) De la interpretación de la definición de "Consultor":

En los considerandos de la ahora impugnada resolución su Autoridad ha señalado que "...considerando la definición que otorga la norma no corresponde señalar ejemplos entre una profesión o actividad que desarrolle una persona natural, por cuanto independientemente de la labor que desarrolle ésta, sí la misma se encuentra en el marco de una relación contractual civil la persona natural deberá ser considerada como Consultor para efectos del SIP. El incisa (sic) *c) del artículo 1 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de*

Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora aprobado Mediante (sic) *Decreto Supremo Nº 20778* (sic) *de 26 de enero de 2011 ha definido que "Para efectos del SIP, Consultor es toda persona natural que presta servicios en una entidad privada, por un tiempo determinado y de manera independiente en el marco de una relación contractual civil".*

Sin embargo de lo anterior, no se han definido ni ejemplificado mediante reglamentación, que actividades se encontrarían dentro del servicio de consultaría. Lo anterior ha motivado a que nuestra AFP haga las consultas pertinentes, las mismas que fueron efectuadas a su Autoridad mediante nota FUT.APS.REC.2208/2011 de fecha 13 de diciembre de sin contar con respuesta hasta la fecha.

Por lo que siguen las dudas respecto a por ejemplo, si la contratación por una reparación, mantenimiento o realización de una obra menor a cargo de un albañil, plomero, carpintero jardinero, etc. en una empresa se constituye en un servicio de consultoría; o ¿Cuál es el tratamiento de los contratos por igualas (sic) *en los servicios de abogacía, específicamente cuando no incluyen fecha de finalización, ni monto a recuperar. Se entiende que al no tener un plazo no se consideraría Consultoría?*

Más aún no se establece si las Empresas Unipersonales se encuentran enmarcadas en el ámbito de aplicación de la norma.

Ante ese falta de reglamentación nuestra Administradora esta imposibilitada de brindar asesoramiento real y valedero a la población y a este sector específico.

b) De la aplicación del concepto de rezagos a los aportes de consultores dentro del SIP:

Al no haberse definido en la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, ni en sus dos Decretos de Desarrollo Parcial (D.S. 0778 y 0822) el concepto de Rezago, se nos remite al concepto expresado por el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1977 que señala ***"Rezagos:*** *Recursos depositados por concepto de Contribuciones en una AFP, pero que no tienen identificación o respaldo satisfactorio para ser acreditados a una Cuenta Individual".*

Contrariamente al concepto que se tiene de los aportes en Rezagos, los aportes efectuados por los consultores cuentan en su totalidad con la identificación del Asegurado (nombre y apellidos, número de documento de identidad y número de CUA) y los mismos han sido efectuados en el formulario de recaudación creado para el efecto, por lo que cumplen con los requisitos de acreditación en la Cuenta Personal Previsional; sin embargo, su Autoridad ha determinado que dichos aportes no pueden ser acreditados, por el simple hecho de que los empleadores que contratan consultores, no los han declarado en el registro creado para el efecto, pese a que tienen la identificación y el respaldo satisfactorio para ser acreditados a una Cuenta individual.

El condicionar la acreditación de las contribuciones del Consultor en Cuenta Personal Previsional a la existencia del registro del Consultor, actividad realizada por el

Contratante a través del llenado y presentación del Formulario de Registro de Consultor ante la AFP, no solo (sic) *limita las posibilidades de acceso a la prestación de vejez, impactando desfavorablemente en el cálculo del referente salarial y saldo acumulado en cuenta personal previsional, afecta también al cálculo de cobertura y posibilidad de acceso a prestaciones de invalidez y de muerte, lo que constituye una violación al derecho que tienen todos las bolivianas y bolivianos de acceder a la seguridad social establecido en el artículo 45° de la Constitución Política del Estado. Asimismo, no considera el extremo tal, de que el Contratante nunca declare, presente y registre el Formulario de Registro de Consultores ante una AFP y en el Futuro a la Gestora Pública de la Seguridad Social; ya sea por voluntad propia, al no existir un mecanismo coercitivo para tal fin o un afecto de la aplicación normativa, los aportes de Consultores que no tengan registro por parte de su Contratante, nunca podrán ser acreditados en las Cuentas Personales Previsionales respectivas, con todo el daño mencionado anteriormente.*

Ante lo anteriormente señalado, nuestra Administradora en etapa de transición, en estricta sujeción al inciso n) artículo 149° (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA GESTORA), que establece que se debe representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como de los Fondos que administra, vemos con preocupación que el acceso a las prestaciones del SIP se vea afectado o imposibilitado por la negligencia del Contratante o por cierre de la empresa Contratante, no pueda realizar la declaración de los contratos de consultoría suscritos, dejando en completa indefensión a los Asegurados Consultores, más aún no se establezca un proceso de regularización que no este (sic) *a expensas o condicionado por la declaración del Contratante.*

c) De los Excesos:

El Artículo 22 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/DPC/DJ/N° 432-2011 (sic), hace alusión a la devolución de los pagos en exceso que se hubiera generado por pagos de Asegurados Independientes en el periodo comprendido entre el 01/02/2011 al 30/09/2011, de cuya interpretación se tiene que no estarían comprendidos los Asegurados Consultores que hubieran hecho el pago de sus aportes en formulario de pago de contribuciones para Independientes.

Es conveniente aclarar que los pagos en excesos por tope salarial efectuados por los Asegurados se acreditaron en su Estado de Ahorro Previsional como cotizaciones adicionales y no se encuentran registrados como excesos, esto de acuerdo a norma vigente, es decir, la Resolución Administrativa SPVS IP N° 280/2001, por lo que existe una contradicción de norma que aún no fue aclarado con la emisión de la Resolución N° 57-2012.

Asimismo es pertinente señalar que la normativa de excesos arriba citada, establece que el plazo para solicitar la devolución de los mismos -los excesos- es de dos años a partir de la recepción de la notificación, situación que es claramente contradictoria

al plazo perentorio del 31 de diciembre de 2011 que se señala el punto IV del Artículo 22 del Anexo I de la R.A. SPVS/DPC/DJ/N° 432-2011, por lo que es necesario reiterar nuestra solicitud de que se efectúe la aclaración o complementación pertinente.

Asimismo mencionar que las Circulares SPVS/IP/DCF/60/2007 y SPVS/IP/DCF/80/2007 establecían el procedimiento de devolución de aportes pagados como Afiliados Independientes, únicamente cuando éstos fueron efectuados con fines de Jubilación, lo cual quedó sin efecto con la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011.

Bajo los preceptos normativos ya citados, no existiría un procedimiento de devolución de aportes pagados por los Asegurados como Consultores, cuyos procesos de contratación se iniciaron con anterioridad a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 778, y para los que cuales no existía la obligación de pago, por cuanto estos, no podrían ser considerados pagos en exceso.

d) De los empleadores como agentes de retención:

De acuerdo al marco normativo establecido por el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, el empleador podrá actuar como Agente de Retención para las contribuciones realizadas por un Consultor de Línea, sin embargo a tiempo de reglamentar dicho aspecto se ha omitido establecer de manera clara y precisa lo siguiente:

- *Cuál el formulario que debe utilizar el agente de retención para el pago de estas contribuciones*
- *Si el empleador está obligado a pagar como Agente de retención de un Consultor de Línea, algún otro concepto.*
- *En caso de que una Entidad Pública actúe como Agente de Retención de un Consultor ¿en qué Formulario debe ser pagado a la AFP y qué conceptos deberá pagar como Agente de Retención.*
- *Si por la falta de pago oportuno del empleador que oficia como agente de retención, se debe generar interés por mora e incremental. En caso de ser afirmativo, cuál seria* (sic) *el Formulario para realizar el pago que incluya estos conceptos.*

La respuesta consignada en la ahora recurrida Resolución N° 57-2012 no establece el procedimiento para el cobro, más aún no establece en que Formulario se realizará el pago, dado que el Formulario de Pago de Contribuciones de Consultores no incluye el campo de interés mora e incremental y el Formulario de pago de Contribuciones SIP es de uso exclusivo de empleadores que tienen trabajadores en calidad de dependencia laboral.

Por lo que nos vemos, nuevamente, imposibilitados de cumplir la Resolución N° 57, por falta de mecanismo jurídico que permita su aplicación.

e) Del registro de los Asegurados:

El artículo 4-.(PROCESO DE ASEGURAMIENTO) el inciso b) señala que se debe proceder al registro del Consultor en Línea, Consultor por Producto o Consultor, de acuerdo al

procedimiento vigente para Asegurados en Rezago. Nuevamente hacemos notar que el registro de Asegurados en Rezago se denomina Registro de Afiliados Dependientes con Cotizaciones en Rezagos, establecido en el artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS Nº 13 de 2 de enero de 2008 GESTIONES PARA COTIZACIONES EN REZAGO, para lo cual debe existir relación de dependencia Laboral, procedimentalmente el llenado del Formulario de Registro lo realiza el Empleador reemplazando la firma del Asegurado, por lo que se estaría utilizando un Formulario creado con un fin, el registro de trabajadores dependientes con cotizaciones en Rezago, para otro que no fue concebido y que no tiene los campos necesarios ni aplican siquiera los nombres del mismo.

Vemos con preocupación la reutilización y forzada adaptación de formularios establecidos con un fin, aplicados en otro, totalmente diferente e incompatible, sin el respaldo jurídico correspondiente ni lógica aplicada

f) Del vació normativo para otros casos:

Fuera de lo precedentemente señalado, aún persiste la duda y falta de procedimiento aplicable de acuerdo al siguiente detalle:

1. *Existen casos de Consultores que no declararon el mes de inicio, ni el mes de conclusión de contrato en el FPC-CO, al ser este un documento que tiene la característica de ser un Declaración Jurada, la AFP puede orientar sin embargo no puede rechazar estos pagos, por lo que se debe establecer un proceso de regularización de los mismos, el cual no fue considerado en la Resolución Nº 57-2012.*
2. *No se establece claramente si el llenado del FRC en el campo fecha de conclusión de contrato de consultoría, en los casos cuyo término sea indefinido, se enmarcan en el ámbito de aplicación de la Resolución Nº 57-2012.*

3. *No establece un procedimiento de regularización para los Consultores que realizaron el pago en los plazos, forma y Formularios de Asegurados Independientes, antes de la vigencia de la primera Resolución que reglamentaba el pago de Consultores, Resolución Nº 129-2011 de julio de 2011.*

II. CONCLUSIONES.-

Como su Autoridad fácilmente podrá colegir de los argumentos de orden técnico y legal, pese a la emisión de la Resolución Nº 57, aún persisten dudas y observaciones, así como la falta definiciones procedimentales que no han sido consideradas en la normativa que regula la forma de aportación y registro de Asegurados que trabajan en calidad de Consultores, aspectos que dificultan la implementación de la normativa. Lo anterior repercute en el hecho de que nuestra Administradora, como operadora de la Seguridad Social a Largo Plazo, no pueda orientar a la población adecuadamente.

Además la falta de claridad y especificidad genera una diversa y antojadiza

cantidad de interpretaciones por parte de los Consultores y usuarios del Sistema de Pensiones, afectando el fin que persigue el Sistema Integral de Pensiones.

III.PETITORIO-

Por todo lo precedentemente esgrimido, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, los artículos 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad revocar el efecto y alcance de las Resoluciones Administrativas APS/DPC/DJ/Nº 432- 2011 de 23 de noviembre de 2011; y APS/DPC/DJ/Nº 057-2012 de 27 enero de 2012, estableciéndose en consecuencia procedimientos claros y coherentes que conduzcan a un correcto procesamiento y acreditación de los aportes efectuados por los Consultores al Sistema Integral de Pensiones…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En primer término, corresponde precisar que de la lectura del Recurso Jerárquico presentado por la AFP, se evidencia que está no ha demostrado vulneración a sus derechos subjetivos, ni a su interés legítimo, limitando la mayor parte de su fundamentación a preguntas o cuestionamientos sobre una normativa regulatoria.

Que ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2009 determinó:

"…Que el Recurso Jerárquico planteado tiene por finalidad que esta instancia jerárquica, haga el correspondiente análisis de legalidad, verifique la conformidad o disconformidad de los actos recurridos con el sistema normativo, y no así la de responder y hacer absolución de consultas o complementaciones a la normativa emitida por la APS…"

Quedando claro entonces que el Recurso Jerárquico, no es el medio idóneo para la absolución de consultas o dudas que tenga el regulado, sin embargo de ello y sin perjuicio de lo referido anteriormente, se realizan las precisiones correspondientes conforme se procede a continuación:

1.1. De la definición de "Consultor".-

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala en su Recurso Jerárquico que no se ha definido mediante

regulación que actividades se encontrarían dentro del servicio de Consultoría, y si por ejemplo la contratación de un albañil, plomero, jardinero, etc., o los contratos de igualas se considerarían Consultorías. Asimismo, señala que no se establece si las Empresas Unipersonales se encuentran enmarcadas en el ámbito de aplicación de la norma.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, "**Consultor**" para efectos del Sistema Integral de Pensiones es: "*…toda **persona natural** que presta servicios en una entidad privada, por un tiempo determinado y de manera independiente **en el marco de una relación contractual civil***". (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Asimismo, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432 de 23 de noviembre de 2011, señala en el Anexo I, punto ii), inciso b) del artículo 2, que el **Contrato** de Consultoría en el caso de Consultores, corresponde a la **relación contractual civil**.

A partir de dicha determinación, se deben precisar los siguientes aspectos:

- Una persona natural que presta servicios a una entidad privada por un tiempo determinado
- En el marco de una relación contractual civil

Ahora bien, de lo anterior tenemos que precisar dos aspectos fundamentales, que resolverán la presente controversia:

- La primera de ellas es establecer que, persona natural, es todo individuo que hace y obtiene la capacidad legal en la sociedad sin importar edad, sexo o religión, susceptible de tener derechos y deberes jurídicos a título personal y susceptible de figurar como término subjetivo en una relación jurídica, capaz de prestar servicios en una empresa privada por un tiempo determinado.

- El segundo elemento y no menos trascendental es la relación contractual civil que es la conexión que surge entre dos personas cuando voluntariamente han celebrado un contrato, conexión que el derecho le da validez y abre la posibilidad mediante la cual una persona se compromete a dar o hacer algo a cambio de una contraprestación.

En ese entendido, resulta evidente que un "Consultor" es toda persona natural que cuente con un contrato en el marco de una relación contractual civil, independientemente de la labor que realice.

Asimismo, tal como lo señaló la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 057-2012 de 27 de enero de 2012:

> "*…en caso que esta Autoridad efectuara* (sic) *categorizaciones por actividad laboral o profesiones, correspondería que la misma se pronuncie por todos los tipos laborales y/o profesiones que una persona natural pueda desarrollar en el Estado Plurinacional de Bolivia. En este sentido, identificar y desarrollar norma o ejemplificaciones para cada caso no es necesario por cuanto la definición de Consultor establecida en el Decreto Supremo No. 0778, abarca a toda relación contractual civil*

independientemente de la naturaleza del oficio, profesión o actividad laboral que desarrolle la persona natural…"

Por tanto, no corresponde categorizar, ni establecer ejemplos de actividades para catalogar a una persona como Consultor, ya que independientemente de la labor que desarrolle, si la misma se encuentra en el marco de una relación contractual civil (para efectos del SIP), éste será considerado como "Consultor".

Quedando claras entonces las características que estos deben tener, conforme a la normativa vigente a tiempo de la notificación de la Resolución Administrativa impugnada.
Ahora bien en cuanto a que sea esta Autoridad la que proceda a categorizar y establecer ejemplos para catalogar a una persona como Consultor, se tiene que esta instancia jerárquica no tiene competencia para ello, debiendo en todo caso la recurrente, acudir al órgano regulador en caso de que requiera una aclaración en las actividades que se enmarcan en la Consultoría.

1.2. De la aplicación del concepto de rezagos a los aportes de Consultores.-

La recurrente señala que el condicionar la acreditación de las contribuciones del Consultor en la Cuenta Personal Previsional, a la existencia del registro por parte del Contratante, no sólo limita las posibilidades de acceso a la prestación de vejez, sino también a la posibilidad de acceso a prestaciones de invalidez y muerte, constituyendo una violación al derecho que tienen todos los bolivianos y bolivianas de acceder a la Seguridad Social, ya que no se considera la posibilidad de que el Contratante nunca declare, presente y registre el Formulario de Registro de Consultores ante la AFP, ocasionando que los aportes de Consultores no tengan registro por parte de su Contratante y nunca puedan ser acreditados en las Cuentas Personales Previsionales respectivas.

Al respecto, es importante transcribir la normativa atinente al caso como sigue:

- La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011 establece:

  "ARTÍCULO 3.- (ASEGURAMIENTO).

  I. *Todo Consultor de Línea, Consultor por Producto y Consultor, se encuentra en la obligación de registrarse y asegurarse en una Administradora de Fondos de Pensiones…"*

  "ARTÍCULO 4.- (PROCESO DE ASEGURAMIENTO).
  (…)
  b) *Cuando el Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor se encuentre en el FRC que presenta el Contratante y realizó el Pago de Contribuciones en el Formulario de Pago de Contribuciones de Consultores, en adelante FPC-CO, por un periodo de cotización reportado por el Contratante, la AFP deberá:*

  i) Verificar el registro de la persona al SIP en la Base de Datos de Afiliaciones y comprobar que no se encuentre en ninguna de las AFP.
  ii) Proceder al registro del Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor, de acuerdo al procedimiento vigente de registro de Asegurados en Rezago.

c) *Cuando un Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor se encuentre registrado sólo en el FRC y no efectuó el Pago de Contribuciones en el FPC-CO por un periodo de cotización reportado por el Contratante, la AFP deberá:*

i) Verificar el registro de la persona al SIP en la Base de Datos de Afiliaciones y comprobar que no se encuentre en ninguna de las AFP.
ii) Verificar los meses (periodos) reportados en el FRC presentado por el Contratante.
iii) En el plazo de treinta (30) días calendario de vencido el último periodo de Vigencia del Contrato de Consultoría, la AFP deberá remitir nota al Contratante informando que el Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor no realizó ningún pago a la Seguridad Social de Largo Plazo.
iv) A través de la nota señalada en el punto ii del inciso c) del presente artículo, la AFP deberá informar al Contratante que es su responsabilidad exigir el comprobante del Pago de Contribuciones antes de efectuar el pago de honorarios del Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor.
v) Una vez que el Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor efectúe el pago de Contribuciones, se deberá proceder de acuerdo al inciso b) del presente artículo.

d) *Cuando un Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor no se encuentre en el FRC pero si realizó el Pago de Contribuciones en el FCP-CO por un periodo de cotización, la AFP deberá:*

i) En el plazo de hasta sesenta (60) días calendario de efectuado el pago, remitir nota al Contratante reportado en el FPC-CO, solicitando el registro del mismo y de todos aquellos Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor que podría tener.
ii) En el caso que no se encontrara la dirección del Contratante o éste no respondiera a la nota enviada por la AFP, la Administradora deberá registrar al Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor, solicitando que el mismo presente una copia del Contrato de Consultoría que contenga el periodo pagado en el FPC-CO…"

"ARTÍCULO 33. (PAGO DE APORTES DE CONSULTORES NO REGISTRADOS). *Transitoriamente, en caso de existir el pago de un Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor que no se encuentre registrado a través del FRC, el pago no podrá ser acreditado a la CPP del Asegurado, en consecuencia deberá registrarse en la cuenta:*

3.3.1.01.1.02 Cotizaciones en Rezagos de Consultores..."

De acuerdo a lo señalado precedentemente, es evidente que para que el aporte de un Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor sea acreditado en la Cuenta Personal Previsional, la AFP debe contar con el Formulario de Registro del Consultor, si bien la falta de presentación de este Formulario impide la acreditación inmediata, sin embargo, las Administradoras de Fondos de Pensiones deben administrar tanto el registro como el pago, y por lo tanto ejercer las obligaciones que tienen que realizar a tiempo de la otorgación de una prestación.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, el artículo 4 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011de 23 de noviembre de 2011, establece las gestiones que debe realizar la AFP con el fin de lograr el registro del Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor, teniendo como última opción (punto ii. inciso d), artículo 4) el registro a través de la presentación del Contrato de Consultoría por parte del Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor, que contenga el periodo pagado en el FPC-CO, por lo que ya abunda mayores consideraciones.

Asimismo, importa rescatar, que la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 057-2012 de 27 de enero de 2012, se ha pronunciado señalando que la falta del Formulario de Registro podría ocasionar que una persona tenga una motivación desfavorable al SIP y realice pagos sin haber trabajado como Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor, con fines de cumplir requisitos y acceder a alguna prestación de la Seguridad Social de Largo Plazo.

De la misma manera, en el evento que un aporte no pueda ser acreditado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, se tiene que transitoriamente la AFP debe registrar en una cuenta de Rezagos, para posteriormente realizar necesariamente gestiones con el fin de identificar el aporte y acreditarlo conforme lo establece la normativa vigente.

Por lo que se concluye que no existe fundamentación legal consistente, que rebata la determinación de la autoridad recurrida.

1.3. DE LOS EXCESOS.-

El artículo 22 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011 señala:

"***ARTÍCULO 22.- (PAGO EN EXCESO DE ASEGURADOS INDEPENDIENTES).***

I. *Por única vez todo pago en exceso que se hubiera generado por pagos de Asegurados Independientes por el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2011 y el 30 de septiembre de 2011, podrán ser objeto de devolución.*

II. *Los montos de pagos en exceso que hubieren ingresado a las cuentas patrimoniales que correspondan, se devolverán a valor nominal. Bajo ninguna circunstancia se reconocerá rentabilidad a éstas.*

III. *Las AFP deberán informar mediante publicaciones en medios escritos de circulación nacional al público en general que los Asegurados que hubieran efectuado pagos en exceso en calidad de Asegurados Independientes por el periodo señalado en el parágrafo I. del presente artículo deben apersonarse a las AFP para solicitar su devolución, previa verificación del pago efectuado.*

IV. *El plazo para que un Asegurado Independiente solicite la devolución de excesos, vence el 31 de diciembre de 2011.*

V. *Una vez vencido el plazo establecido en el parágrafo IV. del presente artículo, el*

exceso generado deberá ser abonado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado en calidad de Contribución Adicional al Valor Cuota vigente a la fecha de vencimiento del plazo de solicitud de devolución…"

La recurrente expresa en su Recurso Jerárquico que existe una contradicción, ya que los pagos en excesos por topes salariales efectuados por Asegurados se acreditaron en su Estado de Ahorro Previsional como Cotizaciones Adicionales y que el plazo establecido en norma vigente para la devolución de aportes en exceso, es de dos años a partir de la notificación. Asimismo, señala que no corresponde ningún procedimiento a las contrataciones iniciadas con anterioridad a la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 0778, debido a que no existía obligación del pago como Consultor.
Al respecto, se debe señalar que a partir del mes de febrero de 2011, hasta la emisión de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, los Consultores de Línea, Consultores por Producto o Consultores, realizaron aportes como Afiliados Independientes.

Compulsado el expediente, se tiene que debido a que en dicho periodo no se contaba con procedimiento específico para los Consultores, la Entidad Reguladora con el fin de regularizar los pagos realizados por éstos, estableció el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2011, para que aquellos que realizaron pagos en exceso como Asegurados Independientes puedan solicitar la devolución de dichos excesos.

Por lo que lo aseverado por la AFP no corresponde, ya que si bien el procedimiento de devolución de excesos se encuentra vigente y se cuenta con el plazo de dos años para solicitar la devolución de estos aportes, el plazo establecido en el parágrafo I del artículo 22 mencionado precedentemente, se aplica específicamente a aquellos realizados por Consultores en calidad de Asegurados Independientes, siendo la normativa especial aplicable.

1.4. DE LOS EMPLEADORES COMO AGENTES DE RETENCIÓN.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala en su Recurso Jerárquico que no se estableció de manera clara y precisa los siguientes aspectos:

"…

a) *El Formulario que debe utilizar el Agente de Retención para el pago de contribuciones de Consultor de Línea?*

b) *Si el empleador está obligado a pagar como Agente de Retención de un Consultor de Línea?*

c) *En caso de que una Entidad Pública actúe como Agente de retención de un Consultor que conceptos deberá pagar como Agente de Retención?*

d) *Si por la falta de pago oportuno del empleador que oficia como Agente de Retención, se debe generar interés por mora e incremental. En caso de ser*

afirmativo, cuál sería el Formulario para realizar el pago que incluya estos conceptos?..."

Al respecto, se tiene que estas consultas fueron atendidas en su oportunidad por la Entidad Reguladora a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 057-2012 de 27 de enero de 2012, asimismo -como se señaló- no corresponde a esta instancia jerárquica responder o absolver las consultas de la recurrente, debiendo en su caso acudir a la Entidad Reguladora.

Sin perjuicio de ello, se evidencia claramente que los aspectos observados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se encuentran normados tal como sigue:

- El artículo 8 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011 señala que las Entidades Públicas que contratan a Consultores de Línea, podrán **optar** de actuar como agente de retención o exigir la presentación del comprobante de pago de Contribuciones, antes de efectuar el pago mensual.

  Asimismo, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 057-2012 de 27 de enero de 2012, señaló que: "*…respecto al Formulario de Pago de Contribuciones que debe usar un Contratante en caso de optar por ser Agente de Retención corresponde al FPC del Sistema Integral de Pensiones y del Fondo Solidario, si corresponde, aprobados mediante Circular AP/DPC/CO/01-2011.*

  Como podrá apreciar la Administradora, los conceptos del Pago de Contribuciones a través de un Agente de Retención corresponde en forma similar al Pago de los Trabajadores Cooperativistas Mineros, por lo que no es necesario efectuar un Formulario diferente, existiendo a la fecha los Formularios que permita (sic) *efectuar este tipo de pagos…*"

  Al respecto, si bien mediante el artículo 29 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó el Formulario de Pago de Contribuciones de Consultores, es evidente que cuando la Entidad Pública **opta** por actuar como Agente de Retención, los pagos de Consultores de Línea deben realizarse en el Formulario de Pago de Contribuciones aprobado para el Sistema Integral de Pensiones, por tanto no corresponde la observación realizada por la AFP en su Recurso Jerárquico.

- Asimismo, la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 establece lo siguiente:

  "***Artículo 101. (APORTES DEL CONSULTOR).*** *Los consultores se encuentran obligados a contribuir como Asegurado Independiente pagando el Aporte del Asegurado, el Aporte Solidario del Asegurado, la prima por Riesgo Común, la prima por Riesgo Laboral y la Comisión…*"

  Existiendo además en los cuadros adjuntos al Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de

enero de 2011, el detalle de los aportes que deben realizar los consultores, tal como sigue:

Tipo de Asegurado		Consultores	
Detalle	Porcentaje de Aporte	Menor de 65 años	Mayor de 65 años
Aporte Patronal Solidario	3%	NO APLICA	NO APLICA
Aporte Solidario del Asegurado	0,50%	APLICA	APLICA
Cotización Mensual	10%	APLICA	APLICA
Prima por Riesgo Común	1,71%	APLICA	NO APLICA
Prima por Riesgo Profesional	1,71%	NO APLICA	NO APLICA
Prima por Riesgo Laboral	1,71%	APLICA	NO APLICA
Comisión	0,50%	APLICA	APLICA
Aporte Nacional Solidario de Dependientes	1% 5% 10%	APLICA	APLICA

Por lo que la norma vigente señala claramente los aportes que debe realizar una persona que se encuentre prestando sus servicios en una entidad como Consultor de Línea, Consultor por Producto o Consultor.

- Finalmente el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011 señala lo siguiente:

  "***ARTÍCULO 23.- (IDENTIFICACIÓN DE MORA).***

  I. *Los aportes efectuados por Consultores de Línea, Consultores por Producto o Consultores, por períodos comprendidos en el plazo de Vigencia de un Contrato de Consultoría, independientemente del periodo al cual se acrediten* ***no generarán mora****.*

  II. *Las Contribuciones efectuadas por un Consultor de Línea, a través de un Agente de Retención que se efectúen fuera del plazo establecido en el artículo 4 anterior, generarán mora y recargos cuando corresponda…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por tanto es evidente que los aportes efectuados por Consultores de Línea, Consultores por Producto o Consultores no generan mora, sin embargo, los aportes realizados fuera del plazo establecidos por el Agente de Retención de un Consultor de Línea si generan mora, por lo que para estos casos la AFP debe seguir el procedimiento de recuperación de aportes señalado en normativa vigente.

1.5. DEL REGISTRO DE LOS ASEGURADOS.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que la Entidad Reguladora reutiliza Formularios creados para otro fin, sin respaldo jurídico ni lógica, asimismo señala que se pretende utilizar el procedimiento vigente para Asegurados en Rezago, que fue creado para el Registro de Afiliados Dependientes con Cotizaciones en Rezago, y para el cual debe existir relación de dependencia laboral, procedimiento que no aplica a los Consultores que no cuentan con relación de dependencia laboral.

La AFP debe considerar que el procedimiento establecido para rezagos cuenta con varios criterios para la acreditación en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, tanto para dependientes como para independientes, tal como se establece en la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 012 de 2 de enero de 2008.

Asimismo, es evidente que en el Formulario de Registro de Consultores se cuenta con la información del Contratante, con la cual la AFP puede realizar las gestiones que considere necesarias a fin de aclarar los aportes en rezago.
Por tanto lo aseverado por la AFP no corresponde ya que la Entidad Reguladora a fin de evitar nuevos procedimientos que pueden acarrear problemas a la AFP, se encuentra aplicando procedimientos alternativos ya establecidos y que pueden ser aplicados en lo que respecta a las Consultorías.

1.6. DEL VACÍO NORMATIVO PARA OTROS CASOS.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que tiene las siguientes dudas:

"…

1. *Existen casos de Consultores que no declararon el mes de inicio, ni el mes de conclusión de contrato en el FPC-CO, al ser este un documento que tiene la característica de ser un Declaración Jurada, la AFP puede orientar sin embargo no puede rechazar estos pagos, por lo que se debe establecer un proceso de regularización de los mismos, el cual no fue considerado en la Resolución Nº 57-2012.*

2. *No se establece claramente si el llenado del FRC en el campo fecha de conclusión de contrato de consultoría, en los casos cuyo término sea indefinido, se enmarcan en el ámbito de aplicación de la Resolución Nº 57-2012.*

3. *No establece un procedimiento de regularización para los Consultores que realizaron el pago en los plazos, forma y Formularios de Asegurados Independientes, antes de la vigencia de la primera Resolución que reglamentaba el pago de Consultores, Resolución Nº 129-2011 de julio de 2011…"*

Conforme se señaló precedentemente, no se debe olvidar que el Recurso Jerárquico es un recurso de puro derecho y el mismo se circunscribe a realizar el examen de legalidad correspondiente, y no así, absolver las dudas o consultas que tiene la Administradora de Fondos de Pensiones respecto a lo establecido en normativa vigente, que en el presente caso le corresponderá a la Entidad Reguladora, determinar si corresponde o no complementar la normativa referida a Consultores, y absolver cuanta duda sea presentada.

Sin embargo, se tiene que el procedimiento para Consultores se encuentra claramente establecido a través de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011, la cual considera los aspectos observados por la AFP de la siguiente manera:

- El artículo 28 del Anexo I, señala la información primordial que deben tener los Formularios de Pago de Contribuciones de los Consultores, si bien el periodo de

vigencia del contrato es importante, tal como lo señaló la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 057-2012 de 27 de enero de 2012 (fs. 0074), es esencial la comunicación y educación a los Asegurados para el llenado completo y correcto del FPC-CO, por lo que ésta se encuentra obligada a asesorar a los Asegurados y subsanar de esta manera las omisiones o errores cometidos por los Asegurados.

Asimismo, el artículo 5 de la mencionada Resolución Administrativa, los Contratantes se encuentran en la obligación de reportar a las AFP el **inicio** y **la conclusión** de las Consultorías y si corresponde su **ampliación**, por lo que la AFP debe solicitar el cumplimiento a lo establecido en normativa vigente y crear mecanismos para evitar información incompleta en los Formularios.

- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es clara al determinar que la norma vigente establece que los Contratantes deben reportar la fecha de inicio y fecha de conclusión de las Consultorías, por tanto si la fecha de conclusión es indefinida se registrará dicha palabra y una vez que el mismo llegue a la conclusión, el Contratante tiene la obligación de reportar dicha conclusión, debiendo la AFP hacer cumplir lo establecido en norma.

- El artículo 22 del Anexo I, establece la regularización de los aportes realizados por Consultores como Asegurados Independientes, señalando que los aportes realizados en exceso durante el periodo de 01 de febrero de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2011, se puede solicitar la devolución, caso contrario acreditarse en la Cuenta Personal Previsional como Cotización Adicional, por lo que no corresponde la observación realizada por la AFP.

CONSIDERANDO:

Que por lo expuesto se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha cumplido con emitir procedimientos claros y coherentes para el procesamiento y acreditación de los aportes efectuados por los Consultores al Sistema Integral de Pensiones, no existiendo por ende ninguna contradicción en la norma.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 057-2012 de 27 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 432-2011 de 23 de noviembre de 2011.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2012

TOMO III

BOLIVIA

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
Calle Bolivar Nº 688

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

Depósito Legal:

Edición 2013

La Paz - Bolivia

INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS — PAG.

39. MEFP/VPCF Nº 039/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012 ..... **1381**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

40. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 040/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012 ..... **1425**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

41. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 041/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012 ..... **1483**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

42. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012 ..... **1537**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

43. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 043/2012 DE 16 DE AGOSTO DE 2012 ..... **1581**
RECURRENTE: BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA S.A.

44. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 044/2012 DE 24 DE AGOSTO DE 2012 ..... **1621**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

45. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 045/2012 DE 24 DE AGOSTO DE 2012 ..... **1647**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

46. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 046/2012 DE 27 DE AGOSTO DE 2012 ..... **1697**
RECURRENTE: SR. FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA

47. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 047/2012 DE 28 DE AGOSTO DE 2012 ..... **1725**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

48. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 048/2012 DE 04 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ..... **1751**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

49. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 049/2012 DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2012..... **1785**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

50. MEFP/VPCF Nº 050/2012 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ..... **1809**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCAS SUÁREZ – ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

51. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 051/2012 DE 02 DE OCTUBRE DE 2012 1911
RECURRENTE: SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. – LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

52. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 052/2012 DE 02 DE OCTUBRE DE 2012 1943
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PAZ

53. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 053/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012 2073
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 037/2012 DE 08 DE FEBRERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPCF/Nº 039/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPCF/Nº 039/2012

La Paz, 05 de julio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**; la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha autoridad; y todo lo demás que convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894, de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071, de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer, resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Administrativa Nº 121 de 17 de mayo de 2012, notificada en fecha 21 de mayo de 2012, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas resolvió ampliar el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos para resolver el Recurso Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

CONSIDERANDO:

Que en fecha 3 de diciembre de 2010 y con el antecedente de los informes ASFI/DSR-II/R-49741/2009, ASFI/DSR-II/R-70474/2009, ASFI/DAJ/R-57407/2010 y ASFI/DSV/R-44852/2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió el informe ASFI/DFSS/R-127404/2010, referido a inobservancias a la normativa en las que ha incurrido el ex Banco Santa Cruz S.A., actual Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en su relación para con **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**.

Que **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** ha solicitado la "*complementación, modificación y ampliación de informe y valoración de pruebas*" en referencia del informe ASFI/DFSS/R-127404/2010, conforme consta en su memorial de fecha 17 de junio de 2011, determinando la respuesta que sale en la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, cuyo contenido ha sido consignado en la Resolución Administrativa ASFI/N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, y posteriormente su contenido confirmado por la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, al haber sido impugnada de revocatoria mediante recurso, también opuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, en el escrito de 10 de enero de 2012.

Que emergente de lo anterior, al presente se conoce y pasa a resolverse el Recurso Jerárquico interpuesto, también por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA ASFI/DAJ/R-126412/2011 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2011.

La ASFI mediante nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, hace conocer a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, que:

"*…ratifica las conclusiones arribadas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, así como en las conclusiones del informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, en los cuales se evidencia que ASFI ha considerado debidamente las denuncias formuladas por su persona en sus memoriales de 26 y 31 de agosto de 2011, las mismas que al no aportar nuevos elementos de juicio no requieren complementación o ampliación por parte de este Órgano de Supervisión.*

…se aclara al solicitante que la presenta carta no tiene el carácter de acto administrativo definitivo por cuanto su contenido ratifica y aclara los hallazgos contenidos en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, el mismo que fue comunicado a su persona oportunamente."

2. RESOLUCIÓN ASFI/N° 839/2011 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2011 EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO.-

En virtud al memorial presentado el 12 de diciembre de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, por el que solicita la consignación del contenido de la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011, mediante Resolución ASFI/N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

***"ÚNICO:** Ratificar el contenido íntegro de la carta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, cursada al señor Luis Artemio Lucca Suárez, de acuerdo a los argumentos contenidos en la presente Resolución, por cuanto como se señaló los puntos 3.4, 4.5 y 4.8 del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, fueron debidamente considerados por ASFI*

dentro del procedimiento administrativo instaurado contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., el mismo que se encuentra pendiente de resolución ante la instancia jerárquica."

3. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR LUÍS ARTEMIO LUCCA SUAREZ.

En fecha 10 de enero de 2012, **LUÍS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** presenta recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI/Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, con los siguientes argumentos:

3.1. Respecto a las alegadas faltas de motivación y fundamentación.-

"*Al igual que la nota carta ASFI/DAJ/R-126412/2011, la Resolución ASFI No. 839/2011 adolece de motivación y fundamentación por cuanto la ASFI no ha resuelto de manera motivada, detallada y coherente todas las observaciones que mi persona formuló contra los puntos 3.4, 4.5 y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 y simplemente la referida Resolución ASFI No. 839/2011 tan solo se escuda en hacer mención al "derecho a la petición", cuestión que no ha sido reclamada por mi persona por cuanto lo que ha observado mi persona* ***ha sido la falta de valoración de pruebas y fundamentación respecto a los puntos 3.4, 4.5 y 4.8 del indicado Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010***."

3.2 Respecto a la trascendencia del proceso instaurado contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. .-

"*…si bien es cierto que la ASFI inició un proceso sancionador contra el Banco, el mismo fue instaurado por otros motivos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 los cuales no tiene relación alguna con aquellos sobre los cuales mi persona formuló observaciones a través del memorial de 17 de junio de 2011.*"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012.-

La ASFI mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, resuelve:

"***ÚNICO: CONFIRMAR EN TODAS SUS PARTES,*** *la Resolución Administrativa ASFI Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*".

5. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 23 de febrero de 2012, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, con los argumentos que se mencionan a continuación:

"***1. ANTECEDENTES***

Por memorial de 17 de junio de 2011 se ha expresado a la ASFI las siguientes inconsistencias dentro de los puntos los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010:

SOBRE EL PUNTO 3.4. DEL INFORME

Según la información y documentación proporcionada a la ASFI en reiteradas oportunidades se puede establecer que una vez que mi persona instaura el proceso arbitral ***con la***

demanda de 05 de mayo de 2003*, la misma es presentada ante la Cámara de Industria y Comercio (CAINCO) de la ciudad de Santa Cruz,* ***siendo notificada a las partes (incluyendo el Banco) mediante notas de fecha 07 y 22 de mayo de 2003*** *así como la convocatoria para la constitución del Tribunal Arbitral para el 28 de mayo de 2003. Estos aspectos se encuentran claramente establecidos en la certificación CAINCO 6968CCA0245/2003 de 1° de julio de 2003, emitida por el Director Ejecutivo de la CAINCO.*

Por nota de ***24 de junio de 2003*** *mi persona, de acuerdo a procedimiento, conminó al Banco Santa Cruz S.A. a que procediera a la designación de su Árbitro en el plazo de 8 días, situación que, además, fue comunicada a la CAINCO. Dicha nota cuenta con cargo de recepción del Banco.*

Ante la falta de respuesta a mi petición formulada a los demandados para que designaran a su Árbitro, de acuerdo al Artículo 17, parágrafo III, numeral 1) de la Ley de Arbitraje y Conciliación, en fecha 14 de julio de 2003 mi persona dedujo Demanda de Auxilio Judicial ante Juez de Partido en lo Civil de la ciudad de Santa Cruz para que se procediera a la conformación del Tribunal Arbitral y la correspondiente designación de Árbitros de los demandados. Dicha demanda fue admitida por Auto de 24 de julio de 2003 emitido por el Juez Cuarto de Partido en lo Civil de la ciudad de Santa Cruz.

Corridos los trámites procesales respectivos, en Audiencia Pública, ***DONDE PARTICIPÓ EL BANCO****, el Juez Cuarto de Partido en lo Civil emite el Auto 806/2003 por medio del cual se rechazan los pedidos de declinatoria solicitados por los demandados (entre ellos el Banco). Lamentablemente, esta actuación judicial fue modificada por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Distrito de Santa Cruz,* ***la cual dispuso que todo el caso se remitiera a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz (declinatoria) para que se PROSIGUIERA (continuara) con la tramitación del proceso arbitral iniciado con la demanda de 05 de mayo de 2003****. Esta situación se puede verificar de la lectura de los antecedentes de la Sentencia Constitucional 0164/2005 de 28 de febrero.*

Antes de proseguir con la secuencia de hechos, aquí se debe señalar un aspecto muy importante referido a que el proceso arbitral instaurado en la ciudad de Santa Cruz (CAINCO) ***FUE LLEVADO A CABO Y TRAMITADO HASTA QUE SE DISPUSO LA DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN A LA CIUDAD DE LA PAZ****. En efecto, de la documentación que se adjunta consistente en el Acta de Audiencia de 06 de noviembre de* ***2003*** *y Auto de 20 de noviembre de* ***2003 por el cual se instaló legalmente el Tribunal Arbitral de la CAINCO****, se evidencia una vez más que el Banco no solo conoció la demanda arbitral sino que también participó activamente de ella.*

Ahora bien, remitido el expediente arbitral ***ante la Cámara Nacional de Comercio (Centro de Conciliación y Arbitraje - La Paz),*** *esta institución emite la nota de 18 de abril de 2005 dirigida al Banco Santa Cruz S.A. por medio de la cual se invita a esta entidad a que asista a la primera reunión de cesión preparatoria del Arbitraje.*

A pesar de ello, el Banco Santa Cruz S.A. por nota de 25 de abril de ***2005****,* ***de manera clara y taxativa señaló al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio que "Tenemos conocimiento de que el señor Luis Artemio Lucca Suárez habría presentado ante ese centro una solicitud de arbitraje (…)"****, extremo que dio lugar a que el mencionado Centro de Arbitraje y Conciliación emitiera la nota* ***CITE: CAC 286/05 de 26 de septiembre de 2005***

solicitando por segunda vez a los demandados que procedieran a la designación de sus Árbitros *y ante la nueva dilación de los mismos, el Centro de Arbitraje y Conciliación remite la nota* ***CITE CAC 72/05 de 1° de marzo de 2006 por tercera vez****. solicita a los demandados que designen a sus Árbitros bajo conminatoria de ser el propio Centro de Conciliación y Arbitraje quien proceda a designar a los mismos según el Artículo 8 del Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio.*

En fecha 29 de enero de 2009 mi persona, siguiendo el procedimiento arbitral, ***formalizó*** *la demanda arbitral ya presentada desde el 05 de mayo de 2003. Es decir, no se anuló, no se dejó sin efecto ni se presentó una nueva demanda arbitral, sino que se continuó el trámite sobre la base de la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003.*

De la breve relación de hechos antes efectuada, se puede establecer sin lugar a dudas que ***desde el año 2003 el Banco Santa Cruz S.A. tuvo conocimiento y fue notificado con la demanda arbitral presentada de mi parte en fecha 05 de mayo de 2003 y prueba clara de ello se tiene en las cartas remitidas por la CAINCO al Banco en el mismo año así como en la propia nota de 25 de abril de 2005 remitida a la Cámara Nacional de Comercio por el Banco Santa Cruz S.A. representada por Gil Antonio Porras, misiva en la cual este apoderado señaló que: "Tenemos conocimiento de que el señor Luis Artemio Lucca Suarez habría presentado ante ese centro una solicitud de arbitraje (...)"****. Entonces, es absolutamente falso que se entienda que el arbitraje "recién comenzó" desde el 29 de enero de 2009 data en la cual el Banco tardíamente efectúa las previsiones, cuando en los hechos y documentalmente demostrado se tiene que el 05 de mayo de 2003 la demanda arbitral (con suma líquida) fue de conocimiento del Banco y a pesar de ello no se hizo previsión alguna como correspondía.*

ASPECTOS NO CONSIDERADOS NI VALORADOS EN EL INFORME

Según el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010, cuando se solicitó información al Banco acerca de las previsiones realizadas el mismo señaló que "ha previsionado la suma de $us. 3,000,000.- como emergencia de la demanda arbitral interpuesta por el señor Luis Artemio Lucca Suárez ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio del 29 de enero de 2009. informamos que entre abril de 2004 y el 29 de enero de 2009, Luis Artemio Lucca Suárez no formalizó demanda arbitral alguna contra el Banco Santa Cruz S.A. y lo hizo después de 4 años de concluida la demanda arbitral presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio y Servicios de Santa Cruz (CAINCO)(ver pág. 13)

Sobre lo anterior, dicho Informe, dando por ciertas las alusiones del Banco, señala que "En el caso en particular la demanda iniciada por el Señor Lucca, el 29 de enero de 2009, presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de La Paz (...)" (ver pág. 15)

Ahora bien, estas afirmaciones realizadas por el Banco y el Informe no son evidentes y presentan varias inconsistencias así como contradicciones con el abundante material probatorio que por mi parte fue entregado a la ASFI oportunamente, por lo siguiente:

- *Se tiene demostrado que en fecha* ***05 de mayo de 2003*** *instauré una Demanda Arbitral por la suma de U$. 2.000.000 (Dos millones de Dólares Estadounidenses) contra el Banco Santa Cruz S.A.; por lo cual el proceso arbitral fue* ***iniciado*** *en dicha data y no el 29 de enero de 2009; situación que puede ser corroborada de la lectura de dicha demanda.*

- *Se tiene demostrado que desde el año 2003, el Banco **conoció** la demanda arbitral y fue notificado con la misma e inclusive participó en las instancias y actos derivados de aquella.*
- *No se ha tomado en cuenta que este proceso arbitral **ES UNO SOLO y que se inicio en fecha 05 de mayo de 2003** y si bien el mismo no fue tramitado en la ciudad de Santa Cruz (CAINCO) esto obedeció a una declinatoria de competencia **Y NO PORQUE EL PROCESO HUBIERA SIDO DESESTIMADO EN EL FONDO DE LA CAUSA O CONCLUIDO COMO FALSAMENTE ADUCE EL BANCO**. Entonces, es obvio que el Banco tenía la obligación de efectuar las previsiones del caso, **MÁS AUN CUANDO, REITERO, CONOCIO PERFECTAMENTE LA EXISTENCIA DE DICHO PROCESO ARBITRAL DESDE EL AÑO 2003 E INCLUSIVE PARTICIPÓ Y AUN PARTICIPA DEL MISMO**.*
- *Solo por cuestiones procedimentales, debe aclararse que cuando el expediente arbitral es remitido a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz al tenerse como órgano competente, mi persona el 29 de enero de 2009 formaliza la demanda ya iniciada y presentada el 05 de mayo de 2003, lo cual no implica bajo ninguna circunstancia que dicha demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 hubiera sido anulada o dejada sin efecto o se hubiera presentado una "nueva demanda" recién el 29 de enero de 2009 **Y MENOS PUEDE ENTENDERSE QUE LA DEMANDA DE 05 DE MAYO DE 2003 "CONCLUYÓ" PUESTO QUE LA MISMA PROSIGUE EN TRÁMITE SOLO QUE AHORA EN LA CIUDAD DE LA PAZ POR UNA DECLINATORIA**.*
- *Si acudimos a la simple lógica, sería pues absolutamente contradictorio que el Banco confiese que "ha previsionado la suma de $us. 3,000,000.- como emergencia de la demanda arbitral interpuesta por el señor Luis Artemio Lucca Suarez ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio del 29 de enero de 2009", y a sabiendas de que el proceso arbitral **se inició el 05 de mayo de 2003** no hubiera efectuado previsión alguna en esa época. Entonces ¿porqué el Banco no provisionó la suma contenida en la inicial demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 y si lo hizo sobre la formalización de dicha demanda de fecha 29 de enero de 2009? ¿Si se supone que el proceso arbitral se inicia con mi demanda de 05 de mayo de 2003, porque no se efectuaron las previsiones en dicha fecha?*
- *Entonces, queda claro que el Banco en ningún momento puede aludir desconocimiento de la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 o restarle validez por cuanto la misma siempre fue de su conocimiento pleno.*

*En otro orden de cosas, un aspecto sobre el cual el Informe ASFI/DSS/R- 127404/2010 no se ha pronunciado es el relativo a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario No. 600055 (por la suma de U$. 500.000 la cual no ha sido aun ejecutada ni cumplida por el Banco Santa Cruz S.A.) la cual motivó el origen de la Demanda Arbitral de 05 de mayo de 2003; cuyo monto debió también ser previsionado por cuanto la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 señala en su Art. 38 que **"Los asegurados, tomadores de seguros de vida y sus beneficiarios gozan del carácter de acreedores con privilegio y se pagarán con preferencia a otros acreedores"**, situación que por demás comprueba que la acreencia que mantengo como emergencia de la Póliza No. 600055 misma que no ha sido ejecutada ni cumplida, debió encontrarse contenida y previsionada en los estados financieros y/o balances del Banco al gozar de pleno y absoluto privilegio de pago y preferencia.*

SOBRE LA NORMATIVA TÉCNICA

La contabilidad de las sociedades comerciales, que se ve reflejada en los Balances y Estados Financieros, tiene por objeto permitir el conocimiento del estado de los negocios y actividades que

desarrollan las mismas en cualquier momento, lo que no supone únicamente el interés exclusivo del comerciante, ***SINO TAMBIÉN Y PARTICULARMENTE EL DE LOS TERCEROS QUE MANTIENEN RELACIONES O ACREENCIAS PRESENTES O FUTURAS****, precisamente por ello el Art. 47 del Código de Comercio dispone que "Sin perjuicio de lo establecido por las leyes especiales,* ***las partidas del balance se valorarán,*** *cuando corresponda,* ***siguiendo criterios objetivos que garanticen los intereses*** *sociales* ***y de terceros (...)****".*

Así, el Art. 48 del Código de Comercio, indica que "(…) los bancos y otras entidades financieras o de crédito, (...) se sujetarán a las normas que sobre información, contabilidad y otros aspectos concomitantes, establezca el respectivo órgano administrativo de fiscalización" situación que nos conduce a remitimos a la normativa emitida por el órgano de fiscalización (ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras) la cual, a los efectos de regulación de los aspectos contables y financieros de los Bancos y Entidades Financieras, ha emitido el ***MANUAL DE CUENTAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS*** *instrumento que se constituye de aplicación obligatoria y observancia inexcusable. El señalado Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por el regulador, en su literal A, punto 1, determina que dicha normativa deberá ser aplicada por las entidades que realizan actividades de intermediación financiera y servicios auxiliares según lo dispuesto en la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 de 14 abril de 1993; expresando la literal I, punto 1, que "Los estados financieros se prepararan de acuerdo con las disposiciones establecidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras".*

Por su parte, el Titulo II, del Manual de Cuentas Para Bancos y Entidades Financieras, bajo el nomen juris de ***"NOMENCLATURA DE CUENTAS"****, en el* ***CÓDIGO 250.00, GRUPO: "PREVISIONES"*** *se establece lo siguiente:*

"DESCRIPCIÓN: Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de POSIBLES pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio del desahucio del personal, por juicios contra la entidad, previsiones voluntarias para cubrir pérdidas futuras aun no identificadas y otras situaciones contingentes".

Por su parte, el ***CÓDIGO 243.00, GRUPO: "OTRAS CUENTAS POR PAGAR", CUENTA: "PROVISIONES"*** *del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, sostiene lo siguiente:*

"DESCRIPCIÓN

En esta cuenta SE REGISTRA el importe de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, son ciertas e ineludibles y se encuentran pendientes de pago (...)".

La situación más clara se presenta cuando el punto 651.00, numerales 651.01 y 651.02 se determina lo siguiente:

"651.01 JUICIOS DEMANDADOS POR TERCEROS"

"DESCRIPCIÓN

Registra el IMPORTE RECLAMADO de las demandas judiciales iniciadas por terceros contra la entidad".

"651.02 CONTINGENCIAS PENDIENTES DE DEFINICIÓN"

"DESCRIPCIÓN

Registra el importe estimado de los cargos en contra pendientes de definición que PUDIERAN ocasionar obligaciones o pérdidas a la entidad, cuya resolución dependa de circunstancias ajenas y cuya concurrencia sea remota o posible, (...)".

Hasta aquí, nótese claramente que la normativa contable del propio órgano regulador no hace mención expresa a la existencia de una "sentencia ejecutoriada" como requisito para procederse a efectuar previsiones contables. Mas bien, la norma utiliza la frase "posibles pérdidas" e incluso establece que el registro de previsiones debe darse por el "importe reclamado" o que "pudieran ocasionar pérdidas" aunque la resolución final esté pendiente. Aspectos que claramente no han sido cumplidos por el Banco al no haber previsionado el monto contenido en la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 en la oportunidad debida.

De acuerdo al Informe ASFI/DSS/R-127404/2010, se hace mención a la aplicación de los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidas por el Colegio de Auditores. Sobre este tema, el Colegio de Auditores o Contadores Públicos de Bolivia, por nota CITE CAUB SC 232/08 de 30 de agosto ha señalado lo siguiente: "De acuerdo con las normas de contabilidad, todos los pasivos producto de la actividad de la empresa deben ser registrados, ***estén o no en litigio****. Para el tratamiento contable de los pasivos contingentes productos de litigios o no, se conozca o no su cuantía a la fecha de cierre de los estados financieros debe considerarse las normas de contabilidad, de manera general de* ***PRUDENCIA*** *Y MATERIALIDAD (...)"*

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, observemos una situación muy simple: si según el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 (pág. 15) deben reunirse tres condiciones para que se reconozca la provisión, entonces ***¿porqué el Banco efectuó la previsión a consecuencia de la formalización de la demanda arbitral el 29 de enero de 2009 y no lo previsionó desde el 05 de mayo de 2003 cuando es que se presenta inicialmente la demanda y se da origen al arbitraje?*** *A partir de esto, el Banco no hace más que reconocer que desde el inicio de la demanda arbitral (05 de mayo de 2003) sí existieron las condiciones para efectuar una previsión (al concurrir los requisitos contables para tal situación),* ***empero la entidad financiera tardíamente lo hizo recién el 2009****.*

Entonces, podemos apreciar que cuando el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 (pág. 15) señala que la demanda arbitral "no concluyó en un fallo favorable que demuestre que el importe de $us. 3.000.00.- sea una obligación que sea cierta e ineludible" comete un error de apreciación y de verdad material indudable ya que no se toma en cuenta que el Banco ***sí*** *hizo una previsión atendiendo precisamente a la existencia de una obligación "cierta e ineludible" y por otro lado, se obvió que las normas de contabilidad generales y particulares determinan que dichas situaciones deben estar previsionadas. Aspecto que, sin embargo, no desnaturaliza el hecho de que el Banco no efectuó la previsión* ***en forma oportuna cuando conoció la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 y participó del proceso arbitral****, incurriendo así en infracción administrativa.*

CONOCIMIENTO DEL BANCO ANTES DE LA ETAPA DE FUSIÓN

Es importante, destacar en este punto que, de forma ***anterior*** *a que se consolidara el proceso de fusión entre el Banco Mercantil S.A. y el Banco Santa Cruz S.A. mi persona una vez anoticiada de que se emitió el Balance Especial de Fusión, procedió a presentar en fecha 29 de junio de 2006 una carta notariada al Banco Santa Cruz S.A. por medio de la cual solicité se me extendiera una copia del citado Balance Especial de Fusión, habiendo recibido una ilegal negativa por parte de dicho Banco; situación que curiosamente se encuentra, además, en el Certificado suscrito*

por el Director Secretario del Banco Santa Cruz S.A. de 24 de agosto de 2006, aspecto que demuestra que el Banco Santa Cruz S.A. en todo momento conoció mi situación como demandante de dicha entidad, y sin embargo el Banco de forma contraproducente no efectuó las reservas ni las provisiones para cubrir el cumplimiento de las obligaciones que tiene conmigo.

Inclusive, si se revisa detenidamente el Testimonio No. 1905/2006 de 20 de octubre por el cual se realizó el Compromiso Definitivo de Fusión por Incorporación y Disolución de la Sociedad Incorporada, se podrá apreciar que se encuentra en dicho instrumento la transcripción de la copia legalizada de las partes pertinentes del Acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco Santa Cruz S.A. realizada en fecha 02 de octubre de 2006, la cual en el punto ***2*** *falsamente refiere que "(...) dispusieron se preparen balances especiales para la fusión por incorporación del Banco Santa Cruz S.A. al Banco Mercantil S.A.,* ***para ser puestos a disposición de los accionistas y acreedores****" señalándose además que "El Presidente informó que dichos balances* ***habían sido preparados y puestos a disposición de accionistas y acreedores****, para lo cual se habían publicado los correspondientes comunicados de prensa".*

Nótese lo artificial de esta declaración que efectúa el Banco Santa Cruz S.A. al señalar de manera mendaz que los balances "habrían sido puestos a disposición de los acreedores" por cuanto, como tengo señalado, mi persona cuando se enteró por publicaciones de prensa de la existencia del Balance y al apersonarme ante el Banco Santa Cruz S.A. mediante carta notariada de 29 de junio de 2006 para tomar conocimiento del mismo, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por nota Cite: GG-143/2006 de 10 de julio me señala que mi pedido es inadmisible, extremo completamente abusivo e irregular ya que mi persona al mantener procesos emergentes de la supra citada Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario No. 600055 y de la Demanda Arbitral de 05 de mayo de 2003, primero que tenía pleno derecho de conocer los Balances y, segundo, que al margen de lo anterior, los montos o sumas de dinero contenidas en la Póliza como en la Demanda Arbitral ***DEBERÍAN ESTAR CONSIGNADAS E IDENTIFICADAS A PLENITUD EN LOS BALANCES DE ACUERDO A LAS NORMAS COMERCIALES Y CONTABLES QUE FUERON ABUNDANTEMENTE EXPUESTAS Y EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA****, empero ello no se dio.*

Es más, el Banco falta a la verdad de forma sorprendente cuando en el Certificado de fecha 24 de agosto de 2006 suscito por su Director Secretario señala textualmente, en el punto ***5****, que ninguno de los acreedores del Banco presentaron oposición alguna a la fusión, pretendiendo desmerecer la existencia de mi nota de 29 de junio de 2006 la cual se encuentra contenida en la mencionada certificación del Director Secretario del Banco Santa Cruz S.A. donde este menciona, en el punto* ***3****, "Que en el Libro de Registro de Comunicaciones Escritas de Accionistas* ***y Acreedores del Banco*** *"han sido registradas la siguientes cartas:* ***3.1*** *Carta notariada de fecha 29/06/2006, enviada por Luis Artemio Lucca Suárez al Banco Santa Cruz S. A., recibida en fecha 29/06/2006". Aquí se puede observar una vez más la mala fe con la que el Banco ha actuado con la manifiesta intención de no realizar previsiones en cuanto a los montos demandados, por cuanto primero se me niega ilícitamente el acceso a los Balances del Banco por que se me dice que no tengo calidad de acreedor* ***Y AHORA RESULTA QUE MI CARTA NOTARIADA HA SIDO REGISTRADA EN EL LIBRO DE REGISTRO DE COMUNICACIONES ESCRITAS DE LOS ACREEDORES DEL BANCO****, y lo más irónico del caso es que a pesar de todo ello, el Banco se rehusó a registrar y efectuar previsiones respecto a la Demanda Arbitral que tengo presentada y a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario No. 600055. Nótese inclusive que mi persona oportunamente presentó oposición judicial a la fusión por memorial de 30 de junio de 2006.*

SOBRE EL PUNTO 4.5. DEL INFORME

En este punto, el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 (págs. 28-29) al efectuar la valoración de las diferencias de las tasas de seguro en el historial de pago de primas emitidas por el Banco las cuales presentaban serias diferencias en cuanto a los porcentajes establecidos en la Póliza No. 600055; simplemente se limita a señalar que dichas contradicciones "son originadas por los sistemas de información del ex Banco Santa Cruz S.A. que reflejan la tasa de seguro de desgravamen vigente al momento de la reimpresión de dicho documento" por lo que los cobros que se me hicieron fueron realizados conforme a lo estipulado en la Póliza.
Al respecto, debo manifestar la falta de evidente fundamentación en la respuesta que brinda el Informe acerca de esta situación por cuanto en ningún momento se hace un desglose técnico o se efectúa un cuadro donde evidentemente se demuestre que las tasas de seguro hubieran sido cobradas de acuerdo a la Póliza.

Adicionalmente, resulta contraproducente que se mencione que estas diferencias se originaron "por los sistemas de información del Banco" puesto que esta supuesta "información originada por el sistema" no aclaró en definitiva si los pagos fueron efectuados conforme a la tasa vigente o a la estipulada; además de inducir en claro error al prestatario, situación que viola también los principios de transparencia en la información que debe tener la entidad bancaria.

Asimismo, al parecer el Informe simplemente ha repetido la información escrita que le ha proporcionado el Banco sobre este tema por cuanto no se menciona cuales fueron los documentos con los cuales se trabajó técnicamente para efectuar las comparaciones entre las planillas con una figuración de tasas, las supuestas reimpresiones y las tasas estipuladas; y más contradictorio aun resulta ser que si el Banco no cuenta con la documentación en sus archivos (como el mismo Informe señala) entonces ¿Cuál fue la base para efectuarse este análisis si no existe documentación? ¿La ASFI hizo una inspección a los sistemas operativos del Banco y corroboró esta situación? o simplemente, reitero, se basó en la "palabra honesta" del Banco. Estas situaciones no han quedado claras ni motivadas en el Informe y dejan lugar a muchas dudas más aun cuando mi persona se vio privada de reunirme con la Comisión para poder explicar esta serie de temas aun inconclusos.

SOBRE EL PUNTO 4.8. DEL INFORME

En este punto, al evaluarse los numerales 4.8.1., 4.8.2. y 4.8.4 (pág. 31-32) se puede apreciar una clara falta de motivación y fundamentación en virtud a que, de manera escueta y sin ninguna explicación técnica que se encuentre graficada o cabalmente desarrollada, solo se atina a mencionarse que "no se considera emitir criterio adicional al ya existente".

En el mismo sentido, acerca de la capitalización de intereses y las 21 boletas que difieren de las presentadas por el Banco que evidencian doble contabilidad, al margen de no existir una explicación motivada del estos casos, no se logra comprender como la ASFI emitió este Informe acerca de estos cuestionamientos si se supone que el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones.

RESPUESTA DE LA ASFI

Posteriormente, y luego de algunas solicitudes, la ASFI mediante ***nota carta ASFI/DAJ/R-126412/2011*** *de 24 de noviembre se limita a replicar lo señalado por el Informe*

Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, ***sin efectuar ninguna consideración acerca de las observaciones y pruebas aportadas por mi persona por memorial de 17 de junio de 2011****.*

Contra dicha nota, por memorial presentado el 12 de diciembre de 2011, solicité que la misiva antes mencionada se convierta en Resolución Administrativa ***debidamente motivada y fundamentada****; pedido que mereció la* ***Resolución ASFI No. 839/2011*** *de 27 de diciembre y posteriormente la* ***Resolución ASFI No. 037/2012*** *de 08 de febrero, la misma que lesiona el debido proceso y principio de legalidad como se pasará a demostrar.*

2. VIOLACION AL DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

Al igual que la nota carta ASR/DAJ/R-126412/2011, la Resolución ASFI No. 839/2011 y ahora la Resolución ASFI No. 037/2012 adolecen de motivación y fundamentación por cuanto la ASFI no ha resuelto de manera motivada, detallada y coherente todas las observaciones que mi persona formuló contra los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 y simplemente la referida Resolución ASFI No. 839/2011 y la Resolución ASFI No. 037/2012 tan solo se escudan en hacer mención al "derecho a la petición" y a la simple trascripción de los Informes que se han realizado, cuestión que no ha sido reclamada por mi persona por cuanto lo que ha observado mi persona ***ha sido la falta de valoración de pruebas y fundamentación respecto a los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del indicado Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010****.*

Inclusive, en el Otrosí 1° de mi memorial de 17 de junio de 2011, mi persona adjuntó abundante material probatorio para demostrar la veracidad de mis observaciones al punto 3.4 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010; empero la ASFI no valoró ninguna de las pruebas que le fueron adjuntas, incurriendo en infracción al debido proceso al no asignarse ningún análisis a las pruebas presentadas.

Sobre el particular, está por demás recordar que el Artículo 16, literal h), de la Ley de Procedimiento Administrativo señala como uno de los derechos de los administrados el obtener una respuesta fundada y motivada a las solicitudes que se formulen, indicando el 28, literal e), de la mencionada Ley que entre los elementos del acto administrativo se encuentra la fundamentación; preceptos que han sido obviados por su Autoridad al no haber emitido una respuesta debidamente motivada y fundamentada.

Por su parte, la Sentencia Constitucional 0871/2010-R de 10 de agosto ha referido que "Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales; b) debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes; c) debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto; ***d) debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales; e) debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada;*** *y, f) debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de*

las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado"

En consecuencia, queda claro que la ASFI, con la emisión de la Resolución ASFI No. 839/2011 vulnera el debido proceso y el principio de legalidad al no haber motivado su acto administrativo en función a las observaciones efectuadas por mi persona.

3. FALTA DE VALORACION PROBATORIA POR PARTE DE LA ASFI

En otro orden de cosas, paso a desvirtuar cada una de las aseveraciones efectuadas por la ASFI en la Resolución ASFI No. 037/2012 demostrando la evidente falta de valoración probatoria por parte del órgano regulador:

3.1. SOBRE EL PUNTO 3.4 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010

Según sostiene la ASFI, deben existir tres requisitos para reconocer una provisión los cuales son: ***a)*** *La entidad tiene una obligación presente como resultado del suceso pasado,* ***b)*** *Que sea probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos para cancelar tal obligación y* ***c)*** *Que pueda hacerse una estimación fiable del importe de la obligación. Mencionando a su vez el órgano regulador que en el caso de mi demanda arbitral de "29 de enero de 2009" la misma no correspondía ser provisionada al no reunirse las condiciones establecidas en las normas de contabilidad.*

Sobre el particular, la ASFI hábilmente pretende desviarse del tema objeto de mi petición por cuanto lo que mi persona reclamó es el hecho de que ***a tiempo de iniciarse el proceso arbitral ante la CAINCO (Santa Cruz) mediante memorial de demanda de fecha 05 de mayo de 2003****, el Banco* ***NO EFECTUÓ LAS PROVISIONES CORRESPONDIENTES*** *a pesar de tener conocimiento de dicha acción arbitral según se desprende de las notas de fechas 07 y 22 de mayo de 2003 cuando técnica y contablemente estaba obligado a ello.*

La ASFI señala que al haberse producido una declinatoria de competencia por la que el proceso arbitral fue remitido a la Cámara Nacional de Comercio Centro de Conciliación y Arbitraje) de ciudad de La Paz implicaría que el mismo "ha concluido" y recién se "habría iniciado" cuando formalicé mi demanda Arbitral el 29 de enero de 2009 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de esta ciudad. Empero dicha conclusión de la ASFI es errónea por cuanto la declinatoria de competencia ***BAJO NINGUN FUNDAMENTO JURIDICO IMPLICA LA EXTINCIÓN O CONCLUSIÓN DE UN PROCESO SINO MAS POR EL CONTRARIO EL EFECTO QUE DICHA DECLINATORIA RADICA EN QUE EL CASO SEA TRASLADADO A OTRA JURISDICCIÓN Y NADA MAS, PUDIENDO PROSEGUIRSE CON EL MISMO****, situación que la ASFI no ha sabido comprender ni diferenciar. Y en lo que respecta al memorial de 29 de enero de 2009 por el cual formalicé mi demanda arbitral ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, pues dicha actuación procesal se dio precisamente porque se entendía que este era el órgano arbitral competente ante quien debía* ***proseguir*** *mi acción y, reitero, formalizar mi demanda conforme establece el Art. 28 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio.*

Entonces, queda claro que mi acción arbitral ***ES UNA SOLA*** *que no concluyó ni se extinguió por la declinatoria producida y más bien fue iniciada el* ***05 de mayo de 2003****.*

En ese orden de cosas, ***desde el año 2003*** *(con la demanda arbitral) el Banco debió haber provisionado en sus Estados Financieros la suma demandada por mi persona en cumplimiento al Título II, del Manual de Cuentas Para Bancos y Entidades Financieras, bajo el nomen juris de*

***"NOMENCLATURA DE CUENTAS"**, en el CÓDIGO 250.00, GRUPO: "PREVISIONES" que establece lo siguiente:*

"DESCRIPCIÓN: Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de POSIBLES pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio del desahucio del personal, por juicios contra la entidad, previsiones voluntarias para cubrir pérdidas futuras aun no identificadas y otras situaciones contingentes".

Provisión que también se encuentra respaldada en el punto 651.00, numerales 651.01 y 651.02 se determina lo siguiente:

"651.01 JUICIOS DEMANDADOS POR TERCEROS"

"DESCRIPCIÓN

Registra el IMPORTE RECLAMADO de las demandas judiciales iniciadas por terceros contra la entidad".

"651.02 CONTINGENCIAS PENDIENTES DE DEFINICIÓN"

"DESCRIPCIÓN

***Registra el importe estimado de los cargos en contra pendientes de definición que PUDIERAN ocasionar obligaciones o pérdidas a la entidad, cuya resolución dependa de circunstancias ajenas y cuya concurrencia sea remota o posible, (...)"**.*

*Entonces, es curioso que la ASFI pretenda desconocer su propia normativa técnica y pretender distorsionarla señalando "requisitos" para que se procedan a las previsiones de montos demandados, más aun si se toma en cuenta que las normas de contabilidad especial mencionan la viabilidad de las previsiones cuando las mismas **PUDIERAN** generar **POSIBLES** obligaciones, **PUES NO SERIA COHERENTE PENSAR QUE LAS PREVISIONES DEBAN SER EFECTUADAS UNA VEZ QUE LA ENTIDAD HA PERDIDO UN PLEITO YA QUE DE SER ASI LAS MISMAS NO TENDRIAN RAZON DE SER**.*

*Adicionalmente a lo anterior, nótese como la ASFI defiende a ultranza al Banco mencionando que dicha entidad "no tendría la obligación de efectuar previsiones respecto a la demanda arbitral planteada por mi persona". Sin embargo, y lo curioso del caso es que el propio Banco reconoció que **EFECTUO UNA PREVISION CONTABLE POR LA SUMA DE U$. 3.000.000 EL AÑO 2009** emergente de mi formalización de demanda arbitral contenida en mi memorial de 29 de enero de 2009; empero **EL BANCO NUNCA PROCEDIÓ A EFECTUAR LA PROVISIÓN RESPECTIVA CUANDO CONOCIÓ EL INICIO DE LA DEMANDA ARBITRAL DE 05 DE MAYO DE 2003** , situación que es la que mi persona viene reclamando.*

En consecuencia, puede apreciarse claramente el error de apreciación y valoración probatoria en el que ha incurrido la ASFI.

3.2. SOBRE EL PUNTO 4.5 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010

En este punto, la Resolución ASFI 037/2012 simplemente vuelve a efectuar una transcripción de los Informes emitidos por el órgano regulador, omitiendo verificar que el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 (págs. 28-29) al efectuar la valoración de las diferencias de las tasas de seguro en el historial de pago de primas emitidas por el Banco las cuales presentaban serias diferencias en

cuanto a los porcentajes establecidos en la Póliza No. 600055; simplemente se limita a señalar que dichas contradicciones "son originadas por los sistemas de información del ex Banco Santa Cruz S.A. que reflejan la tasa de seguro de desgravamen vigente al momento de la reimpresión de dicho documento" por lo que los cobros que se me hicieron fueron realizados conforme a lo estipulado en la Póliza.

Al respecto, nuevamente debo manifestar la falta de evidente fundamentación en la respuesta que brinda el Informe acerca de esta situación por cuanto en ningún momento se hace un desglose técnico o se efectúa un cuadro donde evidentemente se demuestre que las tasas de seguro hubieran sido cobradas de acuerdo a la Póliza.

Adicionalmente, resulta contraproducente que se mencione que estas diferencias se originaron "por los sistemas de información del Banco" puesto que esta supuesta "información originada por el sistema" no aclaró en definitiva si los pagos fueron efectuados conforme a la tasa vigente o a la estipulada; además de inducir en claro error al prestatario, situación que viola también los principios de transparencia en la información que debe tener la entidad bancaria.
Asimismo, al parecer el Informe y la Resolución Administrativa ahora recurrida ***simplemente han repetido la información escrita que le ha proporcionado el Banco*** *sobre este tema por cuanto no se menciona cuales fueron los documentos con los cuales se trabajó técnicamente para efectuar las comparaciones entre las planillas con una figuración de tasas, las supuestas reimpresiones y las tasas estipuladas; y mas contradictorio aun resulta ser que si el Banco no cuenta con la documentación en sus archivos (como el mismo Informe señala) entonces ¿Cuál fue la base para efectuarse este análisis si no existe documentación? ¿La ASFI hizo una inspección a los sistemas operativos del Banco y corroboró esta situación? o simplemente, reitero, se basó en la "palabra honesta" del Banco. Estas situaciones no han quedado claras ni motivadas en el Informe y dejan lugar a muchas dudas más aun cuando mi persona se vio privada de reunirme con la Comisión para poder explicar esta serie de temas aun inconclusos. Así, la ASFI pretende cubrir estas falencias mencionando en la Resolución ASFI No. 037/2012 que "se contó con la documentación necesaria y existe una conclusión sobre un trabajo realizado con la debida fundamentación", explicación que no da respuesta a los cuestionamientos formulados por mi parte.*

3.3. <u>SOBRE EL PUNTO 4.8. DEL INFORME ASFI/PSS/R-127404/2010</u>

La ASFI en la Resolución ASFI No. 037/2012 solamente atina a replicar y transcribir lo efectuado en sus Informes, empero al evaluarse los numerales 4.8.1., 4.8.2. y 4.8.4. (pág. 31-32) se puede apreciar una clara falta de motivación y fundamentación en virtud a que, de manera escueta y sin ninguna explicación técnica que se encuentre graficada o cabalmente desarrollada, solo se atina a mencionarse que "no se considera emitir criterio adicional al ya existente".

En el mismo sentido, acerca de la capitalización de intereses y las 21 boletas que difieren de las presentadas por el Banco que evidencian doble contabilidad, al margen de no existir una explicación motivada de estos casos, no se logra comprender como la ASFI emitió este Informe acerca de estos cuestionamientos si se supone que el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones.

4. <u>SOBRE EL PROCESO INSTAURADO CONTRA EL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ</u>

En otro orden de cosas, la Resolución ASFI No. 839/2011 así como la Resolución ASFI No. 037/2012 hacen mención al procedimiento sancionatorio que se instauró contra el Banco Mercantil

Santa Cruz S.A. a consecuencia del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 mencionándose que al haberse iniciado dicho procedimiento se demostraría que la ASFI consideró los puntos referidos por mi persona.

Sobre el particular, respetuosamente me permito aclarar a su digna Autoridad que si bien es cierto que la ASFI inició un proceso sancionador contra el Banco, el mismo fue instaurado por otros motivos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 los cuales no tienen relación alguna con aquellos sobre los cuales mi persona formuló observaciones a través del memorial de 17 de junio de 2011.

Entonces, no es correcto que se exprese que al haberse iniciado proceso contra el Banco se habrían atendido debidamente los puntos del Informe Complementario objetados por mi parte.

5. PETITORIO

*Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito a su respetable Autoridad remitir el expediente administrativo ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el cual, luego de los tramites procedimentales respectivos, se servirá emitir Resolución Jerárquica expresa por medio de la cual **ANULE** el procedimiento administrativo hasta el estado en que la ASFI proceda a emitir un nuevo pronunciamiento debidamente motivado y fundamentado, debiendo efectuarse una adecuada valoración probatoria en función a mi solicitud de 17 de junio de 2011*".

CONSIDERANDO:

Que en conformidad con lo dispuesto en el parágrafo II del artículo 41, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, se notifica al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** con el Recuro Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, haciéndole conocer que podría apersonarse y formular criterios o alegatos en el plazo máximo de 10 días hábiles administrativos computables a partir de su legal notificación.

Que, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** mediante memorial presentado en fecha 20 de marzo de 2012, se apersona y presenta los siguientes argumentos:

"***1. PROCESO ADMINISTRATIVO CONCLUIDO.-***

En el origen del presente tramite, se puede evidenciar que la ASFI en el ejercicio de sus atribuciones y deberes y atendiendo las denuncias y solicitudes de Luis Artemio Lucca Suárez ha efectuado las correspondientes revisiones, inspecciones, evaluaciones y demás actos propios de la regulación que han concluido con la emisión de los informes ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009 y ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, conteniendo los resultados de dichas evaluaciones que han incluido de manera completa todos los aspectos denunciados por Luis Artemio Lucca Suárez.

Precisamente a partir de las conclusiones de este proceso administrativo de evaluación contenidas en los informes mencionados, se ha dado origen al procedimiento administrativo en el que se han impuesto sanciones en contra de nuestra entidad a través de las respectivas Resoluciones Administrativas las que inclusive han sido objeto de revisión por parte de la Autoridad Jerárquica Administrativa, dando lugar a la emisión de la Resolución

Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 05/2012 de 26 de enero de 2012, con cuya dictación ha concluido el proceso administrativo.

En razón a lo precedentemente expuesto resultaría aberrante la reapertura del proceso administrativo indicado para buscar la imposición de nuevas sanciones administrativas, tal y como pretende Luis Artemio Lucca Suárez, situación que resultaría en una violación a nuestros derechos constitucionales y fundamentalmente al principio ***non bis in ídem****, el cual está constitucionalmente consagrado en el Art. 117 de nuestra carta magna en actual vigencia.*

2. ASPECTOS YA EVALUADOS.-

La revisión pretendida por Luis Artemio Lucca Suárez, es sobre aspectos ya evaluados y concluidos, en los que ya existen inclusive pronunciamientos con calidad de cosa juzgada, conforme lo precedentemente expuesto, sin que los fundamentos y argumentos contenidos tanto en el memorial del presente Recurso Jerárquico, objeto de la presente respuesta, los cuales constituyen una simple repetición de anteriores memoriales y misivas de Luis Artemio Lucca Suárez, alcancen a desvirtuar las conclusiones definitivas de la ASFI, sobre dichos aspectos.

Para mayor abundamiento y en vista de que los criterios y argumentaciones de Luis Artemio Lucca Suarez, son idénticos en todos los casos, reproducimos los fundamentos expuestos por nuestra institución con motivo de responder el Recursos de Revocatoria interpuesto por Luis Artemio Lucca en contra de la Resolución ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011.

CONSIDERACION DEL PUNTO 3.4 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010.-

Con carácter previo debemos manifestar, que como principal sustento de la pretensión falsamente se señala que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. hubiere efectuado una previsión emergente de la demanda arbitral interpuesta por Luis Artemio Lucca Suárez ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio en el mes de enero de 2009. Sobre esta falsedad el recurrente pretende edificar toda una errada lógica para concluir que se hubiere cometido una infracción administrativa.

Hecha esta precisión cabe destacar que Luis Artemio Lucca pretende la existencia de una infracción administrativa por el hecho de la existencia de una forzada demanda arbitral instaurada en contra de nuestra entidad a instancia suya, rechazando sin base ni argumento sólido alguno los claros y terminantes fundamentos técnicos expuestos por el órgano regulador a este respecto. El recurrente fundamenta su petición en el hecho de que la demanda arbitral ha tenido su origen en mayo de 2003 y que continúa la tramitación del proceso arbitral hasta la fecha, sin que nuestra entidad pueda argumentar el desconocimiento de la demanda arbitral para no haber procedido con la previsión reclamada.

Contra este falso e inadmisible razonamiento, corresponde señalar que la demanda arbitral que Lucca había iniciado en fecha 5 de mayo de 2003, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Santa Cruz (CAINCO), concluyó en todos sus efectos legales en fecha 15 de abril de 2004, que corresponde al Auto de Vista dictado por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz, por el cual se declaró la incompetencia del indicado Centro de Conciliación y

Arbitraje para conocer la demanda arbitral iniciada por Lucca Suárez. Desde la fecha del indicado Auto de Vista, es decir del 15 de abril de 2004, Luis Artemio Lucca Suárez no realizó trámites, gestiones, diligencias y otros que no tuvieron efecto ni valor legal alguno, sin haber iniciado otra demanda arbitral en contra de nuestra institución bancaria, hasta el 29 de enero de 2009, fecha en la cual recién se instaura OTRA demanda arbitral distinta de la primera.

Ud., señor Viceministro, podrá observar que entre el 15 de abril de 2004 al 29 de enero de 2009, no existía proceso arbitral alguno iniciado por Luis Artemio Lucca Suárez contra el Banco, ya que con absoluta y certeza jurídica y en apoyo de lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Conciliación se puede afirmar categórica y contundentemente que el procedimiento arbitral con motivo de la demanda de Luis Artemio Lucca Suárez el 29 de enero de 2009, recién se inició cuando se constituyó el Tribunal Arbitral y más concretamente cuando los árbitros aceptaron su designación. Es por ello que resulta inútil y hasta aberrante que se pida la constitución de una previsión sin la existencia de causa o motivo que la hubiere originado. En el específico caso del tema que plantea el recurrente, la previsión era imposible debido a la inexistencia de proceso arbitral.

*Con relación a lo anteriormente referido y para evitar que su Autoridad sea confundida con sofismas y construcciones tramposas, en homenaje a la realidad, la doctrina y a la ley, conviene precisar que el arbitraje es entendido como "…**el mecanismo por el cual las partes, involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral**". (Benetti Salgar, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Edit. Temis. 2001. Pp. 14)*

Esta noción nos remite, inevitablemente, hacia el concepto de transitoriedad que, contrapuesto al de permanencia de la jurisdicción ordinaria, caracteriza el arbitraje. Esta transitoriedad, supone, en los hechos que la jurisdicción que ejerce un Tribunal Arbitral para dirimir una determinada controversia sujeta a su conocimiento, está definida en el tiempo, así la actividad procesal tendiente a la averiguación de los hechos, tiene su origen según la legislación con la constitución del Tribunal Arbitral, - Art. 43 Ley 1770, este el momento en que se abre la competencia de un Tribunal para conocer de un caso, con duración exacta hasta la emisión de un Laudo Arbitral que ponga fin al conflicto.

Por lo tanto, el conocimiento de la causa está sometido a los árbitros que, investidos transitoriamente de la función de "juzgar", conocen de un litigio determinado, constituyéndose así un Tribunal Arbitral por cada controversia específica. Esta es una de las notas más representativas en lo que hace a la distinción de la jurisdicción ordinaria y el arbitraje.

Una, la jurisdicción ordinaria que tiene carácter permanente y cuya existencia no depende y es más prescinde de la existencia o no de controversias, y cuya operativa está anticipadamente definida, lo mismo que su estructura claramente establecida. Por otra parte, el arbitraje que, como una jurisdicción extraordinaria, tiene carácter transitorio, dura lo que se demore el Tribunal Arbitral en resolver una controversia determinada; resolución que

contenida en el Laudo Arbitral, marca el final de la jurisdicción arbitral, sin que el Tribunal pueda extender sus atribuciones más allá de tal acto procesal.

Por lo tanto, la pretensión de entender al arbitraje desarrollado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, como una extensión o continuación de aquel iniciado en el Centro de la materia de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz, no sólo es fácticamente imposible, sino que repele toda lógica jurídica, dado que no existe solución de continuidad entre un proceso y otro; el primero fue iniciado ante una entidad administradora que no correspondía, lo que mereció el pronunciamiento de la Sala Civil Segunda de la Corte del Distrito de Santa Cruz, instruyendo la remisión de los obrados al Centro competente, derivando en la iniciación de un proceso con la formalización de una demanda, ante el Tribunal Arbitral constituido en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio.

Es tan evidente la afirmación que la demanda de 29 de enero de 2009 es nueva y no vinculada a la propuesta en la CAINCO, que esta nueva demanda presentada en el año 2009 tiene esenciales diferencias con la que resulto fallida, es así que las partes, el objeto y monto de ambas demandas difieren entre sí.

Por otra parte y en lo que se refiere a la argumentación técnica en virtud a la cual el recurrente pretende forzar una obligación de nuestra entidad para la constitución de previsiones contables por el proceso arbitral descrito, se debe precisar que las normas vigentes en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, las mismas que han sido citadas por el órgano regulador en el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 y que también son objeto de una interpretación antojadiza por Luis Artemio Lucca Suárez en su Recurso de Revocatoria, ***establecen de manera explícita que cuando no se trate de obligaciones ciertas e ineludibles****, la evaluación del riesgo de pérdida que la contingencia pudiera ocasionar es una atribución exclusiva de la entidad, es decir que es la misma institución quien con un criterio de prudencia, debe evaluar las probabilidades de pérdida que tenga a consecuencia de la contingencia.*

Para una mayor precisión en cuanto a los criterios para la evaluación de las contingencias, es necesario referirse a las Normas Internacionales de Contabilidad, las cuales en el N° 37 describen a las Provisiones y Contingencias estableciendo que estas dependen de la ocurrencia de determinados eventos y/o sucesos para reconocer una obligación dentro o fuera del balance clasificando además los sucesos como:

Probables: *Cuando existe mayor certeza de que ocurra, debiendo estos reconocerse en el balance.*
Posibles: *Cuando existe menos certeza de que ocurra, debiendo estos revelarse a través de notas a los estados financieros.*
Remotos: *Cuando su ocurrencia es extremadamente rara, sin que los mismos deban reconocerse en el balance ni revelarse en notas a los estados financieros.*

En el caso del proceso arbitral iniciado por Luis Artemio Lucca Suárez se tiene que su demanda no está sustentada en un derecho cierto, de existencia comprobada e ineludible, más por el contrario, y así lo revela su propia demanda arbitral, Luis Artemio Lucca Suárez, forzando y utilizando una póliza de seguro, lejos de su comprendido, alcance y

sentido; demandó en el año 2009 el pago de daños y perjuicios emergentes de una responsabilidad extracontractual, aspectos que merecerán al final y en laudo arbitral la constitución de un derecho a favor de Lucca Suárez, con las características necesarias para constituir una previsión, en observancia y cumplimiento de las normas regulatorias, entre tanto, siendo la demanda de Lucca Suarez una mera pretensión sin visos de existencia cierta, comprobada y con características de ineludibilidad, es absolutamente improcedente e ilógica la constitución de una previsión.

Aquí cabe advertir, que si admitiera que las instituciones financieras ante cualquier demanda tuvieran que constituir previsiones, se provocaría una inseguridad en el sistema financiero bancario, afectando su estabilidad y solidez, poniendo en riesgo los ahorros del público y el propio servicio de las entidades financieras.

Adicionalmente es necesario reiterar que la evaluación de este extremo ya ha sido efectuada por el órgano regulador en uso de sus atribuciones y competencias, determinando en el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 la inexistencia de la obligación para la constitución de previsión respecto a esta contingencia, criterio regulatorio que ha adquirido firmeza, en virtud a los fundamentos expuestos en la primera parte de este memorial.

CONSIDERACION DEL PUNTO 4.5 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010.-

Luis Artemio Lucca Suárez se refiere a una supuesta falta de fundamentación de parte del órgano regulador para justificar la ratificación de los extremos contenidos en el punto 4.5 del informe mencionado, sugiriendo además que no habría existido nunca una inspección a los sistemas operativos del Banco ni análisis de documentación alguna, limitándose la ASFI a repetir lo comunicado por el Banco.

El recurrente a sus propios fines e intereses, con distorsión a la realidad, ha olvidado que el contenido del punto 4.5 del informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010 no hace más que ratificar las conclusiones contenidas en el informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, emitido como consecuencia de ***UNA INSPECCION ESPECIAL*** *realizada por la ASFI al Banco en la gestión 2009. El análisis de los aspectos reclamados por Lucca, tienen como origen una observación efectuada por la entonces Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros en el Informe SPVS/INF/N° 01/2008, dicha información indicaba textualmente lo siguiente:*

> *"Del historial de pago de primas emitido por el Banco Santa Cruz S.A., presentado por el denunciante a esta comisión especial de la SPVS, se evidencia que en la columna "Tasa de Seguro" un importe de 0.048 por ciento por deudor y 0.0920 por ciento por dos deudores, estas tasa difieren de los porcentajes de establecidos en la póliza N° 600055 de seguro de desgravamen. Del análisis realizado a las planillas mensuales de pago de primas emitidas por el Banco Santa Cruz S.A., se evidencia que en las mismas, la tasa de seguro es 0.34 % por mil para un deudor y 0.29 % por mil para dos deudores, conforme lo estipula el condicionado particular inciso F) y G) de la póliza 600055 de seguro de desgravamen hipotecario. Por tanto existen contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas en cuanto a la tasa de seguro, documentos emitidos y elaborados por el Banco Santa Cruz S.A."*

Al haberse encomendado el análisis de esta observación de la SPVS a la ASFI, como ente regulador competente en la supervisión de la entidad de intermediación financiera correspondiente, en este caso el Banco Santa Cruz S.A., la ASFI en la Inspección Especial indicada, procedió con la revisión correspondiente de los siguientes documentos:

- *"Historial de Pago de Primas".*
- *Póliza de Seguro de Desgravamen N° 600055 vigente desde el 31 de diciembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001.*
- *Papeletas de amortización de Cartera de Recursos Propios.*

Como resultado de este análisis la Comisión Especial de la inspección de la ASFI determinó que las tasas señaladas del 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores corresponden a la tasa parametrizada en el sistema al momento de la reimpresión y no la devengada en el préstamo y que dichos porcentajes ***NO FUERON COBRADOS*** *a Luis Artemio Lucca Suárez a quien se le cobró la tasa estipulada en la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055.*

La claridad del análisis contenido en el Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, efectuada sobre documentos eficaces e idóneos, no permite interpretaciones antojadizas como la que pretende forzar el recurrente y desvirtúa los elementos contenidos en el Recurso de Revocatoria respecto a la ausencia de un análisis y una fundamentación.

Asimismo, es menester nuevamente resaltar que la opinión que la ASFI ha emitido respecto a estos extremos a través de sus Informes ASFI/DSR-II/R-49741/2009 y ASFI/DSS/R-127404/2010, esta debida y contundentemente fundamentada.

CONSIDERACION DEL PUNTO 4.8 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010.-

De igual manera, en este punto, Luis Artemio Lucca Suarez nueva e inútilmente, reclama una supuesta falta de fundamentación de parte de la ASFI al haber ratificado la conclusión del Informe de 3 de diciembre de 2010.
Para desvirtuar lo esgrimido por el recurrente, nuevamente es necesario referirnos al Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009, cuya conclusión sobre este punto ha sido ratificada en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de diciembre de 2010.

La Comisión Especial encargada de la inspección especial practicada a nuestra entidad bancaria en la gestión 2009, sobre este respecto consideró la denuncia que Luis Artemio Lucca Suárez hizo a través de su memorial de 5 de noviembre de 2008 en el que se indicaba:

> *"Mediante Escritura Pública N° 1274 de 30 de junio de 2000, se suscribe la reprogramación de un contrato de crédito a favor de Luis Artemio Lucca Suárez y de Ana María Arteaga de Lucca por la suma de $us. 210.000.- con validez de 2 años y con seguro de desgravamen hipotecario e interés variable donde se puede evidenciar la existencia de capitalización de intereses, aspecto que vulnera los Arts. 800, 977 y 1303 del Código de Comercio y Art. 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y del reglamento de Tasas de Interés incluido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Titulo IX, Capítulo XV, Sección 2°."*

Dicha Comisión Especial determinó que el desembolso del crédito de $us. 210.000 mencionado por Lucca, fue efectuado a la cuenta 1000-1012-00263547 de titularidad de Luis Artemio Lucca Suárez y de su esposa, evidenciándose, de acuerdo al extracto correspondiente a dicha cuenta, que la misma mantenía al momento del desembolso un saldo de $us. 18.131.-, monto suficiente para cubrir los intereses adeudados, desvirtuando de esta manera la denuncia por capitalización de intereses que Lucca ya planteó en noviembre de 2008 y que nuevamente pretende se analice.

De igual manera, la claridad y contundencia del análisis de la Comisión Especial en el Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 no admite discusión alguna puesto que este acto administrativo se halla debida y contundentemente fundamentado.

Este mismo Informe (ASFI/DSR-II/R-49741/2009) se acredita y demuestra que la ASFI realizó un cuidadoso análisis y evaluación y que sobre el fundamento de base documental se estableció lo siguiente:

> *"Se verificó la consistencia de la información presentada por el ex BSC, en las 21 boletas de desembolso de créditos (tasas de interés, tasas de seguro de desgravamen, plazo, monto) con respecto a los reportes "Historial de Pago de Primas" (Créditos con Seguro de Desgravamen Hipotecario), papeletas de "Desembolso de Cartera", de "Amortización de Cartera de Recursos Propios", "Kardex de Préstamo". Al respecto, no se evidenció inconsistencias que pudieran afectar a las operaciones de crédito que pudieran afectar a las operaciones de crédito del señor Lucca y esposa.*
>
> *Cabe mencionar que, si bien las preliquidaciones adjuntas a la demanda no guardan similitud con las liquidaciones presentadas a este Órgano Fiscalizador, empero ello se debió a que las primeras consideran el saldo total del crédito a la fecha de su generación, mientras que las últimas se refieren al saldo del crédito en función a cada una de las cuotas amortizadas.*
>
> ***Conclusión***
> *De lo expuesto y analizado, no se identificaron inconsistencias en la información consignada en los documentos citados y las 21 boletas presentadas en el proceso ejecutivo seguido por el BME, por tanto no se evidenció una doble contabilidad."*

Lo referido precedentemente echa por tierra las afirmaciones de Luis Artemio Lucca Suárez y en todo caso demuestra que la Resolución impugnada goza de la suficiente motivación y fundamentación, sin que de ninguna manera se pueda acudir a la argucia de sostener que la ASFI actuó de manera precipitada e irreflexiva.

Por lo precedentemente expuesto y en atención a la firmeza de las actuaciones administrativas que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) ha desarrollado sobre los aspectos observados por el recurrente, y en atención a las consideraciones legales expuestas anteriormente solicitamos que de conformidad con lo previsto por el Art. 43°, inciso a) y por el Art. 44° del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, se ***CONFIRME*** *la Resolución la Resolución ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, por la cual se confirma en todas sus partes la Resolución ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011".*

CONSIDERANDO:

Que, con referencia al memorial presentado por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** mediante memorial presentado en fecha 20 de abril de 2012, señala lo siguiente:

"***1. SOBRE EL SUPUESTO PROCESO CONCLUIDO***

Según el Banco, los actos propios de la regulación "habrían concluido" con los Informes ASFI/DSR-H/R-49741/2009 y ASFI/DSS/R-127404/2010 habiéndose dado lugar a que se impusieran sanciones a dicha entidad y que se emitiera la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 05/2012 con cuya "dictación" habría concluido el procedimiento administrativo por lo que, según el Banco, resultaría "aberrante" la "reapertura del proceso administrativo para buscar la imposición de nuevas sanciones lo cual violaría el principio non bis in idem el cual está consagrado en el Art. 117 de nuestra carta magna"

Sobre el particular, y con la finalidad de que su Autoridad no se vea sorprendida por este tipo de argumentos, me permito puntualizar que:

1.1. *Es completamente* ***FALSO*** *y embustero que el Banco - actuando a contrario de la documentación existente - se atreva a señalar que se pretende la "reapertura del proceso administrativo" por cuanto si bien es cierto que la ASFI inició un procedimiento sancionador contra el Banco que concluyó con la indicada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 05/2012;* ***no es menos cierto que el mismo fue instaurado por otros motivos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 los cuales no tienen relación alguna con aquellos sobre los cuales mi persona formuló observaciones a través del memorial de 17 de junio de 2011 que a la fecha han motivado la interposición del Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 037/2012****.*

Entonces, lo que sí resulta ser verdaderamente aberrante es que el Banco falte a la verdad inventando argucias alejadas de la realidad.

1.2. *Respecto a la supuesta violación al principio non bis in idem que aduce el Banco en caso de tenerse que iniciar procedimiento sancionatorio por los demás aspectos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010; el Art. 117 de la Constitución Política del Estado ('no carta magna' como desorientadamente indica el Banco) determina la prohibición de procesamiento y condena más de una vez por un mismo hecho, situación sobre la cual la Sentencia Constitucional 0962/2010 de 17 de agosto ha determinado que "El principio non bis in idem implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad"*

En el caso que nos ocupa, ha quedado demostrado que ***EN NINGUN MOMENTO*** *se está pretendiendo que se sancione al Banco dos veces por un mismo hecho por cuanto, reitero, si bien es cierto que la ASFI inició un procedimiento sancionador contra el Banco que*

concluyó con la indicada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 05/2012; ***no es menos cierto que el mismo fue instaurado por otros motivos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 los cuales no tienen relación alguna con aquellos sobre los cuales mi persona formuló observaciones a través del memorial de 17 de junio de 2011 que a la fecha han motivado la interposición del Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 037/2012****.*

Lo que claramente se ha objetado e impugnado por mi parte es precisamente que la ASFI no resolvió de manera fundamentada ni valoró las pruebas presentadas por mi parte en cuanto a los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, ***LOS MISMOS QUE NO FUERON OBJETO DE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ALGUNO****. Entonces puede apreciarse la falta de sustento en la que incurre el Banco.*

2. SOBRE LOS ASPECTOS YA EVALUADOS QUE SEÑALA EL BANCO

Conforme sostiene el Banco, los aspectos que mi persona ha impugnado ya tienen pronunciamientos "con calidad de cosa juzgada", debiendo señalar por mi parte que, (al margen que en materia administrativa no existe la figura de cosa juzgada) dicho extremo es irreal por lo anotado en el punto 1. del presente escrito puesto que, se reitera una vez más, lo que claramente se ha objetado e impugnado por mi parte es precisamente que la ASFI no resolvió de manera fundamentada ni valoró las pruebas presentadas por mi parte en cuanto a los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, ***LOS MISMOS QUE NO FUERON OBJETO DE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ALGUNO*** *conforme se ha descrito anteriormente.*

2.1. SOBRE EL PUNTO 3.4. DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010

Cuando el Banco se refiere al proceso arbitral iniciado por mi persona el 05 de mayo de 2003 incurre en el mismo error que la ASFI cuando menciona que al haberse determinado la declinatoria de jurisdicción desde la CAINCO (Santa Cruz) a la Cámara Nacional de Comercio (La Paz) la demanda arbitral iniciada en Santa Cruz quedó sin efecto y la única vigente fue la que se "inició" en la ciudad de La Paz. Al respecto, nuevamente se debe indicar que:

- *El proceso arbitral* ***ES UNO SOLO y que se inició en fecha 05 de mayo de 2003*** *y si bien el mismo no fue tramitado en la ciudad de Santa Cruz (CAINCO) esto obedeció a una declinatoria de competencia* ***Y NO PORQUE EL PROCESO HUBIERA SIDO DESESTIMADO EN EL FONDO DE LA CAUSA O CONCLUIDO COMO FALSAMENTE ADUCE EL BANCO****. Entonces, es obvio que el Banco tenía la obligación de efectuar las previsiones financieras del caso,* ***MAS AUN CUANDO, REITERO, CONOCIÓ PERFECTAMENTE LA EXISTENCIA DE DICHO PROCESO ARBITRAL DESDE EL AÑO 2003 E INCLUSIVE PARTICIPÓ Y AUN PARTICIPA DEL MISMO****.*

- *Solo por cuestiones procedimentales, debe aclararse que cuando el expediente arbitral es remitido a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz al tenerse como órgano competente, mi persona el 29 de enero de 2009* ***formaliza la demanda*** ***ya iniciada y presentada el 05 de mayo de 2003****, lo cual no implica bajo ninguna circunstancia que dicha demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 hubiera sido anulada o dejada sin efecto o se hubiera presentado una "nueva demanda" recién el 29 de enero de 2009* ***Y MENOS PUEDE ENTENDERSE QUE LA DEMANDA DE 05 DE MAYO DE 2003 "CONCLUYÓ" PUESTO QUE LA MISMA PROSIGUE EN TRÁMITE SOLO QUE AHORA EN LA CIUDAD DE LA PAZ POR UNA DECLINATORIA****.*

- *El Banco señala que la demanda arbitral del 05 de mayo de 2003 es diferente a la de 29 de enero de 2009, pretendiendo desconocer que según el Art. 44-II de la Ley de Arbitraje y Conciliación* ***LA DEMANDA PUEDE SER MODIFICADA HASTA UN DIA ANTES DE LA PRIMERA ACTUACION DE RECEPCIÓN DE PRUEBAS****. Y mi persona con esta prerrogativa legal modificó la demanda de 05 de mayo de 2003 en fecha 29 de enero de 2009, lo que* ***NO*** *implica que "hubieran existido dos demandas"*

- *El Banco indica que "entre el 15 de abril de 2004 al 29 de enero de 2009 no existía proceso arbitral alguno contra el Banco" extremo falso, primero porque se tiene prueba documental de que el Banco fue notificado con la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 y segundo porque* ***en la propia nota de 25 de abril de 2005 remitida a la Cámara Nacional de Comercio por el Banco Santa Cruz S.A. representada por Gil Antonio Porras, dicho apoderado señaló que: "Tenemos conocimiento de que el señor Luis Artemio Lucca Suárez habría presentado ante ese centro una solicitud de arbitraje (...)"*** *Entonces es inaudito que el Banco pretenda ignorar estos antecedentes.*

- *Según el Banco el arbitraje se inició "recién cuando se constituyó el Tribunal Arbitral a partir del año 2009", extremo que no tiene relación alguna con el hecho de que la entidad bancaria debió previsionar en sus estados financieros la suma de la demanda de 05 de mayo de 2003* ***(una vez que tuvo conocimiento de la misma)*** *de acuerdo a las normas técnicas del Manual de Cuentas para Bancos que fue explicado en mi memorial de Recurso Jerárquico.*

En consecuencia, quedan desvirtuadas las afirmaciones que realiza el Banco, habiéndose comprobado una vez más que el Banco no provisionó el monto demandado en la demanda de 05 de mayo de 2003 incurriendo en clara infracción administrativa.

2.2. SOBRE EL PUNTO 4.5. DEL INFORME ASFI/ DSS/R-127404/2010

En lo que corresponde a este punto los argumentos del Banco son irrelevantes por cuanto es clara y evidente la falta de fundamentación en esta parte del Informe puesto que en ningún momento se hace un desglose técnico o se efectúa un cuadro donde evidentemente se demuestre que las tasas de seguro hubieran sido cobradas de acuerdo a la Póliza. Adicionalmente, resulta contraproducente que se mencione que estas diferencias se originaron "por los sistemas de información del Banco" puesto que esta supuesta "información originada por el sistema" no aclaró en definitiva si los pagos fueron efectuados conforme a la tasa vigente o a la estipulada; además de inducir en claro error al prestatario, situación que viola también los principios de transparencia y en la información que debe tener la entidad bancaria.

2.3. SOBRE EL PUNTO 4.8. DEL INFORME

Al igual que en el caso anterior, el Banco no puede ocultar la evidente falta de análisis motivado en la que ha incurrido la ASFI acerca de la capitalización de intereses y las 21 boletas que difieren de las presentadas por el Banco que evidencian doble contabilidad, al margen de no existir una explicación motivada de estos casos, no se logra comprender como la ASFI emitió este Informe acerca de estos cuestionamientos si se supone que el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones (recuérdese que anteriormente se sancionó al Banco por no contar con información. En ese sentido se tiene la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 05/2012)

3. PETITORIO

Por tanto, solicito a su respetable Autoridad efectuar un análisis razonado de los fundamentos antes expuestos y en definitiva se emita Resolución Ministerial Jerárquica por medio de la cual se ***ANULE*** *el procedimiento administrativo hasta el estado en que la ASFI proceda a emitir un nuevo pronunciamiento debidamente motivado y fundamentado, debiendo efectuarse una adecuada valoración probatoria en función a mi solicitud de 17 de junio de 2011.*"

CONSIDERANDO:

Que, a efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica son tenidos en cuenta, además, los memoriales y las literales adjuntadas durante la sustanciación del Recurso Jerárquico, conforme la relación siguiente:

- Memorial presentado en fecha 12 de marzo de 2012 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, sobre solicitud de "*inclusión de documentación e información*", reiterada -numeral 2- mediante memorial de apersonamiento de fecha 20 de abril de 2012, al que correspondió la providencia de 23 de abril de 2012, notificada en fecha 25 siguiente, por la que se dispone que "*cursando en obrados el escrito de 17 de junio de 2011 de "Complementación, Modificación y Ampliación de Informe y Valoración de Pruebas", se servirá apersonarse el interesado a los fines de revisar la suficiencia o no del mismo en los términos de su memorial de 20 de abril de 2012*".

- Memorial presentado en fecha 3 de mayo de 2012 por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, sobre apersonamiento del señor Mauricio Javier Blacutt Blanco, adjuntando al efecto el testimonio de poder Nº 295/2011 de 17 de noviembre de 2011, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 22 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Lumen Verónica Molina Pascual.

Que, asimismo y atendiendo la solicitud de **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** hecha presente en el memorial de fecha 20 de abril de 2012, en fecha 3 de mayo de 2012, a horas 15:00, se llevó adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos.

Que, se tiene presente además el informe contenido en la nota ASFI/DAJ/R-62711/2012 de 23 de mayo de 2012, hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en cumplimiento a lo dispuesto mediante oficio MEFP/VPCF/No. 101/2012 de 21 de mayo de 2012, conforme al tenor que, en lo pertinente, se transcribe a continuación:

"*Con relación al primer punto en el que su autoridad solicita copia de la constancia de recepción por el señor Luis Artemio Lucca Suárez del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, comunico a usted que, mediante carta ASFI/DAJ/R-55889/2011 de 1 de junio de 2011, conforme se advierte en la copia de la misma, fue recepcionada en fecha 3 de junio de 2011 por el señor Edwin Salinas Añez (personero de la Importadora Lucca), adjunta a la cual se remitió copia del mencionado Informe. Este hecho fue corroborado por el propio señor Lucca, quien mediante memorial presentado en fecha 15 de junio de 2011, afirma haber recibido el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, copias legalizadas de los señalados documentos se adjuntan a la presente nota.*

Con relación al segundo punto de su requerimiento, por el que solicita información sobre el tratamiento que dio ASFI al Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, y si el mismo sirvió de fundamento para la emisión de alguna Resolución Administrativa, o fue distinta al presente Recurso Jerárquico y el estado actual del mismo, corresponde hacerle conocer que conforme lo expresado por esta Autoridad de Supervisión mediante carta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, dirigida al señor Luis Artemio Lucca Suárez, mediante carta ASFI/DAJ/R-55889/2011 de 1 de junio de 2011, se comunico al señor Luis Artemio Lucca Suarez que en consideración a las conclusiones y recomendaciones arribadas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010 y la Resolución ASFI N° 449/2011 de 26 de mayo de 2011, este Órgano de Supervisión instruyo iniciar el procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., para cuyo efecto hago conocer la siguiente relación de hechos:

1. *Mediante carta ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011, ASFI procedió a la Notificación de Cargos al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por los siguientes cargos:*

1. *Al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), toda vez que la entidad habría incumplido con la conservación de la siguiente documentación:*

    i. *Respaldo del pago de primas de seguro de desgravamen hipotecario correspondiente a la Póliza N° 600055.*
    ii. *Póliza de desgravamen hipotecario de la Gestión 2002.*
    iii. *Facturas que respaldan el pago de las comisiones por cobranza de la Póliza N° 600055 de las gestiones 1999, 2000, 2001 y 2002.*
    iv. *Documentos relacionados a los contratos suscritos por el ex Banco Santa Cruz S.A. con HP Brokers S.R.L por las gestiones 2000 y 2001 por corretaje de seguros de desgravamen hipotecario.*
    v. *Constancias de envío de las planillas mensuales de pago de primas a la entidad aseguradora en el periodo comprendido entre julio de 2000 a marzo de 2001.*

2. *Al artículo 96 de la referida Ley N° 1488 al no haber proporcionado, entre la documentación requerida por esta Autoridad de Supervisión, el Manual de Procedimientos que utilizó el ex Banco Santa Cruz S.A. para el cobro y pago mensual de primas o en su defecto el flujograma de la operativa utilizada por la entidad para tal efecto.*

3. *Al artículo 50 del Reglamento sobre Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, aprobado mediante Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, toda vez que el ex Banco Santa Cruz S.A. no habría procedido con mantener una copia de la Póliza de seguro contratado, vigente y endosado por el prestatario a favor de la Entidad, conjuntamente la documentación crediticia correspondiente, respecto a la Póliza de Seguro de Desgravamen hipotecario de las gestiones 1999, 2000, 2001 y 2002*

2. *Mediante Resolución ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió sancionar con lo siguiente:*

"PRIMERO.- *Amonestar al* ***BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.****, por los incumplimientos descritos en el numeral 1 puntos i, ii, iv y v contenidos en la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011.*

SEGUNDO.- *Sancionar al* ***BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.*** *con multa equivalente al 2% de su capital mínimo por incumplimiento del artículo 96 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al no haber proporcionado la información recabada por personeros de esta Autoridad de Supervisión (Manual de Procedimientos que utilizo el ex Banco Santa Cruz S.A. para el cobro y pago mensual de primas o en su defecto el flujograma de la operativa utilizada por la Entidad para tal efecto).*

TERCERO.- *Desestimar el cargo contenido en el punto III del numeral 1 y el numeral 3 de la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011, este último referido al incumplimiento del artículo 50 del Reglamento sobre Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, aprobado mediante Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999.*

CUARTO.- *La multa impuesta debe ser depositada dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas, en el Banco Unión S.A., bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir la papeleta de depósito correspondiente en el transcurso de dicho plazo.*

QUINTO.- *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio y la Junta General de Accionistas del BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto".*

3. *Mediante Resolución ASFI N° 631/2011 de 30 de agosto de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. contra la Resolución ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, disponiendo lo siguiente:*

*"****UNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE,*** *la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, aclara mediante Resolución ASFI N° 569/2011 de 25 de julio de 2011".*

4. *Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 05/2012 de 26 de enero de 2012, la instancia jerárquica resolvió lo siguiente:*

"PRIMERO.- *Confirmar parcialmente la Resolución ASFI N° 631/2011 de 20 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmo la Resolución ASFI N" 535/2011 de 6 de julio de 2011, respecto al segundo artículo correspondiente al Cargo N° 2 y fue complementada por la Resolución ASFI N° 569/2011 de 25 de julio de 2011".*

Por lo anterior, el citado procedimiento administrativo fue emergente del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, en lo correspondiente a los Cargos Notificados al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. Sin embargo de lo anterior, cabe aclarar a su autoridad que ***paralelamente*** *al procedimiento administrativo que ASFI sustanció contra el mencionado Banco, el señor Lucca mediante memoriales presentados en fecha 17 de junio, 26 de agosto, 1 de septiembre y 17 de noviembre de 2011, planteó que los puntos 3.4, 4.5 y 4.8. contenidos en el mismo Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, no habrían sido debidamente valorados por ASFI, dentro del procedimiento sancionatorio instaurado contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., el cual finalmente derivó con la imposición de una sanción económica equivalente al 2% de su capital mínimo por incumplimiento del artículo 96 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*

En este sentido, los puntos 3.4, 4.5 y 4.8. a los cuales se refiere en su reclamo el señor Lucca, representan una parte del informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, el cual motiva el presente Recurso Jerárquico, consiguientemente, para ilustrar dicho aspecto, este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, respondió al impetrante sobre los puntos cuestionados, señalando lo siguiente:

"Asimismo, efectuada una nueva valoración de los puntos 3.4, 4.5. y 4.8. del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, que supuestamente ASFI no habría valorado debidamente, este Órgano de Supervisión no ha encontrado nuevos elementos de convicción los cuales merezcan el replanteamiento de los criterios contenidos en el citado Informe, por lo que no corresponde iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.,…

En ese sentido, esta Autoridad de Supervisión en el marco de lo anteriormente expuesto ratifica las conclusiones arribadas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, así como en las conclusiones del informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009 en los cuales se evidencia que ASFI ha considerado debidamente las denuncias formuladas por su persona en sus memoriales de 26 y 31 de agosto de 2011, las mismas que al no aportar nuevos elementos de juicio no requieren complementación o ampliación por parte de este Órgano de Supervisión".

En ese contexto, y debido a la insistencia del señor Luis Artemio Lucca para que los puntos 3.4, 4.5 y 4.8. contenidos en el citado Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, sean nuevamente considerados o valorados por ASFI, no obstante la nota de respuesta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, cursada y recepcionada por el señor Lucca, dicha nota tuvo su fundamento principal en el análisis y conclusiones a las que arribó la Comisión de Inspección de ASFI cuyos resultados se encuentran contenidos en el ***Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009****, cuya fotocopia legalizada se adjunta para los fines consiguientes. Consecuentemente, y atendiendo la petición efectuada por el impetrante los criterios expresados precedentemente fueron incorporados en la Resolución ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, la misma que fue objeto de Recurso de Revocatoria por parte del señor Lucca, habiendo resuelto ASFI mediante Resolución ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, encontrándose a la fecha dicho trámite en Recurso Jerárquico para su resolución.*

Finalmente, y puntualizando la consulta efectuada por su autoridad cabe señalar que efectivamente el citado Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, sirvió de fundamento por una parte, para el inicio del procedimiento sancionatorio instaurado por ASFI contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., el cual conforme lo señalado anteriormente concluyo con la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 05/2012 de 26 de enero de 2012, la cual confirmó en lo pertinente la sanción impuesta por este órgano de Supervisión contra la citada entidad. Asimismo, con relación a la segunda parte relativo al Recurso Jerárquico que cursa ante esa instancia, dicho trámite corresponde a los puntos 3.4, 4.5 y 4.8. extraídos del mismo Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, que adicionalmente reclama el señor Lucca, y que efectuado el análisis de rigor este Órgano de Supervisión no ha encontrado nuevos elementos de convicción que determinen iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., encontrándose a la fecha dicho trámite en Recurso Jerárquico para su correspondiente pronunciamiento."

A tiempo de la misma nota MEFP/VPCF/No.101/2012, se adjunta la documentación siguiente:

- Resolución Administrativa ASFI N° 449/2011 de 26 de mayo de 2012, que resuelve: revocar parcialmente la Resolución ASFI N° 411/2010 de 27 de mayo de 2010, dejando sin efecto la última parte de la carta ASFI/DAJ/R-43203/2010 de 4 de mayo de 2010, referida a la ampliación de la investigación en materia de seguros (primero), comunicar los resultados del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010 a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** "*para los fines consiguientes*" (segundo), e instruir el inicio del procedimiento sancionatorio contra el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** en atención a los presuntos incumplimientos establecidos en el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010 (tercero), con constancia de notificación al mencionado en fecha 2 de junio de 2011.

- Nota ASFI/DAJ/R-55889/2011 de 1° de junio de 2011, con fecha de recepción de 3 de junio de 2011 en el domicilio de calle Alameda Potosí N° 925 de la ciudad de Santa Cruz, por la que entre otros aspectos, el ente regulador comunica a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, que en cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2010 de 23 de noviembre de 2010, se ha revocado parcialmente la Resolución ASFI N° 411/2010 de 27 de mayo de 2010 mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 449/2011 de 26 de mayo de 2012, la que además dispone "*remitir a su conocimiento el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010*"; al pie de página sale la nota "*Adj. Lo citado*".

- Memorial presentado en fecha 14 de junio de 2001 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, por el que "*Solicita inicio de diligencias*" y en el que señala "*la ASFI ha emitido en Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 03 de diciembre el mismo que fue notificado en fecha 03 de junio de 2011*"; en su otrosí 5°, señala domicilio en "*calle Alameda Potosí No. 925 de la ciudad de Santa Cruz*".

- Nota ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011, dirigida al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** sobre notificación de cargos.

- Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI Nº 535/2011 de 6 de julio de 2011.

- Resolución Administrativa ASFI Nº 631/2011 de 30 de agosto de 2011, confirmatoria de la anterior.

- Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº05/2012 de 26 de enero de 2012, que confirma parcialmente la anterior en cuanto al Cargo Nº 2 y declara probada la prescripción del Cargo Nº 1, con más la nota MEFP/VPCF/No.031/2012 por la que se adjunta la Resolución Ministerial Jerárquica señalada.

- Testimonio -incompleto- de la Escritura Pública Nº 1905/2006, sobre "*acuerdo de fusión por incorporación y disolución de la sociedad incorporada, que suscriben: el Banco Mercantil S.A…. y por otra el Banco Santa Cruz S.A.*"

- Memorial de fecha 30 de junio de 2006 presentado por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** ante juez de partido, por el que "*formula oposición a fusión por incorporación de la sociedad que demanda*".

- Nota de fecha 29 de junio de 2006 presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** al **Banco Santa Cruz S.A.**, por el que solicita la entrega del balance especial y el compromiso de fusión "*suscrito entre el Banco Santa Cruz S.A. y el Banco Mercantil*", con constancia de participación notarial.

- Nota de fecha 30 de agosto de 2008 presentada por el Colegio de Auditores o Contadores Públicos de Bolivia, a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** al **Banco Santa Cruz S.A.** y por el que se señala que:

  "***Al punto 1*** *De acuerdo con las normas de contabilidad, todos los pasivos producto de la actividad de la empresa deben ser registrados, estén o no en litigio. Para el tratamiento contables de los pasivos contingentes productos de litigios o no, se conozca o no su cuantía a la fecha de cierre de los estados financieros debe considerarse las normas de contabilidad, de manera particular, el principio general de PRUDENCIA y MATERIALIDAD establecida en el inciso 2 j) y 2 i) respectivamente de la norma de contabilidad No.1 (PRINCIPIOS Y NORMAS TECNICO-CONTABLES GENERALMENTE ACEPTADOS PARA LA PREPARACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS) y en su caso la norma de contabilidad No. 2 (TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS HECHOS POSTERIORES AL CIERRE DEL EJERCICIO)*

  Al punto 2 *Debe observarse lo establecido en el inciso 2 j) y 2 i) respectivamente de la norma de contabilidad No. 1 (PRINCIPIOS Y NORMAS TECNICO-CONTABLES GENERALMENTE ACEPTADOS PARA LA PREPARACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS)*

  Al punto 3 *Las acreencias constituyen pasivos u obligaciones ciertas estén o no en litigio.*"

- Oficio CAC 72/05 de 1º de marzo de 2006 por el que el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, invita al **Banco Santa Cruz de la Sierra S.A.**, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y HP Brokers S.R.L., a una sesión preparatoria de arbitraje dentro de la solicitud presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.

- Oficio CAC 286/05 de 26 de septiembre de 2005 por el que el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, invita al **Banco Santa Cruz de la Sierra S.A.**, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y HP Brokers S.R.L., a la continuación de una sesión preparatoria de arbitraje dentro de la solicitud presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.

- Nota de 25 de abril de 2005 con referencia "*Solicita Dictamen de la Comisión del CCA*" y dirigida al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, por la que el **Banco Santa Cruz S.A.** señala:

  "*Tenemos conocimiento de que el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez habría presentado ante ese Centro, una solicitud de arbitraje. En relación a ello y con carácter previo a la aceptación formal del arbitraje solicitado, requerimos que la Comisión del Centro de Conciliación y Arbitraje se pronuncie sobre la legitimación activa que tendría Artemio Lucca, habida cuenta de que no es suscriptor de la cláusula compromisoria inserta en la Póliza Nº 600055 en su artículo 23º, en base a la cual se ha solicitado el arbitraje.*

  En ese sentido, a efectos de evitar vicios innecesarios dentro del proceso, en aplicación del artículo 4 inc. 12) de la Comisión del Centro de Conciliación y Arbitraje, en concordancia con los artículos 3 y 4 del Reglamento del Centro, solicitamos formalmente el dictamen de la Comisión del Centro de Conciliación sobre el respecto ya referido."

- Oficio CAC 111/05 de 18 de abril de 2005 por el que el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, invita al **Banco Santa Cruz de la Sierra S.A.** a la sesión preparatoria de arbitraje, dentro de la solicitud presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.

- Sentencia Constitucional 0164/2005-R de 28 de febrero de 2005, por la que se aprueba la Resolución pronunciada el 9 de septiembre de 2004 por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior de Justica del Distrito Judicial de Santa Cruz, y la que a su vez declaró improcedente el recurso de Amparo Constitucional interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** contra los vocales de la Sala Civil Segunda de la misma Corte.

- Acta de audiencia de fecha 6 de noviembre de 2003, dentro del proceso de arbitraje interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** "*contra el Banco Santa Cruz y otros*" en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial, de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz.

- Auto Nº 01/03 de 20 de noviembre de 2003 pronunciado por el Tribunal Arbitral el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz, dispone, entre otros, declarar instalado el Tribunal Arbitral para dirimir la controversia suscitada entre **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y el **Banco Santa Cruz S.A.**, HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., BISA Seguros y Reaseguros S.A. y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.; y declara admitida la demanda arbitral.

- Auto de septiembre de 2003, por el que el Juez 4º de Partido de la ciudad de Santa Cruz rechaza los pedidos de declinatoria, exclusión y excepciones de impersonería planteados dentro de la demanda de auxilio jurisdiccional interpuesta por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, y fija día y hora de audiencia para la conformación del tribunal arbitral.

- Memorial de demanda de auxilio jurisdiccional de fecha 14 de julio de 2003, presentado por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.

- Nota presentada en fecha 25 de junio de 2003 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** al **Banco Santa Cruz S.A.**, por el que le requiere la designación de un árbitro, con constancia notarial.

- Nota CAINCO6563CCA0186/2003 de 22 de mayo de 2003 por la que el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz, solicita al **Banco Santa Cruz S.A.** que las personas que concurran a la reunión de constitución del Tribunal Arbitral, deben encontrarse debidamente apoderadas.

- Nota CAINCO6968CCA0245/2003 de 1º de julio de 2003 por la que el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz, refiere a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** la serie de actuaciones sucedidas en la sustanciación de la demanda arbitral.

- Memorial de demanda arbitral, presentada en fecha 6 de mayo de 2003 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** contra el **Banco Santa Cruz S.A.**, HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., BISA Seguros y Reaseguros S.A. y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., por ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz.

- Memorial de solicitud de complementación, modificación y ampliación del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, presentado en fecha 17 de junio de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- Memorial con la suma "*aporta mayores elementos de convicción*", presentado en fecha 26 de agosto de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- Memorial con la suma "*solicita pronunciamiento*", presentado en fecha 17 de noviembre de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- Memorial con la suma "*hace presente y reitera petición*", presentado en fecha 1º de septiembre de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, referido a "*INSPECCIÓN ESPECIAL CASO LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ*".

- Nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, dirigida a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** con la referencia "*respuesta a memoriales*".

- Resolución Administrativa ASFI Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, por la que se resuelve "*Ratificar el contenido íntegro de la carta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011*".

- Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, por la que se resuelve "*CONFIRMAR EN TODAS SUS PARTES la Resolución Administrativa ASFI Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011*".

CONSIDERANDO:

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

1. Antecedentes.-

Conforme se desprende de los informes cursantes en obrados, el matrimonio conformado por LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ y Ana María Arteaga de Lucca contrataron del anterior Banco Santa Cruz S.A. (activos y pasivos ahora en el BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.) dos líneas de crédito, la primera en octubre de 1996 por $us. 210.000.-, y la segunda en agosto de 1998 por $us. 450.000.-, operaciones para las que se preveía su extinción a manera de desgravamen hipotecario en el caso del fallecimiento de alguno o de ambos, y que operaba mediante póliza de seguro originalmente contratada (*en grupo*, colectivo, por varios préstamos comprendidos en la cartera de créditos conforme lo establece la Resolución Administrativa IS Nº 257 de 19 de junio de 2000) por el referido Banco, con la compañía La Boliviana de Seguros, póliza después cedida a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., determinando ello -conforme a la disposición del artículo 987º del Código de Comercio- la relación contractual siguiente:

- **La aseguradora**: Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. (originalmente La Boliviana de Seguros).
- **Los asegurados**: esposos **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y Ana María Arteaga de Lucca.
- **El beneficiario**: **Banco Santa Cruz S.A.** (ahora **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** por transferencia de pasivos y activos).

El 17 de abril de 2001 fallece la codeudora Ana María Arteaga de Lucca, motivo por el cual, **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** solicitó la aplicación del seguro de desgravamen hipotecario,

extremo que fue rechazado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. debido al incumplimiento del pago de primas del seguro en los plazos fijados.

LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ denunció tal descobertura por ante las ex Superintendencias de Pensiones, Valores y Seguros, y de Bancos y Entidades Financieras, extremo que dio lugar (en lo que en concreto respecta al **Banco Santa Cruz S.A.** o **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**) a una serie de informes, resultando determinante el ASFI/DSV/R-44852/2010, después complementado por el ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, como al consiguiente proceso sancionador administrativo, que en los términos de los artículos 82º, 83º y 84º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, y 46º, 52º, 66º, 67º y 68º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003), corresponde a la sucesión de los actuaciones y/o actos administrativos siguientes:

- Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011.
- Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI Nº 535/2011 de 6 de julio de 2011, complementada por la Resolución Administrativa ASFI Nº 569/2011 de 25 de julio de 2011.
- Resolución Administrativa (al Recurso de Revocatoria) ASFI Nº 631/2011 de 20 de agosto de 2011.
- Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº05/2012 de 26 de enero de 2012.

No obstante ello, el precitado informe ASFI/DSV/R-44852/2010 fue aun complementado por el ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, con respecto al cual y por procedimiento separado, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** solicitó su "*complementación, modificación y ampliación… y valoración de pruebas*" mediante memorial presentado en fecha 17 de junio de 2011, ampliado en fecha 28 de agosto de 2011 ("*aporta mayores elementos de convicción*"), reiterado en fechas 1º de septiembre de 2011 y 17 de noviembre de 2011; de su parte, el ente regulador respondió a la solicitud inicial con la nota ASFI/DAJ/R-87355/2011 de 23 de agosto de 2011 y, en definitiva al trámite en general, con la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, la que a la letra señala:

"*Con referencia a su memorial presentado en fecha 17 de noviembre de 2011, a través del cual solicita que este órgano de Supervisión brinde respuesta a sus memoriales de 17 de junio y 31 de agosto de 2011, en los cuales asevera que los puntos 3.4, 4.5. y 4.8. contenidos en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, relacionado al reclamo presentado contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no habrían sido debidamente valorados por ASFI, solicitando para el efecto la complementación y ampliación de los referidos puntos.*

Al respecto, en atención a su requerimiento corresponde hacerle conocer previamente los siguientes aspectos:

1. *Mediante carta ASFI/DAJ/R-87355/2011 de 23 de agosto de 2011, este Órgano de Supervisión hizo conocer a su persona que en consideración de las conclusiones y recomendaciones arribadas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre*

de 2010, ASFI dio inicio al procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. el mismo que derivó en que dicha entidad sea sancionada con multa mediante Resolución ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, Asimismo, dicha Resolución fue objeto de Recurso de Revocatoria el mismo que fue resuelto mediante Resolución ASFI N° 631/2011 de 30 de agosto de 2011, a través de la cual se confirmó la sanción contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., estando a la fecha el mismo en Recurso Jerárquico.

2. *Asimismo, efectuada una nueva valoración de los puntos 3.4, 4.5. y 4.8. del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, que supuestamente ASFI no habría valorado debidamente, este Órgano de Supervisión no ha encontrado nuevos elementos de convicción los cuales merezcan el replanteamiento de los criterios contenidos en el citado Informe, por lo que no corresponde iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en razón a las siguientes consideraciones:*

   - ***El Punto 3.4*** *del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, referido a que el Banco Mercantil S.A. a tiempo de haber realizado la fusión con el Banco Santa Cruz S.A., no previsionó en sus Estados Financieros los montos contenidos en la póliza de seguro de desgravamen hipotecario N° 600055, ni las sumas establecidas en la demanda arbitral iniciada contra dicho Banco, actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*

   - ***El Punto 4.5*** *del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, referido a supuestas contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas en cuanto a la tasa de seguro, documentos emitidos y elaborados por el Banco Santa Cruz S.A.*

   - ***El Punto 4.8*** *del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, referido a denuncia sobre cobros irregulares de tasas de interés de todos los créditos otorgados al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez, denuncia sobre la Escritura Pública N° 1274 de 30 de junio de 2000, sobre la existencia de capitalización de intereses y denuncia sobre Boletas de líneas de crédito (21 boletas) que a simple vista difieren de las presentadas por el mismo Banco, donde se evidenciaría una doble contabilidad.*

En ese sentido, de acuerdo a la valoración desagregada de los puntos antes mencionados se concluye que los mismos fueron considerados en el citado Informe ASFI/DSS/R-127404/2010, conforme se expone a continuación:

Sobre el Punto 3.4

El Banco Mercantil S.A. a tiempo de haber realizado la fusión con el Banco Santa Cruz S.A., no previsionó en sus Estados Financieros los montos contenidos en la póliza de seguro de desgravamen hipotecario N° 600055, ni las sumas establecidas en la demanda arbitral iniciada contra dicho Banco, actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

El informe ASFI/DSS/R-127404/2010 menciona lo siguiente:

"Al respecto, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras aprobado por este Órgano de Supervisión, establece que los estados financieros de una entidad bancaria se prepararán de acuerdo con las disposiciones establecidas por el Órgano de Supervisión. En caso de existir situaciones no previstas por dichas disposiciones, se aplicarán los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidas por el Colegio de Auditores y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, optando por la alternativa más conservadora.

Este manual en la cuenta 243.00 "Otras cuentas por pagar", establece que en la cuenta provisiones se registra el importe de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, ***son ciertas e ineludibles*** *y se encuentran pendientes de pago, tales como, el importe devengado de los beneficios sociales del personal de la entidad, los impuestos a cargo de la entidad, que aún no son exigibles.*

Asimismo, la cuenta 250.00 "Previsiones" se describe como: "...el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por ***juicios contra la entidad****, previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aun no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes..".*

Las normas de contabilidad nacionales emitidas por el Colegio de Auditores de Bolivia y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, señalan en lo referente a las provisiones, que es aquel pasivo en el que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento.

Asimismo, establecen que para reconocer una provisión deben existir las siguientes condiciones:

- *Una entidad tiene una obligación presente (ya sea legal o implícita) como resultado de un suceso pasado.*
- *Es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos, para cancelar tal obligación. (Entiéndase que para esta norma el termino probable es la mayor posibilidad de que el evento se presente que de lo contrario).*
- *Pueda hacerse una estimación fiable del importe de la obligación.*

De no cumplirse las tres condiciones indicadas, la entidad no debe reconocer la provisión.

En el caso en particular la demanda arbitral iniciada por el Señor Lucca, el 29 de enero de 2009, presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de La Paz, en contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no concluyó en un fallo favorable al Señor Lucca que demuestre que el importe de $us3.000.000.- sea una obligación que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, ***sea cierta e ineludible,*** *en razón a que dicha demanda se encuentra paralizada debido a la renuncia del tribunal arbitral designado originalmente y a la imposibilidad de constituir un nuevo tribunal. Por lo que, la solicitud del denunciante no corresponde, más*

aun que en el caso en cuestión, dicho aspecto no reúne las condiciones establecidas en las normas de contabilidad nacionales emitidas por el Colegio de Auditores de Bolivia y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, en lo referente a las provisiones.

En todo caso dicha demanda debe ser informada en notas a los estados financieros del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., conforme los lineamientos establecidos en las normas de contabilidad nacionales emitidas por el Colegio de Auditores de Bolivia y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board ."

Consiguientemente, sobre este punto se ratifica lo expresado en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010.

Sobre el Punto 4.5

Referido a supuestas contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas en cuanto a la tasa de seguro, documentos emitidos y elaborados por el Banco Santa Cruz S.A.

El informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, menciona lo siguiente:

> *"... se determinó que las tasas señaladas del 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores en los documentos "Historial de Pago de Primas" ("Créditos con Seguro de Desgravamen Hipotecario") del periodo comprendido entre julio 2000 y marzo 2001, corresponden a la tasa de seguro parametrizada en el sistema al momento de la reimpresión y no la devengada en el préstamo.*
>
> *El documento "Historial de Pago de Primas"" presenta en los campos "p/seguro" y "p/cliente" la tasa de seguro vigente al momento de la reimpresión de 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores respectivamente, debido a que esas tasas fueron aplicadas el 1 de noviembre de 2001, fecha en que se realizó la reimpresión, de manera general a los créditos con cobertura de seguro de desgravamen. Sin embargo, esos porcentajes no fueron cobrados al señor Lucca, a quien le cobraron primas por concepto de seguro de desgravamen con la tasa estipulada en la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario Nª 600055…"*
>
> *Concluyendo lo siguiente:*
>
> *"....Las contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas, a las que se refiere el informe de la ex SPVS, son originados por los sistemas de información del ex BSC, que reflejan la tasa de seguro de desgravamen vigente al momento de la reimpresión de dicho documento.*
>
> *En ese sentido, los cobros al Señor Lucca por el seguro de desgravamen, fueron realizados conforme lo estipulado en las pólizas de seguro de desgravamen hipotecaria y contrato de préstamo…"*

Consiguientemente, se ratifica lo expresado en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010.

Sobre el Punto 4.8

Referido a los siguientes numerales:

4.8.1. Denuncia sobre cobros irregulares de tasas de interés de todos los créditos otorgados al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez.
4.8.2. Denuncia sobre la escritura pública N° 1274 de 30 de junio de 2000, sobre la existencia de capitalización de intereses.
4.8.4. Denuncia sobre Boletas de líneas de crédito (21) que a simple vista difieren de las presentadas por el mismo banco, donde se puede evidenciar la doble contabilidad.

El Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009 concluye lo siguiente:

> *En relación al punto 4.8.1: "...De la documentación revisada y la reconstrucción de cada una de las operaciones, se ha evidenciado que el ex Banco Santa Cruz S.A., aplicó las tasas de interés de acuerdo con lo establecido en los contratos de préstamo, por lo tanto, los montos cobrados al prestatario, se enmarcan dentro de los términos y condiciones contractuales..."*
>
> *En relación al punto 4.8.2: "...Del análisis realizado se concluye que no se capitalizaron intereses con el desembolso de la operación N° 1000-4022-00341641, debido a que se ha evidenciado que el señor Lucca pagó los intereses acumulados mediante debito en cuenta corriente en dólares americanos, de manera previa al desembolso de la operación...".*
>
> *En relación al punto 4.8.4: "...De lo expuesto y analizado, no se identificaron inconsistencias en la información consignada en los documentos citados y las 21 boletas presentadas en el proceso ejecutivo seguido por el BME, por tanto no se evidenció una doble contabilidad... ".*

En ese sentido, esta Autoridad de Supervisión en el marco de lo anteriormente expuesto ratifica las conclusiones arribadas en Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, así como en las conclusiones del informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, en los cuales se evidencia que ASFI ha considerado debidamente las denuncias formuladas por su persona en sus memoriales de 26 y 31 de agosto de 2011, las mismas que al no aportar nuevos elementos de juicio no requieren complementación o ampliación por parte de este órgano de Supervisión.

Finalmente, se aclara al solicitante que la presenta carta no tiene e! carácter de acto administrativo definitivo por cuanto su contenido ratifica y aclara los hallazgos contenidos en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, el mismo que fue comunicado a su persona oportunamente."

Conforme lo arriba relacionado y a solicitud de **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, el contenido de la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 fue consignado en la Resolución Administrativa ASFI/N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, posteriormente confirmada por la Resolución

Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, la que al presente es materia de la presente Resolución Ministerial Jerárquica al haber sido impugnada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**.

2. Inadmisibilidad de impugnar la negativa de "complementación, modificación y ampliación" de un informe.-

Conforme se evidencia de los memoriales de Recurso de Revocatoria de 10 de enero de 2012 y Recurso Jerárquico de 23 de febrero de 2012, la controversia planteada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** está referida a su disconformidad para con el contenido del informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, que fuera emitido por los señores Renán Villegas A., Director de Supervisión de Riesgos II a.i., Freddy Fernández A., Supervisor de Control de Intermediarios, Huáscar Martínez H., Supervisor de Riesgos Financieros, y Ángel Vásquez S., Supervisor de Riesgo Legal, y dirigido a la Lic. María Esther Cruz L., Directora de Supervisión de Seguros, todos los cargos mencionados, servidores públicos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, empero ninguno de ellos su máxima autoridad.

Se debe recordar que, por imperio del artículo 332º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, "*la máxima autoridad de la institución de regulación de bancos y entidades financieras será designada por la Presidenta o Presidente del Estado*", siendo tal autoridad -la Directora Ejecutiva o Director Ejecutivo- quien por ello está investido de la representación legal de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Consiguientemente, las actividades que en ejercicio de sus funciones realicen las restantes servidoras o servidores públicos de tal Autoridad (Directora de Supervisión de Seguros, Director de Supervisión de Riesgos II, Supervisor de Control de Intermediarios, Supervisor de Riesgos Financieros, y Supervisor de Riesgo Legal, entre otros) están subordinadas, funcional y jerárquicamente, a las determinaciones legítimas de su Directora Ejecutiva o Director Ejecutivo; tal es así que, bien dice el informe que hace a la controversia -ASFI/DSS/R-127404/2010- (entonces para el caso de autos): "***Por instrucciones de la Máxima Autoridad** de este Órgano de Supervisión, se emite el presente informe complementario*".

Informe como tal, su naturaleza corresponde a la de una de las tantas operaciones intelectuales que son menester realizar para dictar la Resolución a la que corresponde y que bien podría ser realizada por la propia Autoridad, toda vez que "*los informes serán facultativos y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos*" (Art. 48, Pár. II, de la Ley N º 2341), pero que **de ninguna manera constituye un acto administrativo**, sino un parecer, un dictamen o una opinión técnica idónea.

Y sabemos ello, porque el artículo 28º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, establece que **la competencia** es uno de los elementos esenciales del acto administrativo ("*Ser dictado por autoridad competente*"), y el artículo 17º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003, es más específico -conforme lo exige la materia-, cuando señala que la "*Resolución Administrativa es aquel **acto administrativo** que expresa la decisión **de la autoridad reguladora**…, emitida por las Superintendencias del SIREFI* -aquí léase *la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*

en virtud al artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009- *en ejercicio de sus potestades públicas y que* ***produce efectos obligatorios sobre los administrados***".
Dentro del contexto teórico que se tiene en cuenta para el caso en concreto, Andrés Serra Rojas señala que "*en todo acto administrativo perfecto concurren determinados elementos o conjunto de circunstancias exigidas por ley, de los cuales depende su validez, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares. Estos actos tienden a crear una situación jurídica nueva, a modificar una situación existente o suprimirla*", y Agustín Gordillo en su *Tratado de Derecho Administrativo*, refiere que acto administrativo es "*toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos*".

Ahora bien; "*todo servidor público responderá de los resultados emergentes del desempeño de las funciones, deberes y atribuciones asignados a su cargo*" (Art. 28º - Ley Nº 1178 de 20 de julio de 1990, en el mismo sentido el Art. 16º - Ley Nº 2017, de 27 de octubre de 1999), haciendo ese carácter público a una disposición expresa de la Constitución Política del Estado (Art. 232º), empero sus actuaciones no son de por sí impugnables, sino "*conforme corresponda*" (Art. 11º, Par. I, Ley Nº2341).

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

Entonces, corresponde a la máxima autoridad, dentro de la actividad intelectual necesaria para la toma de decisión que importa la Resolución, considerar los datos contenidos en el informe, para su examen y aplicación dentro de los alcances del mencionado artículo 48º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341.

Se tiene en cuenta que, para el caso de autos, el ente regulador en el otrosí segundo de su Resolución Administrativa ASFI Nº 449/2011 de 26 de mayo de 2011, ha dispuesto "*comunicar los resultados del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, al señor Luis Artemio Lucca Suárez, para los fines consiguientes*", fines sobre los que no existiendo un procedimiento legal o normativo específico, son los que se señalan en el artículo 16º, inciso e), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002: "*las personas tienen los siguientes derechos:… A formular alegaciones y presentar pruebas*", los que constan haber sido plenamente ejercidos por el ahora recurrente.

Lo anterior no importa sugerir que el contenido del informe ASFI/DFSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, resulte per se una verdad jurídica inamovible, o que los informantes, más allá de su condición de seres humanos, como tales susceptibles de falibilidad, resulten en dueños de la verdad y por tanto infalibles o libres de errores; más por el contario, de lo que

se trata es de que, **fuere cual fuere el contenido del informe, no es el mismo el que pueda ocasionar agravio alguno al administrado**.

Ello, no sólo porque (como se ha dicho) los autores del informe no ejercen autoridad por la que vayan a declarar, disponer o decidir sobre los derechos de los administrados cuando tal facultad le es inherente únicamente a la máxima autoridad ejecutiva -y desde luego que esta última no es la autora del informe que se analiza-, sino además, porque limitada la calidad del informe a la de ***actuación administrativa*** (conforme a la relación del artículo 71° del Decreto Supremo N° 27113, de 23 de julio de 2003) distinta de la de ***acto administrativo***, determina que a diferencia de este último, no pueda producir "*efectos jurídicos sobre el administrado*" (Art. 27°, Ley N° 2341).

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

Entonces, **sólo cuando el contenido del informe sea incorporado a la decisión de la máxima autoridad administrativa cual si fuera propio de ella y cual si fuera ella quien realizó la operación intelectual que sirve para fundamentar la decisión, puede pretenderse recurrir tal contenido, obviamente en las oportunidades que hacen a los artículos 17°, 20° (Par. I), 49° y 59°, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo a la Ley N° 2341, esto es, A TIEMPO DE IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN CONSIGUIENTE**.

De manera tal que, **no es admisible en Derecho pretender impugnar la ratificación al contenido de la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, referida a la negativa a la "*complementación, modificación y ampliación*" del informe ASFI/DFSS/R-127404/2010**, conforme ha sido dispuesto por la Resolución Administrativa ASFI/N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011 pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, máxime si, conforme consta en obrados, el ente regulador ha justificado ampliamente su decisión en la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, dando lugar a inferirse que lo que el recurrente pretende es que el informe, complementado, modificado o ampliado, tenga una redacción precisa que haga a su interés particular, extremo tampoco admisible por cuanto tanto los informes como las Resoluciones, corresponden a posiciones privativas de quienes sean sus autores.

Conforme al informe que sale de la nota ASFI/DAJ/R-62711/2012 de 23 de mayo de 2012, las impugnables para el caso eran las Resoluciones Administrativas ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011 y ASFI N° 631/2011 de 30 de agosto de 2011, haciendo a esas oportunidades en las que le correspondía al recurrente, si era su intención, hacer valer los derechos subjetivos o intereses legítimos que a su criterio le estuvieren afectando, lesionando o perjudicando tales resoluciones, fundamentalmente la primera si se trataba de impugnar su pretendida insuficiencia o deficiencia, en relación a los alegatos que después, recién van a ser expresados en los memoriales de fechas 17 de junio de 2011 y 23 de febrero de 2012.

Fuera de ello resultan adjetivamente impertinentes, resultando claro y correcto lo expresado por el regulador ahora recurrido, cuando en la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, ha señalado que "*se aclara al solicitante que la presenta carta no tiene e! carácter de acto administrativo definitivo por cuanto su contenido ratifica y aclara los hallazgos contenidos en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, el mismo que fue comunicado a su persona oportunamente*", debiéndose tener presente que la merituada nota es aquella con la que se inició el procedimiento administrativo que por el presente concluye, entonces ya estaban advertidas, tanto el interesado principal como el tercer interesado, de la naturaleza y calidad de la actuación de la que se pretendía la modificación, con el resultado que ahora se ha desarrollado.

Por último, estos extremos no hacen a los planteados por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** en su memorial de fecha 27 de marzo de 2012, fundamentalmente los referidos al procedimiento como concluido en función del *non bis idem* constitucional, o sobre aspectos que hubieran sido ya evaluados cual cosa juzgada, fundamentos que en definitiva son también rechazados por cuanto los mismos corresponden al carácter sustancial de la controversia, distinto del considerado en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, conforme consta en los términos de su redacción.

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso a), del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución recurrida, con alcance total la ratifique en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 066-2012 DE 31 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 040/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040/2012

La Paz, 05 de julio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066-2012 de 31 de enero de 2012 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 453-2011 de 1º de diciembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por el órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 018/2012 de 23 de mayo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 065/2012 de 15 de junio de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.
Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 23 de febrero de 2012 por ante el señor Ministro de Economía y Fianzas Públicas, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066-2012 de 31 de enero de 2012 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 453-2011 de 1º de diciembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, por providencia de fecha 24 de febrero de 2012, notificada en fecha 29 siguiente, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, dispuso que:

> "…*No correspondiendo la interposición del recurso directamente ante esta autoridad jerárquica, sino ante la misma que emitió la resolución impugnada, en ejercicio del principio de informalismo, y en cumplimiento al artículo 42° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), a los fines de precautelar los derechos de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., remítase su memorial presentado en fecha 23 de febrero de 2012, sobre "Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 066/2012 de 31 de enero de 2012", ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a efectos de que la entidad reguladora le de el tratamiento que corresponda*…"

Que, en cumplimiento a lo anterior, mediante nota APS/DJ/DS/1584/2012 con fecha de recepción 6 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066-2012 de 31 de enero de 2012 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 453-2011 de 1º de diciembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de marzo de 2012, notificado en fecha 13 de marzo de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066-2012 de 31 de enero de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante Auto de fecha 8 de marzo de 2012, notificado en fecha 14 de marzo de 2012, se dispone la notificación con el Recurso Jerárquico, a la **Gobernación Autónoma del Departamento de Tarija - Corregimiento Mayor de Yunchara**, a los fines que, como tercer interesado, se apersone y presente sus alegatos.

Que, por memorial presentado en fecha 26 de marzo de 2012, el señor Eleodoro Jurado Huaita, **Ejecutivo Seccional de Desarrollo por el Municipio de Yunchara, provincia Avilés del Departamento de Tarija** (cargo que forma parte del Órgano Ejecutivo del Gobierno Autónomo del Departamento de Tarija), respondió al Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066-2012 de 31 de enero de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, por memorial presentado en fecha 11 de abril de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** se apersonó y presentó fundamentos "*dentro del Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066/2012 de 31 de enero de 2012*".

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

Por nota APS/DJ/DS/4298/2011 de 26 de octubre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó con cargos a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en los términos transcritos a continuación:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la evaluación de la documentación que respalda la denuncia de la Gobernación del Departamento de Tarija Sección Yunchara, se ha advertido la siguiente presunta infracción cometida por* ***FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.:***
>
> ***Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998*** *al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Cumplimiento de Contrato CCO-TJA-0510568/10 y CCO-TJA-0506539/10, así como de Correcta Inversión de Anticipo CIE* (sic) *-TJA-0506538/10, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.*
>
> *En consecuencia,* ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *al no haber observado debidamente la normativa señalada por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legitimo derecho a la defensa…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota GRLPZ/1876/2011 de fecha 17 de noviembre de 2011, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** establece los extremos siguientes:

> "…*De la lectura de la carta recibida por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. su Autoridad habría advertido una presunta infracción al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883, al haber supuestamente,* ***incumplido la prestación convenida consistente en la ejecución de las pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra CCO-TJA-0506538/10 y CCO-05065539/10 v de Correcta Inversión de Anticipo CIA-TJA-0510568/10, conforme a los términos y plazos contemplados en la cláusula de ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.***
>
> *Al respecto, debemos aclarar que los números de pólizas contenidas en la nota de cargo no son las correctas, siendo los números correctos los señalados en la referencia de la presente carta (CCO-TJA-0506538/10/ CCO-TJA-0506539/10/ CIA-TJA05105668/10), en este sentido, ejerciendo el derecho de defensa consagrado por la Constitución Política del Estado en actual vigencia y dentro del plazo de ley, presentamos los descargos, pruebas y alegatos que demuestran que en el presente caso Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. no ha cometido infracción alguna.*

ANTECEDENTES

En el cuadro cronológico que sigue, su autoridad podrá advertir el trámite que han seguido las ejecuciones presentadas por la Gobernación del Departamento de Tarija Sección Yunchará:

26/08/2010	*SOLICITA LA EJECUCION DE LAS POLIZAS*	***1ERA EJECUCION***
30/09/2010	*LA GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO SECCION YUNCHARA RETIRA EL RECLAMO MEDIANTE CARTA CITE:GOB DEPTO.TJA/S-Y-EJB No. 056/10*	***RETIRO DE RECLAMO***
30/09/2010	*INTENCIÓN DE RESOLUCION DE CONTRATO*	
21/10/2010	*GRICOR HACE LLEGAR UNA CARTA AL SUPERVISOR INDICANDO QUE ELLOS YA TENIAN INSTALADO EL CAMPAMENTO Y QUE HABIAN TRASLADADO MAQUINARIA, INVITAN AL SUPERVISOR A UNA VISITA PARA EL 22/10/2010*	*FUENTE INFORME DEL SUPERVISOR DE 28/10/2010*
22/10/2010	*SE REALIZA LA VISITA Y SE VERIFICA QUE GRICOR HA INSTALADO UNA BRIGADA TOPOGRAFICA HABIENDO REALIZADO UNA* (sic) *CAMINAMIENTO DE 1,5 Km.*	*FUENTE INFORME DEL SUPERVISOR DE 28/10/2010*
28/10/2010	*INFORME NO. 3 DEL SUPERVISOR ING. OSCAR CHAVEZ ASOC ACCIDENTAL SECONCUR Y ASOCIADOS*	*RECOMIENDA LA RESOLUCION DEL CONTRATO Y SE PROCEDA A LA EJECUCIÓN DE LAS POLIZAS*
04/11/2010	*CARTA CITE: GOB.DEPTO.TJA/S-Y/EJH No.071/10 DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO*	
05/11/2010	***CARTA CITE: GOB.DEPTO.TJA/S-Y/EJH No.072/10 SOLICITA NUEVAMENTE LA EJECUCION DE LAS POLIZAS 36 días corridos depués*** (sic) ***de la intención de resolución de contrato***	***15 días / hasta el 15 de Octubre del 2010 15 días hábiles administrativos / hasta el 21 de Octubre del 2010/ FECHA POSIBLE DE SOLICITUD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO***
15/11/2010	***LA CIA MEDIANTE CARTA FORT/AL/508/10 PIDE INFORMACIÓN * PROYECTO ORIGINAL, AL MOMENTO DE LA FIRMA DEL CONTRATO *PROYECTO REPLANTEADO MENCIONADO EN EL INFORME TECNICO***	
17/11/2010	***YUNCHARA ACLARA QUE NO EXISTE PROYECTO REPLANTEADO***	
22/11/2010	***EL BENEFICIARIO MEDIANTE CARTA O.T. No. 14/2010, ACOMPAÑA DOCUMENTACION * PROYECTO ORIGINAL AL MOMENTO DE LA FIRMA *PLANOS EN FORMATO DIGITAL *FOTOCOPIA DEL DOCUMENTO BASE DE CONTRATACION DE OBRAS***	
07/12/2010	***LA CIA MEDIANTE SU CARTA FORT/AL/552/10 PIDE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA: *INFORME ESPECIAL 1 *INFORME ESPECIAL 2 *INFORME DE LA BRIGADA TOPOGRAFICA MENCIONADA EN EL INFORME ESPECIAL 3 *PLANOS A DISEÑO FINAL *LIBRO DE ORDENES***	

	EVIDENCIA DOCUMENTAL DE LA ENTREGA AL AFIANZADO DE DATOS DE CAMPO, REPORTE DE ALINEAMIENTO HORIZONTAL PL; REPORTE DE ALINEAMIENTO HORIZONTAL DE EJE DE CAMBIO (ESTACADO) REPORTE DE ALINEAMIENTO VERTICAL PVI (MENCIONADO EN AL CARTA DE 30 DE JULIO EVIADA (sic) ***POR GRICOR AL GERENTE DE LA SUPERVISION DE OBRA***	
22/12/2010	***LA CIA PIDE INFORMACION COMPLEMENTARIA***	
11/01/2011	***MEDIANTE MEMORIAL DE 11/0172011*** (sic) ***EL BENEFICIARIO HACE LLEGAR A LA COMPAÑÍA PARCIALMENTE LA DOCUMENTACION SOLICITADA***	
25/01/2011	***LA CIA MEDIANTE SU CITE/ FORT/AL/34/11 SOLICITA EL ENVIO DE LAS ANTERIORES POLIZAS A LAS EJECUTADAS***	
04/02/2011	***YUNCHARA MEDANTE*** (sic) ***SU CITE:GOB:DEPTAL.S.Y No.28/2011 NOS HACE LLEGAR LAS POLIZAS ANTERIORES A LAS EJECUTADAS***	***CCO-TJA-0505344/09 – Bs.758.630 (cum.cont) CCO-TJA-0505345/09 – Bs.229.041,31 (cump.con) CIA-TJA-0509068/09- Bs.654.403,76 (correcta inv)***
18/02/2011	***LA CIA MEDINATE*** (sic) ***SU CITE FORT/AL/59/11 ENVIA A YUNCHARA COPIA DE LA DEMANDA DE GRICOR***	
23/02/2011	***EL BENEFICIARIO MEDIANTE CARTA GOB.DEPTAL.S.Y No.52/2011 PIDE EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CIA Y NO DA IMPORTANCIA A LA DEMANDA INTERPUESTA POR GRICOR***	
22/03/2011	***LA CIA MEDIANTE SU CITE FORT/AL/79/10 PIDE EL LIBRO DE ORDENES DE LA OBRA QUE HASTA ESTA FECHA NO HIZO LLEGAR YUNCHARA***	
23/03/2011	***EL BENEFICIARIO MEDIANTE CARTA GOB.DEPTAL.S.Y. NO.66/2011 ENVIA EL LIBRO DE ORDENES ABIERTO EL 06 DE MAYO DEL 2010 SIN NINGUN MOVIMIENTO (EN BLANCO)***	
21/04/2011	***LA COMPAÑÍA SE PRONUNCIA SOBRE EL RECLAMO***	

DESCARGOS Y ALEGATOS

Uno de los puntos importantes de mencionar es el relacionado con el RETIRO DEL RECLAMO realizado por el beneficiario en fecha 30/09/2011 mediante si (sic) *Cite GOB DEPTO.TJA/S.Y./EJB/No.053/10.*

En forma oportuna la Compañía Aseguradora que represento indicó:

1. *En fecha* ***26 de Agosto de 2010*** *esa Gobernación nos hace llegar la carta CITE: GDT/S-Y No.40/10 donde solicita la ejecución de las pólizas mencionadas en la referencia, adjunta a la cual hacen llegar la carta notariada de* ***RESOLUCION DE CONTRATO*** *recibida por GRICOR SRL. GSY No.38/10 de* ***23 de Agosto del 2010,*** *con sello de recepción del* ***24 de Agosto del 2010.-, fecha en que ocurrió***

el siniestro (eventualidad prevista y cubierta por el contrato de seguro), más allá de las falencias procedimentales mencionadas por Uds. en la documentación enviada a la Cía.

2. *En fecha **30 de Septiembre del 2010** con carta CITE: GOB.DPTO.TJA/S-Y/EJH No.053/10 de 29 de Septiembre de 2010, esa Gobernación **retira la carta donde solicita la ejecución de las pólizas de referencia, es decir "retira el aviso de siniestro", dejando lógicamente, sin efecto legal alguno al mismo, habiendo ya ocurrido el siniestro. (incumplimiento)**.*
3. *En fecha **04 de Noviembre del 2010,** mediante carta CITE: GOB.DPTO.TJA/S-Y/EJH No.071/10 esa Gobernación por **2da vez** envía a GRICOR SRL la carta de RESOLUCION DE CONTRATO y pide, en forma extemporánea, por 2da vez mediante carta CLTE:GOB.DPTO.TJA/S-Y/EJH No.072/10 **de 04 de Noviembre del 2010** recibida por Seguros y Reaseguros Fortaleza SA. en fecha **05 de Noviembre del 2011**, la ejecución de las pólizas de referencia, repetimos, cuando el siniestro ya había ocurrido en fecha **24 de Agosto del 2010 y cuando voluntariamente esa Gobernación retiró el Aviso de Siniestro (Ejecución)***

*Por lo expuesto en los anteriores numerales se tiene que la Gobernación del Departamento de Tarija, Sección Yunchara, ha tenido conocimiento del siniestro en fecha **23 de junio del 2010**, fecha del 1er Informe especial mencionado en el numeral 1) de la presente carta circunstancia* (sic) *que no ha sido de conocimiento de Seguros y Reaseguros Fortaleza SA.*

*El siniestro se ha **configurado en fecha 24 de Agosto del 2010** fecha de la 1era resolución de contrato, habiendo esa Gobernación retirado el Aviso de Siniestro (Ejecución de las pólizas) en fecha 30 de Septiembre del 2010, quedando sin efecto legal dicho aviso, **pero quedando vigente el siniestro**.*

Como su Autoridad podrá advertir, el Beneficiario retiró, dejo (sic) *sin efecto, etc, etc. La ejecución de las pólizas de referencia, es decir, a* (sic) *abdicado o renunciado a su pretensión planteada en su carta de ejecución y consecuentemente los derechos perseguidos en ella, para reiniciarlos en forma extemporánea el 05 de Noviembre del 2010 mediante su carta GOB.DPTO.TJA./S-Y/EJH No.072/10.*

La Compañía Aseguradora que represento ha solicitado el envío de varios documentos que han sido de suma importancia para formar criterio en relación a las ejecuciones presentadas, relacionadas con las pólizas de Fianza objeto del presente asunto.

Estos documentos, han sido solicitados, para evidenciar que sí ha ocurrido el siniestro y que la ejecución y/o ejecuciones han sido presentadas dentro de los términos y plazos y cumpliendo las estipulaciones del Contrato de Seguro suscrito, términos, plazos y condiciones establecidos también por el Código de Comercio y Código Civil, dando por lo tanto a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. la oportunidad de pronunciarse sobre las ejecuciones presentadas en base a esa información, todo en aplicación a lo dispuesto por el Art. 1031 del Código de Comercio.

Por otra parte, en relación a los términos y plazos contemplados en la Cláusula de Ejecución Inmediata CONDICIONAL para Entidades Públicas, ésta en su tenor indica:

Aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas.

No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente Cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que esta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIONINMEDIATA ***CONDICIONAL*** *y que puede ser renovable conforme a lo pactado entre partes.*

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, ***en forma inmediata y a mas tardar dentro de los 15 días*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada ***de la declaración de incumplimiento,*** *plasmada en el* ***documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establecido en el Procedimiento Administrativo.***

Todos los demás términos y/o Condiciones se mantienen en pleno vigor.

Desglosando lo mencionado en la cláusula precedentemente transcrita, la misma que está incorporada a las 3 pólizas de Seguro ejecutadas se tiene:

1. ***El "pago", dice la cláusula, se hará a mas tardar dentro de los 15 días,*** *luego como es lógico, de que la Compañía Aseguradora se pronuncie sobre el siniestro, no se debe olvidar que, la Aseguradora tiene un plazo por Ley de 30 días para pronunciarse, una vez vencido este plazo y una vez que la Aseguradora ha recibido los informes y evidencias requeridos en forma oportuna, en este caso del beneficiario, quien forma parte del contrato de seguro, corre el plazo de los 15 días ya mencionados, todo de acuerdo a lo estipulado por el Art. 1033 del Código de Comercio, modificado por el Art. 58 inciso f) de la Ley de Seguros.*

   Requisito cumplido por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. en el caso que nos ocupa.

2. ***La declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establecido en el Procedimiento Administrativo.***

   Cabalmente y como lo expresa la cláusula antes mencionada, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., ha solicitado al beneficiario, que nos haga llegar los documentos que se mencionan en las diferentes cartas enviadas y detalladas en el cuadro cronológico que se menciona líneas arriba, la misma que lamentablemente a evidenciado que el 2do Aviso de Siniestro y/o aviso de ejecución ha llegado a Seguros Y Reaseguros Fortaleza S.A. en forma extemporánea.

3. ***Todos los demás términos y/o Condiciones se mantiene*** (sic) ***en pleno vigor (Párrafo contenido en la cláusula que se analiza).***

En lo relacionado con este párrafo, su Autoridad debe tomar en cuenta que uno de los términos que se encuentra en pleno vigor es el relacionado con el Arbitraje condición que se encuentra desarrollada en las clausulas 14 y 15 de los Condicionados Generales de las pólizas de referencia, cláusulas que indican:

"....Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, estas deberán definirse por la vía del Arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del Arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje)."

La autonomía de la cláusula arbitral alude a su inmunidad que la torna inexpugnable en caso de ataque a la validez del contrato en la que se encuentra inserta, o ante la impugnación restringida exclusivamente a la validez de la cláusula.

La autonomía de la cláusula arbitral puede también calificar los efectos jurídicos de la cláusula que perviven con independencia de la vigencia del contrato correspondiente.

La Ley de Conciliación y Arbitraje vigente en nuestro país en su Art. 11 indica:

*"... **(Autonomía del convenio Arbitral)** Todo convenio arbitral que forme parte de una contrato principal se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo..."*

Por lo expuesto, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. en ejercicio de su derecho consagrado en el Art. 14 de la Nueva Constitución Política de Estado y en aplicación a lo dispuesto por el Código de Comercio en relación al Contrato de Seguro, ha procedido a rechazar las ejecuciones por haber sido presentadas en forma extemporánea y que, si, el beneficiario no está de acuerdo con la posición de la Compañía, también en uso de sus derechos puede llevar esta discrepancia ante un Tribunal Arbitral, quién dilucidará el conflicto.

La aplicación de todas la (sic) ***bases legales con las cuales actúa Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., y que se mencionan en el presente alegato referentes al Contrato de Seguro, se encuentran fundadas en los siguientes preceptos jurídicos aplicables, los que pasamos a mencionar:***

Art. 513 del Código Civil:

(CLAUSULAS DE USO NO EXPRESADAS)

Se debe suplir en el contrato las cláusulas que son de uso, aunque no se hayan expresado.

Art. 466 del Código Civil:

(INCLUSION AUTOMATICA DE CLAUSULAS)

Se consideran incluidas en todo contrato las cláusulas impuestas por la Ley.

Art. 520 del Código Civil:

(EJECUCION DE BUENA FE E INTEGRACION DEL CONTRATO)

El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que sea expresado en él, ***sino también a todos los efectos que deriven conforme su naturaleza según la ley,*** *o a falta de ésta según los usos y la equidad.*

CON RELACION A LA NOTIFICACION DE CARGOS EN CONTRA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

Su Autoridad, en una anterior misiva, ya había determinado sin tener facultades para ello, el pago de las ejecuciones objeto de la presente carta al indicar:

"Por lo tanto, de acuerdo a lo estipulado por el Art.12 inciso j) de la Ley de Seguros No.1883, agradeceremos que en el plazo de 5 días Administrativos a partir de la recepción de la presente remitir a este órgano de fiscalización, documentación que acredite el cumplimiento a sus contratos de seguros."

Ahora, mediante la carta que se responde, indican que se hubiera advertido una presunta infracción relacionada con el inciso a) del Art,12 (sic) ***de la Ley de Seguros que se relaciona también con el pago de la prestación covenida*** (sic)***, es decir, en otras palabras, nos inician un proceso administrativo por no pagar una indemnización que considera su Autoridad pagable.?*** (sic)

Al respecto, vemos necesario y en primera instancia, precisar nuevamente y puntualmente cuales son las atribuciones y competencias de la APS ex (ASFI), las mismas que se encuentran detalladas en el Art. 43 de la Ley de Seguros inciso a) a inciso u), y en los Arts. 167 y 168 de la Ley 065 (Ley de Pensiones) atribuciones y/o competencias ***que no incluyen el determinar la procedencia y/o improcedencia de una*** (sic) ***siniestro y menos su pagabilidad, existiendo para ello las instancias pertinentes****.*

La variada jurisprudencia emanada del SIREFI sobre la ***Competencia Administrativa*** *en forma correcta indica muy claramente que "...Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública que se considera acto administrativo, sea de alcance general o particular, sea normada o discrecional, que se emita en ejercicio de la potestad administrativa, debe contener los elementos esenciales del Acto Administrativo que en nuestro ordenamiento jurídico han sido enumerados en el Art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentra, como uno de los elementos esenciales,* ***LA COMPETENCIA****.*

La competencia, con la que toda Autoridad Administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponden ejercer y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de

las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas, aunque debe señalarse que la capacidad es la regla y se la presume, mientras no sea limitada o negada por una norma; ***en cambio la competencia en el derecho administrativo no se presume y debe estar otorgada en forma expresa a través de una norma jurídica que la señale.*** *De ahí nace el principio jurídico que la Administración Pública solo puede hacer únicamente lo que manda la Ley, en cambio el administrado puede hacer todo lo la ley no lo prohíba.*

En éste marco, la competencia no puede ser absoluta. sino que aparece siempre limitada por el propio medio que la confiere; la Ley. *Por ello, el acto administrativo es válido, cuando el órgano que lo emitió en ejercicio de la función administrativa que le corresponde actúa dentro de los límites de la competencia asignada.*

Esta limitación o determinación de la competencia que corresponde a cada Autoridad Administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo. Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la Autoridad *Pública y que constituye los límites de su actuación."*

En relación al caso que no ocupa y aplicando lo mencionado líneas arriba, la competencia de la APS se encuentra limitada por la Ley de Seguros y la Ley de Pensiones en actual vigencia, en relación a sus atribuciones , entre las cuales, ***volvemos a repetir no están las de interpretar coberturas y ordenar como consecuencia de ésta interpretación el cumplimiento del contrato de seguro y menos el pago de siniestros,*** *lo que lamentablemente ha vuelto a hacer en el presente caso, al haber sido notificados con un cargo por una presunta infracción al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, creemos nosotros inexistente, circunstancia que pone a SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. en total indefensión , ante primero una orden de cumplimiento de un contrato de seguro en el que Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. HA PROCEDIDO A RECHAZAR EN FORMA OPORTUNA.*

Asimismo, el extinto SIREFI dejó en su momento establecido jurisprudencialmente que, los entes reguladores tiene competencia plena respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza su supervisado pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas) aplicables al área del supervisado, como control interno, (manuales de funciones, resoluciones de Directorio etc.) ***sin embargo no pueden entrar a dirimir o resolver controversias de NATURALEZA PRIVADA como la APS intenta hacer en el presente caso*** *al indicar que existiría una presunta infracción por el no pago de un siniestro rechazado.*

Asimismo, su Autoridad no ha tomado en cuenta que la Ley de Seguros 1883 que trata Sobre la Fianza e indica. (sic) *"... el Seguro de Fianza es aquel por el que el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales y contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos* ***dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato****.", límites que han sido superabundantemente explicados por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*

SOLICITUD

Por lo expuesto, y ante el inicio de un procedimiento a todas luces injusto en contra de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., debemos agregar que la actuación de su Autoridad va en contra y/o infringe el Art. 122 del la Nueva Constitución Política del Estado que indica: "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la Ley."

Circunstancia que invocamos y que ratificaremos en las instancias que correspondan.

Por último, y como prueba de todo lo mencionado líneas arriba, adjuntas a la presente carta enviamos como descargo en fotocopias simples, la correspondencia señalada en la presente carta cuyos originales se encuentran en la Compañía, documentos que además cursan en esas Oficinas, así como la carta GRLPZ/1532/2011 de 30/08/2011 en la que forma amplia se explica la situación de las ejecuciones objeto del caso que nos ocupa y las características y naturaleza jurídica de las mismas, y que en aplicación a los principios de sometimiento pleno a la Ley Buena Fe, imparcialidad, legalidad y legitimidad consagrados por el Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo No.2341, y Art. 65 y siguientes del DS 27175, se deje sin efecto el procedimiento sancionatorio iniciado en contra de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., todo de de acuerdo a lo estipulado por el Art. 68 del D.S.2175 en actual vigencia…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 453-2011 DE 1° DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 453-2011 de fecha 1° de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sanciona a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** bajo los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO***

Que es necesario hacer notar que la notificación de cargos APS/DJ/DS/4298/2011 de 26 de octubre de 2011 consignó de manera errada dos de los códigos de las pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra y de Correcta Inversión de Anticipo, extremo que fue aclarado por la Entidad Aseguradora, conforme al siguiente cuadro:

Póliza consignada en la Notificación de cargos	***Póliza que debería ser consignada de acuerdo a la observación de la Compañía***
CCO-TJA-0510568/10	*CIA-TJA-0510568/10 (Correcta Inversión de anticipos)*
CCO-TJA-0506539/10	*CCO-TJA-0506539/10 (Contrato de Obra)*
CIE-TJA-0506538/10	*CCO-TJA-0506538/10 (Contrato de Obra)*

Que toda vez que el error aclarado no produce daño a la Entidad Aseguradora ni a terceros y la parte interesada consintió, expresamente el acto defectuoso

presentando descargos y ejerciendo su legítimo derecho a la defensa no podrá en lo posterior alegarse nulidad alguna.

Que aclarado lo anterior, se pasa a examinar los argumentos probatorios y demostrativos, esgrimidos por ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.****, a objeto de establecer si la entidad contravino o no el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, a efectos de la emisión de una justa resolución administrativa.*

Con relación al punto 1

Régimen legal aplicable a los seguros de caución para entidades públicas

*Que de manera previa debe anotarse que la Entidad recurrente presenta sus descargos amparándose en el artículo 1028 y artículo 1031, respectivamente, del Código de Comercio, sin considerar que el artículo 1° del mismo cuerpo legal señala: "****En los casos no regulados expresamente****, se aplicarán* ***por analogía*** *las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil" (el resaltado corresponde a la APS).*

Que en el presente caso, los seguros de caución para entidades públicas se encuentran expresamente regulados por la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, norma que establece claramente, mediante las Clausulas de Ejecución Inmediata Condicional y a Primer Requerimiento, los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de las pólizas, por lo que en cumplimiento a la disposición contenida en el artículo 1° citado, los artículos 1028 y 1031 del Código de Comercio que reglan el aviso del siniestro e informes y evidencias, respectivamente, no pueden ser aplicados por analogía.

Que de lo expresado, las Pólizas de Caución para Entidades Públicas se rigen por los textos únicos, uniformes y de pago al contado, aprobados mediante la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007, debiendo observarse que el Condicionado General de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios y Correcta Inversión de Anticipos determina en la Cláusula 1°: "(Ley entre las partes contratantes) ... Cualquier anexo que se emitiere formando parte de esta Póliza, modificando o complementando sus Condiciones Particulares o Generales, prevalecerá sobre estas. Las condiciones que hubieran sido mecanografiadas prevalecerán sobre las impresas", lo que en buen romance significa que por encima del contrato principal, del condicionado general y aún del condicionado particular ***prevalecen las cláusulas de ejecución inmediata condicional*** *o de ejecución a primer requerimiento, según haya sido pactado.*

Que esta prevalencia se observa cuando las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas (estipuladas para el caso presente) mencionan de manera textual: "No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes".

Que continúa el texto de las Cláusulas: "En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, ***EN FORMA INMEDIATA y a más tardar dentro de los 15 días*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo,* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.*** *La ejecución de la póliza, NO ESTARÁ SUJETA A* ***"NINGUNA OTRA CONDICION"*** *QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA* ***DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA A NIVEL EJECUTIVO CITADO.*** *en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según establece el Procedimiento Administrativo. Todos los demás términos y/o condiciones se mantienen en pleno vigor". (El resaltado es de la APS).*

Que desagregando el texto transcrito se tiene que la ejecución procede cuando se materializan los siguientes elementos:

- ***a) El Incumplimiento*** *de los deberes contractuales del afianzado, traducido en el riesgo cubierto por el seguro de caución.*
- ***b) La Declaración de Incumplimiento plasmada en una Resolución Administrativa*** *como único requisito para su procedencia; por ello la clausula 9° (Ejecución de Garantía) contenida en el Condicionado General instituye la siguiente salvedad: "Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del Funcionario Público ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos y hechos que deriven en la ejecución inconsistente o incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas".*
- ***c) En forma Inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento.-*** *Esto equivale a decir que la ejecución de la póliza está sujeta a un procedimiento expedito (en forma inmediata y a más tardar dentro los 15 días siguientes a la presentación del UNICO REQUISITO - Resolución Administrativa firmada por la MAE-) que no requiere de aceptación o rechazo, ni que tampoco requiere la comprobación por parte de la Compañía Aseguradora del cumplimiento o incumplimiento del afianzado, es decir que al ser una declaración unilateral de la Entidad Pública esta asume la responsabilidad íntegra en caso de haber solicitado la "ejecución inconsistente o incorrecta de la póliza".*

Que asimismo es necesario aclarar que, el vocablo "CONDICIONAL" está referido a que la Ejecución Inmediata Condicional no está sujeta a ***NINGUNA OTRA CONDICION*** *que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento emitida y firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda, es decir,* ***LA UNICA CONDICION*** *para la ejecución de la póliza es la entrega de la Resolución Administrativa de declaración de incumplimiento.*

Que en este entendido, en fecha 4 de noviembre de 2010 mediante CITE: GOB.DEPTO.TJA./S.Y/EJH N° 072/2010, dentro de la vigencia de las pólizas, la

Gobernación del Departamento de Tarija Sección Yunchara solicitó a la aseguradora la ejecución inmediata de las garantías presentadas por la Empresa Constructora GRICOR S.R.L. adjuntando para el efecto las pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato N° CCO-TJA-0506538/10 con vigencia hasta el 10-MZ-2011; CCO-TJA-0506539/10 con vigencia hasta el 10-MZ-2011; Garantía de Correcta Inversión de Anticipos N° CIA-TJA-0510568/10 con vigencia hasta el 5 de noviembre de 2010 y la Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento de Contrato 01/2010 firmado por Eleodoro Jurado Huayta, Ejecutivo Seccional del Desarrollo Yunchara, donde se establece y declara expresamente el incumplimiento.

Que lo anterior demuestra fehacientemente que el Beneficiario cumplió con el el (sic) ***UNICO*** *requisito exigible por la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, no teniendo la obligación de aportar ninguna otra prueba que no sea la Resolución Administrativa que declara el incumplimiento, verificándose asimismo que lo hizo dentro de la vigencia de las pólizas, por lo que alegar extemporaneidad del reclamo no es correcto, toda vez que el artículo 12 del Condicionado General determina textualmente: "**Las acciones emergentes** de un Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos años a contar de la fecha del siniestro", lo que equivale a decir que si el siniestro se produjo dentro de la vigencia de la póliza y el beneficiario dio aviso del mismo, la norma le otorga dos años para ejercitar las acciones que correspondan.*

Que aun considerando la hipótesis argüida por la Entidad Aseguradora de que el siniestro hubiere sido comunicado fuera el plazo establecido por el artículo 1028 del Código de Comercio, aspecto que reiteramos no es aplicable a las Pólizas de Caución de las Entidades Estatales, la Compañía no podría rechazar la cobertura tomando en cuenta que el artículo 1030 del Código de Comercio señala que "el asegurador puede liberarse de sus obligaciones cuando el asegurado o beneficiario, según el caso, omita dar el aviso dentro del plazo del artículo 1028 ***CON EL FIN DE IMPEDIR LA COMPROBACIÓN OPORTUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL SINIESTRO O EL DE LA MAGNITUD DE LOS DAÑOS"****, que no es el caso puesto que la aseguradora no ha demostrado la existencia de dolo en la conducta del beneficiario, hecho que debe ser comprobado ante autoridad competente.*

Que de la misma manera cuando la Entidad Aseguradora asevera que el siniestro fue rechazado por extemporaneidad, transcribe el contenido de las cláusulas 14 y 15 del Condicionado General de manera incompleta, ya que omite señalar la parte más importante, consistente en que ***"El arbitraje no afectará ni demorara*** (sic) ***en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario****, en los plazos establecidos en la cláusula de Ejecución Respectiva"; es decir que ni aun existiendo un proceso arbitral, el fiador puede sustraerse del cumplimiento de su obligación.*

Con relación al punto 2.-

Sobre la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros

Que alega la Entidad Aseguradora que: "entre las atribuciones de la APS no están las de interpretar coberturas y ordenar el cumplimiento del contrato de Seguros y menos el pago de siniestros".

Que para desvirtuar la afirmación vertida por la Entidad Aseguradora, corresponderá en primer término analizar las funciones y objetivos del Ente de Fiscalización, establecido en el artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 determina:

> *a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro.*
> *c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros*

Que, de los dos incisos citados se infiere:

1. *El primero directamente ligado al inciso b) del artículo 43 de la misma Ley, está basado en la confianza del consumidor de seguros, comprometida por la fe pública del Estado, de que las entidades reguladas del mercado asegurador en el ejercicio de su actividad comercial especializada, obrarán con solvencia, seguridad y transparencia de cuya consecuencia surge el deber del Órgano Fiscalizador de velar porque el mercado se desarrolle sano.*

2. *El segundo hace a la función primordial y relevante, a la existencia misma de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dirigida de manera especial a la protección de los derechos e intereses de los consumidores de seguros, de aquellos que esperan la efectiva tutela del Estado y que este órgano regulador alienta para dar contenido a uno de los más importantes principios generales de la actividad administrativa incorporado en el inciso a) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, que determina que: "El desempeño de la función pública, está destinado* ***"exclusivamente" a servir los intereses de la colectividad****".*

Que esencialmente en cumplimiento y basamento de este mandato la APS atiende de manera especializada y expedita las consultas y reclamos de los asegurados y beneficiarios para impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía y velando también porque las entidades aseguradoras atiendan los requerimientos a modo de evitar la intervención de la autoridad ante situaciones que pueden ser resueltas directamente por los propios interesados.

Que en este sentido y sin entrar a dirimir ni resolver controversias, como se asevera, la APS imputó cargos a SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A., en función a la competencia que le otorgan los incisos c) e), u) y t) del artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883, en concordancia con el inciso c) y e) del artículo 41 de la misma norma, al encontrar que se había contravenido el ordenamiento jurídico administrativo, específicamente lo establecido por la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, aprobada mediante Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, misma que determina que la procedencia de ejecución de una póliza requiere ***UNICAMENTE DE LA DECLARACIÓN***

DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ORGANISMO ESTATAL, *no significando ello pronunciamiento sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato principal, por cuanto no está en la esfera de competencia del Órgano Fiscalizador ni de la Entidad Asegurada dirimir las controversias suscitadas entre la Gobernación del Departamento de Tarija - sección Yunchara y la Empresa GRICOR S.R.L.*

Que corresponde en todo caso manifestar que verificadas y confirmadas las infracciones administrativas, la sanción es la consecuencia jurídica de carácter administrativo que tiene como objetivos:

- *Regular de manera eficaz la conducta apropiada de los administrados, a fin de que cumplan a cabalidad con las disposiciones que le sean aplicables y, en especial, prevenir conductas contra la calidad de los servicios regulados y actividades supervisadas.*
- *Prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para, el infractor que cumplir las disposiciones infringidas o asumir la sanción. La sanción debe tener un efecto disuasivo indispensable para evitar que la conducta antijurídica se repita.*

Que el inciso II del artículo 62 del Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que: "II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares".

Que cumpliendo con la normativa transcrita, para la modulación de la sanción se ha tomado en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad, verificándose que:

a) *El incumplimiento se encuentra tipificado:*

- *En cuanto a la conducta, por el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*
- *En cuanto a la sanción, por el inciso e), numeral II) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como* ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayor a ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las*

siguientes: e) Incumplimiento en el pago de la indemnización de los daños y pérdidas o el cumplimiento de la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, dentro del marco establecido por el artículo 12 inciso a) de la Ley N° 1883 de Seguros".

b) *La infracción se encuentra plenamente demostrada.*

c) *No se evidenció que la conducta de la Aseguradora sea reiterativa o reincidente, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, por lo que la entidad nunca antes fue sancionada por una infracción similar, correspondiendo se aplique una sanción de multa de gravedad mínima de 40.001,00 Unidades de Fomento a la Vivienda.*

CONSIDERANDO:

Que la Dirección de Seguros a través de los Informes Técnico APS/DS/JTS/1145/2011 y Legal APS/DJ/DS/162/2011, ambos de 30 de noviembre de 2011, efectuó la evaluación de los descargos presentados por ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *concluyendo, conforme al principio de la sana critica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, que los descargos no han sido suficientes para enervar el cargo, correspondiendo se ratifique el incumplimiento…"*

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.- SANCIONAR a SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con una multa de 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento de Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositadas* (sic) *en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía correspondiendo remitir a este Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 30 de diciembre de 2011, la **COMPAÑÍA DE**

SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 453-2011 de fecha 1° de diciembre de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, bajo los siguientes argumentos:

"…***II.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO***

Fortaleza interpone el presente recurso administrativo de revocatoria contra la RA N° 453/2011, en mérito a los siguientes fundamentos legales:

II.1. INEXISTENCIA DE LA INFRACCION DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS.

II.1.1. *Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA-TAJ 0510568/10, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas CCO-TJA 0506538/100 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas CCO-TJA 0506539/100, establecen que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares y, precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el documento suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido, estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados por la Gobernación de Tarija, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS.*

II.1.2. *El siniestro denunciado por la Gobernación de Tarija ha sido rechazado a través de la nota FORT/AL/N° 97/11 emitida por Fortaleza, por lo tanto, al haberse rechazado el siniestro no procede el pago de indemnización, quedando expedita la vía para recurrir a un peritaje o a un arbitraje. Teniendo en cuenta lo señalado no se ha configurado una obligación de pago de Fortaleza, por lo que, no corresponde que se le exija el cumplimiento de una obligación que no emergió.*

II.2. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.1 dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando este emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a ésta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros- en materia de seguros generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y perdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Ésta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador munido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido (como se puede advertir por la demanda de cumplimiento de contrato presentado ante el Juez de Partido en lo Civil, acreditado por la empresa a través del memorial de demanda en el que se registra el cargo de recepción), la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la

poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Ésta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que esta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro. Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso de revocatoria.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113***
2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa 453 DE 01/12/2011 dado que Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros y la Autoridad de Fiscalización y***

Control de Pensiones y Seguros ha impuesto la sanción sin competencia viciando de nulidad de pleno derecho el acto administrativo impugnado y, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en el presente memorial, en la nota de descargos presentada por Fortaleza, además de todos los antecedentes que cursan en el expediente administrativo…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 066-2012 DE 31 DE ENERO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066-2012 de 31 de enero de 2012 y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, se **confirma totalmente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 453-2011 de 1º de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO*** (…)

Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo

Que hacen al Recurso de Revocatoria esencialmente dos agravios, correspondiendo al Órgano de Fiscalización pronunciarse sobre la inconformidad del regulado sobre los siguientes aspectos de fondo:

1. RESPECTO A LA INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN AL ARTICULO 12 INCISO A) DE LA LEY 1883 DE SEGUROS.

1.1. Que la aseveración realizada por la entidad aseguradora en sentido de que "(...) el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido, documentos que no han sido presentados por la Gobernación de Tarija, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS (...)" no es correcta toda vez que la Jefatura Técnica de Seguros de la Dirección de Seguros de la APS ha evaluado minuciosamente los Condicionados Particulares de las Pólizas CCO-TJA-0506538/10, CCO-TJA-0506539/10 y CIE-TJA-0510568/10, presentados por la propia Aseguradora, evidenciando que el texto referido al documento requerido para la ejecución es: "(...) la 'RESOLUCION ADMINISTRATIVA DE CONTRATO', texto que se repite en los Condicionados Particulares de las tres pólizas CCO-TJA-0506538/10, CCO-TJA-0506539/10 y CIE-TJA-0510568/10 (...)".

1.2. Que por otra parte y según prescribe el artículo 30 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, promulgada el 20 de julio de 2010: "El gobierno autónomo departamental está constituido por dos órganos:

1. Una asamblea departamental, con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa en el ámbito de sus competencias (...).

2. Un Órgano Ejecutivo, presidido por una Gobernadora o Gobernador e

integrado además por autoridades departamentales, cuyo número y atribuciones serán establecidos en el estatuto (...)", de la normativa transcrita se infiere con meridiana claridad lo siguiente:

- *No existe en los gobiernos departamentales, como erradamente menciona la aseguradora, Directorio o Consejo.*
- *Contrariamente, existen dos órganos colegiados, el primero denominado asamblea departamental con facultades deliberativa, fiscalizadora y legislativa; el otro, el denominado Órgano Ejecutivo, que interesa al caso que se analiza, conformado también por un cuerpo colegiado presidido por un Gobernador que se constituye en la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).*

1.3. Que habiendo quedado claro que la Máxima Autoridad Ejecutiva departamental es el Gobernador, debe hacerse hincapié que en el caso concreto se ha verificado que dicha Autoridad, Dr. Mario Adel Cossio Cortez, con la facultad conferida por las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009) y el Decreto Departamental N° 033 que en su artículo Tercero dispone: "(delegación de facultades a los ejecutivos seccionales de Desarrollo).- Por el presente Decreto el Ejecutivo Departamental delega a los ejecutivos Seccionales de Desarrollo las siguientes facultades ejecutivas: 7: Ejecutar aquellos procesos de contratación de obras, bienes y servicios que se encuentran asignados bajo la responsabilidad de la administración seccional a su cargo en el POA y Presupuesto Departamental, (...) asumiendo plena responsabilidad legal por dichos procesos, desde su inicio hasta su conclusión, ***en los cuales ejercerán la condición DE MAXIMAS AUTORIDADES EJECUTIVAS.*** *En ese marco, suscribir y resolver los contratos principales y modificatorios, administrar la ejecución de los mismos, recepcionar las obras, bienes y servicios emergentes de los contratos suscritos,* ***administrar y EJECUTAR LAS GARANTIAS CONTRACTUALES Y REALIZAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS A ESOS PROCESOS****.*

Asimismo iniciar y continuar con las acciones legales emergentes de los actos", mediante Resolución Administrativa N° 087/2010 delegó a ***ELEODORO JURADO HUAYTA****, Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Gobernación Departamental de Tarija- Sección Yunchará, de entre varias, las siguientes funciones:*
*"****ARTÍCULO SEGUNDO:*** *(...)* ***a)*** *la suscripción de contratos principales, la aprobación y suscripción de contratos modificatorios, órdenes de cambio, órdenes de compra, órdenes de servicio o trabajo y la 'resolución de los contratos' (...)*

Alcances: *La delegación efectuada en los literales precedentes, también alcanza a los procesos de contratación en curso o proyectos en ejecución que correspondían al ex - Corregimiento Mayor de Yunchará". (El resaltado corresponde a la APS)*

1.4. Que lo anterior demuestra fehacientemente que la Resolución Administrativa N° 001/2010 de 28 de septiembre de 2010 emitida por ELEODORO JURADO HUAYTA, Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Gobernación Departamental de Tarija-Sección Yunchará, que declara el incumplimiento de la Empresa GRICOR S.R.L. por la ejecución del proyecto "MEJORAMIENTO Y APERTURA CAMINO RUPAZKA-TOJO", cumple con las formalidades y condiciones exigidas por la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional y se sujeta a lo dispuesto por los artículos 7 (delegación) y 28 (elementos esenciales del acto administrativo -Competencia) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.

2. RESPECTO A LA INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

Que la función reguladora ejercida por la Autoridad se desarrolla atendiendo las necesidades específicas del sector regulado, y obedece sobre todo al carácter eminentemente técnico, sectorial y progresivo en la medida que tiene por fundamento las especiales características del mercado, sin ser ajena, por supuesto a los criterios políticos determinados en la Ley.

Que la función de regulación se despliega, entre otros, cumpliendo y haciendo cumplir la ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos, de ahí que la ley otorga a la APS las atribuciones contenidas en el inciso c) del artículo 43 de la citada norma legal, que dispone:

"Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción".

Ampliada lógicamente por el inciso t) del artículo citado a fin de cumplir con las funciones y objetivos para los que la Autoridad fue creada.

Que por ello, cuando la Entidad Aseguradora afirma que la APS estaría actuando sin competencia, ya que según su entendimiento, con este proceso sancionatorio se estaría resolviendo y dirimiendo la controversia, debe mencionarse que no es así porque las obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras se encuentran contempladas en la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 y entre ellas el inciso a) del artículo 12 prevé:

"Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista."
Que no obstante queda abierta la potestad de la Aseguradora de someterse al arbitraje para resolver la controversia, sin dejar de lado lo determinado por la cláusula 14 de las Condiciones Generales de la Póliza de Seguros, cuando menciona que: "El arbitraje no impide ni demora en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, que establece el procedimiento de ejecución de la Póliza".

Que finalmente y desde la perspectiva de una básica conclusión, se puede entender que si la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. no se encontraría bajo la jurisdicción o tuición de la APS, si se estaría actuando sin competencia, de otra

manera no es sustentable su afirmación.

CON RESPECTO A LA CAUSAL DE RECHAZO DE LA EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS

La Entidad Aseguradora alega que: "Fortaleza, a través de la nota FORT/AL/ N° 97/11, rechaza el siniestro dado que el siniestro se produjo el 23 de junio de 2010 y se ha solicitado la ejecución de pólizas el 5 de noviembre de 2010, 73 días después de tener conocimiento del siniestro, habiéndose vencido el plazo legalmente estipulado para dar aviso de siniestro".

Que la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, transcrita 3 veces por la propia Compañía en su Recurso de Revocatoria y que una vez más se destaca su contenido de manera textual, determina:

- ***Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas***

"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía se establece que ésta es IRREVOCABLE, ***DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL*** *y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.*

En este sentido, ***en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizara al Beneficiario de la misma****, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares,* ***en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al "PROCEDIMIENTO"*** *citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*

La ejecución de la Póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo" (El resaltado corresponde a la APS)

Que el texto transcrito deja entrever a todas luces que la ejecución de las pólizas de caución tienen su propio procedimiento y no se aplica, como erradamente interpreta la Aseguradora, el procedimiento establecido en el Código de Comercio para seguros generales, significando que la ejecución no está sujeta a aceptación o rechazo, procediendo la ejecución únicamente con la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo (Resolución Administrativa) firmada por la MAE o por quien esta hubiere delegado, como en el presente caso.

Que de igual manera, la compañía "rechaza el siniestro dado que el mismo se produjo el 23 de junio de 2010 y se solicitó la ejecución de las pólizas el 5 de noviembre de 2010, 73 días después de tener conocimiento del siniestro (...)", sin

observar que las Pólizas de Caución con Clausula de Ejecución Inmediata Condicional, como ya se dijo, tienen su propio procedimiento

Que en los hechos y de los antecedentes se puede evidenciar que el "siniestro" cubierto y afianzado por las Pólizas, se tradujo en el incumplimiento establecido en el numeral 21.2.1. de la cláusula vigésima primera del contrato principal conforme a lo relacionado en la nota CITE GOB.DPTO.TJA/S-Y/EJH No. 5210 de 29 de septiembre de 2010, dirigida por el Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Gobernación Departamental de Tarija- Sección Yunchará al representante legal de la Empresa GRICOR S.R.L., que de manera textual reza: "Como es de su conocimiento, el ex Corregimiento Mayor de Yunchará y la empresa a la que usted representa, en fecha 23 de abril de 2010, ha suscrito el contrato administrativo N° 63/10 para la ejecución del proyecto 'MEJORAMIENTO CAMINO Y APERTURA CAMINO RUPAZKA – TOJO', Licitación Pública Nacional N° 009/2008 PRIMERA CONVOCATORIA CODIGO CUCE 08-0356-00-121555-1-1, empresa que se adjudicó el proyecto por un monto de Bs3.272.018.77.- y donde en fecha 5 de mayo del presente se le emitió la orden de proceder y el anticipo del 20% que corresponde a la suma de Seiscientos Cincuenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Tres con 76/100 Bolivianos, Son Bs654.403.76.-, sin embargo desde aquella fecha su empresa no ha cumplido con la iniciación de los trabajos en la obra con una demora de más de 4 (cuatro) meses en movilizarse a la zona de los trabajos de acuerdo ha(sic) cronograma, equipo y personal presentado después de emitida la orden de proceder, trabajos a desarrollarse en el lugar de la obra, por lo que en base a un informe técnico del fiscal de obra e informe especial N° 1 de la Supervisión, se ha tomado la decisión de resolver el contrato suscrito mencionado líneas arriba (...).

Que, en fecha 30 de julio del presente, se le notificó con la Carta Notariada con CITE: GDT-SY 02/2010 de fecha 29 de julio de ***2010 de aviso de intención de resolver*** *el contrato, sin embargo el trámite ha quedado nulo mediante Resolución Administrativa N° 001/2010 de fecha 28 de septiembre del presente, la cual adjuntamos para su conocimiento, Es en ese sentido* ***que por el incumplimiento manifiesto por parte de la Empresa GRICOR S.R.L.*** *para ejecutar la obra entre líneas arriba mencionada, según informe técnico e informe especial N° 1 emitido por la Supervisión,* ***A TRAVÉS DE LA PRESENTE CARTA NOTARIADA SE LE NOTIFICA CON EL AVISO DE INTENCION DE RESOLVER EL CONTRATO ADMINISTRATIVO N° 63/10 DE FECHA 23 DE ABRIL DE 2010*** *para la ejecución del proyecto* ***'MEJORAMIENTO CAMINO Y APERTURA CAMINO RUPAZKA - TOJO*** *(...) suscrito entre el ex Corregimiento de Yunchará y la Empresa GRICOR S.R.L., representada por el Ing. Herbert Cordero Palacios". (El resaltado es de la APS)*

Que lo indicado acredita el incumplimiento del afianzado al contrato principal - entendiendo el hecho como la constitución del "siniestro", es decir que el hecho se habría producido dentro de la vigencia de las pólizas teniendo por tanto el Beneficiario dos años, a partir de la producción del siniestro, para ejercer las acciones emergentes del contrato de seguro de caución, conforme lo determina el artículo 12 del Condicionado General, cuando menciona:

"Las acciones emergentes de un Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos años a contar de la fecha de siniestro."

Que este plazo por el cual el transcurso del tiempo consolida las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de otros ajenos, ***en el caso concreto no ha transcurrido****, ya que la vigencia de las pólizas era eficaz al momento de la concreción del "siniestro".*

CONSIDERANDO:

Que la Dirección de Seguros, a través del Informe Técnico APS/DS/JTS/072/2012 de 24 de enero de 2012 y Legal APS/DJ/DS/026/2012 de 26 de enero de 2012, efectuó la evaluación del contenido del Recurso de Revocatoria presentado por la ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A****., concluyendo conforme al principio de la sana critica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, que los descargos no han sido suficientes para enervar el contenido de la Resolución Administrativa N° APS/DJ/DS/453/2011 correspondiendo por tanto su confirmatoria total…"*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 23 de febrero de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 066-2012 de 31 de enero de 2012, expresando lo siguiente:

"…***II.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO***

Fortaleza interpone el presente recurso administrativo jerárquico contra la RA N° 066/2012, en merito a los siguientes fundamentos legales:

II.1. INEXISTENCIA DE LA INFRACCION DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS.

II.1.1. Magee y Bullo afirman que el seguro de caución ha sido concebido como aquel que se lleva a cabo para garantizar que serán resarcidos al acreedor de una obligación no directamente dineraria los daños que pueda provocar su incumplimiento. En el momento de delimitarse específicamente el riesgo que se conviene, la definición del concepto de incumplimiento es estricta y clara.

El seguro de caución se caracteriza por la necesaria conexión de dos contratos (el contrato de seguros y el contrato principal, ya sea de obra, prestación de servicios, etc. que suscriban el afianzado y el asegurado en su calidad de contratante y contratista) y la intervención de tres sujetos: El tomador, el asegurado y el asegurador; el tomador es un empresario de obras, suministros o servicios que se encuentra vinculado por un contrato del que resulte una obligación; el asegurado es el acreedor de la obligación referida precedentemente y a quien, por tener el interés asegurable, le corresponde la prestación de indemnización del asegurador. El fin principal del contrato de caución es resarcir al asegurado en su condición de acreedor del tomador del contrato que no cumpliera con la obligación vinculada, de los daños que se le

causaren conforme a las estipulaciones que se hubieran establecido.

Por lo tanto, en este tipo de seguro, el interés asegurable es el cumplimiento por parte del empresario de una prestación económica no dineraria que debe ejecutar en el futuro; en garantía de la cual, asegura al acreedor para que, en caso de no realizarse la obra o cumplirse con el suministro o servicio, reciba una indemnización por parte del asegurador.

Esta relación resulta evidente si concluimos que existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del otro contrato que se protege a través de este seguro de caución. La nota distintiva en relación con otros seguros patrimoniales es que en el seguro de caución el siniestro resultara originado en el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato específico por parte del tomador del seguro.

De lo expuesto, se tiene como una primera conclusión que el seguro de caución garantiza que serán resarcidos al acreedor de una obligación, los daños que pueda provocar el incumplimiento del que debe cumplir una obligación, con lo cual, existirá siniestro siempre y cuando exista el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato por parte del tomador del seguro.

Broseta Pont afirma que siendo el contrato de seguro de caución un contrato por el cual, en última instancia se conviene la protección del cumplimiento de una obligación, su naturaleza jurídica es la de garantía, esto no implica que el seguro de caución no sea un seguro, estas afirmaciones la sostiene la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio Argentina, en el fallo emitido al resolver la controversia entre Alba Compañía Argentina de Seguros S.A. contra Delos Electrónica S.A., lo mismo que hiciera la Sala A en el fallo 98592 de la Cámara Nacional de Comercio Argentina emitido dentro del proceso Rigolleau S.A. contra Solvencia S.A. de Seguros Generales. La doctrina ha entendido mayoritariamente que el seguro de caución se encuentra dentro de los denominados seguros de daños patrimoniales.

Una segunda conclusión, aunque resulte obvia, consiste en sostener que el seguro de caución es un seguro y que es un seguro de daños patrimoniales.

La señal distintiva del seguro de caución respecto de otros contratos es su basamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, su interpretación debe efectuarse dentro de los parámetros que dicha técnica establece y que reconoce el Derecho de seguros en sus previsiones (Código de Comercio - Contrato de Seguros).
Finalmente, una tercera conclusión consiste en que el seguro de caución al constituirse en un seguro de daños patrimoniales encuentra su fundamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, solo puede interpretarse en clave aseguradora, de técnica aseguradora, y por supuesto en las normas que rigen la contratación de seguros que recoge, precisamente, la técnica aseguradora.

Ahora bien, definido como está el concepto, el contenido, el alcance y los efectos del seguro de caución, y, al concluirse explícitamente que al momento de establecer el alcance del seguro de caución y al momento de resolverse las controversias en materia de seguro de caución solo puede aplicarse la técnica aseguradora y su

normativa específica, entendiéndose por esta toda la normativa referente a la contratación de seguro prevista en el Código de Comercio y a las disposiciones emitidas por la APS, se tiene en cuanto al "seguro de caución en ejecución de contrato" que el asegurador cubre al asegurado, hasta el límite del capital asegurado o suma asegurada, con una indemnización en caso de incumplimiento, por parte del tomador del seguro, de algunas o todas las obligaciones asumidas en un contrato determinado.

La garantía prestada a través del seguro de caución cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las clausulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza. Esta afirmación se encuentra contenida en el fallo dictado por la Sala IV de lo Contencioso Administrativo de Argentina del 19 de noviembre de 1993.

El fin de este seguro de caución en ejecución del contrato es el de cubrir los perjuicios económicos que sufre el acreedor-asegurado como consecuencia del incumplimiento de su deudor, contratante del seguro. El objeto principal del seguro de caución en ejecución del contrato es el de garantizar en favor de un tercero el beneficiario, las consecuencias de los posibles incumplimientos del tomador, vinculado con el beneficiario por un contrato anterior a la caución y del cual esta resulta accesoria.

El seguro de caución en ejecución del contrato, reemplaza la caución exigida por el dueño de la obra, para asegurar el cumplimiento del contrato; esta caución real, que el seguro sustituye, funciona como una verdadera clausula penal que asegurado y tomador fijan anticipadamente como aval convencional de resarcimiento.

En consecuencia, se entiende que el seguro de caución cubre el pago de aquello que debería afrontar el deudor como garantía de cumplimiento, ***ya que no se trata de que lisa y llanamente el asegurador se constituya en un codeudor solidario del deudor original, cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las clausulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza****. Teniendo en cuenta lo expresado, se concluye que para que proceda el pago de la indemnización debe existir un incumplimiento verificado, una pérdida económica ocasionada por la inobservancia de las clausulas contractuales sometida a constatación.*

De lo hasta aquí expuesto se concluye, en sujeción a la doctrina, la legislación comparada, la técnica aseguradora y las normas comerciales de contratación de seguros (Art. 1027, 1032 y 1038 del Código de Comercio) que para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de contrato, debe mediar necesariamente la constatación de que se hubiese producido un siniestro, un incumplimiento de una obligación, establecida con este carácter, por el contrato.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento, sustento del seguro de caución, debe derivar de la responsabilidad del deudor de la obligación vinculada, y no de una circunstancia extraña a la voluntad del mencionado sujeto.

Bulló, en su obra Derecho de Seguros, afirma que el incumplimiento, al menos culpable del deudor, significará la necesidad de una consideración analítica por parte del asegurador, para conocer desde ese extremo la procedencia del derecho del asegurado a ser indemnizado. Esto nos lleva al deber de comunicar la ocurrencia del siniestro y del hecho material del incumplimiento por parte del asegurado al asegurador.

Por más que el asegurador tenga conocimiento exacto del plazo que se ha pactado para el cumplimiento de la obligación vinculada, ya que estaba en su derecho haber requerido los términos contractuales del caso, es deber del asegurado, el acreedor de dicha obligación, informarle del incumplimiento y, por consiguiente, que el siniestro ha sucedido.

En esta misma dirección hay que establecer con precisión y de manera segura que el contratante del seguro, deudor de la obligación materia del aseguramiento no ha cumplido con la misma y que ese incumplimiento es de su responsabilidad. En otras palabras, debe establecerse si ha sucedido el siniestro para delimitar su extensión y, dentro del plazo que se dispusiera, pagarse la indemnización.

Esto igualmente nos lleva a remarcar que el contrato de seguro de caución no tiene en su estructura la condición de ejecutabilidad inmediata, como si se tratara de un procedimiento de ejecución.

Corresponde que la denuncia del siniestro que concretara el asegurado se transmita a quien dejó de cumplir el contrato en cuestión. Se debe recordar que en este contrato, la parte de cuyo incumplimiento se buscaba proteger las consecuencias es precisamente aquella a la que en el contrato de seguro de caución se denomina tomador. De ahí que interesa establecer, con esa denuncia informativa si el tomador al que se imputa incumplimiento del contrato ajeno convalida o no tal pretensión del asegurado, quien obviamente es el contratante de aquel.

En la medida en que el siniestro en esta clases de contrato de seguro es de orden jurídico y no meramente material, como se puede calificar al hecho que lo desencadena en otros tipos de seguros patrimoniales, la evaluación de la denuncia, las manifestaciones que a su respecto pudiese hacer el deudor y las consideraciones de la evaluación jurídica acerca del incumplimiento cohonestado con el contrato causa de la obligación establecerán el debito y la cuantía por parte del asegurador y el crédito del asegurado en su contra.

El contratante del seguro asume responsabilidad frente al asegurador que ha pagado un siniestro. Producido el hecho y aceptado el siniestro por el asegurador, este ultimo debe proceder a indemnizar al beneficiario del resarcimiento, al asegurado, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato de seguro.

Bajo esta línea de pensamiento, expuesta en clave aseguradora y, teniendo en cuenta como fundamento la técnica asegurativa y el Derecho de seguros, se concluye que:

- *Fortaleza ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA-TAJ 0510568/10, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA 0506538/100 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA 0506539/100, que cubre, hasta el límite del valor asegurado, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Afianzado "GRICOR S.R.L.", a través del contrato principal suscribo con asegurado en su calidad de contratante.*

- *En el presente caso, existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del Contrato que se protege a través de este seguro de caución que cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las clausulas contractuales, con lo cual, corresponde -en clave aseguradora- que para que Fortaleza acepte el siniestro y proceda el pago de la indemnización, se proceda a la verificación del incumplimiento del tomador del seguro (GRICOR S.R.L.) emergente de la inobservancia de las clausulas contractuales.*

- *Hasta el momento, no se ha procedido a la verificación del siniestro porque el asegurado hasta la fecha no ha presentado la documentación (no obstante, de que ha sido requerida en reiteradas oportunidades) que permita a Fortaleza tener elementos de convicción para valorar y analizar si ha ocurrido el siniestro, por el contrario, esta ocurrencia ha sido rechazada por el tomador del seguro (GRICOR S.R.L.), quienes afirman que han cumplido las obligaciones que provienen del Contrato, entregando todos los productos requeridos por este y obteniendo su aceptación.*

- *Teniendo en cuenta lo expuesto, Fortaleza no habría incurrido en la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, es decir, que Fortaleza al no haber verificado la existencia del siniestro y cuantificado su extensión, no ha aceptado el siniestro y consiguiente no tiene aún la obligación de pagar la prestación convenida (indemnización), por lo que, no puede ser sujeta a la imposición de sanción alguna, con lo cual, corresponde la revocatoria total de la R.A. N° 453/2011 emitida por la APS y en su merito de la R.A. N° 066/2012.*

II.1.2. *Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA-TAJ 0510568/10, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA 0506538/10 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA 0506539/10, establecen que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares y, precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el documento suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido, estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados por la Gobernación*

de Tarija, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS.

***II.1.3.** El siniestro denunciado por la Gobernación de Tarija ha sido rechazado a través de la nota FORT/AL/N^{0} 97/11 emitida por Fortaleza, por lo tanto, al haberse rechazado el siniestro no procede el pago de indemnización, quedando expedita la vía para recurrir a un peritaje o a un arbitraje. Teniendo en cuenta lo señalado no se ha configurado una obligación de pago de Fortaleza, por lo que, no corresponde que se le exija el cumplimiento de una obligación que no emergió.*

II.2. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.I dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a ésta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros- en materia de seguros generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Ésta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador muñido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando estas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo

en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido (como se puede advertir por la demanda de cumplimiento de contrato presentado ante el Juez de Partido en lo Civil, acreditado por la empresa a través del memorial de demanda en el que se registra el cargo de recepción), la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, estas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Ésta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que esta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro. Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883

de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso jerárquico.

Finalmente, la APS en la R.A. N° 066/2012 afirma que si Fortaleza no estuviera bajo la jurisdicción o tuición de la APS, si se estaría actuando sin competencia y que de otra manera no es sustentable la afirmación. La APS, obviamente, no tiene en cuenta lo previsto por el artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, su interpretación es básica, atendiendo a los principios del Derecho Administrativo, la APS tiene las funciones previstas legalmente, entre ellas está la de fiscalizar el mercado de seguros, lo cual es innegable, pero para ejercer esta función esta muñida de atribuciones expresas, en el orbe público no es admisible que se presuman competencias o atribuciones o que éstas se deduzcan, en el presente caso, se explicó y fundamentó que la APS actuó sin competencias - atribuciones establecidas legalmente, la APS no puede afirmar que por el hecho de fiscalizar al mercado asegurador pueda actuar sin competencia en un área de la aseguradora no habilitada legalmente.

II.3. AVISO DE SINIESTRO

La APS, en la R.A. N° 066/2012, afirma que las pólizas de caución tienen su propio procedimiento y que no se aplican a éstos, los preceptos que norman la contratación de seguros contenidos en el Código de Comercio. Ahora bien, corresponde preguntarse cuál es el asidero legal sobre el que la APS sustenta su afirmación, obviamente no la señala. El Código de Comercio (Arts. 1028 y 1030) al normar la contratación de seguros privados no establece ninguna excepción ni exclusión en cuanto a su aplicación y expresamente norma el instituto de "aviso de siniestro" estableciendo sus consecuencias ante su omisión. Solo una norma de rango superior puede dejar sin efecto esta previsión. Por lo tanto, lo alegado por la APS no tiene asidero legal.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos previstos legalmente para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 066/2012.***
2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°***

066/2012 y en su mérito de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 0453/2012, dado que Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley Nº 1883 de Seguros y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha impuesto la sanción sin competencia viciando de nulidad de pleno derecho el acto administrativo impugnado y, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en el presente memorial, en la nota de descargos presentada por Fortaleza, además de todos los antecedentes que cursan en el expediente administrativo…"

7. MEMORIAL PRESENTADO POR EL EJECUTIVO SECCIONAL DE DESARROLLO DEL MUNICIPIO DE YUNCHARÁ.-

En fecha 26 de marzo de 2012, el **Ejecutivo Seccional de Desarrollo del Municipio de Yunchará, señor Eliodoro Jurado Huaita**, hace presente un memorial en el que refiere los alegatos siguientes:

"*…SE RATIFICA EN ANTECEDENTES Y ALEGATOS LEGALES Y SOLICITA CONFIRME RESOLUCION DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS.- Señor Vice – Ministro* (sic)*, estando dentro del plazo legal que establece el art. 41 parágrafo II del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiero* (sic) *y teniendo el Gobierno Autónomo del Departamento de Tarija Sección - Yunchara la calidad de Tercero Legitimo* (sic) *Interesado y Beneficiario en la Ejecución de las Pólizas de Garantía, me permito señalar, fundamentar y ratificar los antecedentes y alegatos que se presentaron en el trámite administrativo del proceso de ejecución de las Pólizas de Garantía ante la "Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A." y posteriormente ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros y siendo estos los siguientes:*

1.- En fecha 21 de abril del 2010 se firma la Minuta de Contrato entre el Corregimiento Mayor de Yunchara (actual Gobernación del Departamento de Tarija Sección Yunchara) y la Empresa Constructora GRICOR S.R.L. representada legalmente por el Ing. Herbert Cordero Palacios, documento que se eleva al rango de Escritura Pública Nº 63/2010 de fecha 23 de abril del 2010 por ante el señor Notario de Gobierno del Distrito Administrativo de Tarija. Minuta de Contrato por el cual el Contratista se compromete y obliga a ejecutar todos los trabajos necesarios para el " Mejoramiento y Apertura del Camino Rupaska – Tojo".-
2.- En fecha 5 de mayo del 2010, ante la solicitud oficial del CONTRATISTA se entrega el anticipo de Seiscientos cincuenta y cuatro Mil cuatrocientos tres 76/100 654.403,76 Bolivianos (654.403,76 Bs.) (sic) *al representante legal de la "Empresa GRICOR S.R.L." y tal cual consta en la fotocopia del cheque y comprobante de pago del anticipo y de esta manera se cumple con la clausula* (sic) *Cuarta de la minuta de Contrato que señala "en caso de otorgarse anticipo, la orden de proceder no podrá ser emitida antes de que se haga efectivo el desembolso total del anticipo"*

3.- En fecha 5 de mayo del año 2010 as horas 18:00 p.m. el Gerente de Supervisión de la obra Ing. Oscar Chavez Vargas, mediante nota oficial Nº 001/2010 emite la Orden

de Proceder, que es entregada y notificada personalmente al represente legal de la "Empresa Constructora GRICOR S.R.L." y de esta manera corre el plazo total de la ejecución de la obra y el plazo la movilización del Contratista realizando los trabajos de instalación de faenas y movilización de personal y equipo que será de quince días calendario que se computa a partir de la orden de proceder (clausula cuarta de la minuta de contrato). Se debe aclarar que la Orden de Proceder realizada no se pudo registrar en el Libro de Ordenes porque el Contratista recién en fecha 13 de mayo del 2010 mediante su secretaria entrega el original del libro de órdenes al Gerente de Supervisión y quien según informes del supervisor el Contratista no se presento en obra para registrar la Orden de Proceder, este formalismo no desvirtúa la existencia física de la orden de proceder.

4.- Informe Especial N° 1 (uno) de fecha 23 de junio del 2010 firmado por el Gerente de Supervisión Ing. Oscar Chávez Vargas.-

5.- Informe Especial N° 2 (dos) de fecha 20 de agosto del 2010 firmada por el Gerente de Supervisión Ing. Oscar Chávez Vargas, quien en la última parte del Informe señala "que no se han iniciado los trabajos por parte del Contratista, tampoco hemos podido detectar problemas en el mismo por esta razón, como así también no se presentaron planillas de avance de obra e informamos que la obra no ha sido iniciada hasta la fecha por parte de la Empresa Contratista, transcurriendo 106 días a partir de la orden de proceder.-

6.- Resolución Administrativa N° 087/2010 de fecha 8 de septiembre del 2010 firmada por el Gobernador del Departamento de Tarija y que en la parte Resolutiva del ARTICULO SEGUNDO parágrafo I. inc. a) de la parte Resolutiva señala: "Delegar al señor Eleodoro Jurado Huayta (Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Gobernación del Departamento de Tarija Sección Yunchara "La suscripción de contratos principales, la aprobación y suscripción de contratos modificatorios, ordenes (sic) *de cambio, ordenes* (sic) *de compra, ordenes* (sic) *de servicio o trabajo y la RESOLUCIÓN DE CONTRATOS".-*

Es en base a la Resolución Administrativa N° 087/2010 que otorga y delega funciones y facultades administrativas y legales, al Informe Legal N° 012/2010 de fecha 27 de septiembre del 2010 firmado por el Dr. Javier Rendon Ríos, a los Informes Especiales del Gerente de Supervisión de la Obra, a los Informes Técnicos del Fiscal de Obras y con la seguridad jurídica de no incurrir en lo previsto por el art. 122 de la Constitución Política del Estado que señala "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la Ley" mi persona en su calidad de Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara y dando aplicación a la Clausula (sic) *Vigésima Primera de la Minuta de Contrato acápite 21.2.1.- Resolución a requerimiento del Contratante por causales atribuibles al CONTRATISTA.- El CONTRATANTE, podrá proceder al trámite de Resolución de Contrato en los siguientes casos: a) Por incumplimiento en la iniciación de la obra, si emitida la Orden de Proceder demora más de quince (15) días calendario en movilizarse a la zona de trabajos" Ahora es importante e imprescindible aclarar ¿qué debemos entender por movilización de trabajos e instalación de faenas*

en la zona de trabajos? de acuerdo a las Especificaciones Técnicas que están contenidas en el Documento Base de Contrataciones (que son conocidas por el Contratista) se señala en forma expresa "EL CONTRATISTA dentro de la instalación de faenas deberá (imperativo) ejecutar determinados trabajos que a continuación se mencionan con carácter enunciativo y no limitativo (adjunto fotocopias legalizadas de Especificaciones Técnicas): a.- (sic) *Movilización de Personal y equipo hasta el emplazamiento de la obra.-*

b.-Limpieza y nivelación de terrenos destinados a la instalación de campamentos.-
c- Construcción de los Campamentos para el uso del Contratista.-

Y mediante carta Notariada de Aviso de Resolver Contrato de fecha 29 de septiembre del 2010 CITE: GOB.DPTO.TJA/ S-Y/EJH N° 052/10, se entrega y notifica mediante Notario de Gobierno al CONTRATISTA.-

7.- Informe Legal de fecha 27 de septiembre del 2010 que señala que al existir incumplimiento por parte de la "Empresa GRICOR S.R.L. "conforme a lo argumentado mediante informe técnico del fiscal de obras y del informe especial de la Supervisión, se recomienda proseguir con el procedimiento de resolución de contrato, notificando a la Empresa con una carta notariada de aviso de resolver el contrato.-

8.- Resolución Administrativa N° 001/2010 de fecha 28 de septiembre del 2010 y por el cual el Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara, declara el incumplimiento del contrato por parte de la Empresa Constructora "GRICOR S.R.L." Es necesario señalar que esta Resolución cumple con las formalidades, condiciones y requisitos que se señalan en la Clausula de Ejecución Inmediata Condicional y de la misma forma se debe confirmar que que (sic) *esta Resolución Administrativa cumple con lo establecido en los arts. 7 y 28 de la Ley N° 2341 Ley de Procedimiento Administrativo de fecha 23 de abril del 2002*

9.- En fecha 20 de octubre del 2010 el representante de GRICOR S.R.L. Ing. Herbert Cordero Palacios, responde a la Intensión de Resolución del Contrato de Obra.-

10.- En fecha 28 de octubre del 2010 el Gerente de Supervisión de Obras Ing. Oscar Chávez Vargas presenta el Tercer Informe Especial, señalando que la "Empresa hasta la fecha no ha solicitado autorización para iniciar la ejecución de la obra, no ha presentado un nuevo cronograma de trabajo, no ha acreditado al nuevo residente de obra solicitado con anterioridad, ni tampoco existe en obra el equipo ni el personal ofertado, no teniendo ningún avance en la ejecución de la obra, por tanto no se enmendaron las fallas, no se normalizo (sic) *los trabajos, ni se tomaron las medidas necesarias para continuar normalmente con las estipulaciones del contrato, por lo que se recomienda hacer efectiva las* (sic) *Resolución del Contrato y proceder a la ejecución de las pólizas de garantía de caución".-*

11.- En fecha 29 de octubre del año 2010, el Ing. Félix Rivera Olarte, en su condición de Fiscal de Obras, remite al Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara el Informe

Técnico del Proyecto "Mejoramiento y Apertura Camino Rupaska – Tojo".-

12.- Informe Legal N° 014/2010 de fecha 1 de noviembre del 2010 firmado por el Dr. Javier Rendón Ríos y por el cual Recomienda al Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara, hacer efectiva la Resolución del Contrato Administrativo N° 63/2010 de fecha 23 de abril del 2010 con relación al Proyecto "Mejoramiento y Apertura Camino Rupaska – Tojo" y al mismo tiempo proceder a Ejecutar las Pólizas de Garantía de cumplimiento de Contrato N° CC (sic) *-TJA-0506538/10, N°CC0* (sic) *-TJA-0506539/10 y Póliza de Correcta Inversión de Anticipos N° CIA-TJA-0510568/10.-*

13.- En fecha 4 de noviembre del 2010 mediante CITE.GOB.DPTO.TJA/S-Y/EJH N° 071/10 y mediante carta Notariada de Resolución Efectiva del Contrato Administrativo N° 63/10 de fecha 23 de abril del 2010, se entrega y notifica legalmente a la EMPRESA CONTRATISTA y se la hace conocer oficialmente la Resolución del Contrato.-

14.- Mediante CITE: GOB.DPTO.TJA/S-Y7EJH/N°072/10 de fecha 4 de noviembre del 2010 y recepcionada en fecha 5 de noviembre del 2010, y estando DENTRO DE LA VIGENCIA DE LAS TRES PÓLIZAS DE GARANTÍA se solicita al Gerente Regional de la "Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A "la Ejecución de las Tres Pólizas de Garantía.-

15.- La "Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A." mediante notas oficiales de fecha (sic) *7 y 22 de diciembre del 2010, solicita originales y/o fotocopias legalizadas de varios documentos a la Gobernación de Tarija Sección Yunchara.-*

16.- En fecha 11 de enero del año 2011 y mediante memorial firmado por el Ejecutivo Seccional de Desarrollo, Asesor Legal y Fiscal de Obras, se hace entrega al Seguro de la documentación solicitada, debe hacer notar que no se entrego (sic) *el Libro de Ordenes Original porque no había sido entregado ni por el CONTRATISTA ni por el Supervisor de obras.-*

17.- En fecha 25 de enero del 2011 mediante Cie (sic)*: FOR/AL/34/11 la "Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A." hagamos* (sic) *llegar fotocopias simples de las primeras Pólizas que fueron renovadas por las hoy en ejecución.-*

18.- En fecha 31 de enero del año 2011, mi autoridad en su condición de Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara, remite el CITE: GOB.DPTAL. S.Y. Nro. 27/2011 dirigido al Director Ejecutivo a.i. AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI) y se le solicita el seguimiento legal y administrativo a la Ejecución de la (sic) *Pólizas de Garantía por parte de la Aseguradora, oficio que está debidamente recpcionado* (sic) *por la ASFI.-*

19.- En fecha 4 de febrero del año 2011, se entrega la documentación solicitada en el punto 15 del presente memorial.-

20.- En fecha 22 de marzo del 2011 la "Compañía de Seguros y Reaseguros

FORTALEZA S.A.", nos notifica con el Cite: FORT/AL/79/10 y nos solicita el Libro de Ordenes (sic) *y que de acuerdo a los documentos que presento* (sic) *el CONTRATISTA el libro de Ordenes* (sic) *en su original lo tiene en su poder el Gerente de Supervisión de Obras.-*

21.- En fecha 23 de marzo del 2011 el Asesor Legal de la Gobernación del Departamento de Tarija Sección Yunchara, luego de recibir el Libro de Ordenes (sic) *Original del Ing. Oscar Chávez Vargas Gerente de Supervisión de Obras, y mediante nota Cite: GOB.DPTAL. S.Y. N° 66/2011 presenta el Libro de Ordenes* (sic) *al Seguro.-*

22.- Y recién en fecha 21 de abril del 2011 la "Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A." se Pronuncia mediante el Cite: FORT/AL/N°97/I 1 y por el cual hace una relación y fundamentación totalmente parcializada y sin interpretar de manera correcta las atribuciones de competencias delegadas al Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara e informan que la Compañía se encuentra libre de responsabilidades.-

23.- Es importante hacer notar que en las Clausulas (sic) *de Ejecución Inmediata Condicional de las Tres Pólizas de Garantía, en el acápite N°3 se señala "La Ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otro* (sic) *condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las condiciones particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la Entidad Publica que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo" en el caso que nos ocupa la DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO está plasmada legal y jurídicamente en la Resolución Administrativa N° 01/2010 de fecha 28 de septiembre el 2010 que está debidamente firmada por el Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara, quien en forma legal y con la Delegación de las atribuciones y funciones que le otorga la Resolución Administrativa N° 087/2010 de fecha 8 de septiembre del 2010 ha tramitado la Resolución de la Minuta de Contrato.-*

Señor Vice - Ministro (sic) *de Pensiones y Servicios Financieros, al haberse señalado los principales antecedentes del proceso administrativo, me permito ratificar los siguientes argumentos legales que sustentan la solicitud de Confirmación de la Resolución Dictada por la A.P.S.*

- *A).- Es importante resaltar y dejar claramente establecido que las Pólizas de Caución para Entidades Publicas* (sic) *se regulan y rigen por la Resolución Administrativa IS. N° 731 de fecha 11 de septiembre del 2007 y en caso que nos ocupa la ejecución de las Pólizas de Caución que reclama su ejecución el Beneficiario ( )* (sic) *deben ser ejecutas* (sic) *en base a esta disposición legal y no en base a disposiciones del Código de Comercio que en su articulo* (sic) *primero señala "En los casos no regulados expresamente se aplicara* (sic) *por analogía las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil.-*
- *B).- Se debe señalar que la Clausula* (sic) *de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, establece que la ejecución de la Póliza, no estarán* (sic) *sujeta a ninguna otro* (sic) *condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en*

el documento de mayor jerarquía del nivel Ejecutivo citado en las condiciones particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (M.A.E.) DE LA (sic) *Entidad Pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo.*

Y en el presenta (sic) *caso mi autoridad con las atribuciones y delegación que consta en la Resolución Administrativa N° 087/2010 de fecha 8 de septiembre del 2010, dicta la Resolución Administrativa N° 001/2010 de fecha 28 de septiembre del 2010 y por el cual se declara el incumplimiento de la Empresa "GRICOR S.R.L." en la ejecución del Proyecto "Mejoramiento y Apertura del Camino Rupazka – Tojo", instrumento legal que tiene todas las condiciones legales y administrativas que establecen los artículos 7 y 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley N° 2341 de fecha 23 de abril del 2002 y aclarar que en esta Resolución Administrativa N° 001/2010 está plasmada* (sic) *el Incumplimiento del Contratista y la Declaración de Incumplimiento como único requisito para la procedencia a la Ejecución de las Pólizas.-*

- *C).- Se debe aclarar y confirmar que mi autoridad mediante CITE: GOB.DEPTO.TJA/S.Y/EJH/N°072/2010 de fecha 4 de noviembre del 2010 y estando plena y totalmente Vigentes las tres pólizas de garantía, solicita a la "Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A." la Ejecución Inmediata de las pólizas de garantía de cumplimiento de contrato N° CCO-TJA-0506538/10 con vigencia hasta el 10 de marzo del 2011; N° CCO.* (sic) *TJA-0506539/10 con vigencia hasta el 10 de marzo del 2011 y la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos N° CIA-TJA-0510568/10 con vigencia hasta el 5 de noviembre del 2010.-*
- *D) Dejar claramente establecido que el Gobierno Autónomo del Departamento de Tarija Sección - Yunchara, ha cumplido con la presentación de todos los documentos legales, administrativos y técnicos que solicito* (sic) *la "Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A." aspecto que se puede demostrar con las notas oficiales remitidas al Seguro y que constan en el expediente del Proceso Administrativo y que fue presentado por mi autoridad a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.-*
- *E) En definitiva se puede colegir que se ha demostrado el Incumplimiento y contravención por parte de la "Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A." al inc. a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de junio de 1988*

Por todos los antecedentes y fundamentos legales, jurídicos, administrativos y técnicos manifestados líneas arriba, solicito (sic) *muy respetuosamente se dicte Resolución Confirmando Totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 066-2012 de fecha 31 de enero del 2012 y por ende la Confirmación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 453-2011 de fecha primero de diciembre del 2011…*"

8. MEMORIAL PRESENTADO POR LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

En fecha 11 de abril de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** hace presente un memorial por el que hace presentes los alegatos siguientes:

"…***FUNDAMENTOS***

I. INEXISTENCIA DE LA INFRACCION (sic) ***DEL ARTICULO*** (sic) ***12 INCISO a) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS.***

I.1. PRIMERA CONSTATACION. (sic)

En los seguros de fianza contratados a través de la ***Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA-TAJ 0510568/10, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas CCO-TJA 0506538/100 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas CCO-TJA 0506539/100****, el interés asegurable es, en la primera póliza, la correcta inversión del anticipo otorgado por la Prefectura del Departamento de Tarija a la empresa GRICOR S.R.L. para la construcción de la obra prevista en el contrato principal suscrito entre la Prefectura del Departamento de Tarija y GRICOR S.R.L., con lo cual, GRICOR S.R.L. en el caso de no invertir el anticipo otorgado de acuerdo a los términos previstos en el contrato principal, generará que la Prefectura de Tarija en su calidad de "beneficiario" reciba la indemnización por parte del asegurador (Fortaleza). En la segunda y tercera póliza enunciada, el interés asegurable es el cumplimiento de la construcción de la obra, en garantía de la* (sic) *cual, el asegurador (Fortaleza) asegura al acreedor-beneficiario (Prefectura del Departamento de Tarija) para que, en caso de no realizarse la obra, reciba una indemnización por parte del asegurador (Fortaleza).*

Resulta evidente, dado lo expuesto, la técnica aseguradora y los preceptos contenidos en el Código de Comercio (Contrato de Seguro), que existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación de los contratos principales (contratos de construcción) que se protege a través de este seguro de caución, en los términos contratados en las pólizas. La nota distintiva es que en el seguro de caución (pólizas enunciadas) el siniestro resultará originado en el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato principal (contrato suscrito entre la Prefectura del Departamento de Tarija y GRICOR S.R.L.) por parte del tomador del seguro (GRICOR S.R.L.), en los términos expuestos en las pólizas enunciadas.

El seguro de caución contratado a través de las pólizas enunciadas, garantizan que serán resarcidos al acreedor de una obligación (Prefectura del Departamento de Tarija), los daños que pueda provocar el incumplimiento de los contratos principales (contrato suscrito entre la Prefectura del Departamento de Tarija y GRICOR S.R.L.), con lo cual, existirá siniestro siempre y cuando exista el incumplimiento de una obligación asumida en el contrato principal por parte del tomador del seguro (GRICOR S.R.L.).
La señal distintiva del seguro de caución (pólizas enunciadas) respecto de otros contratos es su basamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, su interpretación debe efectuarse dentro de los parámetros que dicha técnica establece y que reconoce el Derecho de seguros en sus previsiones (Código de Comercio - Contrato de Seguros), en todo momento pero, fundamentalmente, al momento de establecer el alcance del seguro de caución y al momento de

resolverse las controversias en materia de seguro de caución.

La garantía prestada a través del seguro de caución (pólizas enunciadas) cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en las pólizas enunciadas. Esta afirmación se encuentra contenida en el fallo dictado por la Sala IV de lo Contencioso Administrativo de Argentina del 19 de noviembre de 1993.

*En consecuencia, se entiende que el seguro de caución (pólizas enunciadas) cubre el pago de aquello que debería afrontar el deudor (asegurado) como garantía de cumplimiento del contrato principal suscrito por la Prefectura del Departamento de Tarija y GRICOR S.R.L., **ya que no se trata de que lisa y llanamente el asegurador se constituya en un codeudor solidario del deudor original**, sino se trata de que la aseguradora **cubra los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las clausulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza**, con lo cual, para que proceda el pago de la indemnización debe existir un incumplimiento verificado, una pérdida económica ocasionada por la inobservancia de las cláusulas contractuales sometida a constatación.*

En sujeción a la doctrina, la legislación comparada, la técnica aseguradora y las normas comerciales de contratación de seguros (Art. 1027, 1032 y 1038 del Código de Comercio) que para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de contrato (pólizas enunciadas), debe mediar necesariamente la constatación de que se hubiese producido un siniestro, un incumplimiento de una obligación, establecida con este carácter, por el contrato principal suscrito entre la Prefectura del Departamento de Tarija y GRICOR S.R.L..

1.2. SEGUNDA CONSTATACION (sic)

El incumplimiento del deudor (GRICOR S.R.L.) significará la necesidad de una consideración analítica por parte del asegurador (Fortaleza), para conocer desde ese extremo la procedencia del derecho del asegurado (Prefectura del Departamento de Tarija) a ser indemnizado. Esto nos lleva al deber de comunicar la ocurrencia del siniestro y del hecho material del incumplimiento por parte del asegurado (GRICOR S.R.L.) al asegurador (Fortaleza), es deber del asegurado GRICOR S.R.L., el acreedor de dicha obligación, informarle del incumplimiento y, por consiguiente, que el siniestro ha sucedido a Fortaleza.

En esta misma dirección hay que establecer con precisión y de manera segura que el contratante del seguro (GRICOR S.R.L.), deudor de la obligación materia del aseguramiento no ha cumplido con la misma y que ese incumplimiento es de su responsabilidad.

En la medida en que el siniestro en esta clases de contrato de seguro es de orden jurídico y no meramente material, la evaluación de la denuncia, las manifestaciones

que a su respecto pudiese hacer el deudor (GRICOR S.R.L.) y las consideraciones de la evaluación jurídica acerca del incumplimiento cohonestado con el contrato causa de la obligación establecerán el débito y la cuantía por parte del asegurador (Fortaleza) y el crédito del asegurado (GRICOR S.R.L.) en su contra.

Bajo esta línea de pensamiento, expuesta en clave aseguradora y, teniendo en cuenta como fundamento la técnica asegurativa y el Derecho de seguros, se concluye que:

- *Fortaleza ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA-TAJ 0510568/10, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas CCO-TJA 0506538/100 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas CCO-TJA 0506539/100, que cubre, hasta el límite del valor asegurado, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Afianzado "GRICOR S.R.L.", a través del contrato principal suscribo* (sic) *con asegurado en su calidad de contratante.*

- *En el presente caso, existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del contrato principal que se protege a través de este seguro de caución (pólizas enunciadas) que cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, con lo cual, corresponde -en clave aseguradora- que para que Fortaleza acepte el siniestro y proceda el pago de la indemnización, se proceda a la verificación del incumplimiento del tomador del seguro (GRICOR S.R.L.) emergente de la inobservancia de las cláusulas contractuales.*

- *Hasta el momento, no se ha procedido a la verificación del siniestro porque el asegurado hasta la fecha no ha presentado la documentación (no obstante, de que ha sido requerida en reiteradas oportunidades) que permita a Fortaleza tener elementos de convicción para valorar y analizar si ha ocurrido el siniestro, por el contrario, esta ocurrencia ha sido rechazada por el tomador del seguro (GRICOR S.R.L.), quienes afirman que han cumplido las obligaciones que provienen del Contrato, entregando todos los productos requeridos por éste y obteniendo su aceptación.*

- *Teniendo en cuenta lo expuesto, Fortaleza no habría incurrido en la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, es decir, que Fortaleza al no haber verificado la existencia del siniestro y cuantificado su extensión, no ha aceptado el siniestro y consiguiente no tiene aún la obligación de pagar la prestación convenida (indemnización), por lo que, no puede ser sujeta a la imposición de sanción alguna, con lo cual, corresponde la revocatoria total de la R.A. N° 453/2011 emitida por la APS y en su merito de la R.A. N° 066/2012.*

I.3. *Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA-TAJ 0510568/10, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para*

Entidades Públicas CCO-TJA 0506538/100 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas CCO-TJA 0506539/100, establecen que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares y, precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el documento suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido, estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados a la aseguradora (Fortaleza) por la Gobernación de Tarija, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS.

I.4. *El siniestro denunciado por la Gobernación de Tarija ha sido rechazado a través de la nota FORT/AL/N0 97/11 emitida por Fortaleza, por lo tanto, al haberse rechazado el siniestro no procede el pago de indemnización, quedando expedita la vía para recurrir a un peritaje o a un arbitraje. Teniendo en cuenta lo señalado no se ha configurado una obligación de pago de Fortaleza, por lo que, no corresponde que se le exija el cumplimiento de una obligación que no emergió.*

II. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACION (sic) ***Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS***

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.I, complementariamente, dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a esta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros- en materia de seguros generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y perdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Ésta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador muñido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los

principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando estas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido (como se puede advertir por la demanda de cumplimiento de contrato presentado ante el Juez de Partido en lo Civil, acreditado por la empresa a través del memorial de demanda en el que se registra el cargo de recepción), la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, estas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Ésta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que ésta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro.

Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso jerárquico.

Finalmente, la APS en la R.A. N° 066/2012 afirma que si Fortaleza no estuviera bajo la jurisdicción o tuición de la APS, si se estaría actuando sin competencia y que de otra manera no es sustentable la afirmación. La APS, obviamente, no tiene en cuenta lo previsto por el artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, su interpretación es básica, atendiendo a los principios del Derecho Administrativo, la APS tiene las funciones previstas legalmente, entre ellas está la de fiscalizar el mercado de seguros, lo cual es innegable, pero para ejercer esta función esta muñida de atribuciones expresas, en el orbe público no es admisible que se presuman competencias o atribuciones o que éstas se deduzcan, en el presente caso, se explicó y fundamentó que la APS actuó sin competencias - atribuciones establecidas legalmente, la APS no puede afirmar que por el hecho de fiscalizar al mercado asegurador pueda actuar sin competencia en un área de la aseguradora (sic) *no habilitada legalmente.*

III. AVISO DE SINIESTRO

La APS, en la R.A. N° 066/2012, afirma que las pólizas de caución tienen su propio procedimiento y que no se aplican a estos, los preceptos que norman la contratación de seguros contenidos en el Código de Comercio. Ahora bien, corresponde preguntarse cuál es el asidero legal sobre el que la APS sustenta su afirmación, obviamente no la señala. El Código de Comercio (Arts. 1028 y 1030) al normar la contratación de seguros privados no establece ninguna excepción ni exclusión en cuanto a su aplicación y expresamente norma el instituto de "aviso de siniestro" estableciendo sus consecuencias ante su omisión. Sólo una norma de rango superior puede dejar sin efecto esta previsión. Por lo tanto, lo alegado por la APS no tiene asidero legal.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, solicito que todos los fundamentos se consideren al momento de resolver el recurso administrativo interpuesto.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Como emergencia de la Licitación Pública Nacional LPN –CMY Nº 009/2008, código CUCE: 08-0356-00-121555-1-1, realizada por el entonces **Corregimiento Mayor de Yunchara**, actual **Ejecutivo Seccional de Desarrollo por el Municipio de Yunchara** (cargo que forma parte del Órgano Ejecutivo del Gobierno Autónomo del Departamento de Tarija), se adjudicaron y contrataron las obras necesarias para el "*Mejoramiento y Apertura de Camino Rupazka – Tojo*" a la Empresa Constructora Gricor S.R.L., expresadas en el contrato después protocolizado en la Escritura Pública Nº 63/2010 de fecha 23 de abril del 2010 por ante el Notario de Gobierno del Distrito Administrativo de Tarija.

Conforme a la normativa que rige la contratación de bienes y servicios con entidades del Estado, la Empresa Constructora Gricor S.R.L. garantizó el cumplimiento de sus obligaciones para con el **Corregimiento Mayor de Yunchara**, con la presentación de tres Pólizas emitidas por **Seguros y Reaseguros Generales "24 de Septiembre" S.A.**, conforme son mencionadas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 453-2011 (en relación a la nota GRLPZ/1876/2011), entonces las siguientes:

- Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA-TJA-0510568/10
- Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA-0506539/10
- Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA-0506538/10

Consiguientemente, **Seguros y Reaseguros Generales "24 de Septiembre" S.A.** como fiadora, se obligó a indemnizar al beneficiario **Corregimiento Mayor de Yunchara**, en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por la afianzada Empresa Constructora Gricor S.R.L.; posteriormente y ante la liquidación de **Seguros y Reaseguros Generales "24 de Septiembre" S.A.**, las obligaciones de ésta fueron asumidas por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**.
Hacen también a las Pólizas, la Cláusula irrevocable de ejecución inmediata condicional para entidades públicas -común a los tres casos-, cuyos términos de redacción señalan que:

"…*No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza,*

mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre partes.

En este entendido, en caso de incumplimiento -por parte de la afianzada Empresa Constructora Gricor S.R.L.-*, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma* (el entonces **Corregimiento Mayor de Yunchara**, actual **Ejecutivo Seccional de Desarrollo por el Municipio de Yunchará**)*, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo.

Todos los demás términos y/o condiciones se mantienen en pleno vigor…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Del memorial presentado en fecha 26 de marzo de 2012 por el **Ejecutivo Seccional de Desarrollo del Municipio de Yunchará**, se conoce que:

"*…mi persona en su calidad de Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara y dando aplicación a la Clausula* (sic) *Vigésima Primera de la Minuta de Contrato acápite 21.2.1.- Resolución a requerimiento del Contratante por causales atribuibles al CONTRATISTA.- El CONTRATANTE, podrá proceder al trámite de Resolución de Contrato en los siguientes casos: a) Por incumplimiento en la iniciación de la obra, si emitida la Orden de Proceder demora más de quince (15) días calendario en movilizarse a la zona de trabajos" Ahora es importante e imprescindible aclarar ¿qué debemos entender por movilización de trabajos e instalación de faenas en la zona de trabajos? de acuerdo a las Especificaciones Técnicas que están contenidas en el Documento Base de Contrataciones (que son conocidas por el Contratista) se señala en forma expresa "EL CONTRATISTA dentro de la instalación de faenas deberá (imperativo) ejecutar determinados trabajos que a continuación se mencionan con carácter enunciativo y no limitativo (adjunto fotocopias legalizadas de Especificaciones Técnicas): a.-* (sic) *Movilización de Personal y equipo hasta el emplazamiento de la obra.-*

b.-Limpieza y nivelación de terrenos destinados a la instalación de campamentos.-
c- Construcción de los Campamentos para el uso del Contratista.-…"

El tenor del mismo escrito refiere lo mismo como el antecedente a la Resolución Administrativa N° 001/2010 de fecha 28 de septiembre del 2010, con respecto al cual señala que:

> "…*el Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Yunchara, declara el incumplimiento del contrato por parte de la Empresa Constructora "GRICOR S.R.L." Es necesario señalar que esta Resolución cumple con las formalidades, condiciones y requisitos que se señalan en la Clausula de Ejecución Inmediata Condicional y de la misma forma se debe confirmar que que* (sic) *esta Resolución Administrativa cumple con lo establecido en los arts. 7 y 28 de la Ley N° 2341 Ley de Procedimiento Administrativo de fecha 23 de abril del 2002*…"

Entonces, en lo expresado por el ahora tercer interesado, la Resolución Administrativa N° 001/2010 de fecha 28 de septiembre del 2010, constituye "*la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo*" a la que, como exigencia de procedencia del pago indemnizatorio, se refiere la Cláusula irrevocable de ejecución inmediata condicional para entidades públicas (común a las tres pólizas que hacen a la controversia).

Al respecto y en la nota GRLPZ/1876/2011 de fecha 17 de noviembre de 2011, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** refiere que:

> "…*el Beneficiario retiró, dejo* (sic) *sin efecto, etc, etc. La ejecución de las pólizas de referencia, es decir, a abdicado o renunciado a su pretensión planteada en su carta de ejecución y consecuentemente los derechos perseguidos en ella, para reiniciarlos en forma extemporánea el 05 de Noviembre del 2010 mediante su carta GOB.DPTO.TJA./S-Y/EJH No.072/10.*
>
> (…) *documentos, han sido solicitados, para evidenciar que sí ha ocurrido el siniestro y que la ejecución y/o ejecuciones han sido presentadas dentro de los términos y plazos y cumpliendo las estipulaciones del Contrato de* (…) *dando por lo tanto a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. la oportunidad de pronunciarse sobre las ejecuciones presentadas en base a esa información, todo en aplicación a lo dispuesto por el Art. 1031 del Código de Comercio* (…)
>
> ***El "pago", dice la cláusula, se hará a mas tardar dentro de los 15 días,*** *luego como es lógico, de que la Compañía Aseguradora se pronuncie sobre el siniestro,* (…)
>
> *…Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., ha solicitado al beneficiario, que nos haga llegar los documentos que se mencionan en las diferentes cartas enviadas y detalladas en el cuadro cronológico que se menciona líneas arriba, la misma que lamentablemente a evidenciado que el 2do Aviso de Siniestro y/o aviso de ejecución ha llegado a Seguros Y Reaseguros Fortaleza S.A. en forma extemporánea* (…)
>
> *En lo relacionado con este párrafo, su Autoridad debe tomar en cuenta que uno de los términos que se encuentra en pleno vigor es el relacionado con el Arbitraje condición que se encuentra desarrollada en las clausulas 14 y 15 de los Condicionados Generales de las pólizas de referencia,* (…)
>
> *…vemos necesario y en primera instancia, precisar nuevamente y puntualmente*

cuales son las atribuciones y competencias de la APS ex (ASFI), las mismas que se encuentran detalladas en el Art. 43 de la Ley de Seguros inciso a) a inciso u), y en los Arts. 167 y 168 de la Ley 065 (Ley de Pensiones) atribuciones y/o competencias ***que no incluyen el determinar la procedencia y/o improcedencia de una*** (sic) ***siniestro y menos su pagabilidad, existiendo para ello las instancias pertinentes***…"

Sustanciados los trámites inherentes, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pronunció la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 453-2011 de 1° de diciembre de 2011 (después confirmada por la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 066-2012 de 31 de enero de 2012), la que determina "***SANCIONAR a SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *con una multa de 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento de Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998*", norma que se transcribe a continuación:

"…***ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*

a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista…"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Inversión de la oportunidad para la indemnización en el caso de pólizas con cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas.-

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en su Recurso Jerárquico, refiere que:

"…*las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Ésta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio*…"

En función de tal presupuesto, la recurrente ha expuesto una teoría jurídica, acerca de los seguros de caución, para concluir que:

"…*para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de contrato, debe mediar necesariamente la constatación de que se hubiese producido un siniestro, un incumplimiento de una obligación, establecida con este carácter, por el contrato*…"

Con base a estos fundamentos, alega que el contrato de seguro de caución no tiene en su estructura la condición de ejecutabilidad inmediata; el evento ocurrido se traduce en un riesgo cuando su evaluación técnico-legal determina que la aseguradora acepte pagar la indemnización (pago para el que tiene un plazo de 60 días, y que de no suceder, incurre -recién- en inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros).

Por el contrario, cuando la aseguradora no acepta pagar la indemnización por considerar que el siniestro no hubiere sucedido y de determinar ello una controversia, la misma será resuelta a través del peritaje primero, y de no llegarse a un acuerdo, por la vía del arbitraje después.

En el caso concreto, no se habría procedido a la verificación del siniestro porque el asegurado no habría presentado la documentación que permita a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, tener los elementos de convicción necesarios para valorar y analizar si ha ocurrido el siniestro, extremo que -a su entender- determina el no haber incurrido en la contravención por la que ha sido sancionada por cuanto, no corresponde que se le exija el cumplimiento de una obligación que "*no emergió*".

Dentro de tal lógica ("*clave de técnica aseguradora*", le dice la recurrente), aún se alegan cuestiones más adjetivas:

- Que para la recurrida, las pólizas de caución tienen su propio procedimiento y que no le son aplicables los preceptos que norman la contratación de seguros contenidos en el Código de Comercio, extremo que no tendría asidero legal.
- Que el incumplimiento, como sustento del seguro de caución, debe derivar de la responsabilidad del deudor de la obligación vinculada, y no de una circunstancia extraña a su voluntad.
- Que la denuncia del siniestro debe transmitirse a quien dejó de cumplir el contrato principal; interesa establecer si el tomador al que se imputa incumplimiento del contrato ajeno convalida o no tal pretensión del asegurado, quien obviamente es el contratante de aquel.

- Que el siniestro en ésta clase de contratos de seguro, es de orden jurídico y no meramente material.

En principio, de la revisión de la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066-2012 de 31 de enero de 2012, resulta evidente que a la recurrida le corresponde la expresión:

> "…*la ejecución de las pólizas de caución tienen su propio procedimiento y no se aplica, como erradamente interpreta la Aseguradora, el procedimiento establecido en el Código de Comercio para seguros generales*…"

No obstante, tal expresión está referida, según señala la misma resolución, a la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional que le es inherente a las tres pólizas objeto de la controversia, y que establece la ejecución inmediata para el caso de incumplimiento, condicional en tanto requiere únicamente de "*la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo*".

Tal aclaración es pertinente por cuanto, todos los argumentos que al respecto ha mencionado la recurrente, conforme lo señalado supra, bien pudieran ser pertinentes y

valederos si la controversia recayera sobre pólizas de caución que en su trámite de ejecución se hallan sujetas a las disposiciones del Libro Tercero, Título III, del Código de Comercio.

No es el caso: las pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, encuentran su fundamento normativo en la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **norma especial** que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, lejos de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación "*del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo*".

Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su *Diccionario*, "*la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado*" hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas -entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, no se supedite su indemnización a mayor trámite, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de reclamar el daño o el perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento.

Por consiguiente, si bien valedera la posición jurídica expresada por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** en su Recurso Jerárquico, la misma no es aplicable al caso de autos.

2.2. Legalidad en las actuaciones del ente regulador, en la imposición de sanciones administrativas.-

La recurrente acusa también que:

> "…*La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora* (…)
>
> … *la APS no puede afirmar que por el hecho de fiscalizar al mercado asegurador*

pueda actuar sin competencia en un área de la aseguradora no habilitada legalmente…"

Al respecto, toda vez que argumentos similares han sido expresados por la recurrente **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, tanto en oportunidad de sus descargos expresados en la nota GRLPZ/1876/2011 de fecha 17 de noviembre de 2011 como en su memorial de Recurso de Revocatoria presentado en fecha 30 de diciembre de 2011, ha correspondido al ente regulador acreditar su competencia y legitimidad en las actuaciones que le han correspondido dentro del proceso administrativo sancionador, el que por su naturaleza no corresponde a la "*controversia legal y técnica en materia aseguradora*" como mal señala la recurrente.

Así, conviene destacar los extremos siguientes:

- La función reguladora ejercida por el Ente Regulador obedece al carácter técnico, sectorial y progresivo en la medida que tiene por fundamento las especiales características del mercado, y se desarrolla atendiendo las necesidades específicas del sector regulado y cumpliendo, y haciendo cumplir, la ley y los reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

- El artículo 43° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), acerca de las atribuciones del ente regulador, establece que:

  "…***ARTICULO 43. - ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-*** *La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:* (…)

  c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción (…)
  t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.
  u) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley…"

Desde luego que la relación entre el ente regulador y la regulada **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** obedece a la tuición que uno ejerce sobre la otra en razón de la común materia jurídica.

Consiguientemente, la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para sancionar el incumplimiento de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** en lo referido a pólizas como las que hacen a la controversia, por cuanto, visto el carácter inmediato de la ejecución de las mismas, no corresponde la serie de procedimientos a los que ha hecho referencia la recurrente a lo largo del proceso -Recurso Jerárquico incluido-, ni la solicitud de documentos que no sean "*el original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo*".

En este contexto, la controversia se centra en el reclamo que sale en el Recurso Jerárquico, en sentido de que:

> "…*La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora*…"

No obstante, a la luz de lo señalado en el numeral 2.1 supra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, tal extremo no es mayormente trascendente, máxime cuando las obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras se encuentran contempladas en la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), entre las que se encuentra:

> "…***ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS YREASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*
>
> *a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista*…"

Para el caso de pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, importa no haber lugar a mayor trámite sino únicamente el dispuesto en la propia Cláusula, extremo también pertinente cuando el recurrente hace alusión continua al arbitraje que en su entender habrá de resolver la controversia, para con ello evitar el debido resarcimiento inmediato, no obstante que las cláusulas de arbitraje (14ª o 15ª, según corresponda) de las Condiciones Generales de las Pólizas de Seguros, mencionan que:

> "…*El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva*…"

En definitiva, los argumentos de la recurrente en el sentido señalado tampoco son atendibles.

2.3. Legitimidad del Ejecutivo Seccional de Desarrollo por Yunchara para declarar el incumplimiento.-

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** también señala que:

> "…*Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional* (…) *establecen que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares y, precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a*

presentarse es el documento suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido, estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados por la Gobernación de Tarija, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS…"

A este respecto se ha pronunciado pertinente y oportunamente el órgano regulador, cuando en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 066-2012 de 31 de enero de 2012 ha establecido que:

"*…la aseveración realizada por la entidad aseguradora en sentido de que "(...) el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido, documentos que no han sido presentados por la Gobernación de Tarija, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS (...)" no es correcta toda vez que la Jefatura Técnica de Seguros de la Dirección de Seguros de la APS ha evaluado minuciosamente los Condicionados Particulares de las Pólizas CCO-TJA-0506538/10, CCO-TJA-0506539/10 y CIE-TJA-0510568/10, presentados por la propia Aseguradora, evidenciando que el texto referido al documento requerido para la ejecución es: "(...) la 'RESOLUCION ADMINISTRATIVA DE CONTRATO', texto que se repite en los Condicionados Particulares de las tres pólizas CCO-TJA-0506538/10, CCO-TJA-0506539/10 y CIE-TJA-0510568/10* (...)

…se ha verificado que dicha Autoridad, Dr. Mario Adel Cossio Cortez, con la facultad conferida por las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (Decreto Supremo Nº 0181 de 28 de junio de 2009) y el Decreto Departamental Nº 033 que en su artículo Tercero dispone: "(delegación de facultades a los ejecutivos seccionales de Desarrollo).- Por el presente Decreto el Ejecutivo Departamental delega a los ejecutivos Seccionales de Desarrollo las siguientes facultades ejecutivas: 7: Ejecutar aquellos procesos de contratación de obras, bienes y servicios que se encuentran asignados bajo la responsabilidad de la administración seccional a su cargo en el POA y Presupuesto Departamental, (...) asumiendo plena responsabilidad legal por dichos procesos, desde su inicio hasta su conclusión, ***en los cuales ejercerán la condición DE MAXIMAS AUTORIDADES EJECUTIVAS.*** *En ese marco, suscribir y resolver los contratos principales y modificatorios, administrar la ejecución de los mismos, recepcionar las obras, bienes y servicios emergentes de los contratos suscritos,* ***administrar y EJECUTAR LAS GARANTIAS CONTRACTUALES Y REALIZAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS A ESOS PROCESOS****.*

Asimismo iniciar y continuar con las acciones legales emergentes de los actos", mediante Resolución Administrativa Nº 087/2010 delegó a ***ELEODORO JURADO HUAYTA****, Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Gobernación Departamental de Tarija- Sección Yunchará, de entre varias, las siguientes funciones:*

> "***ARTÍCULO SEGUNDO:*** *(...)* ***a)*** *la suscripción de contratos principales, la aprobación y suscripción de contratos modificatorios, órdenes de cambio, órdenes de compra, órdenes de servicio o trabajo y la 'resolución de los contratos' (...)*

> ***Alcances:*** *La delegación efectuada en los literales precedentes, también alcanza a los procesos de contratación en curso o proyectos en ejecución que correspondían al ex - Corregimiento Mayor de Yunchará". (El resaltado corresponde a la APS)*

(...) la Resolución Administrativa N° 001/2010 de 28 de septiembre de 2010 emitida por ELEODORO JURADO HUAYTA, Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Gobernación Departamental de Tarija- Sección Yunchará, que declara el incumplimiento de la Empresa GRICOR S.R.L. por la ejecución del proyecto "MEJORAMIENTO Y APERTURA CAMINO RUPAZKA-TOJO", cumple con las formalidades y condiciones exigidas por la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional y se sujeta a lo dispuesto por los artículos 7 (delegación) y 28 (elementos esenciales del acto administrativo - Competencia) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002…"

Conviene transcribir el mencionado artículo 7° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) para concluir en la viabilidad legal administrativa de la delegación:

> *"…ARTÍCULO 7°. (Delegación).*
>
> *I. Las autoridades administrativas podrán delegar el ejercicio de su competencia para conocer determinados asuntos administrativos, por causa justificada, mediante resolución expresa, motivada y pública…"*

Por tanto, la actuación que le ha correspondido al Ejecutivo Seccional de Desarrollo por Yunchara, delegado para ello por la Máxima Autoridad Ejecutiva del Gobierno Departamental Autónomo de Tarija, para declarar el incumplimiento por parte de la Empresa Constructora Gricor S.R.L. y consiguientemente, para reclamar el pago de la indemnización emergente a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, es plenamente legítima.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 066-2012 de 31 de enero de 2012 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la

Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 453-2011 de 1º de diciembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 065-2012 DE 31 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 041/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 041/2012

La Paz, 05 de julio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., representada legalmente por su Gerente Regional Sr. David Hugo Alcoreza Marchetti contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 065-2012 de 31 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 450-2011 de 1 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 019/2012 de 23 de mayo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 066/2012 de 15 de junio de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 23 de febrero de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., representada legalmente por su Gerente Regional Sr. David Hugo Alcoreza Marchetti, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 047/2011 de 10 de febrero de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 097 del distrito judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Cristina Ibáñez Brown, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 065-2012 de 31 de enero de 2012, que en Recurso

de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa Nª APS/DJ/DS/ Nº 450- 2011 de 1 de diciembre de 2011.

Que, en fecha 23 de febrero de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. interpuso directamente ante el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 065-2012 de 31 de enero de 2012, cuando por imperio del artículo 53º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, correspondía que tal presentación sea realizada ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al resultar la autoridad que pronunció la resolución recurrible.

Que, por providencia de fecha 24 de febrero de 2012, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros dispuso que, en ejercicio del principio de informalismo, y en cumplimiento al artículo 42º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), se remita el memorial presentado en fecha 23 de febrero de 2012 "*ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a efectos de que la entidad reguladora le dé el tratamiento que corresponda*".

Que, en fecha 6 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 065-2012 de 31 de enero de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 7 de marzo de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., mismo que fue notificado el 13 de marzo de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 9 de marzo de 2012, se hizo un llamamiento al tercer interesado Contraloría General del Estado, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos.

Que mediante memorial presentado el 27 de marzo de 2012, el Lic. Rafael Luis Sejas Cárdenas, presenta alegatos, en calidad de abogado y apoderado de la Contraloría General del Estado conforme el testimonio Nº 449/2012 de 27 de marzo de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DJ/DS/4324/2011 de 27 de octubre de 2011, notificó a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A, con la siguiente presunta contravención en la que habría incurrido la entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

"…

- ***Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998*** *al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios SEE-SCZ-0247 y Correcta Inversión de Anticipo CIE-SCZ-0897, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.*

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *al no haber observado debidamente la normativa señalada por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa..."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 17 de noviembre de 2011, mediante CITE. GRLPZ/1878/2011 la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. presentó descargos refiriendo lo siguiente:

"…De la lectura de la carta recibida por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. su Autoridad habría advertido una presunta infracción al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883, al haber supuestamente , ***incumplido la prestación convenida consistente en la ejecución de las pólizas de Garantía de Contrato de Servicios SEE-SCZ-0247 y Correcta Inversión de Anticipo CIE-SCZ-0897, conforme a los términos y plazos contemplados en la cláusula de ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.***

Al respecto y ejerciendo el derecho de defensa consagrado por la Constitución Política del Estado en actual vigencia y dentro del plazo de ley, presentamos los descargos, pruebas y alegatos que demuestran que en el presente caso Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. no ha cometido infracción alguna.

ANTECEDENTES

En el cuadro	*CORRESPONDENCIA*
27/08/2009	*MEDIANTE CARTA CGE/GNA/OF-168/2009 LA CONTRALORIA PIDE LA EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS SEE-SCZ-0247 Y CIE-SCZ-0897*
01/09/2009	*LA CÍA. MEDIANTE SU CITE: FORT/GRSC-230/09 SOLICITA DOCUMENTACIÓN* *«CARTA DE INTENCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO* *•CARTA NOTARIADA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO* *«INFORME LEGAL NO.AA/056/09* *•INFORME REV.PT GV&A No.001/2009* *•INFORME REV.PT GV81A No.002/2009* *•INFORME REV.PT GV8.A No.003/2009* *•INFORME REV.PT GV81A No.004/2009* *•INFORME REV.PT GV&A No.005/2009* *•ADENDAS AL CONTRATO PRINCIPAL* *•CORRESPONDENCIA RECIBIDA Y ENVIADA RELACIONADA AL CONTRATO AFIANZADO*

18/11/2009	*LA CONTRALORIA MEDIANTE SU CGE/GNA/OF-270/2009 HACE LLEGAR PARTE DE LOS DOCUMENTOS SOLICITADOS POR LA CÍA EXCEPTO :* *• LA CARTA DE INTENCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y* *• LA CARTA NOTARIADA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO*
01/12/2009	*LA CÍA. ENVÍA LA CARTA C1TE-GT-LP-076/2009 A LA CONTRALORIA, EN LA QUE SE INDICA QUE AUN FALTA LA PRESENTACIÓN DE :* ** LA CARTA DE INTENCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y* *• LA CARTA NOTARIADA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO*
14/10/2010	*ANTE EL LEVANTAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR, LA CONTRALORIA MEDIANTE SU CGE-GNA-OF-268/2010 INSISTE EN LA EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS*
04/11/2010	*LA CÍA MEDIANTE SU CITE:GTSG-LP No 11 -170/10 RATIFICA QUE AUN FALTA LA PRESENTACIÓN DE :* ** LA CARTA DE INTENCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y* *• LA CARTA NOTARIADA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO*
18/11/2010	*LA CONTRALORIA MEDIANTE SU CGE-GNA-OF-326/2010 INSISTE EN LA EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS*
28/02/2011	*LA CÍA MEDIANTE SU CITE: GTSG-LP No. 02-013/11 HACE LLEGAR A LA CONTRALORIA UNA EXPLICACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS PÓLIZAS Y VUELVE A SOLICITAR* ** LA CARTA DE INTENCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y* *♦ LA CARTA NOTARIADA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO*
16/05/2011	*LA CONTRALORIA MEDIANTE SU SCL/OF/-392/2011 VUELVE A PEDIR LA EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS*
24/05/2011	*LA CÍA. MEDIANTE SU CITE: FORT/GRSC-246/11 RESPONDE Y SOLICITANUEVAMENTE LA DOCUMENTACIÓN FALTANTE: SOLICITA DOCUMENTACIÓN* *•CARTA DE INTENCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO* *•CARTA NOTARIADA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO*

DESCARGOS Y ALEGATOS

Como su Autoridad podrá advertir, en 5 oportunidades la Compañía Aseguradora que represento ha solicitado el envío de dos documentos que son de suma importancia para formar criterio en relación a las ejecuciones presentadas relacionadas con las pólizas de Fianza objeto del presente asunto.

Estos documentos y en especial el segundo, relacionado con la Carta Notariada, mediante la cual, se hace efectiva la Resolución del Contrato, hasta la fecha de la presente carta NO ha llegado a la Compañía, documento mediante el cual se evidenciaría que sí ha ocurrido el siniestro y que la ejecución ha sido presentada dentro de los términos y plazos establecidos por el Código de Comercio, dando por lo tanto a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. la oportunidad de pronunciarse sobre las ejecuciones presentadas, todo en aplicación a lo dispuesto por el Art.1031 del Código de Comercio.

Habiendo establecido con una claridad meridiana, que, en este caso en particular, el Beneficiario de las pólizas de referencia hasta la fecha de la presente carta, no ha hecho llegar la documentación solicitada, Seguros y Reaseguradores Fortaleza S.A., no puede pronunciarse sobre las ejecuciones presentadas, todo en aplicación a lo dispuesto por el Art.1033 del Código de Comercio, modificado por el Art. 58 inciso f) de la Ley de Seguros que a la letra dice:

".... F) El texto del Art.1033 del Código de Comercio se modifica de la siguiente manera

El plazo de treinta (30) días mencionado, fenece con la aceptación o rechazo del, siniestro, o con la solicitud del asegurador de que complementen los requerimientos contemplados en el Art. 1031 y no vuelve a ***correr hasta que el asegurado haya cumplido con tales requerimientos."***

Por otra parte, en relación a los términos y plazos contemplados en la Cláusula de Ejecución Inmediata CONDICIONAL para Entidades Públicas, ésta en su tenor indica:

Aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas.

No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente Cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que .ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA ***CONDICIONAL*** *y que puede ser renovable conforme a lo pactado entre parte (sic).*

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, ***en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada ***de la declaración de incumplimiento,*** *plasmada en el* ***documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establecido en el Procedimiento Administrativo.***

Todos los demás términos y/o Condiciones se mantienen en pleno vigor.

Desglosando lo mencionado en la cláusula precedentemente transcrita, la misma que está incorporada a las 2 pólizas de Seguro ejecutadas se tiene:

1.El "pago", dice la cláusula, se hará a mas tardar dentro de los 15 días, *luego como es lógico, de que la Compañía Aseguradora se pronuncie sobre el siniestro, no se debe olvidar que, la Aseguradora tiene un plazo por Ley de 30 días para pronunciarse, una vez vencido este plazo y una vez que la Aseguradora ha recibido los informes y evidencias requeridos en forma oportuna , en este caso del beneficiario quién forma parte del contrato de seguro, corre el plazo de los 15 días ya mencionados, todo de acuerdo a lo estipulado por el Art.1033 del Código de Comercio , modificado por el Art.58 inciso f) de la Ley de Seguros.*

2.La declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establecido en el Procedimiento Administrativo.

Cabalmente y como lo expresa la cláusula antes mencionada, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. , ha solicitado al beneficiario en ***5 oportunidades*** *que nos haga llegar la*

Carta de Intención de Resolución de Contrato así como la Carta Notariada de Resolución de Contrato, documentos que en forma obligatoria deben tener como origen una ***Resolución Administrativa*** *en la que se Resuelve el Contrato, resolución que debe ser notificada al afianzado mediante, cabalmente, la Carta Notariada tantas veces mencionada , a fin de que se haga efectiva dicha Resolución, todo de acuerdo a lo estipulado por el Art. 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo que a la letra dice "... La Administración Pública está obligada a dictar Resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación. "Por otra parte el Art. 32 de la misma Ley, indica:*

"... Los actos de la Administración Pública sujetos a esta Ley válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación."(concordante con el Art.37 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo)

El Art. 33 de la indicada Ley menciona:

"... La Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. "

Por el abundante respaldo legal mencionado, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. ha pedido, volvemos a repetir, en 5 oportunidades a (sic) solicitado a la Contraloría General del Estado , las cartas debidamente notificadas, donde se evidencie la Resolución del Contrato de Servicios Garantizado, para así iniciar el análisis de las ejecuciones presentadas.

3. Todos los demás términos y/o Condiciones se mantiene en pleno vigor (Párrafo contenido en la cláusula que se analiza).

En lo relacionado con este párrafo, su Autoridad debe tomar en cuenta que uno de los términos que se encuentra en pleno vigor es el relacionado con el Objeto de ambas Pólizas a saber:

a) *El Objeto de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas dice en su tenor: "... El Fiador garantiza el pago de monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de la Póliza,* ***como consecuencia del incumplimiento del contrato de servicios por causas imputables al Afianzado.*** *Dicho contrato forma parte indivisible de la presente póliza")*

b) *El Objeto de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas indica: "...El Fiador garantiza el pago de (sic) monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de la Póliza, como consecuencia de la incorrecta inversión de los anticipos recibidos por causas imputables al Afianzado. El contrato principal que estipula tales anticipos forma parte indivisible de la presente póliza"*

En ambos casos se puede ver que el Objeto de estas Pólizas es, el incumplimiento del afianzado, incumplimiento que ***debe estar probado*** *y debe estar declarado, mediante la Resolución Administrativa correspondiente y notificado para hacerlo efectivo mediante la Carta Notaria mencionada en el contrato principal, cumpliendo así el procedimiento que para el efecto menciona dicho contrato, que* ***forma parte indivisible de las Pólizas.***

El procedimiento para le (sic) Resolución del Contrato, es decir para que se haga efectivo el siniestro es el siguiente:

✓ *"…Para procesar la Resolución del Contrato por cualquiera de las causales señaladas, las garantías deben estar plenamente vigentes y el CONTRATANTE o el CONTRATISTA darán aviso mediante carta notariada, a la otra parte, de su intención de resolver el contrato, estableciendo la causal que se aduce. "*

✓ *"…Si al vencimiento del término de los quince (15) días no existe ninguna respuesta, el proceso de resolución continuará a cuyo fin el CONTRATANTE o el CONTRATISTA, según quién haya requerido la resolución del contrato, notificará mediante carta notariada a la otra parte que la resolución del contrato se ha hecho efectiva"*

Como se puede advertir, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., para el análisis de las ejecuciones presentadas, solo ha solicitado lo que por Ley se precisa , con el fin de analizar la mismas, documentos que hasta la fecha NO HAN LLEGADO, por lo tanto es claro que no ha infringido el inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros que tiene relación con la indemnización de los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida, ya que aún en esta caso, NO se ha llegado a esa instancia.

CON RELACIÓN A LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS EN CONTRA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

En su oportunidad, y ante lo mencionado en su carta CITE/APS/DS/JTS/2590/2011 recibida en fecha 24/08/2011 la Compañía que represento indicó lo siguiente, posición que ratificamos en la presente carta:

"Por lo tanto, ... de acuerdo a lo estipulado por el Art.12 inciso j) de la Ley de Seguros N0.1883, agradeceremos que en el plazo de 5 días Administrativos a partir de la recepción de la presente remitir a este órgano de fiscalización, documentación que acredite el cumplimiento a sus contratos de seguros."

Ahora, mediante la carta que se responde, indican que se hubiera advertido una presunta infracción relacionada con el inciso a) del Art. l2 de la Ley de Seguros que se relaciona también con el pago de la prestación convenida, es decir, en otras palabras, nos inician un proceso administrativo por no pagar una indemnización que considera su Autoridad pagable.?

Al respecto, vemos necesario y en primera instancia, precisar nuevamente y puntualmente cuales son las atribuciones y competencias de la APS ex (ASFI), las mismas que se encuentran detalladas en el Art.43 de la Ley de Seguros inciso a) a inciso u), y en los Arts. 167 y 168 de la Ley 065 (Ley de Pensiones) atribuciones y/o competencias ***que no incluyen el determinar la procedencia y/o improcedencia de una (sic) siniestro y menos su pagabilidad.***

La variada jurisprudencia emanada del SIREFI sobre la ***Competencia Administrativa*** *en forma correcta indica muy claramente que "...Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública que se considera acto administrativo, sea de alcance general o particular, sea normada o discrecional, que se emita en ejercicio de la*

potestad administrativa, debe contener los elementos esenciales del Acto Administrativo que en nuestro ordenamiento jurídico han sido enumerados en el Art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentra, como uno de los elementos esenciales.

LA COMPETENCIA.

La competencia, con la que toda Autoridad Administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponden ejercer y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas, aunque debe señalarse que la capacidad es la regla y se la presume, mientras no sea limitada o negada por una norma; ***en cambio la competencia en el derecho administrativo no se presume y debe estar otorgada en forma expresa a través de una norma jurídica que la señale****. De ahí nace el principio jurídico que la Administración Pública solo puede hacer únicamente lo que manda la Ley, en cambio el administrado puede hacer todo lo la ley no lo prohíba.*

En éste marco, la competencia no puede ser absoluta, sino que aparece siempre limitada por el propio medio que la confiere; la Ley*. Por ello, el acto administrativo es válido, cuando el órgano que lo emitió en ejercicio de la función administrativa que le corresponde actúa dentro de los límites de la competencia asignada.*

Esta limitación o determinación de la competencia que corresponde a cada Autoridad Administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo. Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la Autoridad *Pública y que Constituye los límites de su actuación.*

En relación al caso que no ocupa y aplicando lo mencionado líneas arriba, la competencia de la APS se encuentra limitada por la Ley de Seguros y la Ley de Pensiones en actual vigencia, en relación a sus atribuciones, entre las cuales, ***volvemos a repetir no están las interpretar coberturas y ordenar como consecuencia de ésta interpretación el cumplimiento del contrato de seguro y menos el pago de siniestros****, lo que lamentablemente ha vuelto a hacer en el presente caso, al haber sido notificados un cargo por una presunta infracción al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, creemos nosotros inexistente, circunstancia que pone a SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. en total indefensión, ante primero una orden de cumplimiento de un contrato de seguro en el que el beneficiario aún no ha cumplido con el envío de documentación en cumplimiento a lo estipulado por el Art. 58 inciso f) de la Ley de Seguros que modifica el Art. 1033 del Código de Comercio concordantes con los Arts. 1027 y 1031 del mismo cuerpo legal segundo ante el inicio de un proceso administrativo en base presunciones que no tiene base legal alguna.*

Asimismo, el extinto SIREFI dejó en su momento establecido jurisprudencialmente que, los entes reguladores tiene competencia plena respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza su supervisado pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento

de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas) aplicables al área del supervisado, como control interno, (manuales de funciones, resoluciones de Directorio etc.) ***sin embargo no pueden entrar a dirimir o resolver controversias de NATURALEZA PRIVADA***.

Asimismo, su Autoridad no ha tomado en cuenta que la Ley de Seguros 1883 que trata sobre la Fianza e indica. "... el Seguro de Fianza es aquel por el que el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales y contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos ***dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato.",*** *límites que han sido superabundantemente explicados por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*

SOLICITUD

Por lo expuesto, y ante el inicio de un procedimiento a todas luces injusto en contra de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., debemos agregar que la actuación de su Autoridad va en contra y/o infringe el Art. 122 del la Nueva Constitución Política del Estado que indica: "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la Ley."

Circunstancia que invocamos y que ratificaremos en las instancias que correspondan.

Por último, y como prueba de todo lo mencionado líneas arriba, adjuntas a la presente carta adjuntamos como descargo en fotocopias simples, la correspondencia señalada en la presente carta cuyos originales se encuentran en la Compañía, documentos que además cursan en esas Oficinas, así como la carta GRLPZ 1532/2011 de 30/08/2011 en la que forma (sic) amplia se explica la situación de las ejecuciones objeto del caso que nos ocupa y las características y naturaleza jurídica de las mismas, y que en aplicación a los principios de sometimiento pleno a la Ley Buena Fe, imparcialidad, legalidad y legitimidad consagrados por el Art.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo No.2341, y Art.65 y siguientes del DS 27175 , se deje sin efecto el procedimiento sancionatorio iniciado en contra de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., todo de de (sic) acuerdo a lo estipulado por el Art68 del D.S.2175 en actual vigencia."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 450-2011 DE 1 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 450-2011 de 1 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…PRIMERO.- SANCIONAR SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. *con una multa de 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositadas (sic) en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles*

administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.

TERCERO.- SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía correspondiendo remitir a éste órgano Fiscalizador, dentro de los (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 30 de diciembre de 2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 450-2011 de 1 de diciembre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico, que en resumen general alegan que en el presente caso no existiría una infracción al artículo 12 inciso a) de la Ley N° 1833 de Seguros, en razón a que para dar curso y ejecutar las Pólizas de garantía, de cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos Para Entidades Públicas y de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, previamente se debe demostrar la existencia de un incumplimiento contractual por parte del afianzado ante autoridad jurisdiccional.

Asimismo, expresan que la Contraloría General del Estado en ningún momento habría presentado copia legalizada de la declaración de incumplimiento firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva, que el condicionado particular señala que el documento a presentarse debería estar firmado por el presidente del Directorio o Consejo de la Entidad Pública.

Que a su vez la APS debe considerar que en el presente caso existe una modificación al contrato principal, mismo que no ha sido de conocimiento de Fortaleza y que las modificaciones al contrato sí modificaron sustancialmente el mismo, y más aún cuando las cláusulas cuarta y quinta de las condiciones generales de las Pólizas, expresamente señalan que el fiador queda liberado de sus obligaciones.

Finalmente expresan, que la APS no tendría competencia para resolver controversias técnicas o legales, por lo que éstas deben previamente ser dilucidadas por autoridades jurisdiccionales o por medio de un arbitraje, por lo que la APS se habría pronunciado sin competencia.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS DJ/DS/N° 065-2012 DE 31 DE ENERO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 065-2012 de 31 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 450-2011 de 1 de diciembre de 2011.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…<u>Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo</u>

Que de la lectura cuidadosa del Recurso de Revocatoria, se pasa a examinar los fundamentos esgrimidos por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., a objeto de establecer si lo determinado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 450/2011 de 01 de diciembre de 2011 deba ser confirmado, modificado o se proceda a su revocación.

Con relación al Punto II. 1.-Inexistencia de la Infracción del Artículo del (sic) 12 inciso a) de la Ley N° 1883 de Seguros.

Que para desvirtuar los argumentos esgrimidos por la Entidad Aseguradora respecto a este punto es necesario hacer una distinción entre el Contrato y las Pólizas de Seguros.

Que si bien es cierto, como lo menciona la recurrente, que el contrato de seguros es accesorio al contrato principal, no debe olvidarse que se trata de dos actos completamente diferentes que se rigen por normas distintas y se encuentran sujetas al control de diferentes autoridades administrativas.

Que así, conforme lo establece el inciso k) del artículo 5 (definiciones) del Reglamento para la Contratación de Profesionales Independientes, firmas de Auditoría Externa o consultoría Especializada en apoyo al Control Gubernamental, base legal sobre la cual nació a la vida jurídica el contrato GNA/091/2006 suscrito por la Firma García Veramendi & Asociados y la Contraloría General de la República, se entiende por contrato "al instrumento legal que regula la relación contractual entre la entidad contratante y Profesionales Independientes, Firmas de Auditoría Externa o Consultoría Especializada en apoyo al Control Gubernamental, estableciendo derechos, obligaciones y condiciones para la prestación de los servicios", es decir que está (sic) relación jurídica obliga a las partes intervinientes en el contrato, en el presente caso, a la Contraloría General del Estado y a la firma García Veramendi & Asociados.

*Que de igual manera el **ARTÍCULO 54° (Naturaleza del contrato y condiciones generales)** determina que "Los contratos que suscriban las entidades públicas para la provisión de servicios de Profesionales Independientes, Firmas de Auditoría Externa o Consultoría especializada, son de **naturaleza administrativa",** lo que equivale a afirmar que su incumplimiento, según lo determina el **ARTÍCULO 62° (Incumplimiento de contrato)** está sometido al conocimiento de la jurisdicción coactiva fiscal "En los casos en que la Contraloría General de la República, como resultado de la revisión de papeles de trabajo en ejercicio del Control Gubernamental, establezca incumplimiento del contrato y genere responsabilidades civiles definidas en el artículo 31 de la Ley N° 1178, de Administración y Control Gubernamentales".*

Que por su parte el contrato de seguros, es aquel mediante el cual una persona llamada asegurador se obliga, a cambio de una suma de dinero, conocida como prima, a indemnizar a otra llamada asegurado o a la persona que este designe, de un perjuicio o daño que pueda causar un suceso incierto (siniestro).

Que el contrato de seguro da origen necesariamente a una póliza, que es el instrumento probatorio por excelencia del contrato celebrado entre el asegurado y el asegurador, en él se reflejan las normas que de forma general, particular o especial regulan la relación contractual convenida.

Que puede apreciarse entonces que en el contrato de seguros rige una relación jurídica de orden privado, es decir que al ser lo pactado ley entre partes tanto el asegurado como el asegurador se obligan a observar y dar estricto cumplimiento a los términos y condiciones en él contenidos.

*Que en el presente caso, los seguros de caución para entidades públicas se encuentran expresamente regulados por la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, que aprueba los textos únicos, uniformes y de pago al contado de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipo y de Cumplimiento de Contrato de Obra, entre otras para Entidades Públicas, estableciendo un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere "**ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL** (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva) **NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN,** como textualmente lo menciona: "en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado o reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, **EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS** de acuerdo a procedimiento citado en el siguiente párrafo, **SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.** La ejecución de la póliza, **NO ESTARÁ SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA A NIVEL EJECUTIVO CITADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MÁXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA QUE CORRESPONDA (...)".**

*Que la Contraloría General del Estado solicitó mediante nota cite CGE/GNA/OF-168/2009 de 25 de agosto de 2009, recepcionada el 27 de agosto de 2009 por la Entidad Aseguradora, la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas N° SEE-SCZ-0247 y de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas N° CIE-SCZ-0897, ambas del 13 de julio de 2009, en base a la parte considerativa de la Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009, que textualmente menciona: "Que, por Informes Técnicos Nros. REV.PT.GV&A N° 001/2009, REV.PT.GV&A N° 002/2009, REV.PT.GV&A N° 003/2009, REV.PT.GV&A N° 004/2009 y REV.PT.GV&A N° 005/2009, de la Subcontraloría de Auditorías Externas, García Veramendi & Asociados **HA INCUMPLIDO LAS NORMAS DE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL RELACIONADAS CON LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIA SUFICIENTE Y COMPETENTE PARA SUSTENTAR LAS OPINIONES Y CONCLUSIONES CONTENIDAS EN EL INFORME TÉCNICO, Y QUE LOS INFORMES DE CONFORMIDAD DE LOS PRODUCTOS ENTREGADOS, NO SON SUSTENTATORIOS, PARA AUTORIZAR PAGO ALGUNO".** El resaltado es de la APS), informes que fueron puestos en conocimiento de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza SA., mediante carta CGE/GNA/OF-270/2009 el 19 de noviembre de 2009, no pudiendo por tanto la*

aseguradora alegar que desconoce que se hubiese producido el incumplimiento del afianzado.

Que dicho documento, la Resolución N° CGE/057/2C09 de 25 de agosto de 2009 que declara el incumplimiento de la Firma García Veramendi & Asociados es, según lo establecido en las cláusulas de ejecución inmediata condicional, el idóneo para que la Compañía cumpla con la prestación convenida.

Que la otra documentación, la solicitada por la Entidad Aseguradora consistente en la carta de intención de Resolución de Contrato y la carta notariada de Resolución de contrato debidamente diligenciada con la notificación al afianzado, hacen al contrato principal donde este órgano de fiscalización no tiene competencia para pronunciarse.

Que debe también mencionarse que según lo determinado por la Cláusula 9 del Condicionado General "los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente o incorrecta de la póliza, serán de entera responsabilidad del (los) Funcionario(s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes".

Que sobre lo expresado por la Recurrente de que "(…)el condicionado particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con poder de representación legalmente constituido, estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados por la Contraloría General de la República, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS", se evidencia que la Contraloría General de la República cuenta con una estructura organizacional que tiene como máxima instancia al Contralor General, quien se constituye como la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE), y la Resolución N° CGE/057/2009 que determina el incumplimiento del afianzado fue firmada por Gabriel Herbas Camacho, designado como Contralor General mediante Decreto Presidencial N° 29878 de 29 de diciembre de 2008.

Que por tanto, la Contraloría General de la República no cuenta con un Presidente de Directorio o Consejo ni con un Instrumento de Poder de representación, sin embargo cuenta con una Máxima Autoridad Ejecutiva, posesionada mediante Decreto Presidencial que cumple con todas las formalidades de Ley y se encuentra investido de las atribuciones respectivas para emitir actos administrativos como son las Resoluciones.

*Que finalmente y con respecto a lo alegado por la Compañía de no haber sido notificada por escrito ni haber aprobado las modificaciones al contrato principal, es necesario hacer hincapié que como lo establecen las cláusulas cuarta y quinta de los condicionados generales de las pólizas afianzadas, la Compañía queda liberada de sus obligaciones, **PERO ÚNICAMENTE CON RELACIÓN A LAS MODIFICACIONES EFECTUADAS,** evidenciándose que la modificación no tocó el objeto ni las partes fundamentales del contrato.*

CON RELACIÓN A LA INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

Que la función reguladora ejercida por la Autoridad se desarrolla atendiendo las necesidades específicas del sector regulado, y obedece sobre todo al carácter eminentemente técnico, sectorial y progresivo en la medida que tiene por fundamento

las especiales características del mercado, sin ser ajena, por supuesto a los criterios políticos determinados en la Ley.

Que la función de regulación se despliega, entre otros, cumpliendo y haciendo cumplir la ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos, de ahí que la ley otorga a la APS las atribuciones contenidas en el inciso c) del artículo 43 de la citada norma legal, que dispone:

"Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción".

Ampliada lógicamente por el inciso t) del artículo citado a fin de cumplir con las funciones y objetivos para los que la Autoridad fue creada.

Que por ello, cuando la Entidad Aseguradora afirma que la APS estaría actuando sin competencia, ya que según su entendimiento, con este proceso sancionatorio se estaría resolviendo y dirimiendo la controversia, debe mencionarse que no es así, porque las obligaciones de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras se encuentran contempladas en la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 y entre ellas el inciso a) del artículo 12 prevé:

"Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista."

Que no obstante queda abierta la potestad de la Aseguradora de someterse al arbitraje para resolver la controversia, sin dejar de lado lo determinado por la cláusula 14 de las Condiciones Generales de la Póliza de Seguros, cuando menciona que: "El arbitraje no impide ni demora en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, que establece el procedimiento de ejecución de la Póliza".

Que asimismo y con respecto a lo expuesto por la Entidad Aseguradora de que la protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro se circunscribe al registro de la póliza, publicidad de la información y a su transparencia, cabe mencionar que los objetivos del cuerpo legal mencionado se encuentran detallados en el artículo 4 de la Ley 1884 y establecen lo siguiente:

"La presente Ley y sus reglamentos tienen por objetivo regular la actividad aseguradora, reaseguradora, de intermediarios, auxiliares y entidades de prepago para que cuenten con la suficiente credibilidad, solvencia y transparencia garantizando un mercado competitivo. Asimismo, determina los derechos y deberes de las Entidades Aseguradoras y establece los principios de equidad y seguridad jurídica para la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro"

Que del mismo modo, el inciso d) del artículo 43 de la Ley N° 1883, establece que son facultades del órgano de Fiscalización.

"Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las Entidades bajo su jurisdicción."

Que finalmente y desde la perspectiva de una básica conclusión, se puede entender que si la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. no se encontraría bajo la jurisdicción o tuición de la APS, sí se estaría actuando sin competencia, de otra manera no es sustentable su afirmación…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 23 de febrero de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 065-2012 de 31 de enero de 2012, argumentando lo siguiente:

"…I.INTERPONE RECURSO JERÁRQUICO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS APS/DJ/DS/N° 065/2012 DE 31 DE ENERO DE 2012

II ACTO IMPUGNADO

De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 38 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la resolución objeto de nuestra impugnación mediante recurso jerárquico es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 065 de 31 de enero de 2012 (R.A.N0 065/2012). Para efectos del cómputo del plazo para la interposición de Recurso de Revocatoria, establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, es necesario considerar que dicho cómputo se inicia a partir de la notificación de la R.A. N° 065/2012, es decir, desde el 08 de febrero de 2012, por lo que, Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. (Fortaleza), interpone Recurso Jerárquico contra la R.A. N° 065/2012, dentro del plazo legalmente establecido, en mérito a los siguientes fundamentos:

I.2.-ANTECEDENTES

I.2.1.- *Fortaleza ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247.*

La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897 *fue suscrita bajo las siguientes características:*

-Condicionado Particular

- *Beneficiario: Contraloría General de la República.*
- *Afianzado: García Veramendi y Asociados S.R.L.*
- *Valor del Contrato de Obra: Bs.-14.892.500.-*
- *Valor caucionado: Bs.- 700,543,20*
- *Prima total: Bs.- 2.408*
- *Documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo a ser presentados para la ejecución en caso de ejecución inmediata: El Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.*
- *Vigencia. Desde las 12:00 del 13/07/2009 hasta las 12:00 del 27/08/2009.*

-Condicionado General

-La cláusula primera estipula: "La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas: a) La Ley de Seguros N° 1883, b) Código de Comercio, c) Código de Procedimiento Civil, d) Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios"

-La cláusula tercera dispone: "Objeto de esta Póliza: El fiador garantiza el pago del monto

señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza como consecuencia de la incorrecta inversión de anticipo recibidos, por causas imputables al Afianzado. El Contrato principal que estipula tal (es) anticipo (s) forma parte indivisible de la presente póliza".

-La cláusula cuarta dispone: "Modificación del Contrato Principal. Las modificaciones al contrato Principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al Fiador y aprobadas expresamente por el mismo, ***caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas.*** *La novación del Contrato principal sin consentimiento del Fiador, extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo esta póliza sin derecho a devolución de la prima pagada*".

-La cláusula séptima dispone: "Riesgos no cubiertos. La garantía de esta Póliza no se extiende a los casos de incumplimiento debido a fuerza mayor o caso fortuito, tales como:...f) Montos o sumas debidas por multas, penalidades, sanciones o intereses".
-La cláusula décima estipula: "Ejecución de la garantía. ***Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por partes del Beneficiario, que den lugar ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el Contrato Principal y a lo establecido en las Cláusulas y/o Anexos de la presente póliza adjuntos*** *a la misma que alternativamente y en forma excluyente podrán ser:*

-Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional.
-Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.

Cualquiera de dichas Cláusulas adheridas a la presente Póliza formarán parte integrante e indivisible de la misma y prevalecerán sobre lo dispuesto en el texto de dicha póliza.

Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (los) Funcionario (s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente e incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas".

-La cláusula décima cuarta (arbitraje) dispone que: "Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegará (sic) a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía de arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje). El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".

-Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas

-La citada Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas estipula: "Aplicable a la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas. No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza

de Garantía se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extra judicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".
La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas SEE-SCZ-0247 *fue suscrita bajo las siguientes características:*

-Condicionado Particular

- *Beneficiario: Contraloría General de la República.*
- *Afianzado: García Veramendi y Asociados S.R.L.*
- *Valor del Contrato de Obra: Bs.-14,892,500*
- *Valor caucionado: Bs.- 1.042.475.00*
- *Prima total: Bs.- 3,258.00.-*
- *Documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo a ser presentados (sic) para la ejecución en caso de ejecución inmediata: El Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.*
- *Vigencia. Desde las 12:00 del 10/06/2010 hasta las 12:00 del10/06/2011.*

-***Condicionado General***

-La cláusula primera estipula: "La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas: a) La Ley de Seguros N° 1883, b) Código de Comercio, c) Código de Procedimiento Civil, d) Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios".

- -La cláusula tercera dispone: ***"Objeto de esta Póliza: El fiador garantiza al Beneficiario el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Obra por causas imputables al Afianzado.*** *Dicho Contrato de Obra forma parte indivisible de la presente póliza".*

- -La cláusula cuarta dispone: "Modificación del Contrato Principal. ***Las modificaciones al contrato Principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al Fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas.*** *La novación del Contrato principal sin consentimiento del Fiador, extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo esta póliza sin derecho a devolución de la prima pagada".*

- -La cláusula sexta dispone: "Riesgos no cubiertos. La garantía de esta Póliza no se extiende a los casos de incumplimiento debido a fuerza mayor o caso fortuito, tales como:...e) Montos o sumas debidas por multas, penalidades, sanciones o intereses".

- -La cláusula novena estipula: "Ejecución de la garantía. ***Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el Contrato Principal y a lo establecido en las Cláusulas de la presente póliza adjuntos*** *a la misma que alternativamente y en forma excluyente podrán ser:*

-Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional.
-Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.

Cualquiera de dichas Cláusulas adheridas a la presente póliza formarán (sic) parte integrante e indivisible de la misma y prevalecerán (sic) sobre lo dispuesto en el texto de dicha póliza.

Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en las Cláusulas de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (los) Funcionario (s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente e incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas".
-La cláusula décima cuarta (arbitraje) dispone que: "Las controversias de hecho sobre las características técnica de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llevará (sic) a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía de arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje). El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".

-Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas

-La citada Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas estipula: "Aplicable a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas. No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, *en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extra judicial alguno.*

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".

***I.2.3.** La Contraloría General de la República, a través de la nota CGE/GNA/OF-168/2009 de 25 de agosto de 2009, solicita la ejecución de las pólizas contratadas con Fortaleza y remite las pólizas y la Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009 que dispone que se solicite a Fortaleza la ejecución inmediata de las pólizas contratadas por incumplimiento de contrato GNA/091/2006 de parte de García Veramendi & Asociados.*

El representante legal de García Veramendi & Asociados -Javier García Veramendi-, a través de la nota de 26 de agosto de 2011, afirma (1) que la firma procedió a la notificación legal de intimación de cumplimiento de contrato y pago de lo adeudado a la Contraloría General de la República, (2) que desde octubre de 2008 cumplió con los términos del Contrato de Servicio en cuanto a plazo y presentación de productos y (3) que existen informes de conformidad y resoluciones de pago de los últimos cinco productos; se adjunta a esta comunicación, la nota GV PKF SC 355/2009 y la nota GV PKF SC 354/2009 suscritas por la firma y dirigidas a la Contraloría General de la República que explican lo señalado, además de otras comunicaciones que presuntamente acreditan la presentación de productos a la Contraloría General de la República y que se adjuntan al presente memorial.

García Veramendi, también, presenta varias comunicaciones dirigidas a la Contraloría General de la República, una de éstas es la nota GV-PKF-SC 176/2011 de 19 de mayo de 2011, a través de la que afirma que la Contraloría emitió las Resoluciones de Pago N° CGR 294, 296, 297, 299 y 300/2009, actos administrativos que autorizan el pago por la ejecución de los cinco (5) productos.

La Contraloría General de la República, a través de la nota CGE/GNA/OF-270/2009, señala: "...cabe aclarar que en la nota enviada, existe un lapsus calami, en cuanto al haber informado que se procedió a la resolución del contrato, por lo que, corresponde precisar, que la solicitud de ejecución inmediata se ampara en la Cláusula Séptima, punto 7.1...". La nota a la que se hace referencia, es la nota CGE/GNA/OF-168/2009 de 25 de agosto de 2009, a través de la que la Contraloría General del Estado solicitó la ejecución de las pólizas contratadas, haciendo referencia a la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas".

La firma García Veramendi presentó la demanda efectuada en la vía ordinaria de hecho, solicitando el pago de obligaciones y el resarcimiento de daños y perjuicios en referencia al "Contrato de Servicios de Auditoria o Consultoría Especializada en Apoyo al Control Externo Posterior N° GNA/091/2006 para la "Realización de Auditorías Especiales a las Empresas Petroleras en las Áreas Operativa y Técnica, sobre el Cumplimiento de los Contratos emergentes del proceso de capitalización, contratos de riego (sic) compartido y concesiones administrativas para el transporte de hidrocarburos, según mandato de la Ley 3058".

1.2.3. *Fortaleza, a través de la nota FORT/GRSC/245/11 de 24 de marzo de 2011, reitera a la Contraloría General de la República la petición efectuada mediante la nota CITE GTSG LP N° 02/013/11 de 28 de febrero de 2011, la carta de intención de resolución de contrato, la carta notariada de resolución de contrato debidamente diligenciada con la notificación al afianzado.*

La Contraloría General de la República, a través de la nota SCSL/OF-392/2011 de 3 de mayo de 2011, solicitó el pago de Bs.- 1.743.018,20, es decir, el valor de las pólizas en garantía.

1.2.4. *Uno de los documentos presentados por la firma García Veramendi y Asociados es el Contrato de Servicios de Auditoria o Consultoría Especializada en Apoyo al Control Externo Posterior N° GNA/091/2006 para la "Realización de Auditorías Especiales a las Empresas Petroleras en las Áreas Operativa y Técnica, sobre el Cumplimiento de los Contratos emergentes del proceso de capitalización, contratos de riego (sic) compartido y concesiones administrativas para el transporte de hidrocarburos, según mandato de la Ley 3058" (Contrato).*

El citado Contrato, en su cláusula séptima numeral 7.1, estipula que si se procediera a la recepción definitiva del producto dentro del plazo contractual y en forma satisfactoria, hecho que se hará constar mediante el Acta correspondiente, dicha garantía será devuelta después de la Liquidación del contrato; y, en su cláusula vigésima numeral 20.2.1., estipula las causales aplicables de resolución del contrato, a requerimiento del contratante por causales atribuibles a la firma de auditoría externa; además, en el numeral 20.3 se establece el procedimiento aplicable a la resolución del Contrato.

La firma García Veramendi, también ha presentado, el Contrato Modificatorio al Contrato de Servicios de auditoría especializada en apoyo al Control Externo Posterior N° GNA709172006, suscrito el 4 de junio de 2007, que modifica sustancialmente el Contrato.

1.2.4. *La APS notifica con cargos, a través de la nota APS/DJ/DS/4324/2011 de 27 de octubre de 2011, a Fortaleza, por la supuesta contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998 al presuntamente haberse incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas.*

I.2.5.-*La APS, el 9 de diciembre de 2011, notificó a Fortaleza con la Resolución Administrativa N° 450/2011 de 1 de diciembre de 2011 (R.A. N° 450/2011) que dispone: "ARTICULO PRIMERO.- SANCIONAR SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. con una multa de 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa...".*

II.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO

Fortaleza interpone el presente recurso jerárquico, en mérito a los siguientes fundamentos legales:

II.1. INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS.

II.1.1. *Magee y Bullo afirman que el seguro de caución ha sido concebido como aquél que se lleva a cabo para garantizar que serán resarcidos al acreedor de una obligación no directamente dineraria los daños que pueda provocar su incumplimiento. En el momento de delimitarse específicamente el riesgo que se conviene, la definición del concepto de incumplimiento es estricta y clara.*

El seguro de caución se caracteriza por la necesaria ***conexión de dos contratos*** *(el contrato de seguros y el contrato principal, ya sea de obra, prestación de servicios, etc. que suscriban el afianzado y el asegurado en su calidad de contratante y contratista)y la intervención de tres sujetos: El tomador, el asegurado y el asegurador; el tomador es un empresario de obras, suministros o servicios que se encuentra vinculado por un contrato del que resulte una obligación; el asegurado es el acreedor de la obligación referida precedentemente y a quien, por tener el interés asegurable, le corresponde la prestación de indemnización del asegurador. El fin principal del contrato de caución es resarcir al asegurado en su condición de acreedor del tomador del contrato que no cumpliera con la obligación vinculada, de los daños que se le causaren conforme a las estipulaciones que se hubieran establecido.*

Por lo tanto, en este tipo de seguro, el interés asegurable es el cumplimiento por parte del empresario de una prestación económica no dineraria que debe ejecutar en el futuro; en garantía de la cual, asegura al acreedor para que, en caso de no realizarse la obra o cumplirse con el suministro o servicio, reciba una indemnización por parte del asegurador.

Esta relación resulta evidente si concluimos que existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del otro contrato que se protege a través de este seguro de caución. La nota distintiva en relación con otros seguros patrimoniales es que en el seguro de caución el siniestro resultará originado en el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato específico por parte del tomador del seguro.

De lo expuesto, se tiene como una primera conclusión que el seguro de caución garantiza que serán resarcidos al acreedor de una obligación, los daños que pueda provocar el incumplimiento del que debe cumplir una obligación, con lo cual, existirá siniestro siempre y cuando exista el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato por parte del tomador del seguro.

Broseta Pont afirma que siendo el contrato de seguro de caución un contrato por el cual, en última instancia se conviene la protección del cumplimiento de una obligación, su naturaleza jurídica es la de garantía, esto no implica que el seguro de caución no sea un seguro, estas afirmaciones la sostiene la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio Argentina, en el fallo emitido al resolver la controversia entre Alba Compañía Argentina de Seguros S.A. contra Délos Electrónica S.A., lo mismo que hiciera la Sala A en el fallo 98592 emitido dentro del proceso Rigolleau S.A. contra Solvencia S.A. de Seguros Generales. La doctrina ha entendido mayoritariamente que el seguro de caución se encuentra dentro de los denominados seguros de daños patrimoniales.

Una segunda conclusión, aunque resulte obvia, consiste en sostener que el seguro de caución es un seguro y que es un seguro de daños patrimoniales.

La señal distintiva del seguro de caución respecto de otros contratos es su basamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, su interpretación debe efectuarse dentro de los parámetros que dicha técnica establece y que reconoce el Derecho de seguros en sus previsiones (Código de Comercio - Contrato de Seguros).

Finalmente, una tercera conclusión consiste en que el seguro de caución al constituirse en un seguro de daños patrimoniales encuentra su fundamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, sólo puede interpretarse en clave aseguradora de técnica aseguradora.

Ahora bien, definido como está el concepto, el contenido, el alcance y los efectos del seguro de caución, y, al concluirse explícitamente que al momento de establecer el alcance del seguro de caución y al momento de resolverse las controversias en materia de seguro de caución sólo puede aplicarse la técnica aseguradora, se tiene en cuanto al "seguro de caución en ejecución de contrato" que el asegurador cubre al asegurado, hasta el límite del capital asegurado o suma asegurada, con una indemnización en caso de incumplimiento, por parte del tomador del seguro, de algunas o todas las obligaciones asumidas en un contrato determinado.

La garantía prestada a través del seguro de caución cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza. Esta afirmación se encuentra contenida en el fallo dictado por la Sala IV de lo Contencioso Administrativo de Argentina del 19 de noviembre de 1993.

El fin de este seguro de caución en ejecución del contrato es el de cubrir los perjuicios económicos que sufre el acreedor-asegurado como consecuencia del incumplimiento de su deudor, contratante del seguro. El objeto principal del seguro de caución en ejecución del contrato es el de garantizar en favor de un tercero el beneficiario, las consecuencias de los posibles incumplimientos del tomador, vinculado con el beneficiario por un contrato anterior a la caución y del cual ésta resulta accesoria.

El seguro de caución en ejecución del contrato, reemplaza la caución exigida por el dueño de la obra, para asegurar el cumplimiento del contrato; esta caución real, que el seguro sustituye, funciona como una verdadera cláusula penal que asegurado y tomador fijan anticipadamente como aval convencional de resarcimiento.

En consecuencia, se entiende que el seguro de caución cubre el pago de aquello que debería afrontar el deudor como garantía de cumplimiento, ya que no se trata de que lisa y llanamente el asegurador se constituya en un codeudor solidario del deudor original, ***cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza.*** *Teniendo en cuenta lo expresado, se concluye que para que proceda el pago de la indemnización debe existir un incumplimiento verificado, una pérdida económica ocasionada por la inobservancia de las cláusulas contractuales sometida a constatación.*

De lo hasta aquí expuesto se concluye, en sujeción a la doctrina, la legislación comparada y la técnica aseguradora que para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de contrato, debe mediar necesariamente la constatación de que se hubiese producido un siniestro, un incumplimiento de una obligación, establecida con este carácter, por el contrato.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento, sustento del seguro de caución, debe derivar de la responsabilidad del deudor de la obligación vinculada, y no de una circunstancia extraña a la voluntad del mencionado sujeto.

Bulló, en su obra Derecho de Seguros, afirma que el incumplimiento, al menos culpable del deudor, significará la necesidad de una consideración analítica por parte del asegurador, para conocer desde ese extremo la procedencia del derecho del asegurado a ser indemnizado. Esto nos lleva al deber de comunicar la ocurrencia del siniestro y del hecho material del incumplimiento por parte del asegurado al asegurador.

Por más que el asegurador tenga conocimiento exacto del plazo que se ha pactado para el cumplimiento de la obligación vinculada, ya que estaba en su derecho haber requerido los términos contractuales del caso, es deber del asegurado, el acreedor de dicha obligación, informarle del incumplimiento y, por consiguiente, que el siniestro ha sucedido.

En esta misma dirección hay que establecer con precisión y de manera segura que el contratante del seguro, deudor de la obligación materia del aseguramiento no ha cumplido con la misma y que ese incumplimiento es de su responsabilidad. En otras palabras, debe establecerse si ha sucedido el siniestro para delimitar su extensión y, dentro del plazo que se dispusiera, pagarse la indemnización.

Esto igualmente nos lleva a remarcar que el contrato de seguro de caución no tiene en su estructura la condición de ejecutabilidad inmediata, como si se tratara de un procedimiento de ejecución.

Corresponde que la denuncia del siniestro que concretara el asegurado se transmita a quien dejo de cumplir el contrato en cuestión. Se debe recordar que en este contrato, la parte de cuyo incumplimiento se buscaba proteger las consecuencias es precisamente aquella a la que en el contrato de seguro de caución se denomina tomador. De ahí que interesa establecer, con esa denuncia informativa si el tomador al que se imputa incumplimiento del contrato ajeno convalida o no tal pretensión del asegurado, quien obviamente es el contratante de aquél.

En la medida en que el siniestro en esta clases de contrato de seguro es de orden jurídico y no meramente material, como se puede calificar al hecho que lo desencadena en otros tipos de seguros patrimoniales, la evaluación de la denuncia, las manifestaciones que a su respecto pudiese hacer el deudor y las consideraciones de la evaluación jurídica acerca del incumplimiento cohonestado con el contrato causa de la obligación establecerán el débito y la cuantía por parte del asegurador y el crédito del asegurado en su contra.

El contratante del seguro asume responsabilidad frente al asegurador que ha pagado un siniestro. Producido el hecho y aceptado el siniestro por el asegurador, este último debe proceder a indemnizar al beneficiario del resarcimiento, al asegurado, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato de seguro.

Bajo esta línea de pensamiento, expuesta en clave aseguradora y, teniendo en cuenta como fundamento la técnica asegurativa y el Derecho de seguros, se concluye que:

-Fortaleza ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247,que cubre, hasta el límite del valor asegurado, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Afianzado "García Veramendi y Asociados S.R.L.", a través del "Contrato de Servicios de Auditoria o Consultoría Especializada en Apoyo al Control Externo Posterior N° GN A/091/2006 para la "Realización de Auditorías Especiales a las Empresas Petroleras en las Áreas Operativa y Técnica, sobre el Cumplimiento de los Contratos emergentes del proceso de capitalización, contratos de riego (sic) compartido y concesiones administrativas para el transporte de hidrocarburos, según mandato de la Ley N° 3058".

-En el presente caso, existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del Contrato que se protege a través de este seguro de caución que cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, con lo cual, corresponde -en clave aseguradora- que para que Fortaleza acepte el siniestro y proceda el pago de la indemnización, se proceda a la verificación del incumplimiento del tomador del seguro (García Veramendi& (sic) Asociados) emergente de la inobservancia de las cláusulas contractuales y, si hubiese, a la cuantificación de las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento.

Hasta el momento, no se ha procedido a la verificación del siniestro porque el asegurado hasta la fecha no ha presentado la documentación (no obstante, de que ha sido requerida en reiteradas oportunidades) que permita a Fortaleza tener elementos de convicción para valorar y analizar si ha ocurrido el siniestro, por el contrario, esta ocurrencia ha sido rechazada por el tomador del seguro (García Veramendi y Asociados), quienes afirman que han cumplido las obligaciones que provienen del Contrato, entregando todos los productos requeridos por éste y obteniendo su aceptación.

-Teniendo en cuenta lo expuesto Fortaleza no habría incurrido en la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, es decir, que Fortaleza al no haber verificado la existencia del siniestro y cuantificado su extensión, no ha aceptado el siniestro y consiguiente no tiene aún la obligación de pagar la prestación convenida (indemnización), por lo que, no puede ser sujeta a la imposición de sanción alguna, con lo cual, corresponde la revocatoria total de la R.A. N° 450/2011 emitida por la APS y en su mérito de la R.A. N° 065/2012.

***II.1.2.** En la página once y siguientes de la R.A N° 450/2011, al realizar un análisis de la Cláusula de Ejecución Inmediata, la APS afirma que desagregado el texto de la citada cláusula se tiene que la ejecución procede cuando se materializan tres elementos; el*

primero -citado en la resolución administrativa bajo el inciso a)- es el incumplimiento de los deberes contractuales del afianzado, traducido en el riesgo cubierto por el seguro de caución; y, el segundo -citado en la resolución administrativa bajo el inciso b)-, es la "Declaración de Incumplimiento plasmada en una resolución administrativa".

El razonamiento expuesto por la APS es el correcto y ha sido emitido en el ámbito propiamente asegurador; evidentemente, al tenerse en cuenta que la cobertura del riesgo se extiende al incumplimiento de las obligaciones contractuales del afianzado, debe verificarse que se hubiese producido su incumplimiento, dado que de haberse producido corresponde indefectiblemente el pago de la indemnización.

Fortaleza, requiere para efectuar el pago de la indemnización que se configure este primer requisito, la existencia de un incumplimiento contractual del afianzado (ya sea en la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato o en la Póliza de Garantía de la Correcta Inversión del Anticipo), porque precisamente estos son los riesgos sujetos a cobertura. Este requisito sólo se configurará cuando así lo declare la autoridad competente imparcial o cuando se presente la documentación necesaria que permita formar convicción sobre este hecho, al asegurador. Como se ha advertido de la documentación enunciada en el numeral que antecede (I) esa documentación, solicitada en reiteradas oportunidades, hasta la fecha no ha sido presentada.

El agravio expuesto no ha sido sujeto de análisis por la APS, al dictar la R.A. N° 065/2012.

***II.1.3.** En la página once y siguientes de la R.A. N° 450/2011 se afirma que los seguros de caución para entidades públicas se encuentran expresamente reguladas por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 (R.A. N° 731), afirmación que ha sido ratificada en la R.A. N° 065/2012. La R.A. N° 731/2007, en su artículo segundo y quinto, no regula ningún procedimiento de ejecución de la póliza de caución -no es conveniente jurídicamente tergiversar el contenido de los actos administrativos-, se limita a aprobar para su registro el texto único y uniforme de la Póliza de Garantía de Cumplimiento del Contrato de Servicios para Entidades Públicas y de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo, cuya cobertura es el incumplimiento de los contratos suscritos por el afianzado y la incorrecta inversión de los anticipos, respectivamente, con lo cual, y bajo la misma tesitura debe producirse el evento que se constituya en el riesgo sujeto a cobertura, el "incumplimiento de los contratos suscritos por el afianzado" y la "incorrecta inversión de los anticipos", con lo cual, el asegurador debe formar convicción de que efectivamente se ha producido el riesgo sujeto a cobertura, por lo que, es necesario no sólo la presentación de documentación sino también la fundamentación de la resolución administrativa que dicte la autoridad competente del órgano público beneficiario que declara el incumplimiento, con la finalidad de que el asegurador realice su evaluación técnico-legal.*

Al no haber concurrido la presentación de la documentación suficiente y pertinente y la emisión de una resolución administrativa fundada que permita advertir que efectivamente se ha producido el riesgo sujeto a cobertura no procede el pago de la indemnización sujeto a la cobertura de las pólizas contratadas por la Contraloría General de la República y no corresponde que se imponga una sanción a Fortaleza por incumplir con la obligación de pagar la indemnización por los daños.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la R. A. N° 731 al limitarse únicamente a aprobar el texto único de las pólizas de caución para su registro, no se constituye en el orbe jurídico único que regula el seguro de caución, ya el Condicionado General de las pólizas establecen el ámbito jurídico que se traducen, fundamentalmente, en la legislación comercial que rige el contrato de seguros, con lo cual, esta normativa al igual que la técnica aseguradora debe aplicarse al resolver el presente recurso y al interpretar el alcance de las pólizas sujetas a revisión, emitidas por Fortaleza.

***II.1.3**. El Contrato que norma la relación contractual entre García Veramendi & Asociados y la Contraloría General del Estado estipula en su cláusula séptima numeral 7.1, que si se procediera a la recepción definitiva del producto dentro del plazo contractual y en forma satisfactoria, la garantía será devuelta después de la Liquidación del Contrato; a través de las comunicación GV-PKF-SC 176/2011 de 19 de mayo de 2011, García Veramendi afirma que se emitieron resoluciones que disponen el pago, dada la recepción satisfactoria del producto, con lo cual, la garantía se habría extinguido al igual que la obligación de Fortaleza, es por esto, que es tan necesario (sic) la presentación de la documentación correcta. Dado estos elementos la obligación de la aseguradora es inexistente.*

Se advierte, entonces, que es necesario revisar la conexión entre los dos contratos, el de seguros y el principal que establece la obligación del afianzado, tal cual lo afirma no sólo la basta (sic) doctrina aseguradora sino los fallos emitidos, a diferencia de la limitada interpretación que realiza la APS.

***II.I4.**La Contraloría General de la República, a través de la nota CGE/GNA/OF-168/2009 de 25 de agosto de 2009, solicitó la ejecución de las pólizas contratadas con Fortaleza y remitió las pólizas y la Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009 que dispone que se solicite a Fortaleza la ejecución inmediata de las pólizas contratadas por incumplimiento de contrato GNA/091/2006 de parte de García Veramendi& (sic) (sic) Asociados; pero no hace referencia a la correcta o incorrecto (sic) inversión del anticipo, aspecto sobre el que no se pronunció la R.A. N° 065/2012, al resolver el recurso de revocatoria.*

Debe diferenciarse las dos pólizas contratas en cuestión: La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247; en referencia a la primera, la Contraloría General de la República no ha presentado documento alguno (resolución administrativa que declare que se hubiese procedido a la correcta inversión del anticipo), dada la cobertura de la póliza sólo en este supuesto se podría afirma (sic) que se ha producido el riesgo y que procede la indemnización, por lo tanto, la Contraloría General de la República ni la APS pueden afirmar que ante la presentación del documento exigido por la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897, y, por lo tanto, no se configura la legalidad para la aplicación de una sanción a Fortaleza, por lo que, corresponde su revocatoria total.

En cuanto a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247, la Contraloría General de la República a través de la

nota CGE/GNA/OF-270/2009, señaló que por un lapsus calami informó que se procedió a la resolución del contrato, con lo cual, este acto administrativo deja sin efecto la Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009, con lo cual, en derecho ya no pueden afirmar que hubiesen presentado el requisito exigido, de acuerdo a su interpretación por la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247. Sobre este punto tampoco se pronunció la APS al resolver el recurso de revocatoria interpuesto contra la R.A. N° 450/2011 y dictar la R.A. N° 065/2012.

Teniendo en cuenta lo señalado no procede la imposición alguna por el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

II.1.5 .*Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897 y de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247establecen que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento,* ***plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares*** *y, precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el documento suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido, estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados por la Contraloría General de la República, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS.*

La APS al dictar la R.A N° 065/2012 analizó sesgadamente, lo que no es propio de un ente público, las estipulaciones de las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de las pólizas de caución citadas precedentemente y objeto de revisión, que remiten para su cumplimiento al Condicionado Particular de las citadas pólizas. La inadecuada contratación de los seguros, si ésta medio, (sic) por parte de los personeros de la Contraloría General de la República no puede ser atribuida a la aseguradora.

II.1.6. *La cláusula cuarta de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247 y la cláusula quinta de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897, como se ha advertido, dispone que la modificación del Contrato Principal, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al Fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas, cursa en antecedentes el Contrato Modificatorio al Contrato de Servicios de auditoría especializada en apoyo al Control Externo Posterior N° GNA709172006, suscrito el 4 de junio de 2007, que modifica sustancialmente el Contrato, que no fue objeto de aprobación de Fortaleza, por lo tanto, la aseguradora queda liberada de cualquier obligación.*

La R.A. N° 065/2012 señala que la aseguradora sólo queda liberada de las obligaciones con relación a las modificaciones planteadas (afirmación que también la realiza Fortaleza), pero no explicita cuáles son estas obligaciones y si éstas modifican sustancialmente la cobertura, lo cual ocurre con la modificación efectuada por el

afianzado y el asegurado, al suscribir las modificaciones al contrato principal. La APS omite realizar un análisis global del agravio formulado por Fortaleza.

II.2. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.1 dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a ésta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros-en materia de seguros generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Esta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador munido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido (como se puede

advertir por la demanda de cumplimiento de contrato presentado ante el Juez de Partido en lo Civil, acreditado por la empresa a través del memorial de demanda en el que se registra el cargo de recepción), la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que esta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro. Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso de revocatoria.

La APS al dictar la R.A. N° 065/2012 se limita a señalar que su atribución es genérica, soslayando la previsión contenida en el artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece que toda atribución de un órgano público debe ser expresa y específica y no genérica.

II.3. OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO

La APS omitió, al resolver el recurso de revocatoria planteado contra la R.A. N° 450/2012, considerar todos los agravios formulados al no haberse emitido fundamentos de orden técnico o legal sobre las pretensiones que formulamos, por lo que, nos ratificamos in extenso en los fundamentos técnicos y legales expuestos en el recurso de revocatoria y los expuestos de nuestra parte en la sustanciación del proceso administrativo sancionatorio que ha dado origen a la citada resolución administrativa.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 55.11 del Decreto Supremo N° 27175.***

2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa N° 065-2012 de 31 de enero de 2012 y en su mérito de la Resolución Administrativa N° 450-2012 de 1 de diciembre de 2011, dado que Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha impuesto la sanción sin competencia viciando de nulidad de pleno derecho el acto administrativo impugnado y, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en el presente memorial, en la nota de descargos presentada por Fortaleza, además de todos los antecedentes que cursan en el expediente administrativo….”***

7. MEMORIAL PRESENTADO POR LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Mediante memorial presentado el 11 de abril de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., presenta memorial con los siguientes argumentos:

“…FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERAQUICO (sic) INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 065/2012, EMITIDA EL 31 DE ENERO DE 2012.

Fortaleza interpone el presente recurso administrativo jerárquico contra la RA N° 063/2012, en mérito a los siguientes fundamentos legales:

I INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS.

a) La doctrina y la legislación comparada caracterizan y establece la finalidad del seguro de caución; en cuanto a la caracterización, informan que el seguro de caución se caracteriza por la necesaria conexión de dos contratos (el contrato de seguros y el contrato principal/contrato de obra), y la intervención de tres sujetos: El tomador, el asegurado y el asegurador; el tomador es un empresario (en el caso que nos ocupa de obras) vinculado por un contrato del que resulte una obligación; el asegurado es el acreedor de la obligación referida precedentemente y a quien, por tener el interés asegurable, le corresponde la prestación de indemnización del asegurador. En este tipo de seguro, el interés asegurable es el cumplimiento por parte del empresario de una prestación económica no dineraria que debe ejecutar en el futuro; en garantía de la cual, asegura al acreedor para que, en caso de no realizarse la obra o cumplirse con el suministro o servicio, reciba una indemnización por parte del asegurador.

En cuanto a su finalidad se establece que el seguro de caución tiene como fin principal, el resarcimiento al asegurado en su condición de acreedor del tomador del contrato que no cumpliera con la obligación vinculada, de los daños que se le causaren conforme a las estipulaciones que se hubieran establecido.

b) Ahora bien, en cuanto al siniestro, la doctrina, la legislación y los preceptos contenidos en el Código de Comercio establecen que existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del otro contrato (contrato principal suscrito entre el empresario-asegurado y el beneficiario que en el caso que nos ocupa es una entidad pública) que se protege a través de este seguro de caución (las pólizas contratadas). La nota distintiva es que en el seguro de caución el siniestro resultará originado en el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato específico (contrato principal) por parte del tomador del seguro.

De lo expuesto, se tiene como una primera conclusión que el seguro de caución garantiza que serán resarcidos al acreedor de una obligación, los daños que pueda provocar el incumplimiento del que debe cumplir una obligación, con lo cual, existirá siniestro siempre y cuando exista el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato por parte del tomador del seguro.

c) La señal distintiva del seguro de caución respecto de otros contratos es su basamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, su interpretación debe efectuarse dentro de los parámetros que dicha técnica establece y que reconoce el Derecho de seguros en sus previsiones (Código de Comercio - Contrato de Seguros).

Por lo tanto, una segunda conclusión consiste en que el seguro de caución al constituirse en un seguro de daños patrimoniales encuentra su fundamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, sólo puede interpretarse en clave aseguradora, de técnica aseguradora, y por supuesto en las normas que rigen la contratación de seguros que recoge, precisamente, la técnica aseguradora, por lo tanto, al momento de establecer el alcance del seguro de caución y al momento de resolverse las controversias en materia de seguro de caución sólo puede aplicarse la técnica aseguradora y su normativa específica, entendiéndose por ésta toda la normativa

referente a la contratación de seguro prevista en el Código de Comercio y a las disposiciones emitidas por la APS.

d) El seguro de caución cubre el pago de aquello que debería afrontar el deudor como garantía de cumplimiento, ***ya que no se trata de que lisa y llanamente el asegurador se constituya en un codeudor solidario del deudor original, cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza.*** *Teniendo en cuenta lo expresado, se concluye que para que proceda el pago de la indemnización debe existir un incumplimiento verificado, una pérdida económica ocasionada por la inobservancia de las cláusulas contractuales sometida a constatación.*

De lo hasta aquí expuesto se concluye, en sujeción a la doctrina, la legislación comparada, la técnica aseguradora y las normas comerciales de contratación de seguros (Art. 1027, 1032 y 1038 del Código de Comercio) que para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de contrato, debe mediar necesariamente la constatación de que se hubiese producido un siniestro, un incumplimiento de una obligación, establecida con este carácter, por el contrato.

e)Bajo esta línea de pensamiento, expuesta en clave aseguradora y, teniendo en cuenta como fundamento la técnica asegurativa y el Derecho de seguros, se concluye que:

-Fortaleza ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247, que cubre, hasta el límite del valor asegurado, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Afianzado "García Veramendi y Asociados S.R.L.", a través del "Contrato de Servicios de Auditoria o Consultoría Especializada en Apoyo al Control Externo Posterior N° GNA/091/2006 para la "Realización de Auditorías Especiales a las Empresas Petroleras en las Áreas Operativa y Técnica, sobre el Cumplimiento de los Contratos emergentes del proceso de capitalización, contratos de riego (sic) compartido y concesiones administrativas para el transporte de hidrocarburos, según mandato de la Ley N° 3058".

-En el presente caso, existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del Contrato que se protege a través de este seguro de caución que cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, con lo cual, corresponde -en clave aseguradora- que para que Fortaleza acepte el siniestro y proceda el pago de la indemnización, se proceda a la verificación del incumplimiento del tomador del seguro (García Veramendi& (sic) Asociados) emergente de la inobservancia de las cláusulas contractuales y, si hubiese, a la cuantificación de las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento.

Hasta el momento, no se ha procedido a la verificación del siniestro porque el asegurado hasta la fecha no ha presentado la documentación (no obstante, de que ha sido requerida en reiteradas oportunidades) que permita a Fortaleza tener elementos de convicción para valorar y analizar si ha ocurrido el siniestro, por el

contrario, esta ocurrencia ha sido rechazada por el tomador del seguro (García Veramendi y Asociados), quienes afirman que han cumplido las obligaciones que provienen del Contrato, entregando todos los productos requeridos por éste y obteniendo su aceptación.

Teniendo en cuenta lo expuesto Fortaleza no habría incurrido en la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, es decir, que Fortaleza al no haber verificado la existencia del siniestro y cuantificado su extensión, no ha aceptado el siniestro y consiguiente no tiene aún la obligación de pagar la prestación convenida (indemnización), por lo que, no puede ser sujeta a la imposición de sanción alguna, con lo cual, corresponde la revocatoria total de la R.A. N° 450/2011 emitida por la APS y en su mérito de la RA. N° 065/2012.

1.2.*El Contrato que norma la relación contractual entre García Veramendi & Asociados y la Contraloría General del Estado estípula en su cláusula séptima numeral 7.1, que si se procediera a la recepción definitiva del producto dentro del plazo contractual y en forma satisfactoria, la garantía será devuelta después de la Liquidación del contrato; a través de las comunicación GV-PKF-SC 176/2011 de 19 de mayo de 2011, García Veramendi afirma que se emitieron resoluciones que disponen el pago, dada la recepción satisfactoria del producto, con lo cual, la garantía se habría extinguido al igual que la obligación de Fortaleza, es por esto, que es tan necesario la presentación de la documentación correcta. Dado estos elementos la obligación de la aseguradora es inexistente.*

Se advierte, entonces, que es necesario revisar la conexión entre los dos contratos, el de seguros y el principal que establece la obligación del afianzado, tal cual lo afirma no sólo la basta (sic) doctrina aseguradora sino los fallos emitidos, a diferencia de la limitada interpretación que realiza la APS.

1.3.*La Contraloría General del Estado, a través de la nota CGE/GNA/OF-168/2009 de 25 de agosto de 2009, solicitó la ejecución de las pólizas contratadas con Fortaleza y remitió las pólizas y la Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009 que dispone que se solicite a Fortaleza la ejecución inmediata de las pólizas contratadas por correcta o incorrecto inversión del anticipo, aspecto sobre el que no se pronunció la R.A. N° 065/2012, al resolver el recurso de revocatoria.*

Debe diferenciarse las dos pólizas contratas en cuestión: La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247; en referencia a la primera, la Contraloría General del Estado no ha presentado documento alguno (resolución administrativa que declare que se hubiese procedido a la correcta inversión del anticipo), dada la cobertura de la póliza sólo en este supuesto se podría afirmar que se ha producido el riesgo y que procede la indemnización, por lo tanto, la Contraloría General del Estado ni la APS pueden afirmar que ante la presentación del documento exigido por la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897, y, por lo tanto, no se configura la legalidad para la aplicación de una sanción a Fortaleza, por lo que, corresponde su revocatoria total.

En cuanto a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247, la Contraloría General del Estado a través de la nota CGE/GNA/OF-270/2009, señaló que por un lapsus calami informó que se procedió a la resolución del contrato, con lo cual, este acto administrativo deja sin efecto la Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009, con lo cual, en derecho ya no pueden afirmar que hubiesen presentado el requisito exigido, de acuerdo a su interpretación por la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247. Sobre este punto tampoco se pronunció la APS al resolver el recurso de revocatoria interpuesto contra la R.A. N° 450/2011 y dictar la R.A. N° 065/2012.

Teniendo en cuenta lo señalado no procede la imposición alguna por el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

***1.4.** Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897 y de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247 establecen que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, **plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares** y, precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el documento suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido, estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados por la Contraloría General del Estado, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS.*

La APS al dictar la R.A. N° 065/2012 analizó sesgadamente, lo que no es propio de un ente público, las estipulaciones de las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de las pólizas de caución citadas precedentemente y objeto de revisión, que remiten para su cumplimiento al Condicionado Particular de las citadas pólizas. La inadecuada contratación de los seguros, si ésta medio, (sic) por parte de los personeros de la Contraloría General del Estado no puede ser atribuida a la aseguradora.

***1.5.** La cláusula cuarta de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas SEE SCZ 0247 y la cláusula quinta de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIE SCZ-0897, como se ha advertido, dispone que la modificación del Contrato Principal, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al Fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas, cursa en antecedentes el Contrato Modificatorio al Contrato de Servicios de auditoría especializada en apoyo al Control Externo Posterior N° GNA709172006, suscrito el 4 de junio de 2007, que modifica sustancialmente el Contrato, que no fue objeto de aprobación de Fortaleza, por lo tanto, la aseguradora queda liberada de cualquier obligación.*

La R.A. N° 065/2012 señala que la aseguradora sólo queda liberada de las obligaciones con relación a las modificaciones planteadas (afirmación que también la realiza

Fortaleza), pero no explícita cuáles son estas obligaciones y si éstas modifican sustancialmente la cobertura, lo cual ocurre con la modificación efectuada por el afianzado y el asegurado, al suscribir las modificaciones al contrato principal. La APS omite realizar un análisis global del agravio formulado por Fortaleza.

II.INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.1 dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a ésta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros-en materia de seguros generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Esta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador munido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no

se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido (como se puede advertir por la demanda de cumplimiento de contrato presentado ante el Juez de Partido en lo Civil, acreditado por la empresa a través del memorial de demanda en el que se registra el cargo de recepción), la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que esta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro. Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento

Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso de revocatoria.

La APS al dictar la R.A. N° 065/2012 se limita a señalar que su atribución es genérica, soslayando la previsión contenida en el artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece que toda atribución de un órgano público debe ser expresa y específica y no genérica.

III. OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO

La APS omitió, al resolver el recurso de revocatoria planteado contra la R.A. N° 450/2012, considerar todos los agrarios formulados al no haberse emitido fundamentos de orden técnico o legal sobre las pretensiones que formulamos, por lo que, nos ratificamos in extenso en los fundamentos técnicos y legales expuestos en el recurso de revocatoria y los expuestos de nuestra parte en la sustanciación del proceso administrativo sancionatorio que ha dado origen a la citada resolución administrativa..."

8. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 27 de marzo de 2012, Rafael Luis Sejas Cárdenas abogado de la **Contraloría General del Estado**, presenta alegatos argumentando lo siguiente:

"II ANTECEDENTES

En fecha 13 de marzo de 2012, hemos sido notificados en calidad de Terceros Legítimos Interesados, con Auto de 9/3/2012, emitido por Mario Guillen Suárez, Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, que dispone la notificación al tercero interesado con el Recurso Jerárquico interpuesto por el representante de la Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A., contra la Resolución Administrativa SPVS (sic) APS/DJ/DS/N° 065/2012, y en su mérito de la Resolución Administrativa N° 450/2012(sic) de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para que se apersone y presente alegatos en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles administrativos; de manera que en tiempo oportuno, presento alegatos, mismo (sic) que junto a los antecedentes del proceso, solicito se lo tenga presente a momento de emitir Resolución Administrativa que resuelva el jerárquico citado, conforme expongo.

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

III. 1 PRESENTACIÓN DEL RECURSO JERÁRQUICO FUERA DE PLAZO (CAUSAL DE IMPROCEDENCIA)

Mediante memorial de fecha 22 de febrero de 2012, presentado en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el ***23/02/2012*** *y en el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera el* ***24/02/2012****, la Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A., a través de su representante David Hugo Alcoreza Marcheti, Gerente Regional, presenta RECURSO JERÁRQUICO que señala textualmente: "De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 38 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la resolución objeto de nuestra impugnación mediante recurso jerárquico es la*

Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 065/2012 de 31de enero de 2012 (R.A,N⁰ 065/2012). Para efectos del cómputo del plazo para la interposición de Recurso de ***Revocatoria, establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo*** *N° 27175, es necesario considerar que dicho cómputo se inicia a partir de la notificación de la R.A. N° 065/2012, es decir,* ***desde el 08 de febrero de 2012****, por lo que, Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. (Fortaleza), interpone Recurso Jerárquico contra la R.A. N° 065/2012, dentro del plazo legalmente establecido,(...)". (Las negritas y el subrayado difieren del texto original).*

Entonces, se entiende que FORTALEZA S.A., confunde en la presentación de su recurso entre el de REVOCATORIA y el JERÁRQUICO, incluso en la cita de los artículos del Decreto Supremo N° 27175. pretendiendo hacer creer a su autoridad que el mismo, ha sido presentado en el plazo legalmente establecido; al respecto, es pertinente aclarar que de acuerdo a los artículos ***52, 53*** *y siguientes pertinentes del Decreto Supremo N° 27175, contra la resolución, expresa, que deniegue el recurso de revocatoria o que a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos, éste podrá interponer el* ***recurso jerárquico,*** *dentro del plazo de diez (10) DÍAS HÁBILES ADMINISTRATIVOS siguientes a la notificación que resuelve el recurso de revocatoria.*

Plazo, que como se tiene en antecedentes y como lo expresa el propio recurrente, no ha sido cumplido, toda vez que la notificación con la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 065-2012, fue realizada el 07 de febrero de 2012, y el recurso jerárquico fue presentado en fecha 23 y 24 de febrero de 2012, es decir después de DOCE (12) y TRECE (13) días hábiles y no así ***dentro de los diez 10) hábile (sic), como dispone el artículo 53 del D.S. 27175.***

*Ahora bien, el artículo 44 del D.S, 27175, establece que dentro de las formas de Resolución en Recurso Jerárquico, están las de: Confirmatorias, Revocatorias, Desestimatorias, Improcedentes (cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado), En cuyo caso, corresponde a su autoridad, emitir Resolución que disponga declarar I****MPROCEDENTE*** *el Recurso Jerárquico, presentado por la Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A.,* ***POR HABERLO PRESENTADO FUERA DEL PLAZO DE DIEZ DÍAS HÁBILES ADMINISTRATIVOS, ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 53 DEL D.S. 27175.***

III.2 DUPLICIDAD DE ARGUMENTOS POR PARTE DEL RECURRENTE EN EL REVOCATORIA Y JERÁRQUICO

El legislador ha previsto en el artículo 52 del D.S. 27175, que contra la resolución que resuelve el recurso de revocatoria, que a juicio del recurrente no satisfaga su pretensión o derechos, podrá interponer el recurso jerárquico; sin embargo y de la lectura del jerárquico, su autoridad valorará que los argumentos del mismo, son idénticos al recurso de revocatoria presentado por FORTALEZA S.A, de manera que no se ha precisado ni demostrado vulneración a sus derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos; situación que hace previsible la forma de RESOLUCIÓN DEL RECURSO JERÁRQUICO de DESESTIMATORIA, según lo expresa los artículos 43 y 44 del D.S. 27175.

III.3 DE LOS REQUERIMIENTOS DE PAGO EFECTUADOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, SIN QUE HASTA LA FECHA SE HAYA DADO CUMPLIMIENTO AL PAGO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO

Según las notas con CITE: CGE/GNA/OF-168/2009 y CGE/GNA/OF-175/2009, el Gerente Nacional de Administración de la Contraloría General del Estado, ha solicitado a Fortaleza Seguros y Reaseguros, la ejecución de las pólizas de cumplimiento de contrato de servicios N° SEE-SCZ-0247 y de correcta inversión de anticipos N° CIE-SCZ-0897, mismas que merecieron respuesta de la Aseguradora, mediante nota Cite: FORT/GRSC-230/09, por la cual solicita documentación para iniciar el análisis de las ejecuciones presentadas, a cuyo fin, la Gerencia Nacional de Administración, mediante nota con CITE: CGE/GNA/OF-270/2009, precisa que la solicitud de ejecución inmediata se ampara en la Cláusula Séptima, punto 7.1 Párrafo Segundo, del contrato N° GNA/091/06, de 4 de diciembre de 2006, asimismo, remite la documentación requerida, y solicita la ejecución de las citadas pólizas.

La precitada nota, es contestada por la Aseguradora, con nota CITE: GTSG LP N° 11-170/10, por la cual solicita se le haga llegar las cartas de intención de Resolución de Contrato y de Resolución de Contrato, misma que es atendida por la Gerencia Nacional de Administración, mediante nota con Cite: CGE/GNA/-OF-326/2010 de 16/11/2010, que establece entre otros aspectos lo siguiente: "Por lo expuesto, en el presente caso la ejecución de las pólizas de garantía se rigen a las cláusulas de ejecución de la póliza de garantía; por lo que no está sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original de la declaración de incumplimiento, que oportunamente ya fue cumplida, toda vez que mediante nota CGE/GNA/OF-168/2009 de 25 de agosto de 2009, se remitió la ***Resolución N°CGE/057/2009 de fecha 25/08/2009 de fecha 25/08/2009 (sic) emitido por el señor Contralor General del Estado a.i."*** *(Las negritas son nuestras).*

Al respecto, la referida nota de la Gerencia Nacional de Administración no ha sido respondida sino hasta el 28 de febrero de 2011, por parte de la Aseguradora, misma que reitera la solicitud de envío de documentos, como son la Carta de Intención de Resolución de Contrato y la Carta Notaria de Resolución de Contrato debidamente diligencia.

Por su parte, el contrato suscrito con la Empresa García Veramendi, de fecha 4 de diciembre de 2006 en la cláusula 7.1. Sobre la garantía de cumplimiento de contrato, estipula: "El importe de dicha garantía en caso de cualquier incumplimiento contractual incurrido por LA FIRMA DE AUDITORIA EXTERNA será pagado a favor del CONTRATANTE sin necesidad de ningún trámite o acción judicial a su solo requerimiento.

Consecuentemente, la ejecución de las pólizas de garantía se rigen a las cláusulas de ejecución de la misma; por lo que no está sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original de la declaración de incumplimiento, misma que se encuentra plasmada en la ***Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009****, de la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Contraloría General del Estado, que dispone:*

Que, por Informes Técnicos Nros, REV.PT.GV&A N° 001/2009, REV.PT.GV&A N° 002/2009, REV.PT.GV&A N° 003/2009, REV.PT.GV&A N° 004/2009 y REV.PT.GV&A N° 005/2009, de la Subcontraloría de Auditorías Externas, García Veramendi & Asociados HA INCUMPLIDO LAS NORMAS DE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL RELACIONADAS CON LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIA SUFICIENTE Y COMPETENTE PARA SUSTENTAR LAS OPINIONES Y CONCLUSIONES CONTENIDAS EN EL INFORME TÉCNICO. Y QUE LOS INFORMES DE CONFORMIDAD DE LOS PRODUCTOS ENTREGADOS, NO SON SUSTENTATORIOS, PARA AUTORIZAR PAGO ALGUNO (...)

(...)Solicitar a FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS la ejecución inmediata de la Póliza (…), por incumplimiento de Contrato GNA/091/2006 por parte de la firma García Veramendi & Asociados".

Asimismo, el Ente de Control Gubernamental ha evidenciado, el Incumplimiento de las Normas de Auditoría Gubernamental por parte de la Firma García Veramendi & Asociados en el Contrato GNA/091/2006, de acuerdo a Informes técnicos Nros. REV.PT.GV&AN°.001/2009, REV.PT.GV&A N°. 002/2009, REV.PT.GV&A N°. 003/2009, REV.PT.GV&A N°. 004/2009 y REV.PT.GV&A N° 005/2009 de la Subcontraloría de Auditoría Externa.

La última actuación realizada por la C.G.E., fue requerir a Fortaleza Seguros y Reaseguros, mediante carta notariada de fecha 16 de mayo de 2011, el pago de las respectivas pólizas de garantía, REQUERIMIENTO QUE NO HA SIDO CUMPLIDO HASTA LA FECHA, REPRESENTANDO UNA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 12 DEL INCISO A) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS, INFRACCIÓN ***QUE RESULTA CONTINUA, REPETITIVA Y REBELDE.***

III.4 TEXTOS ÚNICOS, UNIFORMES Y DE PAGO AL CONTADO DE LAS PÓLIZAS DE CORRECTA INVERSIÓN DE ANTICIPO Y DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Los seguros de caución para entidades públicas, se encuentran regulados por la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, que aprueba los textos únicos, uniformes y de pago al contado de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipo y de Cumplimiento de Contrato de Obra, estableciendo un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva) NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN, como textualmente señala:

(...) en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado o reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS, de acuerdo a procedimiento citado en el siguiente párrafo, SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO. La ejecución de la póliza, NO ESTARÁ SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA

LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA A NIVEL EJECUTIVO CITADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MÁXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA QUE CORRESPONDA(...) Disposición que como valorará su autoridad, ha sido fiel y estrictamente cumplida por la Contraloría General del Estado, a través de la emisión de la ***Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009,*** *sustentada en los informes técnicos Nros. REV.PT.GV&AN°.001/2009, REV.PT.GV&A N°. 002/2009, REV.PT.GV&A N°. 003/2009, REV.PT.GV&A N°. 004/2009 y REV.PT.GV&A N° 005/2009 de la Subcontraloría de Auditoría Externa, que evidencian, el Incumplimiento de las Normas de Auditoría Gubernamental por parte de la Firma García Veramendi & Asociados.*

III. 5 COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS (APS)

De acuerdo al artículo 167 de la Ley N° 065 de Pensiones, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS asume las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros.

La Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, establece:

ARTÍCULO 12. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS,-

Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:

a. Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

ARTÍCULO 43.- (ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS).-

La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:

(…)

c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.
d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.
s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.
t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.
u) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley.

En tal sentido, la Ley N° 065 de Pensiones, Ley N° 1883 de Seguros, facultan de forma ABSOLUTA Y EXPRESA, EL EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS (APS) y consiguientemente la

emisión de las Resoluciones Nrs. APS/DJ/DS/N° 450-2011 y APS DJ/DS/N0 065/2012. Por lo que el argumento del recurrente, de la falta de competencia de la APS, resulta absurdo e llegal.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, estando demostrado: el incumplimiento de la Aseguradora que motivo la emisión de Resolución de la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Contraloría General del Estado, mayor documento en jerarquía; la presentación de recurso jerárquico fuera de plazo establecido por el artículo 53 del D.S. 27175; SOLICITO SE DICTE RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE EL RECURSO JERÁRQUICO presentado por FORTALEZA S.A., CONFIRMANDO LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 450-2011 DE 1 DE DICIEMBRE DE 2011, ESTABLECIENDO ADEMÁS QUE EN CASO DE CONTINUAR CON EL INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO, PODRÁN EMITIRSE NUEVAS SANCIONES, ANTE LA REBELDÍA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA CÍA. ASEGURADORA…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La empresa "García Veramendi y Asociados SRL.", contrata dos seguros de caución con el fiador (Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.) correspondientes a la póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato N° SEE-SCZ-0247 y la póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para entidades públicas N° CIE-SCZ-0897 ambas de fecha 13 de julio de 2009.

Que, a Fs. 14 y 15 del expediente administrativo se tiene la Resolución N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009, firmada por el Lic. Gabriel Herbas Camacho como Contralor General del Estado a.i., misma que **declara el incumplimiento del contrato de Servicios suscrito entre la empresa** García Veramendi y Asociados SRL. y la Contraloría General del Estado", así como determina la ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato N° SEE-SCZ -0247 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas N° CIE-SCZ-0897.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la infracción al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros.-

La Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., refiere que ésta no puede ser sancionada por infracción al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, por no haber

ejecutado las pólizas de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas, debido a que, para que las mismas sean ejecutadas, previamente se debe demostrar el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado, Empresa García Veramendi y Asociados, antecedente necesario para poder ejecutar las Pólizas.

Al respecto se tiene que tanto la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas y la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, así como el Texto Único y Uniforme para las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato para Entidades Públicas, aprobado a través de la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, respecto a la cláusula de ejecución inmediata condicional para Entidades Públicas, estipula:

> *"…No obstante **lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza,** mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es irrevocable, de ejecución inmediata condicional…"*"(Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)
>
> *En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizara al beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno*
>
> *La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el procedimiento administrativo…"*

De lo transcrito, se tiene que el único requisito para la ejecución de las pólizas de caución a favor del beneficiario, es que las mismas se encuentren vigentes y el beneficiarlo cumpla con el procedimiento de resolución de declaratoria de incumplimiento del contrato, en este caso, con la Empresa García Veramendi y Asociados.

Sobre el particular, importa traer a colación lo ya expresado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 de 5 de julio de 2012, cuyo precedente determina:

> *"No obstante, tal expresión está referida, según señala la misma resolución, a la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional que le es inherente a las tres pólizas objeto de la controversia, y que establece la ejecución inmediata para el caso de incumplimiento, condicional en tanto requiere únicamente de "la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".*

***Tal aclaración es pertinente**, por cuanto, todos los argumentos que al respecto ha mencionado la recurrente, conforme lo señalado supra, bien pudieran ser pertinentes y valederos si la controversia recayera sobre pólizas de caución, que en su trámite de ejecución se hallan sujetas a las disposiciones del Libro Tercero, Título III, del Código de Comercio.*

*No es el caso: las pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, encuentran su fundamento normativo en la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **norma especial** que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, lejos de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago, y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación "del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".*

Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su Diccionario, "la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado", hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas -entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, no se supedite su indemnización a mayor trámite, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de salir al daño o perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento."

Que, en el presente caso y de la revisión del expediente administrativo, se tiene que la Contraloría General del Estado cumplió con el referido requisito a través de la presentación de la nota CGE/GNA/OF-168/2009 de fecha 25 de agosto de 2009, mediante la cual adjunta la Resolución Nº CGE/257/2009 de 25 de agosto de 2009 firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (Contralor General del Estado) , misma que **declara el incumplimiento del contrato de Servicios suscrito entre la empresa** García Veramendi y Asociados SRL. y la Contraloría General del Estado**,** así como determina ejecutar la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios Nº SEE-SCZ -0247 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas Nº CIE-SCZ-0897, ambas de 13 de julio de 2009, **y al no existir mayores requisitos** para la Entidad Pública, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A debió cumplir con la prestación convenida de manera inmediata o a más tardar en los 15 días siguientes, conforme lo establece la normativa, no pudiendo considerarse como eximente de responsabilidad lo

referido por la recurrente en sentido de que la aseguradora no hubiese aceptado el siniestro y no habría cuantificado su extensión.

Que, al respecto, se debe aclarar a la recurrente que éste no tiene competencia para solicitar al beneficiario mayores requisitos que los establecidos en la norma para la ejecución de las pólizas, plasmadas en las Pólizas suscritas.

Que, el hecho de que la aseguradora no haya cumplido con la prestación convenida, habría generado justamente que se infrinja lo establecido en el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, al producirse la eventualidad, siendo que en el presente caso las Pólizas de Garantía incluyen cláusulas que califican a la póliza como irrevocable, y de ejecución inmediata.

2.2. En cuanto a la Ejecución de las Pólizas.-

La recurrente señala que, para cumplir con la prestación requerida y ejecutar las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios, previamente se debe demostrar la existencia de un incumplimiento contractual por parte del afianzado ante autoridad jurisdiccional.

Al respecto, se tiene que la recurrente confunde el procedimiento de ejecución de Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Servicios para Entidades Públicas y de Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, con los recursos legales o extrajudiciales que pueden usar las partes, Empresa García Veramendi y Asociados y la Contraloría General del Estado, en el ejercicio de los derechos que les asisten, para demostrar que el incumplimiento del contrato no se debió a causas atribuibles a ellos, mismos que no se encuentran supeditados al presente proceso ni suspenden el pago de las pólizas por parte del fiador.

Es así que corresponde traer a colación lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 de 11 de mayo de 2012, misma que señala:

> *"… Olvida el recurrente que, el procedimiento de la ejecución de la póliza de garantía de cumplimiento de contrato de servicios, sólo se efectiviza con la declaración de incumplimiento emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva, en este caso, la declaración de incumplimiento contenida en la Resolución Administrativa N° CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009, en la que se señala que ya se ha hecho efectiva y se ha producido la eventualidad prevista, misma que conforme la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo se presume válida y legal."*

Siguiendo la misma línea de razonamiento la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 de 5 de julio de 2012, ha determinado:

> *"Lo que para el caso de pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas las Pólizas importa no haber lugar a mayor trámite, sino únicamente el dispuesto en la propia Cláusula, extremo también pertinente cuando la recurrente hace alusión continua al arbitraje que en su entender habrá de resolver la controversia, para con ello evitar el debido resarcimiento*

inmediato, no obstante que las cláusulas de arbitraje (14ª o 15ª, según corresponda) de las Condiciones Generales de las Pólizas de Seguros, mencionan que:

"…El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva…"

Por lo que, subsumiendo, el análisis correspondiente al caso de autos, la propia Cláusula 14 de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas así como la póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, estipula:

"Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje).

***El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en las cláusulas** de ejecución respectiva* "(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Quedando claro que, independientemente de los recursos legales que pueda hacer uso la recurrente así como las otras partes afectadas, el fiador debe dar cumplimiento a la prestación convenida con el beneficiario, siendo que en el presente caso las Pólizas son garantías exigibles para los procesos de contratación del Estado como lo refiere la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, la cual es de cumplimiento obligatorio y con supremacía sobre cualquier otra norma.

2.3. En cuanto a la aplicación del Código de Comercio.-

La recurrente señala que existirían otras normas aplicables al ámbito de seguros como la legislación comercial que rige el contrato de seguros, y el arbitraje de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 de Conciliación y Arbitraje y que en el presente caso las mismas deben ser aplicadas.

Efectivamente el Código de Comercio regula de manera general las relaciones contractuales del seguro, así como del asegurador y reasegurador, sin embargo de ello olvida la recurrente que, en el presente caso, existe norma particular y especial que es la (Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007), misma que, -como ya se tiene anotado-, sí es una norma obligatoria para las aseguradoras que emitan pólizas cuyo beneficiario sea el Estado, y que si bien la misma no es el único orbe jurídico que regula el seguro de caución, en el presente caso, es la norma especial que debe ser aplicada en los procesos de contratación de bienes, obras, servicios generales así como en el procedimiento de ejecución de pólizas, cuyo beneficiario sea una Entidad Pública, criterio

que a su vez ya ha sido recogido y sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 070/2011, de 23 de diciembre de 2011:

> *"…Resulta importante aclarar que en el contexto de aplicación normativa, cuando existe una norma específica, la misma es aplicable, en virtud al Principio de Especialidad, que en el caso de autos corresponde a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 frente a cualquier otra norma.*
>
> *Es así que el Principio de Especialidad, señala que la norma especial prima sobre la norma general, criterio que se utiliza para resolver conflictos normativos, en el caso de que existan los mismos.*
>
> *Congruentemente con ello y siguiendo la doctrina, tenemos que cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo supuesto, existen tres criterios para determinar la norma aplicar: 1) la jerarquía normativa (norma de rango superior prevalece sobre la norma inferior) 2) la especialidad (norma especial prima sobre norma general) 3) temporalidad (norma posterior prima sobre la norma anterior), dicho esto nuestro análisis se centrará en el principio de especialidad mismo que es aplicable al caso de autos en razón a que hace que una norma prevalezca sobre otra en función de su especialidad, ya que la propia norma controvertida es la que determina la aplicación de la norma especial.*
>
> *La norma especial (Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007),* ***es en la que se determina los elementos particulares a los que el regulado estará sometido, situación que no inhibe a que lo no contemplado en la norma especial no pueda aplicarse en la norma general."***
>
> *Quedando claro que, para el cumplimiento de la prestación convenida por el fiador, se debe aplicar conforme a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007,* ***misma que determina la ejecución de la garantía de manera inmediata o a más tardar en los 15 días siguientes de tenerse la Resolución de incumplimiento del contrato con la empresa,*** *el mismo se tiene como incumplido no correspondiendo, por ende, previamente determinar el cumplimiento de éste ante ninguna autoridad, ya que como se dijo antes, los seguros de caución firmados con entidades públicas se rigen por la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 norma que determina la ejecución de la garantía de manera inmediata o a mas tardar en los 15 días siguientes por lo que el fiador bajo ninguna causa puede abstraerse del cumplimiento de la prestación..."*

Que, por todo lo anteriormente expresado, no corresponde aplicar el Código de Comercio para los procedimientos de ejecución de Pólizas de Garantía de Cumplimiento para Entidades Públicas, en razón a que el procedimiento de éstas se encuentra establecido tanto en la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo, así como en la póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicio.

2.4. En cuanto a la falta de competencia de la APS.-

La recurrente, señala que APS no tiene competencia para resolver controversias técnicas o legales, por lo que ésta se habría pronunciado sin competencia.

Debe quedar claro que, en el presente proceso, la APS ni este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha dirimido ninguna controversia, que el objeto del presente procedimiento administrativo versa sobre la competencia que tiene el ente regulador de fiscalizar a sus regulados y determinar el cumplimiento de la Ley de Seguros Nº 1883, así como el cumplimiento a la normativa que rige en el sector de seguros, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos dentro de este mercado.

Que en este entendido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro de su competencia ha determinado el incumplimiento al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº1883 de 25 de junio de 1998, por parte de Fortaleza S.A., conforme el análisis ut supra.

De igual modo, la recurrente debe considerar que el pronunciado administrativo, no inhibe a las partes de recurrir los derechos que se crean vulnerados por la jurisdicción llamada por ley, para el caso en controversia.

2.5. De la documentación a presentarse para la ejecución.-

La entidad recurrente ha expresado que la ejecución de las pólizas estaría sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento firmada por la MAE y que, el condicionado particular señala que, la misma debió estar suscrita por el Presidente del Directorio o Consejo de la Entidad Pública y que, en el presente caso, no se ha presentado ésa documentación para que Fortaleza proceda a la ejecución de las dichas Pólizas. Sobre el tema alegado, se tiene que:

La APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 065-2012 de 31 de enero de 2012, se pronuncia sobre el particular, señalando que al no contar la Contraloría General con un Presidente de Directorio o Consejo de Directorio, -por no ser ésta una entidad colegiada-, corresponde a la máxima autoridad de ésta institución firmar la resolución del contrato y solicitar la ejecución de las pólizas.

Que revisado el expediente administrativo, tenemos, que la Resolución Nº CGE/057/2009 de 25 de agosto de 2009, que determinó la resolución del contrato de Servicios entre García Veramendi y Asociados SRL. y la Contraloría General del Estado**,** así como la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato Nº SEE-SCZ -0247 y de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos Nº CIE-SCZ-0897, se encuentran firmadas por la máxima autoridad ejecutiva de la entidad, es decir por el Lic. Gabriel Herbas Camacho, Contralor General del Estado a.i.

Por lo que, en el presente caso, queda evidenciado que se ha cumplido con la presentación de la Resolución de incumplimiento firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad Pública, por tanto el argumento presentado por Fortaleza, no puede ser atendido.

2.6. Del Contrato modificatorio suscrito el 4 de junio de 2007, entre la firma García Veramendi y Asociados y la Contraloría General.

La recurrente señala que no habría sido notificada con la modificación al contrato principal, qué las cláusulas cuarta y quinta de las condiciones generales de las Pólizas de Garantía de

Cumplimiento de Contrato Nº SEE-SCZ -0247 y de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos Nº CIE-SCZ-0897, respectivamente, expresamente señalan que el fiador queda liberado de sus obligaciones y que en el presente caso las modificaciones al contrato sí modificaron sustancialmente el mismo.

Dichas cláusulas, establecen textualmente:

> *"…las modificaciones al Contrato Principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza deberán ser notificadas previamente por escrito al Fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario éste quedara liberado de sus obligaciones con relación a las modificadas planteadas…"*

Al respecto, se tiene que la APS se habría pronunciado, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 065-2012 de 31 de enero de 2012 a fs. 233, de la siguiente manera:

> *"…Que finalmente y con respecto a lo alegado por la Compañía de no haber sido notificada por escrito ni haber aprobado las modificaciones al contrato principal es necesario hacer hincapié que como lo establecen las cláusulas cuarta y quinta de las condiciones generales de las pólizas afianzadas, la compañía queda liberada de sus obligaciones pero únicamente con relación a las modificaciones efectuadas,* ***evidenciándose que la modificación no toco el objeto ni las partes fundamentales del contrato…****"* (Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito, se tiene que la APS no realiza análisis de lo alegado por la recurrente, que si bien se pronuncia en sentido de que las modificaciones al contrato no tocaron el objeto ni las partes fundamentales del contrato, no se sabe cómo es que la APS llega a ésa conclusión.

Que de la revisión del expediente administrativo a Fs. 45 a 36 se encuentra el contrato modificatorio suscrito el 4 de junio de 2007, entre la firma García Veramendi y Asociados y la Contraloría General y de la simple lectura del mismo se tiene que se habrían modificado las siguientes cláusulas del Contrato Nº GNA7091/2006 suscrito en fecha 4 de diciembre de 2006, cuarta, sexta vigésima, vigésima cuarta, vigésima quinta, vigésima sexta, vigésima séptima vigésima octava, vigésima novena, trigésima tercera, trigésima cuarta, y trigésima quinta.

Que este hecho claramente demuestra que hubo modificaciones al contrato por lo que la APS deberá cumplir con su obligación de fundamentar y motivar su decisión debiendo para ello realizar un correcto análisis y determinar a ciencia cierta, si las modificaciones al contrato de Servicios de Auditoria Especializada en Apoyo al Control Externo Posterior, habrían o no modificado sustancialmente el mismo, esto en razón a que si lo referido por la recurrente es verdad podría dar lugar a que se modifique la cobertura, por lo que es obligación de la APS, pronunciarse técnica y legalmente sobre este punto.

De lo precedentemente señalado se evidencia una violación a los principios de congruencia, motivación, situación que obliga a traer a colación lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica

MEEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009, que se pronuncia, de la siguiente manera:

> *"…El principio de motivación de los actos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley del Procedimiento administrativo, implicando que la administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases sobre las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica del proceso*
>
> *"..Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en las que se funda."*

Ahora bien, complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

> *"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "*
>
> *"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"*

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado una correcta aplicación a los principios de motivación y congruencia, de sometimiento pleno a la Ley, conforme ya se expuso, aspectos que necesariamente deben ser considerados al momento de que la Administración adopte una decisión.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión

de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha sometido su actuar a lo establecido por norma, vulnerando así el principio de motivación y de sometimiento pleno a la Ley; en cuanto al último punto, conforme ya se expuso, existen aspectos que necesariamente deben ser enmendados por la Autoridad inferior al momento de que la Administración adopte una decisión.

Que, en el presente caso, al haberse violado el principio de motivación corresponde anular el presente proceso.

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, derechos consagrados de la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 065-2012 de 31 de enero de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 063-2012 DE 31 DE ENERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 042/2012 DE 05 DE JULIO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 042/2012

La Paz, 05 de julio de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., representada legalmente por su Gerente Regional Sr. David Hugo Alcoreza Marchetti contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 063-2012 de 31 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 451-2011 de 1 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 020/2012 de 28 de mayo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 072/2012 de 25 de junio de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial interpuesto el 23 de febrero de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., representada legalmente por su Gerente Regional Sr. David Hugo Alcoreza Marchetti tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 047/2011 de 10 de febrero de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 097 del distrito judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Cristina Ibáñez Brown interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 063-2012 de 31 de enero de 2012, que en Recurso

de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 451- 2011 de 1 de diciembre de 2011.

Que, en fecha 23 de febrero de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** interpuso directamente ante el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 063-2012 de 31 de enero de 2012, cuando por imperio del artículo 53º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, correspondía que tal presentación sea realizada ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al resultar la autoridad que pronunció la resolución recurrible.

Que, por providencia de fecha 24 de febrero de 2012, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros dispuso que, en ejercicio del principio de informalismo, y en cumplimiento al artículo 42º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), se remita el memorial presentado en fecha 23 de febrero de 2012 "ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a efectos de que la entidad reguladora le dé el tratamiento que corresponda".

Que, en fecha 6 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** contra la Resolución Administrativa/APS/DJ/DS/Nº 063-2012 de 31 de enero de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 7 de marzo de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, mismo que fue notificado el 13 de marzo de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 22 de marzo de 2012, se hizo un llamamiento al tercer interesado Gobierno Autónomo Municipal de Villamontes, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos.

Que mediante memorial presentado el 11 de abril de 2012, el Lic. Robert H. Camacho Valdez Alcalde Municipal de Villamontes presenta alegatos.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DJ/DS/4462/2011 de 31 de octubre de 2011, notifica a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A, con la presunta contravención en la que habría incurrido la entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

" …

- ***Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998*** *al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCE-TJA- 0826 y Correcta Inversión de Anticipo CIE-TJA-1198, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.*

  En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *al no haber observado debidamente la normativa señalada por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa…."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 17 de noviembre de 2011, mediante CITE. GRLPZ/1877/2011 la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. presentó descargos expresando lo siguiente:

> *"…De la lectura de la carta recibida por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. su Autoridad habría advertido una presunta infracción al. Inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883, al haber supuestamente incumplido la* ***prestación convenida consistente en la ejecución de las pólizas de Garantía de Contrato de Cumplimiento de Contrato de Obra CCE-TJA-826 y Correcta Inversión de Anticipo CIE-TJA-JL198, conforme a los términos y plazos contemplados en la cláusula de ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.***
>
> *Al respecto y ejerciendo el derecho de defensa consagrado por la Constitución Política del Estado en actual vigencia y dentro del plazo de ley, presentamos los descargos, pruebas y alegatos que demuestran que en el presente caso Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. no ha cometido infracción alguna.*
>
> ***ANTECEDENTES***
>
> *En el cuadro cronológico que sigue, su autoridad podrá advertir el trámite que han seguido las ejecuciones presentadas por el Gobierno Municipal de Villamontes:*

FECHA	CORRESPONDENCIA	OBSERVACIONES
01/04/2011	MEDIANTE CARTA V.M.D.J. 198/2011 EL GOBIERNO MUNICIPAL DE VILLAMONTES PIDE LA EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS CCE-TJA-0826 Y CIE-TJA-1198	

07/04/2011	*LA CÍA. MEDIANTE SU CITE: FORT/AL/87/11 SOLICITA DOCUMENTACIÓN* *♦PÓLIZAS EN EJECUCIÓN (ORIGINAL)* *•CONTRATO AFIANZADO, SUS ADENDAS Y/O MODIFICACIONES SI LAS HUBIERE* *•INFORME TÉCNICO DEL SUPERVISOR DE OBRA* *♦INFORME DE ASESORÍA LEGAL SOBRE LAS CAUSALES DE RESOLUCIÓN*	

DESCARGOS Y ALEGATOS

Como su Autoridad podrá advertir, la Compañía Aseguradora que represento ha solicitado el envío de varios documentos que son de suma importancia para formar criterio en relación a las ejecuciones presentadas relacionadas con las pólizas de Fianza objeto del presente asunto.

Estos documentos, hasta la fecha de la presente carta NO han llegado a la Compañía, documentos mediante los cuales, se evidenciaría que sí ha ocurrido el siniestro y que la ejecución ha sido presentada dentro de los términos y plazos y cumpliendo las estipulaciones del Contrato de Seguro suscrito, términos, plazos y condiciones establecidos también por el Código de Comercio y Código Civil, dando por lo tanto a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. la oportunidad de pronunciarse sobre las ejecuciones presentadas, todo en aplicación a lo dispuesto por el Art.1031 del Código de Comercio.

Habiendo establecido con una claridad meridiana, que, en este caso en particular, el Beneficiario de las pólizas de referencia hasta la fecha de la presente carta, no ha hecho llegar la documentación solicitada, Seguros y Reaseguradores Fortaleza S.A., no puede pronunciarse sobre las ejecuciones presentadas, todo en aplicación a lo dispuesto por el Art. 1033 del Código de Comercio, modificado por el Art. 58 inciso f) de la Ley de Seguros que a la letra dice:

F) (sic) El texto del Art. 1033 del Código de Comercio se modifica de la siguiente manera:

El plazo de treinta (30) días mencionado, fenece con la aceptación o rechazo del siniestro, o con la solicitud del asegurador de que complementen los reuqerimientos (sic) contemplados en el Art.1031 y no vuelve a correr ***hasta que el asegurado haya cumplido con tales requerimientos."***

Por otra parte, en relación a los términos y plazos contemplados en la Cláusula de Ejecución Inmediata CONDICIONAL para Entidades Públicas, ésta en su tenor indica:

Aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas.

No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente Cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA ***CONDICIONAL*** *y que puede ser renovable conforme a lo pactado entre parte (sic).*

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, ***en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada ***de la declaración de incumplimiento,*** *plasmada en el* ***documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establecido en el Procedimiento Administrativo.***

Todos los demás términos y/o Condiciones se mantienen en pleno vigor.

Desglosando lo mencionado en la cláusula precedentemente transcrita, la misma que está incorporada a las 2 pólizas de Seguro ejecutadas se tiene:

1.El "pago", dice la cláusula, se hará a mas (sic) tardar dentro de los 15 días, *luego como es lógico, de que la Compañía Aseguradora se pronuncie sobre el siniestro, no se debe olvidar que, la Aseguradora tiene un plazo por Ley de 30 días para pronunciarse, una vez vencido este plazo y una vez que la Aseguradora ha recibido los informes y evidencias requeridos en forma oportuna , en este caso del beneficiario , quién forma parte del contrato de seguro, corre el plazo de los 15 días ya mencionados, todo de acuerdo a lo estipulado por el Art.1033 del Código de Comercio , modificado por el Art.58 inciso f) de la Ley de Seguros.*

2.La declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establecido en el Procedimiento Administrativo.

Cabalmente y como lo expresa la cláusula antes mencionada, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., ha solicitado al beneficiario, que nos haga llegar los documentos que se mencionan en forma clara en nuestra Carta FORT/AL/87/11 DE 07/04/2011, los mismos que hasta la fecha NO han llegado.

Por el abundante respaldo legal mencionado, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. ha pedido, ha solicitado al Gobierno Municipal de Villamontes, los documentos ya mencionados donde se evidencie las casuales (sic) de la Resolución del Contrato y el cumplimiento a la (sic) condiciones del Contrato Garantizado, para así iniciar el análisis de las ejecuciones presentadas.

3. <u>Todos los demás términos y/o Condiciones se mantiene en pleno vigor (Párrafo contenido en la cláusula que se analiza).</u>

En lo relacionado con este párrafo, su Autoridad debe tomar en cuenta que uno de los términos que se encuentra en pleno vigor es el relacionado con el Objeto de ambas Pólizas a saber:

***a)** El Objeto de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas dice en su tenor: "... El Fiador garantiza al Beneficiario el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de la Póliza, **<u>como consecuencia del incumplimiento del contrato de obra por causas imputables al Afianzado</u>**. Dicho contrato forma parte indivisible de la presente póliza"*

***b)** El Objeto de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas indica: "...El Fiador garantiza el pago de monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de la Póliza, **<u>como consecuencia de la incorrecta inversión de los anticipos recibidos por causas imputables al Afianzado</u>**. El contrato principal que estipula tales anticipos forma parte indivisible de la presente póliza"*

*En ambos casos se puede ver que el Objeto de estas Pólizas es, el incumplimiento del afianzado, incumplimiento que **<u>debe estar probado y probado también el cumplimiento a lo estipulado en el contrato de seguro en relación específicamente a los relacionado con la modificación al contrato principal, cláusulas 4ta y 5ta del Condicionado General de las Pólizas de referencia.</u>***

Como se puede advertir, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., para el análisis de las ejecuciones presentadas, solo ha solicitado lo que por Ley se precisa, con el fin de analizar la mismas, documentos que hasta la fecha NO HAN LLEGADO , por lo tanto es claro que no ha infringido el inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros que tiene relación con la indemnización de los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida, ya que aún en este caso, NO se ha llegado a esa instancia.

La aplicación de todas las bases legales con las cuales actúa Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., y que se mencionan en el presente alegato referentes al Contrato de Seguro, se encuentran fundadas en los siguientes preceptos jurídicos, los que pasamos a mencionar:

Art. 513 del Código Civil.

(CLAUSULAS DE USO NO EXPRESADAS)

Se debe suplir en el contrato las cláusulas que son de uso, aunque no se hayan expresado.

Art.466 del Código Civil:

(INCL USION AUTOMATICA DE CLA USULAS)

Se consideran incluidas en todo contrato las cláusulas impuestas por la Ley.

Art.520 del Código Civil:

(EJECUCIÓN DE BUENA FE E INTEGRACIÓN DEL CONTRATO)

El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que sea expresado en él, ***sino también a todos los efectos que deriven conforme su naturaleza según la ley,*** *o a falta de ésta según los usos y la equidad.*

CON RELACIÓN A LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS EN CONTRA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

En su oportunidad, y ante lo mencionado en su carta CITE/APS/DS/JTS/2591/2011 recibida en fecha 24/08/2011 la Compañía que represento indicó lo siguiente, posición que ratificamos en la presente carta:

"Por lo tanto,….de acuerdo a lo estipulado por elArt.12 inciso j) de la Ley de Seguros N0.1883, agradeceremos que en el plazo de 5 días Administrativos a partir de la recepción de la presente remitir a este órgano de fiscalización, documentación que acredite el cumplimiento a sus contratos de seguros."

Ahora, mediante la carta que se responde, indican que se hubiera advertido una presunta infracción relacionada con el inciso a) del Art,12 de la Ley de Seguros que se relaciona también con el pago de la prestación convenida, es decir, en otras palabras, nos inician un proceso administrativo por no pagar una indemnización que considera su Autoridad pagable.?

Al respecto , vemos necesario y en primera instancia, precisar nuevamente y puntualmente cuales son las atribuciones y competencias de la APS ex (ASFI), las mismas que se encuentran detalladas en el Art.43 de la Ley de Seguros inciso a) a inciso u),y en los Arts. 167 y 168 de la Ley 065 (Ley de Pensiones) atribuciones y/o competencias ***que no incluyen el determinar la procedencia y/o improcedencia de una (sic) siniestro y menos su pagabilidad.***

La variada jurisprudencia emanada del SIREFI sobre la ***Competencia Administrativa*** *en forma correcta indica muy claramente que "... Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública que se considera acto administrativo, sea de alcance general o particular, sea normada o discrecional, que se emitan en ejercicio de la potestad administrativa, debe contener los elementos esenciales del Acto Administrativo que en nuestro ordenamiento jurídico han sido enumerados en el Art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentra, como uno de los elementos esenciales,* ***LA COMPETENCIA***

La competencia, con la que toda Autoridad Administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponden ejercer y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas, aunque debe señalarse que la capacidad es la regla y se la presume, mientras no sea limitada o negada por una norma; ***en cambio la competencia en el***

***derecho administrativo no se presume y debe estar otorgada en, forma expresa a través** de **una norma jurídica que la señale.** De ahí nace el principio jurídico que la Administración Pública solo puede hacer únicamente lo que manda la Ley, en cambio el administrado puede hacer todo lo la (sic) ley no lo prohíba.*

***En éste marco, la competencia no puede ser absoluta, sino que aparece siempre limitada por el propio medio que la confiere; la Ley.** Por ello, el acto administrativo es válido, cuando el órgano que lo emitió en ejercicio de la función administrativa que le corresponde actúa dentro de los límites de la competencia asignada.*

***Esta limitación o determinación de la competencia que corresponde a cada Autoridad Administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo. Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la Autoridad** Pública y que constituyen los límites de su actuación*

*En relación al caso que no (sic) ocupa y aplicando lo mencionado líneas arriba, la competencia de la APS se encuentra limitada por la Ley de Seguros y la Ley de Pensiones en actual vigencia, en relación a sus atribuciones , entre las cuales, **volvemos a repetir no están las de interpretar coberturas y ordenar como consecuencia de ésta interpretación el cumplimiento del contrato de seguro y menos el pago de siniestros**, lo que lamentablemente ha vuelto a hacer en el presente caso, al haber sido notificados con un cargo por una presunta infracción al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, creemos nosotros inexistente, circunstancia que pone a SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. en total indefensión, ante primero una orden de cumplimiento de un contrato de seguro en el que el beneficiario aún no ha cumplido con el envío de documentación, en cumplimiento a lo estipulado por el Art. 58 inciso f) de la Ley de Seguros que modifica el Art.1033 del Código de Comercio concordantes con los Arts. 1027 y 1031 del mismo cuerpo legal, segundo ante el inicio de un proceso administrativo en base (sic) presunciones que no tiene base legal alguna.*

*Asimismo, el extinto SIREFI dejó en su momento establecido jurisprudencialmente que, los entes reguladores tiene competencia plena respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza su supervisado pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas) aplicables al área del supervisado, como control interno, (manuales de funciones, resoluciones de[1] Directorio etc.) **sin embargo no pueden entrar a dirimir o resolver controversias de NATURALEZA PRIVADA como la ASP intenta hacer en el presente caso.***

*Asimismo, su Autoridad no ha tomado en cuenta que la Ley de Seguros 1883 que trata Sobre la Fianza e indica. "... el Seguro de Fianza es aquel por el que el asegurador se **obliga**, **en** caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales y contractuales, **a indemnizar al** asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos **dentro de los límites***

establecidos en la Ley o en el contrato." ***límites que han sido*** *superabundantemente explicados por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*

SOLICITUD

Por lo expuesto, y ante el inicio de un procedimiento a todas luces injusto en contra de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., debemos agregar que la actuación de su Autoridad va en contra y/o infringe el Art. 122 del la (sic) Nueva Constitución Política del Estado que indica: " Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que si ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la Ley."

Circunstancia que invocamos y que ratificaremos en las instancias que si correspondan.

Por último, y como prueba de todo lo mencionado líneas arriba, adjuntas a la presente carta adjuntamos como descargo en fotocopias simples, la correspondencia señalada en la presente carta cuyos originales se encuentran en la Compañía, documentos que además cursan en esas Oficinas, así como la carta GRLPZ/1532/2011 de 30/08/2011 en la que forma (sic) amplia se explica la situación de las ejecuciones objeto del caso que nos ocupa y las características y naturaleza jurídica de las mismas, y que en aplicación a los principios de sometimiento pleno a la Ley Buena Fe (sic), imparcialidad, legalidad y legitimidad consagrados en el artículo 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341, y Art 65 y siguientes del N° 2341, y Art. 65 y siguientes del DS 27175, se deje sin efecto el procedimiento sancionatorio iniciado en contra de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A, todo de acuerdo a lo estipulado por el Art.68 del D.S. 2175 en actual vigencia "

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 451-2011 DE 1 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°451-2011 de 1 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…PRIMERO.- SANCIONAR SEGUROS (sic) Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. *con una multa de 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositadas en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía correspondiendo remitir a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 30 de diciembre de 2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 451-2011 de 1 de diciembre de 2011, refiriendo lo siguiente:

Que en el presente caso no existiría una infracción al artículo 12 inciso a) de la Ley N° 1833 de Seguros, en razón a que para dar curso y ejecutar las Pólizas de garantía, de cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos Para Entidades Públicas y de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, previamente se debe demostrar la existencia de un incumplimiento contractual por parte del afianzado ante autoridad jurisdiccional.

Que el Gobierno de Villamontes como beneficiario en ningún momento habría presentado copia legalizada de la declaración de incumplimiento firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva, que el condicionado particular señala que el documento a presentarse debería estar firmado por el presidente del Directorio o Consejo de la Entidad Pública.

A su vez señala, que la APS no tendría competencia para resolver controversias técnicas o legales, por lo que éstas deben previamente ser dilucidadas por autoridades jurisdiccionales o por medio de un arbitraje.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS DJ/DS/N° 063-2012 DE 31 DE ENERO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 063-2012 de 31 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 451-2011 de 1 de diciembre de 2011.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo

Que de la lectura cuidadosa del Recurso de Revocatoria, se pasa a examinar los fundamentos esgrimidos por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., a objeto de establecer si lo determinado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 451/2011 de 01 de diciembre de 2011 deba ser confirmado, modificado o se proceda a su revocación.

Con relación a los puntos II. 1.1 - II. 1.2. y II. 1.3. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DEL ARTICULO 12, INCISO a) DE LA LEY 1883 DE LA LEY DE SEGUROS.

Que Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. señala que para efectuar el pago de la indemnización se debe configurar el incumplimiento contractual del afianzado,

señalando, que este requisito se configurara cuando así lo declare la autoridad competente imparcial o cuando se presente la documentación necesaria que permita formar convicción sobre este hecho al asegurador.

Que al respecto, es menester aclarar que efectivamente el objeto del contrato es la ejecución de la póliza por el incumplimiento del afianzado, no obstante, conforme establece la clausula de Ejecución Inmediata Condicional, la forma de establecer dicho incumplimiento es a través de la Declaración de incumplimiento por parte del beneficiario mediante la Resolución Administrativa N° 29/11 de 28 de marzo de 2011, no siendo necesaria por consiguiente la declaración de incumplimiento de otra entidad.

Que asimismo la Clausula (sic) 9 del condicionado general señala: "… Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la clausula de ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del Funcionario Público ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes...", por consiguiente si la póliza fuese mal ejecutada, puede provocar responsabilidad civil o penal en contra de los funcionarios públicos.

Que por otra parte, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. puede someterse al arbitraje, para solucionar la controversia, no obstante, conforme señala la clausula 14 del condicionado general, este aspecto no impide la ejecución de la póliza.

Que en este sentido los argumentos expuestos por la aseguradora no son suficientes para desvirtuar el incumplimiento a sus contratos de seguros.

Que la compañía aseguradora aduce que conforme señala el Condicionado Particular no se ha remitido el "Documento Suscrito por el Presidente del Directorio o consejo de la Entidad Pública con el poder de representación legalmente constituido" motivo por el cual no se configura el incumplimiento al artículo 12 inciso a) de la Ley de Seguros 1883.

Que evaluado el Condicionado Particular de las pólizas ***CCE-TJA-826 Y CIE-TJA-1198*** *se observa que se tiene el siguiente texto:*

DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA DEL NIVEL EJECUTIVO A SER PRESENTADO PARA LA EJECUCIÓN EN CASO DE EJECUCIÓN INMEDIAT (sic) CONDICIONAL:

- *El presidente del directorio o consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.*

Que de la simple lectura del texto se concluye que lo que establece el Condicionado Particular para la ejecución Inmediata no tiene sentido alguno, toda vez que el presidente del directorio o el consejo de la Entidad Pública, no es ningún documento, siendo incorrecta la afirmación de la aseguradora de que se debe presentar algún documento suscrito por ellos, al no establecer este aspecto en ningún texto del Condicionado Particular.

Que al no establecerse ningún documento en el Condicionado Particular y al establecer las clausulas de Ejecución inmediata Condicional como único requisito para la ejecución de la póliza, la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía a nivel ejecutivo citado, en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda, aspecto cumplido por el Beneficiario, se considera que la aseguradora no ha desvirtuado el incumplimiento a su contrato de seguro.

Con relación al punto II.2 - INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS.

Que, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. señala que la protección a los asegurados se circunscribe a la regulación y registro del contrato de seguro, aspecto alejado totalmente de la realidad toda vez que si bien el Artículo 38 de Ley de Seguros 1883 señala que la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, se concretara en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia (APS), no es menos cierto que el mencionado artículo no limita a la APS a solamente esta atribución para proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios.

Es mas en el Art. 43 inciso t) amplia las atribuciones de la APS a fin de cumplir con las funciones y objetivos para las que fue creado.

Por otra parte, se reitera que la Autoridad de Fiscalización y Control no está resolviendo ni dirimiendo la controversia sino está cumpliendo lo que determina la propia ley de Seguros N° 1883, cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Incluso la Aseguradora tiene la potestad de someterse al arbitraje para resolver la controversia, no obstante este aspecto no impide ni demorara en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución Respetiva (sic), en consideración a la clausula (sic) 14 de los Condicionados Generales con los que la aseguradora se ha comprometido a cumplir…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 23 de febrero de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 063/2012 de 31 de enero de 2012, argumentado lo siguiente:

"…I. INTERPONE RECURSO JERAQUICO (sic) CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 063/2012, EMITIDA EL 31 DE ENERO DE 2012.

I.1.- ACTO IMPUGNADO

De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 38 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la resolución objeto de de (sic) nuestra impugnación mediante recurso jerárquico es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 063-2012 de 31 de enero de 2012 (R.A.N^{0} 063/2012).Para efectos del cómputo del plazo para la interposición de Recurso Jerárquico, establecido en los artículos 38 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, es necesario considerar que dicho cómputo se inicia a partir de la notificación de la R.A. N° 063/2012, es decir, desde el 08 de febrero de 2012, por lo que, Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. (Fortaleza), interpone el Recurso Jerárquico contra la R.A. N° 063/2012, dentro del plazo legalmente establecido, en mérito a los siguientes fundamentos:

I.2 ANTECEDENTES

I.2.1.-*Fortaleza ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas* ***CITE TJA-1198*** *y la Póliza de Garantía de Cumplimiento* ***de*** *Contrato de Servicios para Entidades Públicas* ***CITE TJA-0826.***

La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CITE TJA-1198 *fue suscrita bajo las siguientes características:*

Condicionado Particular

- *Beneficiario: Gobierno Municipal de Villa Montes (sic).*
- *Afianzado: Empresa Constructora OITAR S.R.L.*
- *Valor del Contrato de Obra: Bs.- 478.992,19*
- *Valor caucionado: Bs.- 73.516,80*
- *Prima total: Bs.-1.103*
- *Documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo a ser presentados (sic) para la ejecución en caso de ejecución inmediata: El Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.*
- *Vigencia. Desde las 12:00 del 03/10/2010 hasta las 12:00 del 01/04/2011.*

-***Condicionado General***

-*La cláusula primera estipula: "La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas: a) La Ley de Seguros N° 1883, b) Código de Comercio, c) Código de Procedimiento Civil, d) Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios"*

-*La cláusula tercera dispone: "Objeto de esta Póliza: El fiador garantiza el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza como consecuencia de la incorrecta inversión de anticipo recibidos, por causas imputables al Afianzado. El Contrato principal que estipula tal (es) anticipo (s) forma parte indivisible de la presente póliza".*

-La cláusula cuarta dispone: "Modificación del Contrato Principal. Las modificaciones al contrato Principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al Fiador y aprobadas expresamente

por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas. La novación del Contrato principal sin consentimiento del Fiador, extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo esta póliza sin derecho a devolución de la prima pagada".

-La cláusula séptima dispone: "Riesgos no cubiertos. La garantía de esta Póliza no se extiende a los casos de incumplimiento debido a fuerza mayor o caso fortuito, tales como:...f) Montos o sumas debidas por multas, penalidades, sanciones o intereses".

-La cláusula décima estipula: "Ejecución de la garantía. Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por partes del Beneficiario, que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el Contrato Principal y a lo establecido en las Cláusulas y/o Anexos de la presente póliza adjuntos a la misma que alternativamente y en forma excluyente podrán ser:

-Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional.
-Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.

Cualquiera de dichas Cláusulas adheridas a la presente Póliza formarán parte integrante e indivisible de la misma y prevalecerán sobre lo dispuesto en el texto de dicha póliza.

Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (los) Funcionario (s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente e incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas".

La cláusula décima quinta (arbitraje) dispone que: "Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegará a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía de arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje). El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".

Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas

La citada Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas estipula: "Aplicable a la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas. No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extra judicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea ***la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".***

La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CITE TJA-0826fue *suscrita bajo las siguientes características:*

Condicionado Particular

- *Beneficiario: Gobierno Municipal de Villa Montes (sic).*
- *Afianzado: Empresa Constructora OITAR S.R.L.*
- *Valor del Contrato de Obra: Bs.- 478.992,19*
- *Valor caucionado: Bs.- 33.529,45*
- *Prima total: Bs.-1.190*
- *Documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo a ser presentados (sic) para la ejecución en caso de ejecución inmediata: El Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.*
- *Vigencia. Desde las 12:00 del 10/06/2010 hasta las 12:00 del 10/06/2011.*

Condicionado General

-La cláusula primera estipula: "La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas: a) La Ley de Seguros N° 1883, b) Código de Comercio, c) Código de Procedimiento Civil, d) Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios"

-La cláusula tercera dispone: "Objeto de esta Póliza: El fiador garantiza al Beneficiario el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Obra por causas imputables al Afianzado. Dicho Contrato de Obra forma parte indivisible de la presente póliza".

-La cláusula cuarta dispone: "Modificación del Contrato Principal. Las modificaciones al contrato Principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al Fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas. La novación del Contrato principal sin consentimiento del Fiador, extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo esta póliza sin derecho a devolución de la prima pagada".

-La cláusula sexta dispone: "Riesgos no cubiertos. La garantía de esta Póliza no se extiende a los casos de incumplimiento debido a tuerza mayor o caso fortuito, tales como:.. .e) Montos o sumas debidas por multas, penalidades, sanciones o intereses".

- La cláusula novena estipula: "Ejecución de la garantía. Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el Contrato Principal y a lo establecido en las Cláusulas de la presente póliza adjuntos a la misma que alternativamente y en forma excluyente podrán ser:

-Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional.
-Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.

Cualquiera de dichas Cláusulas adheridas a la presente póliza formarán parte integrante e indivisible de la misma y prevalecerán sobre lo dispuesto en el texto de dicha póliza.

Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en las Cláusulas de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (los) Funcionario (s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente e incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas".

-La cláusula décima cuarta (arbitraje) dispone que: "Las controversias de hecho sobre las características técnica (sic) de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llevará a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía de arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje). El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".

Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.

-La citada Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas estipula: "Aplicable a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas. No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extra judicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento,

plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".

I.2.2.-*El Honorable Alcalde Municipal del Gobierno Municipal de Villamontes, a través de la nota V.M.D.J. 198/2001 de 31 de marzo de 2011, solicita la ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas* ***CITE TJA-1198*** *y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas* ***CITE TJA-0826*** *y remite la Resolución Administrativa N° 29/2011 de 28 de marzo de 2011 que dispone la resolución del contrato suscrito entre el Gobierno Municipal de Villa Montes (sic) y la empresa OITAR, el 21 de julio de 2009, por causas imputables a la empresa y la solicitud de ejecución de las Garantías de Cumplimiento de Contrato de Obra y Correcta Inversión de Anticipo.*

El representante legal de OITAR S.R.L.-AhuberSucci Aguirre-, a través de la nota de 6 de abril de 2011, afirma que el Gobierno Municipal de Villamontes no solucionó los problemas técnicos, legales y administrativos que debería realizarse para poder llevar adelante la reanudación del proyecto y que la empresa que representa inició los trámites de resolución de contrato por causales atribuibles al Gobierno Municipal dado que ésta no designó supervisor, quién debería autorizar las ordenes de cambio necesarias para la ejecución de la obra.

Fortaleza, a través de la nota FORT/AL87/11 de 7 de abril de 2011, solicita al Gobierno Municipal de Villa Montes (sic), la presentación de la póliza en ejecución, los contratos del afianzado y sus adendas, el informe técnico del supervisor de obra, el informe de asesoría legal y el libro de órdenes.

I.2.3.-*La APS notifica con cargos, a través de la nota APS/DJ/DS/4462/2011 de 31 de octubre de 2011 a Fortaleza por la supuesta contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998 al presuntamente haberse incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas.*

I.4.-*La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) el 9 de diciembre de 2011, notificó a Fortaleza con la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 451/2011 (RA. N° 451/2011) que dispone: "ARTICULO PRIMERO.- SANCIONAR SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SA., con una multa de 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa...".*

II.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO

Fortaleza interpone el presente recurso administrativo jerárquico contra la RA N° 063/2012, en mérito a los siguientes fundamentos legales:

II.1. INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY N°1883 DE SEGUROS.

II.1.1. *Magee y Bullo afirman que el seguro de caución ha sido concebido como aquél que se lleva a cabo para garantizar que serán resarcidos al acreedor de una obligación no directamente dineraria los daños que pueda provocar su incumplimiento. En el momento de delimitarse específicamente el riesgo que se conviene, la definición del concepto de incumplimiento es estricta y clara.*

El seguro de caución se caracteriza por la necesaria conexión de dos contratos (el contrato de seguros y el contrato principal, ya sea de obra, prestación de servicios, etc. que suscriban el afianzado y el asegurado en su calidad de contratante y contratista) y la intervención de tres sujetos: El tomador, el asegurado y el asegurador; el tomador es un empresario de obras, suministros o servicios que se encuentra vinculado por un contrato del que resulte una obligación; el asegurado es el acreedor de la obligación referida precedentemente y a quien, por tener el interés asegurable, le corresponde la prestación de indemnización del asegurador. El fin principal del contrato de caución es resarcir al asegurado en su condición de acreedor del tomador del contrato que no cumpliera con la obligación vinculada, de los daños que se le causaren conforme a las estipulaciones que se hubieran establecido.

Por lo tanto, en este tipo de seguro, el interés asegurable es el cumplimiento por parte del empresario de una prestación económica no dineraria que debe ejecutar en el futuro; en garantía de la cual, asegura al acreedor para que, en caso de no realizarse la obra o cumplirse con el suministro o servicio, reciba una indemnización por parte del asegurador.

Esta relación resulta evidente si concluimos que existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del otro contrato que se protege a través de este seguro de caución. La nota distintiva en relación con otros seguros patrimoniales es que en el seguro de caución el siniestro resultará originado en el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato específico por parte del tomador del seguro.

De lo expuesto, se tiene como una primera conclusión que el seguro de caución garantiza que serán resarcidos al acreedor de una obligación, los daños que pueda provocar el incumplimiento del que debe cumplir una obligación, con lo cual, existirá siniestro siempre y cuando exista el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato por parte del tomador del seguro.

Broseta Pont afirma que siendo el contrato de seguro de caución un contrato por el cual, en última instancia se conviene la protección del cumplimiento de una obligación, su naturaleza jurídica es la de garantía, esto no implica que el seguro de caución no sea un seguro, estas afirmaciones la sostiene la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio Argentina, en el fallo emitido al resolver la controversia entre Alba Compañía Argentina de Seguros S.A. contra Dé los Electrónica S.A., lo mismo que hiciera la Sala A en el fallo 98592 de la Cámara Nacional de Comercio Argentina emitido dentro del proceso Rigolleau S.A. contra Solvencia S.A. de Seguros Generales. La doctrina ha entendido mayoritariamente que el seguro de caución se encuentra dentro de los denominados seguros de daños patrimoniales.

Una segunda conclusión, aunque resulte obvia, consiste en sostener que el seguro de caución es un seguro y que es un seguro de daños patrimoniales.

La señal distintiva del seguro de caución respecto de otros contratos es su basamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, su interpretación debe efectuarse dentro de los parámetros que dicha técnica establece y que reconoce el Derecho de seguros en sus previsiones (Código de Comercio - Contrato de Seguros).

Finalmente, una tercera conclusión consiste en que el seguro de caución al constituirse en un seguro de daños patrimoniales encuentra su fundamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, sólo puede interpretarse en clave aseguradora, de técnica aseguradora, y por supuesto en las normas que rigen la contratación de seguros que recoge, precisamente, la técnica aseguradora.

Ahora bien, definido como está el concepto, el contenido, el alcance y los efectos del seguro de caución, y, al concluirse explícitamente que al momento de establecer el alcance del seguro de caución y al momento de resolverse las controversias en materia de seguro de caución sólo puede aplicarse la técnica aseguradora y su normativa específica, entendiéndose por ésta toda la normativa referente a la contratación de seguro prevista en el Código de Comercio y a las disposiciones emitidas por la APS, se tiene en cuanto al "seguro de caución en ejecución de contrato" que el asegurador cubre al asegurado, hasta el límite del capital asegurado o suma asegurada, con una indemnización en caso de incumplimiento, por parte del tomador del seguro, de algunas o todas las obligaciones asumidas en un contrato determinado.

La garantía prestada a través del seguro de caución cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza. Esta afirmación se encuentra contenida en el fallo dictado por la Sala IV de lo Contencioso Administrativo de Argentina del 19 de noviembre de 1993.

El fin de este seguro de caución en ejecución del contrato es el de cubrir los perjuicios económicos que sufre el acreedor-asegurado como consecuencia del incumplimiento de su deudor, contratante del seguro. El objeto principal del seguro de caución en ejecución del contrato es el de garantizar en favor de un tercero el beneficiario, las consecuencias de los posibles incumplimientos del tomador, vinculado con el beneficiario por un contrato anterior a la caución y del cual ésta resulta accesoria.

El seguro de caución en ejecución del contrato, reemplaza la caución exigida por el dueño de la obra, para asegurar el cumplimiento del contrato; esta caución real, que el seguro sustituye, funciona como una verdadera cláusula penal que asegurado y tomador fijan anticipadamente como aval convencional de resarcimiento.

En consecuencia, se entiende que el seguro de caución cubre el pago de aquello que debería afrontar el deudor como garantía de cumplimiento, ***ya que no se trata de que lisa y llanamente el asegurador se constituya en un codeudor solidario del deudor original, cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza.*** *Teniendo en cuenta lo expresado, se concluye que para que proceda el pago de la*

indemnización debe existir un incumplimiento verificado, una pérdida económica ocasionada por la inobservancia de las cláusulas contractuales sometida a constatación.

De lo hasta aquí expuesto se concluye, en sujeción a la doctrina, la legislación comparada, la técnica aseguradora y las normas comerciales de contratación de seguros (Art. 1027, 1032 y 1038 del Código de Comercio) que para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de contrato, debe mediar necesariamente la constatación de que se hubiese producido un siniestro, un incumplimiento de una obligación, establecida con este carácter, por el contrato.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento, sustento del seguro de caución, debe derivar de la responsabilidad del deudor de la obligación vinculada, y no de una circunstancia extraña a la voluntad del mencionado sujeto.

Bulló, en su obra Derecho de Seguros, afirma que el incumplimiento, al menos culpable del deudor, significará la necesidad de una consideración analítica por parte del asegurador, para conocer desde ese extremo la procedencia del derecho del asegurado a ser indemnizado. Esto nos lleva al deber de comunicar la ocurrencia del siniestro y del hecho material del incumplimiento por parte del asegurado al asegurador.

Por más que el asegurador tenga conocimiento exacto del plazo que se ha pactado para el cumplimiento de la obligación vinculada, ya que estaba en su derecho haber requerido los términos contractuales del caso, es deber del asegurado, el acreedor de dicha obligación, informarle del incumplimiento y, por consiguiente, que el siniestro ha sucedido.

En esta misma dirección hay que establecer con precisión y de manera segura que el contratante del seguro, deudor de la obligación materia del aseguramiento no ha cumplido con la misma y que ese incumplimiento es de su responsabilidad. En otras palabras, debe establecerse si ha sucedido el siniestro para delimitar su extensión y, dentro del plazo que se dispusiera, pagarse la indemnización.

Esto igualmente nos lleva a remarcar que el contrato de seguro de caución no tiene en su estructura la condición de ejecutabilidad inmediata, como si se tratara de un procedimiento de ejecución.

Corresponde que la denuncia del siniestro que concretara el asegurado se transmita a quien dejo de cumplir el contrato en cuestión. Se debe recordar que en este contrato, la parte de cuyo incumplimiento se buscaba proteger las consecuencias es precisamente aquella a la que en el contrato de seguro de caución se denomina tomador. De ahí que interesa establecer, con esa denuncia informativa si el tomador al que se imputa incumplimiento del contrato ajeno convalida o no tal pretensión del asegurado, quien obviamente es el contratante de aquél.

En la medida en que el siniestro en esta clases de contrato de seguro es de orden jurídico y no meramente material, como se puede calificar al hecho que lo desencadena en otros tipos de seguros patrimoniales, la evaluación de la denuncia, las manifestaciones que a su respecto pudiese hacer el deudor y las consideraciones de la evaluación jurídica acerca

del incumplimiento cohonestado con el contrato causa de la obligación establecerán el débito y la cuantía por parte del asegurador y el crédito del asegurado en su contra.

El contratante del seguro asume responsabilidad frente al asegurador que ha pagado un siniestro. Producido el hecho y aceptado el siniestro por el asegurador, este último debe proceder a indemnizar al beneficiario del resarcimiento, al asegurado, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato de seguro.

Bajo esta línea de pensamiento, expuesta en clave aseguradora y, teniendo en cuenta como fundamento la técnica y el Derecho de seguros, se concluye que:

*-Fortaleza ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas **CITE TJA-1198** y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas **CITE TJA-0826,** que cubre, hasta el límite del valor asegurado, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Afianzado "Empresa Constructora OITAR S.R.L.", a través del contrato principal suscribo (sic) con asegurado en su calidad de contratante.*

-En el presente caso, existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del Contrato que se protege a través de este seguro de caución que cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, con lo cual, corresponde -en clave aseguradora- que para que Fortaleza acepte el siniestro y proceda el pago de la indemnización, se proceda a la verificación del incumplimiento del tomador del seguro (Empresa Constructora OITAR S.R.L.) emergente de la inobservancia de las cláusulas contractuales y, si hubiese, a la cuantificación de las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento.

Hasta el momento, no se ha procedido a la verificación del siniestro porque el asegurado hasta la fecha no ha presentado la documentación (no obstante, de que ha sido requerida en reiteradas oportunidades) que permita a Fortaleza tener elementos de convicción para valorar y analizar si ha ocurrido el siniestro, por el contrario, esta ocurrencia ha sido rechazada por el tomador del seguro (Empresa Constructora OITAR S.R.L.), quienes afirman que han cumplido las obligaciones que provienen del Contrato, entregando todos los productos requeridos por éste y obteniendo su aceptación.

Teniendo en cuenta lo expuesto Fortaleza no habría incurrido en la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, es decir, que Fortaleza al no haber verificado la existencia del siniestro y cuantificado su extensión, no ha aceptado el siniestro y consiguiente no tiene aún la obligación de pagar la prestación convenida (indemnización), por lo que, no puede ser sujeta a la imposición de sanción alguna, con lo cual, corresponde la revocatoria total de la R.A. N° 451/2011 emitida por la APS y en su mérito de la R.A. N° 063'2012.

***II.1.2.**En la página nueve y siguientes de la R.A. N° 451/2011, al realizar un análisis de la Cláusula de Ejecución Inmediata, la APS afirma que desagregado el texto de la citada cláusula se tiene que la ejecución procede cuando se materializan diferentes elementos; el primero -citado en la resolución administrativa bajo el inciso a)- es el incumplimiento de los deberes contractuales del afianzado, traducido en el riesgo cubierto por el seguro de*

caución; y, el segundo -citado en la resolución administrativa bajo el inciso b)-, es la "Declaración de Incumplimiento plasmada en una resolución administrativa".

El razonamiento expuesto por la APS es el correcto y ha sido emitido en el ámbito propiamente asegurador; evidentemente, al tenerse en cuenta que la cobertura del riesgo se extiende al incumplimiento de las obligaciones contractuales del afianzado, debe verificarse que se hubiese producido su incumplimiento, dado que de haberse producido corresponde indefectiblemente el pago de la indemnización.

Fortaleza, requiere para efectuar el pago de la indemnización que se configure este primer requisito, la existencia de un incumplimiento contractual del afianzado (ya sea en la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato o en la Póliza de Garantía de la Correcta Inversión del Anticipo), porque precisamente este es el riesgo sujeto a cobertura. Este requisito sólo se configurará cuando así lo declare la autoridad competente imparcial o cuando se presente la documentación necesaria que permita formar convicción sobre este hecho, al asegurador. Como se ha advertido de la documentación enunciada en el numeral que antecede esa documentación, solicitada en reiteradas oportunidades, hasta la fecha no ha sido presentada.

El agravio expuesto no ha sido sujeto de análisis por la APS, al dictar la R.A. N° 063/2012.

II.I.3.*En la página nueve y siguientes de la R.A. N° 451/2011 se afirma que los seguros de caución para entidades públicas se encuentran expresamente reguladas por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 (R.A. N° 731). La R.A. N° 731/2007 se limita, en su artículo segundo y quinto a aprobar el texto único y uniforme de la Póliza de Garantía de Cumplimiento del Contrato de Obra para Entidades Públicas y de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo, cuya cobertura es el incumplimiento de los contratos suscritos por el afianzado y la correcta inversión de los anticipos, respectivamente, con lo cual, y bajo la misma tesitura debe producirse el evento que se constituya en el riesgo sujeto a cobertura el "incumplimiento de los contratos suscritos por el afianzado" y la "incorrecta inversión de los anticipos", con lo cual, el asegurador debe formar convicción de que efectivamente se ha producido el riesgo sujeto a cobertura, por lo que, es necesario no sólo la presentación de documentación sino también la fundamentación de la resolución administrativa que dicte la autoridad competente del órgano público beneficiario que declara el incumplimiento, con la finalidad de que el asegurador realice su evaluación técnico-legal.*

Al no haber concurrido la presentación de la documentación suficiente y pertinente y la emisión de una resolución administrativa fundada que permita advertir que efectivamente se ha producido el riesgo sujeto a cobertura no procede el pago de la indemnización sujeto a la cobertura de las pólizas contratadas por el Gobierno Municipal Autónomo de Villamontes y no corresponde que se imponga una sanción a Fortaleza por incumplir con la obligación de pagar la indemnización por los daños.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la R.A. N° 731 al limitarse únicamente a aprobar el texto único de las pólizas de caución para su registro, no se constituye en el orbe jurídico único que regula el seguro de caución, ya el Condicionado General de las pólizas establecen el ámbito jurídico que se traducen, fundamentalmente, en la legislación

comercial que rige el contrato de seguros, con lo cual, esta normativa al igual que la técnica aseguradora debe aplicarse al resolver el presente recurso y al interpretar el alcance de las pólizas sujetas a revisión, emitidas por Fortaleza.

II.1.4.*Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo* ***CITE TJA-1198*** *y de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas* ***CITE TJA-0826,*** *establece que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares y,* ***precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el documento suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido,*** *estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados por el Gobierno Municipal Autónomo de Villamontes, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS.*

La APS como órgano público debe obedecer lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, sujetándose a los principios de legalidad, sometimiento pleno a la ley, verdad material y buena fe, con lo cual, no es admisible que: primero, no reconozca o, por lo menos, señale que el documento presentado por el asegurado no ha sido suscrito por el Concejo Municipal; y, segundo no realice una interpretación sistemática de lo estipulado en la "Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas y el Condicionado Particular de las pólizas objeto de revisión en el presente recurso, limitándose a señalar que no tiene sentido lo estipulado en el Condicionado Particular, sólo porque esta estipulación no guarda coherencia con el "Documento" presentado por el asegurado, esto nos lleva a cuestionarnos si efectivamente se está en presencia de un órgano público y de un órgano público imparcial que aplica sus conocimientos especiales y específicos en materia aseguradora.

II.2. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.1 dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a ésta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros-en materia de seguros

generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Esta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador muñido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido, la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que esta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su

transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro. Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso administrativo.

La APS en la R.A. N° 063/2012 se limita a realizar un análisis sesgado, al afirmar que el recurrente pretende que las atribuciones de la APS se limiten al cumplimiento del artículo 38 de la Ley de Seguros, la APS debe reconocer que fue este órgano público quién en su R.A. N° 451/2011 afirmó que la APS ejercía la atribución prevista en el citado artículo 38 de la Ley de Seguros, lo único que Fortaleza señaló son los alcances de la citada disposición, dado que esta norma no era susceptible de ser invocada para justificar la actuación de la APS.

Finalmente, la APS al dictar la R.A. N° 063/2012 se limita a señalar que su atribución es genérica, soslayando la previsión contenida en el artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece que toda atribución de un órgano público debe ser expresa y específica y no genérica. Las atribuciones de la APS están tasadas a diferencia de lo que ocurre con los ciudadanos en general, obviamente, por mandato de una norma en concreto, el artículo 5 de la Ley N° 2341.

PETITORIO *Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:*

1. Admita el presente Recurso Jerárquico interpuesto contra la R.A. N° 063/2012.
2.Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la R.A. N° 063/2012 y en su mérito de la R.A. N° 451/2011, dado que Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha impuesto la sanción sin competencia viciando de nulidad de pleno derecho el acto administrativo

impugnado y, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en el presente memorial, en la nota de descargos presentada por Fortaleza, además de todos los antecedentes que cursan en el expediente administrativo."

7. MEMORIAL PRESENTADO POR LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Mediante memorial presentado el 11 de abril de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., presenta los siguientes argumentos:

"…I.INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS.

a) La doctrina y la legislación comparada caracterizan y establece la finalidad del seguro de caución; en cuanto a la caracterización, informan que el seguro de caución se caracteriza por la necesaria conexión de dos contratos (el contrato de seguros y el contrato principal/contrato de obra), y la intervención de tres sujetos: El tomador, el asegurado y el asegurador; el tomador es un empresario (en el caso que nos ocupa de obras) vinculado por un contrato del que resulte una obligación; el asegurado es el acreedor de la obligación referida precedentemente y a quien, por tener el interés asegurable, le corresponde la prestación de indemnización del asegurador. En este tipo de seguro, el interés asegurable es el cumplimiento por parte del empresario de una prestación económica no dineraria que debe ejecutar en el futuro; en garantía de la cual, asegura al acreedor para que, en caso de no realizarse la obra o cumplirse con el suministro o servicio, reciba una indemnización por parte del asegurador.

En cuanto a su finalidad se establece que el seguro de caución tiene como fin principal, el resarcimiento al asegurado en su condición de acreedor del tomador del contrato que no cumpliera con la obligación vinculada, de los daños que se le causaren conforme a las estipulaciones que se hubieran establecido.

b) Ahora bien, en cuanto al siniestro, la doctrina, la legislación y los preceptos contenidos en el Código de Comercio establecen que existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del otro contrato (contrato principal suscrito entre el empresario-asegurado y el beneficiario que en el caso que nos ocupa es una entidad pública) que se protege a través de este seguro de caución (las pólizas contratadas). La nota distintiva es que en el seguro de caución el siniestro resultará originado en el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato específico (contrato principal) por parte del tomador del seguro.

De lo expuesto, se tiene como una primera conclusión que el seguro de caución garantiza que serán resarcidos al acreedor de una obligación, los daños que pueda provocar el incumplimiento del que debe cumplir una obligación, con lo cual, existirá siniestro siempre y cuando exista el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato por parte del tomador del seguro.

c) La señal distintiva del seguro de caución respecto de otros contratos es su basamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, su interpretación debe efectuarse dentro de los parámetros que dicha técnica establece y que reconoce el Derecho de seguros en sus previsiones (Código de Comercio - Contrato de Seguros).

Por lo tanto, una segunda conclusión consiste en que el seguro de caución al constituirse en un seguro de daños patrimoniales encuentra su fundamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, sólo puede interpretarse en clave aseguradora, de técnica aseguradora, y por supuesto en las normas que rigen la contratación de seguros que recoge, precisamente, la técnica aseguradora, por lo tanto, al momento de establecer el alcance del seguro de caución y al momento de resolverse las controversias en materia de seguro de caución sólo puede aplicarse la técnica aseguradora y su normativa específica, entendiéndose por ésta toda la normativa referente a la contratación de seguro prevista en el Código de Comercio y a las disposiciones emitidas por la APS.

d) El seguro de caución cubre el pago de aquello que debería afrontar el deudor como garantía de cumplimiento, ***ya que no se trata de que lisa y llanamente el asegurador se constituya en un codeudor solidario del deudor original, cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza.*** *Teniendo en cuenta lo expresado, se concluye que para que proceda el pago de la indemnización debe existir un incumplimiento verificado, una pérdida económica ocasionada por la inobservancia de las cláusulas contractuales sometida a constatación.*

De lo hasta aquí expuesto se concluye, en sujeción a la doctrina, la legislación comparada, la técnica aseguradora y las normas comerciales de contratación de seguros (Art. 1027, 1032 y 1038 del Código de Comercio) que para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de contrato, debe mediar necesariamente la constatación de que se hubiese producido un siniestro, un incumplimiento de una obligación, establecida con este carácter, por el contrato.

e) Bajo esta línea de pensamiento, expuesta en clave aseguradora y, teniendo en cuenta como fundamento la técnica asegurativa y el Derecho de seguros, se concluye que:

-Fortaleza ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas ***CITE TJA-1198*** *y la Póliza de Garantía de Cumplimiento* ***de*** *Contrato de Servicios para Entidades Públicas* ***CITE TJA-0826,*** *que cubre, hasta el límite del valor asegurado, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Afianzado "Empresa Constructora OITAR S.R.L.", a través del contrato principal suscribo con asegurado en su calidad de contratante.*

-En el presente caso, existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del Contrato que se protege a través de este seguro de caución que cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, con lo cual, corresponde -en clave aseguradora- que para que Fortaleza acepte el siniestro y proceda el pago de la indemnización, se proceda a la verificación del incumplimiento del tomador del seguro (Empresa Constructora OITAR S.R.L.) emergente de la inobservancia de las cláusulas contractuales y, si hubiese, a la cuantificación de las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento.

Hasta el momento, no se ha procedido a la verificación del siniestro porque el asegurado hasta la fecha no ha presentado la documentación (no obstante, de que ha

sido requerida en reiteradas oportunidades) que permita a Fortaleza tener elementos de convicción para valorar y analizar si ha ocurrido el siniestro, por el contrario, esta ocurrencia ha sido rechazada por el tomador del seguro (Empresa Constructora OITAR S.R.L.), quienes afirman que han cumplido las obligaciones que provienen del Contrato, entregando todos los productos requeridos por éste y obteniendo su aceptación.

-Teniendo en cuenta lo expuesto Fortaleza no habría incurrido en la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, es decir, que Fortaleza al no haber verificado la existencia del siniestro y cuantificado su extensión, no ha aceptado el siniestro y consiguiente no tiene aún la obligación de pagar la prestación convenida (indemnización), por lo que, no puede ser sujeta a la imposición de sanción alguna, con lo cual, corresponde la revocatoria total de la R.A. N° 451/2011 emitida por la APS y en su mérito de la R.A. N° 063/2012.

***II.** Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo **CITE TJA-1198** y de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas **CITE TJA-0826,** establece que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares y, **precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es el documento suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido,** estos documentos como ustedes podrán advertir no han sido presentados por el Gobierno Municipal Autónomo de Villamontes, por lo que, no procede la aplicación de la sanción impuesta por la APS.*

La APS como órgano público debe obedecer lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, sujetándose a los principios de legalidad, sometimiento pleno a la ley, verdad material y buena fe, con lo cual, no es admisible que: primero, no reconozca o, por lo menos, señale que el documento presentado por el asegurado no ha sido suscrito por el Concejo Municipal; y, segundo no realice una interpretación sistemática de lo estipulado en la "Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas y el Condicionado Particular de las pólizas objeto de revisión en el presente recurso, limitándose a señalar que no tiene sentido lo estipulado en el Condicionado Particular, sólo porque esta estipulación no guarda coherencia con el "Documento" presentado por el asegurado, esto nos lleva a cuestionarnos si efectivamente se está en presencia de un órgano público y de un órgano público imparcial que aplica sus conocimientos especiales y específicos en materia aseguradora.

III. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.1 dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a ésta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros- en materia de seguros generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Esta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador munido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido, la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones

de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que esta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro. Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso administrativo.

La APS en la R. A. N° 063/2012 se limita a realizar un análisis sesgado, al afirmar que el recurrente pretende que las atribuciones de la APS se limiten al cumplimiento del artículo 38 de la Ley de Seguros, la APS debe reconocer que fue este órgano público quién en su R.A. N° 451/2011 afirmó que la APS ejercía la atribución prevista en el citado artículo 38 de la Ley de Seguros, lo único que Fortaleza señaló son los alcances de la citada disposición, dado que esta norma no era susceptible de ser invocada para justificar la actuación de la APS.

Finalmente, la APS al dictar la R.A. N° 063/2012 se limita a señalar que su atribución es genérica, soslayando la previsión contenida en el artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece que toda atribución de un órgano público debe ser expresa y específica y no genérica. Las atribuciones de la APS están tasadas a diferencia de lo que ocurre con los ciudadanos en general, obviamente, por mandato de una norma en concreto, el artículo 5 de la Ley N° 2341..."

8. FORMULACIÓN DE CRITERIOS DE TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 11 de abril de 2012, el Lic. Robert H. Camacho Valdez Alcalde Municipal de Villamontes presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"…Apersonamiento:

Conforme a las adjuntas, se evidencia mi condición de Alcalde Municipal del Gobierno Autónomo Municipal de Villa Montes (sic), en tal virtud, respetuosamente solicito tomar en cuenta mi apersonamiento en nombre del Gobierno Autónomo Municipal de Villa Montes (sic) en el presente Recurso Jerárquico interpuesto por la Compañía de Seguros FORTALEZA en contra de la Resolución Administrativa No. APS/DJ/DS No. 451 de 1 de diciembre de 2.011 emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS).

II.- Los argumentos del Recurrente:

Sin el ánimo de abundar en innecesaria y fútil argumentación, señalo de manera puntual y resumida sobre los aspectos que son esenciales en el memorial del Recurso Jerárquico interpuesto por FORTALEZA, mismos que se detallan como sigue:

1) *Que hasta el momento no se ha procedido a la verificación del siniestro porque el asegurado hasta la fecha no ha presentado la documentación (no obstante de que ha sido requerida en reiteradas oportunidades).*
2) *Que el documento de declaración de incumplimiento de contrato debería haber sido suscrita por el H. Concejo Municipal, por constituirse en el ente que emite el documento de mayor jerarquía del Nivel Ejecutivo.*
3) *Que, la Autoridad de Fiscalización en Pensiones y Seguros es una entidad incompetente para conocer y resolver este tipo de reclamos y tener que sancionar pecuniariamente a una Compañía de Seguros, sino por el contrario, en caso de controversia debería recurrirse a un Ente Arbitral, conforme se señala en las Pólizas de Seguro.*

Entre tanta chachara manifestada por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza, se concluye que estos son los tres argumentos esenciales para interponer el Recurso Jerárquico, que al presente tengo a bien en refutar conforme a los siguiente argumentos en el mismo orden.

III.- Los argumentos del Gobierno Municipal de Villa Montes (sic);

Con relación a los argumentos señalados por el FORTALEZA tengo a bien en refutar conforme a los siguientes argumentos puntuales y en el mismo orden:

1) Lamentablemente que el Gobierno Municipal de Villa Montes (sic) no haya presentado la documentación que evidencia el incumplimiento por parte del contratista, es una exigencia abusiva y fuera de toda norma, pues se ha dejado establecido expresamente que en este caso es suficiente la presentación de la Declaración de Incumplimiento emitida y firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la Entidad Pública que corresponda, es decir la única condición para la ejecución de la Póliza es la entrega de la Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento conforme se tiene establecido por la Resolución Administrativa IS/731 de 11 de septiembre de 2.007 emitido por la ex - ASFI es la que regula las Pólizas de Caución para Entidades Públicas.

Lamentablemente la Compañía Aseguradora no simplemente es este caso, sino en todos los que ha solicitado ejecución el Gobierno Autónomo Municipal de Villa Montes (sic) ha solicitado una serie de documentos, todo con el propósito de evadir su responsabilidad de ejecutar las Pólizas que fueron tramitadas ante dicha aseguradora, y este el caso patético, que una Compañía de Seguros actuando de mala fe pretende evitar la ejecución de Pólizas.

Aún así, el Gobierno Municipal de Villa Montes (sic) en fecha 9 de febrero de 2.012 presentó reiteración de ejecución de pólizas adjuntando documentación necesaria, entre ellas fotocopias legalizadas de Pólizas que de mala fe Fortaleza no quiso legalizar, sino con un Requerimiento Fiscal (que se adjunta al presente), pues de mala fe el contratista no hizo entrega de originales de las Pólizas, sino fotocopias simples. Fortaleza actúa de forma incoherente, pues mediante nota de fecha de 27 de febrero de 2012 remitió una nota vía fax al Gobierno Municipal de Villa Montes (sic) señalando que la Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA declaró procedente el siniestro y que la Aseguradora procederá con la indemnización correspondiente dentro de los plazos legales establecidos para ello. Como se podrá advertir ya existe una aceptación expresa por parte de la Aseguradora para proceder la ejecución de las Pólizas de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo.

2)La afirmación que señala que el documento que declare el Incumplimiento de Contrato debería haber sido suscrito por el H. Concejo Municipal, no es más a que una burda e indignante chicana para evitar la ejecución de Pólizas, pues la Nota o Resolución debe ser suscrita por quien firmó el contrato en representación del Gobierno Autónomo Municipal de Villa Montes (sic), es decir, por el Alcalde Municipal, quien además es la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad conforme requiere la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2.007, la afirmación efectuada por la Compañía recurrente, no es más que un despropósito.

3) Con relación a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) actúa sin competencia cabe señalar lo siguiente:

Cabe destacar que la Autoridad de Fiscalización y Control en Pensiones y Seguros tiene competencia por mandato de la Ley de Pensiones de 10 de diciembre de 2.010 en cuyo Art. 167 señala que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, lo que anteriormente era la Superintendencia de Pensiones, Valores y seguros.

El Ente de Fiscalización se encuentra regulado por la Ley 1883 de 25 de junio de 1.998 en su Art. 41 incs. a) y c) señala respecto a sus funciones y objetivos:

a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro.
b) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

Del mismo modo en la misma Ley No. 1883, el Art. 43 en su inc. c) y u) señala como atribuciones del Ente Regulador en Materia de Seguros, lo siguiente:

c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.
u) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley.

Las sanciones que debe establecer la Autoridad de Fiscalización y Control en Pensiones se encuentra establecido en la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2.003. Consecuentemente la APS al sancionar a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza actuó con competencia.

Este argumento no es otra cosa que actitud evasiva de la Compañía, para evitar la ejecución de Pólizas.

IV.- Petitorio:

En mérito a todo lo señalado, se evidencia que la Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA al interponer el Recursos Jerárquico no hace otra cosa que dilatar de manera maliciosa la ejecución de las Garantías presentadas por la Empresa OITAR en la ejecución del proyecto: "Construcción Internado Tucainti - Municipio de Villa Montes) (sic), por lo que respetuosamente solicito se rechace dicho Recurso Jerárquico, y en definitiva se confirme la Resolución Administrativa No. APS/DJ/DS/No. 063-2012 de fecha 31 de enero de 2.012 pronunciada por la APS:

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo, se tienen los siguientes antecedentes:

-La empresa adjudicada es la Empresa Constructora OITAR SRL, misma que contrata dos seguros de caución con el fiador (Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.)
-Que a raíz de estos contratos, nacen dos garantías a favor del beneficiario (Gobierno Municipal de Villamontes)
-La calidad del Gobierno Municipal de Villamontes, se limita a beneficiario de las dos pólizas.

Que, a Fs. 2 del expediente administrativo se tiene la Resolución Municipal Administrativa Nª 29/2011 de 28 de marzo de 2011, firmada por el Alcalde Municipal de Villamontes Robert H Camacho Valdez , misma que **declara el incumplimiento del contrato suscrito entre la empresa Constructora OITAR SRL, así como determina ejecutar las Garantías de**

Cumplimiento de Contrato de Obra Nº CCE-TJA-0826 y de Correcta Inversión de Anticipo Nº CIE-TJA-198 .

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la infracción al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros.-

La Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., refiere que ésta no puede ser sancionada por infracción al artículo 12 inc. a), de la Ley de Seguros, por no haber ejecutado la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, debido a que para que las mismas sean ejecutadas, previamente, se debe demostrar el incumplimiento al contrato por parte del afianzado Empresa Constructora OITAR S.R.L., antecedente necesario para poder ejecutar las Pólizas.

La Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas y la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, así como el Texto Único y Uniforme para las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra Para Entidades Públicas, aprobada a través de la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, determina:

> "…Cláusula: de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas:
>
> *…No obstante l**o que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza,** mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es irrevocable, de ejecución inmediata condicional…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*
>
> *En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*
>
> *La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el procedimiento administrativo…"*

De lo transcrito, se tiene que los únicos requisitos para la ejecución de las Pólizas de caución a favor del beneficiario, son que las mismas se encuentren vigentes y el beneficiario cumpla con el procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento del contrato, en este caso, con la Empresa Constructora OITAR SRL.

Sobre el particular, importa traer a colación lo ya expresado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 de 5 de julio de 2012, cuyo precedente determina:

> *"No obstante, tal expresión está referida, según señala la misma resolución, a la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional que le es inherente a las tres pólizas objeto de la controversia, y que establece la ejecución inmediata para el caso de incumplimiento, condicional en tanto requiere únicamente de "la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".*
>
> ***Tal aclaración es pertinente**, por cuanto, todos los argumentos que al respecto ha mencionado la recurrente, conforme lo señalado supra, bien pudieran ser pertinentes y valederos si la controversia recayera sobre pólizas de caución, que en su trámite de ejecución se hallan sujetas a las disposiciones del Libro Tercero, Título III, del Código de Comercio.*
>
> *No es el caso: las pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, encuentran su fundamento normativo en la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **norma especial** que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, lejos de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago, y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación "del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".*
>
> *Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su Diccionario, "la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado", hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas - entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, no se supedite su indemnización a mayor trámite, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de salir al daño o perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento."*

Subsumiéndonos al caso de autos y de la revisión del expediente administrativo a Fs. 5 se tiene la nota V.M.D.J. 198/2011 de fecha 31 de marzo de 2011 del Gobierno Municipal de Villamontes, remitida a la Aseguradora la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., mediante la cual **solicita la ejecución inmediata** de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° CCE-TJA-0826 y Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipo N° CIE TJA -1198, adjuntando para ello copia de la Resolución Municipal Administrativa N° 29/2011 y carta de Resolución del contrato, mismas que a su vez fueron notificadas a la empresa OITAR SRL.

Que, este hecho, demuestra que el Gobierno Municipal de Villamontes remite resolución de incumplimiento y ejecución de la pólizas, conforme se tiene estipulado, y sin ninguna otra exigencia, como pretendería la recurrente.

2.2. En cuanto a la Ejecución de las Pólizas.-

La recurrente, señala que para cumplir con la prestación requerida y ejecutar las Pólizas de garantía de cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos Para Entidades Públicas y de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, previamente se debe demostrar la existencia de un incumplimiento contractual por parte del afianzado ante autoridad jurisdiccional.

Al respecto, se tiene que la recurrente confunde el procedimiento de Ejecución de Pólizas de Garantía de Cumplimiento del Contrato de Obras para Entidades Públicas con los recursos legales o extrajudiciales que pueden usar las partes, Empresa Constructora OITAR S.RL. y el Gobierno Municipal de Villamontes, en el ejercicio de los derechos que les asisten, para demostrar que el incumplimiento del contrato no se debió a causas atribuibles a ellos, recursos que no se encuentran supeditados ni suspenden la ejecución de las pólizas conforme lo establecen las mismas pólizas.

Que de igual modo el recurrente no debe olvidar que el pronunciamiento administrativo, no inhibe a las partes de recurrir los derechos que se crean vulnerados por la jurisdicción llamada por ley para el caso de controversia.

Que, en ningún caso se puede aceptar el argumento del recurrente, cuando señala que previamente la empresa constructora OITAR S.R.L. y el Gobierno Municipal de Villamontes, deben demostrar el incumplimiento del contrato principal ante autoridad jurisdiccional olvidando así, la recurrente, que el procedimiento de ejecución de la póliza de garantía de cumplimiento de contrato se efectiviza sólo con la declaración de incumplimiento emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva.

Siguiendo el análisis correspondiente, la Cláusula 14, de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, así como de la póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, estipula:

"Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía

no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje).

***El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en las cláusulas** de ejecución respectiva* "(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)"

Quedando claro que, independientemente de los recursos legales que pueda hacer uso la recurrente así como las otras partes, el fiador debe dar cumplimiento a la prestación convenida con el beneficiario, siendo que, en el presente caso, las Pólizas son garantías exigibles para los procesos de contratación del Estado como lo refiere la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007.

2.3. En cuanto a la aplicación del Código de Comercio.-

La recurrente señala que existirían otras normas aplicables al ámbito de seguros, como la legislación comercial que rige el contrato de seguros y el arbitraje de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 de Conciliación y Arbitraje y que, en el presente caso, las mismas deben ser aplicadas.

Efectivamente, el Código de Comercio norma de manera general las relaciones contractuales del seguro así como del asegurador y reasegurador, sin embargo de ello olvida, la recurrente, que en el presente caso –como se tiene ya anotado-existe norma particular y especial, que es la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, misma que si bien no es el único orbe jurídico que regula el seguro de caución, como señala la recurrente, es la norma especial que debe ser aplicada por las aseguradoras al momento de emitir pólizas de seguros para los procesos de contratación de bienes, obras, servicios generales así como para la ejecución de las mismas en caso de un incumplimiento por parte de la empresa adjudicada cuyo beneficiario sea una Entidad Pública.

Criterio que, a su vez, ya ha sido recogido y sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 070/2011 de 23 de diciembre de 2011:

"…Resulta importante aclarar que en el contexto de aplicación normativa, cuando existe una norma específica, la misma es aplicable, en virtud al Principio de Especialidad, que en el caso de autos corresponde a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 frente a cualquier otra norma.

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

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

La norma especial (Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007), es en la que se determina los elementos particulares a los que el regulado estará sometido, situación que no inhibe a que lo no contemplado en la norma especial no pueda aplicarse la norma general."

Quedando claro que, para el cumplimiento de la prestación convenida por el fiador, se debe aplicar conforme a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, ***misma que determina la ejecución de la garantía de manera inmediata o a más tardar en los 15 días siguientes de tenerse la Resolución de incumplimiento del contrato con la empresa,*** *el mismo se tiene como incumplido no correspondiendo, por ende, previamente determinar el cumplimiento de éste ante ninguna autoridad, ya que como se dijo antes, los seguros de caución firmados con entidades públicas se rigen por la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 norma que determina la ejecución de la garantía de manera inmediata o a mas tardar en los 15 días siguientes por lo que el fiador bajo ninguna causa puede abstraerse del cumplimiento de la prestación…."*

Que, por todo lo anteriormente expresado, no corresponde aplicar el Código de Comercio para los procedimientos de ejecución de Pólizas de Garantía de Cumplimiento para Entidades Públicas, debido a que la ejecución de éstas Pólizas es de manera inmediata y no está supeditada a ningún otro procedimiento más que el de presentar la Resolución Administrativa de incumplimiento firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).

2.4. En cuanto a la falta de competencia de la APS.-

La recurrente, señala que la APS no tendría competencia para resolver controversias técnicas o legales, por lo que ésta se habría pronunciado sin competencia.

Debe quedar claro que en ningún momento, la APS ha dirimido ninguna controversia, que la intervención del órgano regulador así como esta instancia Jerárquica se ha limitado al cumplimiento de la norma por parte de los regulados y determinar el cumplimiento de la Ley de Seguros N° 1883, así como el cumplimiento a la normativa que rige en el sector de seguros.

Que en este entendido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro de su competencia ha determinado el incumplimiento al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N°1883 de 25 de junio de 1998, por parte de Fortaleza S.A., conforme el análisis ut supra.

2.5. En cuanto a que Resolución Municipal Administrativa N° 29/2011 de 28 de marzo de 2011, debió estar firmada por el Consejo Municipal.-

En cuanto a lo señalado por Fortaleza S.A., en sentido de que, para la ejecución de las pólizas, éstas estarían sujetas a la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, firmada por la MAE y que en el presente caso, el condicionado particular señalaría que el mismo debe estar suscrito por el presidente del Directorio o Concejo Municipal de la Entidad Pública, situación que no habría sucedido en el presente caso.

Al respecto se tiene que la APS, se pronuncia en el siguiente sentido:

> *"…Que evaluado el Condicionado Particular de las pólizas **CCE-TJA-826 Y CIE-TJA-1198** se observa que se tiene el siguiente texto:*
>
> *DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA DEL NIVEL EJECUTIVO A SER PRESENTADO PARA LA EJECUCIÓN EN CASO DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL:*
>
> - *El presidente del directorio o consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.*
>
> *Que de la simple lectura del texto se concluye que lo que establece el Condicionado Particular para la ejecución Inmediata no tiene sentido alguno, toda vez que el presidente del directorio o el consejo de la Entidad Pública, no es ningún documento, siendo incorrecta la afirmación de la aseguradora de que se debe presentar algún documento.*
>
> *Que al no establecerse ningún documento en el Condicionado Particular y al establecer las clausulas de Ejecución inmediata Condicional como único requisito para la ejecución de la póliza, la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía a nivel ejecutivo citado, en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda, aspecto cumplido por el Beneficiario, se considera que la aseguradora no ha desvirtuado el incumplimiento a su contrato de seguro…."*

De lo precedentemente transcrito se tiene que es incongruente lo referido por el ente regulador al señalar que "**el presidente del Directorio o el Consejo de la Entidad Pública no es ningún documento**" y a su vez señalaría, líneas más adelante que "***en ningún texto del Condicionado Particular, se debe presentar algún documento suscrito por ellos."***

Que este hecho claramente demuestra que lo referido por la APS, no tiene sentido y congruencia en cuanto a lo solicitado por el recurrente, en cuanto a que en el presente caso la Resolución de Incumplimiento debió encontrarse suscrita por el presidente del Directorio o Concejo Municipal de la Entidad Pública y no así por el Alcalde.

Por lo que la APS, deberá cumplir con su obligación de fundamentar y motivar su decisión debiendo para ello realizar un correcto y completo análisis y determinar por qué en el presente caso no corresponde que la Resolución de incumplimiento deba encontrarse

firmada por el Presidente o el Consejo de la Alcaldía de Villa Montes y en su caso porque la misma debe ser suscrita por el Alcalde.

De lo precedentemente señalado se evidencia una violación a los principios de congruencia, motivación, situación que obliga a traer a colación lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009, que se pronuncia, de la siguiente manera:

> *"…El principio de motivación de los actos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley del Procedimiento administrativo, implicando que la administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases sobre las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica del proceso*
>
> *"..Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en las que se funda."*

Ahora bien, complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

> *"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "*
>
> *"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"*

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado una correcta aplicación a los principios de motivación y congruencia, de sometimiento pleno a la Ley, conforme ya se expuso, aspectos que necesariamente deben ser considerados al momento de que la Administración adopte una decisión.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha sometido su actuar a lo establecido por norma, vulnerando así el principio de motivación y de sometimiento pleno a la Ley; en cuanto al último punto, conforme ya se expuso, existen aspectos que necesariamente deben ser enmendados por la Autoridad inferior al momento de que la Administración adopte una decisión.

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa, al verse afectados los derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 063-2012 de 31 de enero de 2012, inclusive debiendo dictarse una nueva resolución conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 082/2012 DE 15 DE MARZO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 043/2012 DE 16 DE AGOSTO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 043/2012

La Paz, 16 de agosto de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, Sucursal en Bolivia, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 082/2012 de 15 de marzo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 020/2012 de 20 de enero de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 021/2012 de 30 de mayo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 077/2012 de 11 de julio de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 3 de abril de 2012, el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado por su Gerente General, señor Rubén Eduardo Guardia, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 082/2012 de 15 de marzo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la

Resolución Administrativa ASFI Nº 020/2012 de 20 de enero de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-40921/2012 con fecha de recepción 5 de abril de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 082/2012 de 15 de marzo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 020/2012 de 20 de enero de 2012.

Que, en atención a la providencia de fecha 11 de abril de 2012, referida a que "*con carácter previo, el recurrente… deberá acreditar su personería como la de su representante legal*", mediante nota presentada en fecha 19 de abril de 2012, el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** hace presente la testimonial siguiente:

- Testimonio Nº 72 del año 1958, extendido por ante Notaría de Hacienda, Gobierno, Defensa y Colonia (ahora Notaría de Gobierno) en fecha 23 de abril de 1958, sobre "*Escritura… relativos a la autorización del Banco de la Nación Argentina*".
- Testimonio de escritura pública Nº 454/2011, otorgada por ante Notaría de Fe Pública Nº 109 de la ciudad de Santa Cruz a cargo de la Dra. Enriqueta Vargas Becerra, sobre "*Protocolización de la declaración jurada voluntaria, que hace el señor¨: Rubén Eduardo Guardia, ejerce el cargo de Gerente General para Bolivia del Banco de la Nación Argentina*".
- Testimonio de poder Nº 287/2004, otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 16 de la ciudad de Santa Cruz a cargo del Dr. Limberg Saucedo Moreno, sobre "*Protocolización del poder, conferido por el presidente del H. Directorio del Banco de la Nación Argentina, a favor del señor: Rubén Eduardo Guardia.- Gerente del Banco de la Nación Argentina…*".
- Testimonio de poder Nº 693/2011 otorgado por ante Notaría de Fe Pública Nº 109 de la ciudad de Santa Cruz a cargo de la Dra. Enriqueta Vargas Becerra, sobre "*Ratificación poder general amplio, que hace: Banco de la Nación Argentina a favor del Sr. Rubén Eduardo Guardia, gerente de Sucursal…*".

Que, en mérito a lo anterior, mediante Auto de Admisión de fecha 24 de abril de 2012, notificado en fecha 2 de mayo de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 082/2012 de 15 de marzo de 2012, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 8 de junio de 2012 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Rubén Eduardo Guardia (Gerente General), Dr. Luis Fernando Calvo Moscoso (Asesor Legal) e Ignacio Mariaca Bañez (Responsable de la Unidad de Riesgos), en representación del **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Que, mediante notas ASFI/DAJ/R-78970/2012 de 29 de junio de 2012, y ASFI/DAJ/R-85450/2012 de 13 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros adjunta la información y documentación complementaria requerida mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 22 de junio de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR I/R-139917/2011 de 28 de diciembre de 2011, notifica al **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** con la presunta infracción incurrida por la entidad de intermediación financiera bancaria, conforme el siguiente texto:

> "...*De la información reportada a la Central de Información de Riesgo Crediticio al 31 de octubre de 2011, este Organismo de Supervisión ha determinado que el Banco de la Nación Argentina, habría incumplido presumiblemente lo establecido por el artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al haber concedido una operación crediticia al Banco Universal C.A. "BANESCO", por un importe total de Bs18.645.180 (DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO OCHENTA 00/100 BOLIVIANOS) el 7 de octubre de 2011, excediendo el 20% del Patrimonio Neto del Banco vigente a esa fecha, representando el 20.64% de dicho patrimonio.*
>
> *En consecuencia y a los efectos de lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1, Sección 3 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se notifica al Banco de la Nación Argentina en su persona como Gerente General y representante legal de la entidad por el presunto incumplimiento citado en el párrafo anterior, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de su legal notificación, para que efectúe el descargo o explicación correspondiente debidamente documentado...*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 6 de enero de 2012, el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, mediante nota BNA/ASFI 002/2012, presentó los siguientes descargos:

> "*…Me refiero a su nota ASFI/DSR 1/139917/2011 de 28 de diciembre de 2011, recibida el 4 de enero de 2012, mediante la cual notifica al Banco de la Nación Argentina, por el presunto incumplimiento al artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por "haber concedido una operación crediticia al Banco Universal C.A. "BANESCO" por un importe total de Bs 18.645.180 el 7 de octubre de 2011, excediendo el 20% del patrimonio Neto del Banco vigente a esa fecha, representando el 20.64% de dicho patrimonio"*
>
> *Al respecto, tengo a bien explicar a usted los siguientes aspectos para que sean tenidos en cuenta en su evaluación de descargos:*

1. *El BNA ya regularizó la observación tal como se le manifestó a ASFI mediante nota BNA/ASFI/09/2011 de 29 de noviembre de 2011, a través de una enmienda que el Banco Universal BANESCO introdujo el 10/11/2011, por la cual suprimió el requerimiento de que dicho Crédito documentario fuera confirmado por nuestra entidad, condición que en principio hizo que tal operación fuera contabilizada en el Activo Contingente, cuenta 613.01 "Cartas de Crédito Confirmadas Convenio Reciproco", para luego ser traspasada a la cuenta de registro 868.01 "Cartas de Crédito Notificadas Convenio Reciproco", en fecha 22 de diciembre la operación fue dada de baja.*
2. *Es importante destacar, que la operación que nos ocupa, en ningún momento implicó un desembolso de nuestra parte, ya que únicamente se registró en forma transitoria como operación contingente, para posteriormente dejar de constituir responsabilidad patrimonial para el BNA, al ser traspasada a una cuenta de simple registro.*
3. *Adicionalmente, aclaramos a usted que el leve y transitorio exceso incurrido no se debió a que nuestro sistema de control no haya sido cumplido, sino que se entendió que la operación al estar* (sic) *canalizada a través del "Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI", con la consiguiente responsabilidad autorizante del Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela, con cuyo respectivo código de reembolso contábamos, la misma no sería técnicamente computable para el límite legal antes mencionado.*
4. *El Banco ha tomado todos los recaudos pertinentes para que esta situación no se repita en el futuro.*

Adicionalmente, solicito respetuosamente a su autoridad en la valoración de estos descargos, se tenga en cuenta que no ha existido Intencionalidad ni reiteración por parte del Banco, tampoco se ha causado perjuicio a ninguna de las partes involucradas en la operación y el propósito de no reincidencia…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 020/2012 DE 20 DE ENERO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 020/2012 de 20 de enero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar al* ***BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA****, con la multa pecuniaria de Bs115,662 (CIENTO QUINCE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS 00/100 BOLIVIANOS) equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido al límite determinado en el artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al haber concedido una operación crediticia al Banco Universal C.A. (BANESCO), cuyo monto superaba el 20% del Patrimonio Neto del Banco.*

SEGUNDO.- *La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 del BANCO UNIÓN S.A., a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

TERCERO.- *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta*

*en conocimiento del Directorio del **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA**, debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia del Acta respectiva…"*

Tal determinación se fundamenta en los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

*Que, efectuada la evaluación de los descargos presentados por el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA** en la carta BNA/ASFI 002/2012 recibida el 6 de enero de 2012, se establece lo siguiente:*

El argumento manifestado por la entidad, establece que: "…la observación fue regularizada, a través de una enmienda que el Banco Universal C.A. (BANESCO) introdujo el 10 de noviembre de 2011, por la cual suprimió el requerimiento de que dicho crédito documentario fuera confirmado por el Banco…", no desvirtúa el cargo notificado, al tratarse de un hecho posterior a la otorgación de la operación.

b. (sic) *Con relación a que: "…la operación no implicó un desembolso, ya que únicamente se registró en forma transitoria como operación contingente, para posteriormente dejar de constituir responsabilidad patrimonial para su entidad, al ser traspasada a una cuenta de simple registro", el descargo no corresponde, en razón a que el artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define como crédito a: "…todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".*

c. Respecto a lo manifestado por el Banco, relativo a que: "…el exceso incurrido no se debió a que su sistema de control no haya sido cumplido, sino que se entendió que la operación al estar canalizada a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI, con la consiguiente responsabilidad autorizante del Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela, con cuyo respectivo código de reembolso se contaba, no sería técnicamente computable para el límite legal mencionado", cabe aclarar que las operaciones contingentes, tanto de emisión como de confirmación, circunscritas dentro los procedimientos del citado Convenio, se encuentran contempladas dentro el control de límites legales del 20%, establecido en el artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado). La intervención en el sistema de pagos de los Bancos Centrales pertenecientes a los países integrantes del acuerdo, no representa una garantía o cobertura de riesgo de crédito, sino un sistema que facilita los pagos internacionales. Por tanto, es responsabilidad de las entidades bancarias autorizadas que operan dentro del convenio, el pago de los instrumentos emitidos y/o avalados.

Que, en aplicación del principio de verdad material que rige al proceso administrativo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, se consideraron todos los documentos y argumentos expuestos por el Banco, concluyendo que éstos no constituyen justificativos válidos para desvirtuar el cargo notificado mediante carta ASFI/DSR I/R-139917/2011 de 28 de diciembre de 2011, referido al límite legal establecido en el artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), sobre la concesión del la operación crediticia al Banco Universal C.A. (BANESCO), excediendo el 20% del Patrimonio Neto del Banco.

CONSIDERANDO:

Que, para la modulación de la sanción debe considerarse lo señalado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita la Resolución SG SIREFI RJ 038/2005 de 15 de septiembre de 2005, en la que se señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Que, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: a) El incumplimiento se encuentra debidamente tipificado en el artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), b) La infracción se encuentra plenamente demostrada, c) No existe evidencia de que el Banco haya sido sancionado anteriormente por la infracción en particular y d) La inexistencia de perjuicios a terceros por la infracción cometida que haya sido de conocimiento de esta Autoridad de Supervisión, por lo que corresponde imponer sanción administrativa.

Que, a través del Informe Técnico - Legal ASFI/DSR I/R-5239/2012 de 16 de enero de 2012, se efectuó la evaluación de los descargos presentados por el ***BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA****, de acuerdo con los principios de sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, concluyendo que los descargos no desvirtuaron los cargos notificados recomendando la imposición de sanción de multa de acuerdo al artículo 10, Sección 2 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Que, aplicando el criterio de discrecionalidad reglada, considerando la concurrencia de los elementos moduladores de la sanción a imponerse, la intencionalidad en el

incumplimiento, y lo dispuesto en la norma antes citada, corresponde la aplicación de sanción de multa equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido por el ***BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA****…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 14 de febrero de 2012, el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 020/2012 de fecha 20 de enero de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…II) FUNDAMENTA EN DERECHO.-

La fundamentación de la sanción se encuentra expuesta en la Resolución en los Considerandos 5to. y 6to. por violación al Art. 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado) que al considerar que la operación de Carta de Crédito o Crédito Documentario se encuentra inmersa dentro del Art. 44 citado, habiéndose excedido en el porcentaje del 20 % sobre el patrimonio neto de la entidad, descartando la fundamentación vertida por esta institución y desnaturalizando el tipo de operación efectuada. Se señala a continuación los fundamentos de la Resolución y se sustenta la Revocatoria de la misma:

II.a) Califica a la operación como operación de riesgo, encuadrándola en el concepto de riesgo del Art. 1 de la L.B.E.F.

Calificación errónea, contraria a la naturaleza jurídica y fáctica de la operación. En efecto, la operación llevada a cabo se trata de una Carta de Crédito, definida en el Art. 1338 del Código de Comercio: ***"Por la Carta de Crédito el Banco otorgante instruye a OTRO BANCO O CORRESPONSAL para que entregue a la vista a un tercero beneficiario, una cantidad fija de dinero o cantidades hasta la suma señalada"****, la norma transcrita establece el concepto de la operación de Carta de Crédito y en los hechos, el BANCO DE LA NACION ARGENTINA actúo (sic) simplemente como corresponsal de una entidad bancaria del extranjero quien en forma conjunta con el Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela en el marco del Convenio de Pagos y Crédito Recíprocos de la Asociación Latinoamericana de Integración ordenaron (sic) al BANCO DE LA NACION ARGENTINA el pago al beneficiario. Cabe indicar a su vez que la Carta de Crédito fue aperturada por CARGILL VENEZUELA a CARGILL BOLIVIA, tratándose de una sola empresa como es CARGILL.*

Se puede evidenciar, que esta operación no contenía riesgo o contingencia de ninguna especie, que al contrario de las operaciones crediticias que implican un mutuo donde se asume un riesgo de recupero de las sumas entregadas, la retribución económica de la institución de intermediación financiera NO ES UN INTERÉS, sino ***UNA COMISIÓN****, lo que confirma la naturaleza de la operación.*

De lo expuesto se constata que no es aplicable el Art. 1ro de la L.B.E.F. como erróneamente lo hace la Resolución Sancionatoria, desnaturalizando el tipo de operación de Carta de Crédito, en donde el BANCO DE LA NACION ARGENTINA actúo (sic) como corresponsal ejecutando una orden de pago garantizada nada menos que por el BANCO CENTRAL de la República

Bolivariana de Venezuela, institución bancaria superior a los bancos privados de primera línea, por lo que en el peor de los casos, el encuadre de la operación ejecutada tendría que haberse efectuado sobre el 30% del patrimonio neto de la entidad PARA OPERACIONES CONTINGENTES y no sobre el del (sic) *20 % para OPERACIONES DE CREDITO como fue efectuado en la Resolución Sancionatoria.*

Asimismo, en la Resolución Sancionatoria se interpreta inadecuadamente el Art. 44 de la L.B.E.F. que textualmente señala: ***"Una entidad financiera bancaria no podrá conceder o mantener créditos con un solo prestatario… que exceda en el 20% del patrimonio neto de la entidad"****. La interpretación y aplicación de esta norma a la operación ejecutada por el BNA es a todas luces incorrecta, refleja una interpretación inadecuada, errónea y perjudicial de lo prescrito en la norma, pues esta se refiere* ***A LAS OPERACIONES CREDITICIAS Y NO ALCANZA A LAS OPERACIONES DE CORRESPONSALÍA DE PAGO, EN DONDE NO HAY CREDITO DE NINGUNA ESPECIE****.*

Se puede constatar que se ha tergiversado mediante una interpretación errónea lo establecido literalmente en los Arts. 1ro. y 44 1er. Párrafo de la L.B.E.F., aplicando una sanción económica al BNA como si la institución hubiese realizado una Operación de Crédito, cuando simplemente intervino como Corresponsal en el pago de una Carta de Crédito aperturada por una institución bancaria del extranjero y garantizada por la misma y el Banco Central de la Republica Bolivariana de Venezuela, por lo que de entender la Autoridad de Supervisión Financiera que esa operación tenía algún grado de riesgo, ésta claramente quedaba encuadrada en el 2do. párrafo del Art. 44 de la L.B.E.F, siendo por tanto una operación plenamente legal y dentro del marco de L.B.E.F.

II.b) Aplicación inadecuada del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos - Convenio ALADI.

Continuando con los yerros legales, la Resolución Sancionatoria interpreta erróneamente el Convenio ALADI, cuando señala que dicho Convenio "no representa una garantía o cobertura de riesgo de crédito, sino un sistema que facilita los pagos internacionales. Por tanto, es responsabilidad de las Autoridades Bancarias autorizadas que operan dentro del Convenio el pago de los instrumentos emitidos y/o avalados".

En primer lugar, la Resolución se refiere a que este Convenio no garantiza o da cobertura de riesgo de crédito, nos preguntamos a que crédito se refiere la Resolución en la presente operación???, pues está claro que esta es una OPERACIÓN DE PAGO DE UNA CARTA DE CREDITO EN LA QUE EL BANCO DE LA NACION ARGENTINA ACTUO COMO BANCO CORRESPONSAL PARA EL PAGO, quien apertura la Carta de Crédito es CARGILL VENEZUELA a través del BANCO UNIVERSAL C.A. (BANESCO) a favor de CARGILL BOLIVIA, canalizando dicho pago a través de los respectivos Bancos Centrales de la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia.

Ahora bien, si la Carta de Crédito en realidad consistió en una operación crediticia para su apertura esta se dio entre el solicitante -importador CARGILL VENEZUELA y el BANESCO, operación ésta crediticia (sic) *ajena al Banco corresponsal pues el Banco Ordenante (BANESCO), solicita al BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA su actuación como*

corresponsal en el pago a CARGILL BOLIVIA que canaliza a través del BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA con el BANCO CENTRAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, ***quedando garantizado el reembolso del pago que efectúe el BANCO DE LA NACION ARGENTINA NADA MENOS QUE POR AMBOS BANCOS CENTRALES. Es mas*** (sic) ***el pago fue remitido directamente al BANCO CENTRAL DE BOLIVIA (BCB), quien efectúa el pago al BANCO DE LA NACIÓN ARENTINA y recién ahí se paga al beneficiario.*** *Entonces a que* (sic) *riesgo se refiere la Resolución de la ASFI???, se desconoce el rol de los Bancos Centrales de ambos Estados???.*

El Art. 11 del Convenio ALADI (GARANTIA DEL REEMBOLSO) establece:

"Cada uno de "los Bancos Centrales" garantiza al otro al aceptación irrevocable de los "débitos" que éste último le haga la reembolsar a "instituciones" autorizadas de su país por concepto de los pagos de los "instrumentos" que se hayan cursado a través del "Convenio", obligación esta irrevocable de los Bancos Centrales".

Asimismo, la Resolución ASFI N° 022/2012 en su Sección 2da. Categoría I.X, establece ***ACTIVOS Y CONTINGENTES CON PONDERACIÓN DE RIESGO DEL 0%, "Operaciones contingentes garantizadas por Bancos Centrales de países miembros de ALADI, siempre y cuando sea con instrumentos comprendidos bajo convenio recíproco y tramitados a través del BCB"****.*

La operación efectuada por el BANCO DE LA NACION ARGENTINA, reiteramos, se encuentra dentro del marco del convenio ALADI y tramitada a través de los Bancos Centrales de los Estados de Venezuela y Bolivia, habiendo efectuado el pago al beneficiario una vez que el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA acreditó las sumas pertinentes, ***SIN QUE EL BNA HAYA APORTADO O AFECTADO UN SOLO CENTAVO DE SU PATRIMONIO EN LA PRESENTE OPERACIÓN****.*

Se corrobora que el BANCO DE LA NACION ARGENTINA actuó conforme a derecho cumpliendo el rol que le corresponde como institución bancaria, respetando los convenios internacionales y coadyuvando en el desempeño del comercio exterior, particularmente con la República Bolivariana de Venezuela que por la disminución de categoría de su sistema financiero, canalizan todas sus operaciones de comercio exterior a través de su Banco Central.

Cabe manifestar que el BANCO DE LA NACION ARGENTINA como entidad dependiente del Estado Argentino obra dentro del marco de la institucionalidad y legalidad, entendiendo el rol que le corresponde como institución estatal en ámbitos sensibles de la economía, como es la facilitación de las operaciones de comercio exterior que se efectúan entre los Estados, en el marco de los Convenios Internacionales. Es así, que de mantenerse vigente la Resolución Sancionatoria emitida por la ASFI de manera injusta, arbitraria, e ilegal, se sentaría un precedente negativo para las operaciones de comercio exterior y el cumplimiento de los Convenios internacionales, convirtiéndose las instituciones bancarias en un verdadero obstáculo para el comercio entre los Estados Latinoamericanos, a la vez de violar los Convenios Internacionales y desconocer el rol de su propio Banco Central, que en el caso fue quien efectuó el pago al BANCO DE LA NACION ARGENTINA para que este lo canalice al beneficiario, situación está verdaderamente anómala, que nos obligará a no dar curso

en el futuro a operaciones bajo el Convenio ALADI, debiendo poner en conocimiento a las instancias Superiores de las Autoridades de los respectivos Estados.

III. DE LA PRUEBA.-

Con la facultad conferida por el Art. 50 del D.S. No. 27175 se ofrece prueba documental como constancia de la forma de la operación efectuada, consistente en la siguiente:

III.a) PRUEBA DOCUMENTAL.-

- *Copia del Swift de fecha 05 de Octubre de 2011, por el cual se recibe del BANESCO BANCO UNIVERSAL una Carta de Crédito signada con el No. 117133 pagadera a la vista por orden de su cliente CARGILL VENEZUELA S.R.L. a favor de CARGILL BOLIVIA S.A., amparando la exportación por $us. 2.714.000.-,* ***CON REEMBOLSO A TRAVES DEL CONVENIO DE PAGOS Y CREDITOS RECIPROCOS - ALADI,*** *tal como lo señala el punto 53-d (Reimbursing Bank), en consecuencia* ***AMPARADA EN EL ART. II (GARANTIA DE REEMBOLSO) DEL CONVENIO ALADI****.*
- *Pago del monto de la Carta de Crédito que efectúa el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA (BCB), acreditando dicho monto en la cuenta del BANCO DE LA NACION ARGENTINA para que efectúe el pago al beneficiario.* ***Prueba fehaciente de que el BNA no dispuso fondo alguno de su patrimonio, sino que canalizó un pago efectuado por el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA dentro del Convenio ALADI.***

III.a) (sic) ***PRUEBA DE OFICIOS.-***

Solicitamos se Oficie al Presidente del BANCO CENTRAL DE BOLIVIA, para que esta Autoridad disponga por el área que considere pertinente de la entidad que dirige, se informe y certifique a la ASFI si la operación de Carta de Crédito aperturada por CARGILL VENEZUELA a través del BANCO CENTRAL de Venezuela, fue efectuada por el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA y por esta entidad al BANCO DE LA NACION ARGENTINA como Banco corresponsal, quien efectuó el pago a CARGILL BOLIVIA luego de que el BCB hiciera el desembolso del monto total de la Carta de Crédito en la cuenta de esta entidad, Operación signada bajo el No. De (sic) *Solicitud* ***No. 008/2011 de fecha 08 de Diciembre de 2011****.*

IV. PETITORIO.-

Sobre la base de los hechos descritos y el derecho expuesto, dejamos formalmente formulado Recurso de Revocatoria contra la arbitraria e ilegal Resolución Sancionatoria No. 020/2012 de fecha 20 de Enero de 2012, considerando que esa Autoridad ha incurrido en error al emitir una Resolución en flagrante violación a la Ley y Convenios Internacionales, peticionando se admita el Recurso y en su mérito se REVOQUE la Resolución Recurrida dejándose sin efecto alguno la sanción impuesta y procediendo a restituirse en forma inmediata el monto de la sanción a favor del BANCO DE LA NACION ARGENTINA, para caso de persistir en la imposición de la ilegal y arbitraria sanción hacemos reserva de interponer los Recursos que la ley franquea, con más las acciones previstas en la misma por resoluciones contrarias a la ley…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 082/2012 DE 15 DE MARZO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 082/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 020/2012 de fecha 20 de enero de 2012, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO***

Que, a efectos de establecer una interpretación íntegra de la norma legal aplicada en el presente caso, es pertinente enunciar la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 19/2008 de 28 de febrero de 2008, que establece: "De nada sirve el ejercicio de interpretación que se reduce a los límites de una sola disposición, cuando la adecuada comprensión de dicho precepto depende de la integración de artículos contenidos en otras regulaciones (…) La integración de normas jurídicas, por virtud de la remisión que hace una de ellas, sólo es concebible en la medida en que dicha operación completa el sentido de disposiciones que dependen mutuamente para su cabal comprensión. No se trata de una manera analógica de interpretar el derecho, o de extender el imperio de alguna disposición a asuntos no contemplados por el ordenamiento legal". (Sentencia C-569/00 de 17 de mayo. Corte Constitucional de Colombia).

Que, en atención al precedente administrativo comparado referido up supra, se debe tomar en cuenta que la interpretación de las normas define como parámetro el análisis de la norma en su conjunto, es decir, que si en algún caso existiera confusión entre su articulado, estos deben ser dilucidados realizando una (sic) *análisis global de la norma, teniéndola en cuenta como un todo general.*

Que, el artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define al crédito como: "… todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes ***o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes****".*

Que el artículo 44 de la citada Ley, establece que: "Una entidad de intermediación financiera bancaria no podrá conceder o mantener créditos con un solo prestatario o grupo prestatario que, en su conjunto, excedan el veinte por ciento (20%) del patrimonio neto de la entidad.

Las operaciones contingentes, contragarantizadas a primer requerimiento por Bancos extranjeros de primera línea, según registro de la Superintendencia, podrán alcanzar el límite máximo del treinta por ciento (30%) del patrimonio neto de la entidad".
Que, el numeral 4., artículo 3, Sección 7, Título V del Anexo I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sobre las garantías, establece: "Avales, fianzas <u>o cartas de crédito</u> "stand by" emitidas por bancos extranjeros calificados de primera línea por una empresa de prestigio internacional, según lo establecido en el artículo 2°, Título IX, Capítulo VIII, Sección 2 de la presente Recopilación de Normas <u>o emitidas con arreglo al Convenio de pagos y créditos recíprocos</u>…".

Que, el artículo 2°, Capítulo VIII, Sección 2, Título IX, del REGLAMENTO PARA EL REGISTRO DE BANCOS EXTRANJEROS DE PRIMERA LÍNEA, referido en el párrafo anterior, expresa: "Registro de entidades financieras calificadas.- Las Entidades Bancarias y Bancos de Segundo Piso, registrarán las calificaciones de los Bancos Extranjeros de Primera Línea con los que realizan y/o mantienen operaciones aceptables para ponderar 20% según lo consignado en el Título IX, Capítulo XXII, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras".

Que, en la Sección 1, Capítulo XIII del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se encuentra establecido el Reglamento para Corresponsalías de Entidades Supervisadas, el mismo que contiene las disposiciones que deben cumplir las entidades de intermediación financiera que presten este tipo de servicios.

CONSIDERANDO

Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen normas rectoras en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

Que, el señalado artículo en el inciso a) reconoce el Principio Fundamental, por el cual el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad.

Que, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo señala que la actividad administrativa se regirá por principios, entre los cuales se encuentran el principio de sometimiento pleno a la Ley, que manifiesta: "La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

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

Que, en ese contexto la legalidad de un acto administrativo debe circunscribirse a valorar todos y cada uno de los actos procesales llevados a cabo dentro un proceso administrativo, en ese orden, los fundamentos presentados por el recurrente representan un acto procesal válido y legítimo.

Que, en ese orden es importante mencionar las consideraciones expuestas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, con relación al Principio de Proporcionalidad, que menciona: "… impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas

derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material. Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer."

CONSIDERANDO

Que, aplicando el razonamiento de los principios de legalidad y proporcionalidad en la evaluación de los argumentos expuestos por el Banco de la Nación Argentina con relación a los fundamentos contenidos en la Resolución 020/2012 de 20 de enero de 2012, esta Autoridad de Supervisión ha procedido a la revisión de la documentación para el presente proceso, tomando en cuenta los considerandos expresados en el informe técnico legal ASFI/DSR I/R-25991/2012 de 5 de marzo de 2012:

1. *Antecedentes de la sanción*

   De los reportes de la Central de Información Crediticia (CIRC), se evidencia que en fecha 31 de octubre de 2011 el Banco de la Nación Argentina (BNA) registra una operación de Carta de Crédito en la cuenta 613.01 como ***Confirmante,*** *razón por la cual el sistema alerta un exceso en el límite del veinte por ciento (20%) del Patrimonio Neto del Banco (20.64%), contraviniendo el artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Esta observación implica la explicación de dos (2) etapas claramente identificadas:*

   Primera etapa.- Del 5/10/11 al 10/11/11 el BNA en atención al requerimiento efectuado por el Banco Universal CA (BANESCO), según consta en la copia del SWIFT punto 49 "confirmation Instructions" debía ser ***Confirmante*** *de la Carta de Crédito N° 117173, pagadera a la vista, por lo que registró la operación en la subcuenta 613.01 "Cartas de Crédito Confirmadas Convenio Recíproco", la misma que fue confirmada como se pudo establecer de los documentos adjuntos.*

   Segunda etapa.- A partir de las 19:13 del 10/11/11, en razón a la enmienda interpuesta por el Banco Universal C.A. (BANESCO) a través del SWIFT de la misma fecha, que modifica el punto 49 "confirmation Instructions" antes citada, el BNA se vuelve ***Notificador*** *de la Carta de Crédito, razón por la cual cambió el registro de la operación a la subcuenta contable 868.01 "Cartas de Crédito Notificadas Convenio Recíproco".*

2. *Documentación enviada por el Banco de la Nación Argentina*

   El Banco de la Nación Argentina, en la etapa de diligencias preliminares, con nota BNA/ASFI/091/2011 de 1 de diciembre de 2011, así como en su carta de descargos BNA/ASFI/002/2012 de 1 de enero de 2012, manifiesta en las partes pertinentes que:

   - *"La observación fue regularizada a través de una enmienda que el Banco Universal CA BANESCO introdujo el 10 de noviembre de 2011, mediante la cual modificó el requerimiento para que el crédito documentario no fuera* ***confirmado*** *por el Banco de la Nación*

*Argentina sino simplemente **notificado**.*

- *La operación no implicó un desembolso y que únicamente se registró en forma transitoria como un activo contingente en la cuenta 613.01 **"Cartas de Crédito Confirmadas Convenio Recíproco"** pasando posteriormente con el requerimiento de modificación de BANESCO a la cuenta 868.01. cartas de Crédito Notificadas Convenio Recíproco".*
- *"El exceso incurrido no se debió a que el sistema de control no haya sido cumplido, sino que se entendió que la operación, al estar* (sic) *canalizada a través de "Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI", con la consiguiente responsabilidad autorizante del Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela, con cuyo respectivo código de reembolso contábamos, la misma no sería técnicamente computable para el límite legal antes mencionado".*

3. *Recurso de Revocatoria*

Observación N° 1.

El Recurso de Revocatoria presentado por el BNA, expone sus fundamentos de derecho, en los cuales expresa que la calificación de la operación de riesgo (concepto de riesgo del Art. 1 de la LBEF - Obs. II. a.) es errónea, contraria a la naturaleza jurídica y fáctica de la operación. Expresa además, que ellos habrían actuado como corresponsales de una entidad bancaria del extranjero (BANESCO), quienes en forma conjunta con el Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela, bajo el Convenio (ALADI), habrían ordenado al BNA el pago al beneficiario, es decir, a CARGILL BOLIVIA. Asimismo, manifiestan que dicha operación no contenía riesgo o contingencia de ninguna especie, por lo que cobrarían una comisión que confirma la naturaleza de la operación.

Análisis de la observación.

*El concepto de crédito establecido en el artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), textualmente expresa: "Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes **o garantizar frente a terceros el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".***

*El Banco de la Nación Argentina, registra en la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) un activo de riesgo desde el 5 de octubre de 2011 hasta el 10 de noviembre de 2011, CONFIRMANDO la carta de crédito ante BANESCO; es decir, **"garantizando"** y asumiendo frente al beneficiario CARGIL* (sic) *BOLIVIA la obligación de cancelar el monto de la carta de crédito, independientemente que haya recibido o no el reembolso del banco emisor (BANESCO). Es importante señalar que una carta de crédito CONFIRMADA conlleva el compromiso de pago frente al beneficiario de dos bancos: el emisor y el confirmante.*

El 5 de enero de 2012, mediante carta Cite: BNA/ASFI 002/2012, el BNA comunica a ASFI que ya se regularizó la observación a través de una enmienda que el Banco universal BANESCO introdujo el 10 de noviembre de 2011, fecha a partir de la cual es traspasada a la cuenta de registro 868.01 "Cartas de Crédito Notificadas Convenio Recíproco", dando de baja la operación. En este sentido, se entiende que entre el 5/10/11 al 10/11/11, el BNA habría asumido el riesgo de recuperación de $us2,714,000 señalando que la operación fue contabilizada: ***"… en el rubro de nuestro activo contingente 613.01 CARTAS DE CRÉDITO CONFIRMADAS CONVENIO RECÍPROCO…".***

Por otra parte, en referencia a lo señalado por el BNA, que menciona que la operación se efectuó en su condición de corresponsal, es importante mencionar que el Reglamento para Corresponsalías de Entidades Supervisadas, dispuesto en la Sección 1, Capítulo XIII, del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a partir enero de 2012, dispone:

- *Artículo 2°.- "Toda contratación de corresponsalía debe ser informada por el contratante a ASFI, dentro de los diez (10) días de suscrito el contrato expreso…"*
- *Artículo 3° "… Los corresponsales financieros podrán proveer por cuenta del contratante las operaciones y/o servicios de acuerdo a lo establecido en el respectivo contrato expreso de corresponsalía, en el marco de las operaciones autorizadas para cada corresponsal financiero conforme a las diferentes disposiciones legales y normativa vigente específica".*
- *Artículo 9°.- "--- 6. Comunicar a ASFI, la contratación de la corresponsalía y registro de la misma en el Sistema de Información Institucional (SIIEF)…".*
- *Artículo 10°.- "Será pasible de sanción prevista en el Reglamento de Sanciones Administrativas aprobado por ASFI, el contratante que incumpla las disposiciones del presente reglamento…".*

En este entendido, se ha podido apreciar que el BNA no ha presentado ninguna documentación que acredite su condición de corresponsal, como lo establece el Reglamento de Corresponsalías vigente a partir de enero del presente año, razón por la cual no se ha considerado la argumentación de que la operación realizada haya sido bajo esta modalidad.

Observación N° 2.-

Sobre la segunda observación del Banco de la Nación Argentina (II. b.) que manifiesta que se habría realizado una aplicación inadecuada del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos – Convenio ALADI, enfatizando que se trataría de una operación de pago de una carta de crédito en la que el Banco de la Nación Argentina actuó como Banco Corresponsal para el pago, canalizando estos recursos a través del Banco Central de la

República Bolivariana de Venezuela y el Banco Central de Bolivia.

Análisis de la observación.

El exceso en el que incurrió el BNA no se debió a que el sistema de control no haya sido cumplido, sino que la operación al estar canalizada a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI, con la consiguiente responsabilidad autorizante del Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela, no sería técnicamente computable para el límite legal previsto por el artículo 44° de la LBEF, que supera el 20% patrimonio neto de la entidad.

Asimismo, al considerar que la operación fue otorgada en el marco del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), ésta institución en sus artículos 10 y 11 disponen:

Artículo 10. "Los Bancos Centrales garantizan tanto la convertibilidad inmediata de las respectivas monedas nacionales que se entreguen a instituciones autorizadas para efectuar pagos que se canalicen a través del Convenio; como la transferibilidad, a través del mismo de los dólares resultantes de la conversión, cuando dichos pagos sean ya exigibles".

Artículo 11. "Cada uno de los Bancos Centrales garantiza al otro la aceptación irrevocable de los débitos que este último le haga al reembolsar a instituciones autorizadas de su país por concepto de los pagos de los instrumentos que se hayan cursado a través del Convenio (…)".

Por otra parte, las garantías de los Bancos Centrales, tanto de la República Bolivariana de Venezuela y de Bolivia, están limitadas en su alcance por el numeral 4., Artículo 3, Sección 7, Título V del Anexo I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que refiere las garantías de crédito, estableciéndose: "Las garantías reales válidas ***para que los bancos puedan exceder el límite del cinco por ciento (5%) de su patrimonio neto hasta el veinte por ciento (20%)*** *que establece el artículo 44 de la LBEF, son las siguientes: (…) 4) Avales, fianzas o cartas de crédito "stand by" emitidas por bancos extranjeros calificados de primera línea por una empresa de prestigio internacional, según lo establecido en el artículo 2°, Título IX, Capítulo VIII, Sección 2 de la presente Recopilación de Normas,* ***o emitidas con arreglo al Convenio de pagos y créditos recíprocos…".***

En este sentido, la operación canalizada por los Bancos Centrales de Venezuela y Bolivia a través del convenio ALADI por $us.2,714,000, gozan de la garantía de un sistema de pagos internacionales, pero no eximen a la entidad del cumplimiento a las normas infringidas.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto se concluye que la infracción se ajusta a los parámetros del hecho imputado, el mismo que se encuentra plenamente probado y cuya vulneración

se encuentra dispuesta en el Artículo 44° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, según el Informe Legal ASFI/DAJ/R-31560/2012 de 15 de marzo de 2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, en consideración a los fundamentos legales expuestos en el mismo, se efectúo la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 020/2012 de 20 de enero de 2012, exponiendo de forma cronológica los incidentes planteados y desvirtuando los argumentos expuestos por el Banco de la Nación Argentina…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 3 de abril de 2012, el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 082/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, expresando lo siguiente:

"…***1.- INOBSERVANCIA A LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO Y VERDAD MATERIAL.-***

1.a) Las reglas del Debido Proceso de Ley, que rige para todo proceso ordinario son plenamente aplicables al procedimiento administrativo, pues en éste Su Autoridad actúa como JUEZ ADMINISTRATIVO cabiéndole las prerrogativas y obligaciones de todo Juez, entre ellas la de respetar y hacer respetar la Ley, puntualmente las reglas del Debido Proceso, en su faceta del derecho a la defensa del administrado y no porque en el caso es Juez y parte, ya que se evidencia que en la Resolución el único ánimo de justificar la sanción impuesta y no así el de aplicar la norma al hecho concreto que constituye la verdad material. El Debido Proceso se regula en la nueva Constitución Política del Estado en los Arts. 116. 117 y 119 en relación a los Arts. 11. 16. 56. 64. 66 y 70 de la Ley 2341 y particularmente la Reglamentación establecida en el D.S. 271 75 que establece el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para l Sistema de Regulación Financiera mismo que en su Sección II al regular la tramitación del RECURSO DE REVOCATORIA, en su Art. 50 (PRUEBA) establece: "Que el Superintendente sectorial podrá disponer la producción de prueba de OFICIO O A SOLICITUD DE PARTE...".

En el caso, el BANCO DE LA NACION ARGENTINA ofreció prueba documental, por la cual se demuestra de manera clara e indubitable la verdad material de cómo fue realizada la operación con la Carta de Crédito que dio motivo a la sanción impuesta, evidenciándose por la documentación indicada que el BNA no realizó ninguna operación de riesgo y menos comprometió o utilizó parte de su capital o patrimonio en la ejecución de dicha operación, sino que se procedió al pago previa acreditación del monto por parte del BANCO CENTRAL DE BOLIVIA.

Asimismo se solicitó como PRUEBAS DE OFICIOS, que se Oficie al BANCO CENTRAL DE BOLIVIA al efecto de que certifique si la operación signada con el No. de solicitud 008/2011 de fecha 08 de Diciembre de 2011 fue efectuada en la forma descrita en el párrafo precedente, en la cual el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA acreditó los fondos de la Carta de Crédito, canalizada a través del BANCO CENTRAL DE VENEZUELA y a ese efecto fue quien realizó el pago mediante la acreditación del monto de la Carta de Crédito al BANCO DE LA NACION ARGENTINA para que este cancele al Beneficiario.

La producción de esta prueba es inherente al derecho de defensa que en este proceso le corresponde al BANCO DE LA NACION ARGENTINA y tiene la finalidad de demostrar ***EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL previsto en el Art. 4 inc. d) de la Ley 2341****, acreditándose de manera fehaciente e indubitable que* ***el BANCO DE LA NACION ARGENTINA no empleó parte de su capital o patrimonio BAJO NINGUNA FORMA en la operación de Carta de Crédito motivo de la sanción, limitándose a pagar el monto de la misma previa acreditación de los fondos por el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA****.*

1.b) La Resolución que en este acto impugnamos al no interesarse en el descubrimiento de la verdad material de los hechos en la presente Operación que dio origen a la sanción y no permitir ni analizar la producción de la prueba por parte de nuestra Entidad sancionada, tampoco ha hecho un análisis exhaustivo de derecho, pasando por alto las propias normas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, como la ***RESOLUCIÓN ASFI No. 022/2012 ACTIVOS Y CONTINGENTES CON PONDERACIÓN DE RIESGO DEL 0%, "OPERACIONES CONTINGENTES GARANTIZADAS POR BANCOS CENTRALES DE PAISES MIEMBROS DEL ALADI, SIEMPRE Y CUANDO SEA CON INSTRUMENTO COMPRENDIDO BAJO EL CONVENIO RECIPROCO Y TRAMITADOS A TRAVÉS DEL BCB"****.*

Si bien la Resolución ASFI No. 022/2012 ha sido emitida el año 2012, la misma ya se encontraba vigente a través del ***REGLAMENTO DE CONTROL DE LA SUFICIENCIA PATRIMONIAL Y PONDERACION DE ACTIVOS****, que en su inciso 10) establece literalmente lo establecido en la Resolución 022/2012, en cuanto a la ponderación de riesgo del 0% en los activos y contingentes para las operaciones realizadas bajo el Convenio ALADI,* ***SIENDO ESTA LA NORMA APLICABLE AL CASO****.*

La Resolución ASFI No. 022/2012, no hace más que respetar la aplicación del Convenio ALADI y poner al Sistema Bancario en posibilidades de su cumplimiento sin que existan trabas al flujo del comercio exterior y de los capitales, reconociendo una relación jurídica y de hecho preexistente, que se da a partir de la aprobación del Convenio ALADI. La misma Resolución establece que las operaciones garantizadas a través de los bancos centrales tienen un grado de ponderación del 0%, siempre que se haya tramitado bajo el Convenio ALADI y a través del BANCO CENTRAL DE BOLIVIA. ***Y esto es precisamente la forma en que se ha ejecutado la Operación de Carta de Crédito por el BANCO DE LA NACION ARGENTINA****.*

Queda acreditada la inobservancia a las reglas del Debido Proceso en lo que hace a la faceta de defensa dentro del Procedimiento Administrativo al no haber Su Autoridad permitido la producción de Prueba en la tramitación del Recurso de Revocatoria y no analizar la prueba producida. conjuntamente con la falta de análisis de derecho en lo que hace a la aplicación al caso de la Resolución ASFI No. 022/2012 y al REGLAMENTO DE CONTROL DE LA SUFICIENCIA PATRIMONIAL Y PONDERACION DE ACTIVOS sobre los cuales no solo no se ha pronunciado, sino que ni siquiera la ha nombrado ante la contundencia legal que tiene la misma para dar una solución acorde a derecho y en justicia al caso presente.

2.- DE LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA SANCION.-

Se ha aplicado una sanción económica al BANCO DE LA NACION ARGENTINA en forma incausada y desproporcionada, se impone una sanción en la suma de

Bs115.662 .- cuando esta institución sólo percibió de ingresos por la Operación realizada la suma de Bs43.348.-.

En la interposición de ésta sanción se realiza una interpretación forzada de la norma prevista en el Art. 44 de la Ley 1488, que prevé: "Una Entidad Financiera Bancaria NO PODRÁ CONCEDER O MANTENER CREDITOS con un solo prestatario... que exceda el 20% de su patrimonio neto"

Si bien es cierto que en una comunicación remitida por el contador de la Institución se indicó la imputación de la Operación a una cuenta de ACTIVO CONTINGENTE, señalando que luego fue pasada a la cuenta de registro 868.01 CARTAS DE CREDITO NOTIFICADAS CONVENIO RECIPROCO, esto no fue mas (sic) *que un erro* (sic) *de comunicación del contador, ya que en todo momento la Operación estuvo consignada al convenio Reciproco*(sic)*, habiendo quedado demostrado que la operación se realizó a través del BANCO CENTRAL DE BOLIVIA en aplicación del Convenio ALADI.*

Consiguientemente la imposición de la sanción económica a la Institución es a todas luces injusta y se basa en un rigorismo formal que no tiene otro efecto que el de desconocer la verdad objetiva de los hechos y aplicar el derecho a esa realidad objetiva generando la mayor de las iniquidades.

No se puede aplicar una sanción de semejante calibre, causando daño a una Institución Financiera de un Estado extranjero tratándola como una infractora grave del ordenamiento jurídico nacional, cuando del estudio de los hechos se corrobora de que el BANCO DE LA NACION ARGENTINA ha sido en todo momento respetuoso del ordenamiento jurídico boliviano y de los Convenios Internacionales, cumpliendo la finalidad que esta Institución tiene, que no es una Institución de lucro, sino de coadyuvante en las políticas económicas de los Estado, facilitando el intercambio entre los nacionales de los mismos, por esa razón no podemos admitir la aplicación de una sanción injusta y desproporcionada.

La irracionalidad de la sanción va de la mano de la incongruencia de las Resoluciones que la imponen, pues existe una auto contradicción manifiesta cuando los fundamentos jurídicos señalan al transcribir la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2015 (sic) *"...impone que el contenido de toda decisión de las Autoridad* (sic) *administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustar se a los fines de la norma que la autoriza,* ***ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*** *Este principio en materia sancionadora implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer".*

Esta cita efectuada en la Resolución al Recurso de Revocatoria, queda en el aire y no tiene aplicación práctica en la misma Resolución, pues aplicando puntualmente al caso vemos que: la sanción no es una derivación de la Ley, ello es así porque se realizó una interpretación forzada de la metodología de la aplicación, ya que no implicó riesgo alguno para el Banco toda vez de que no estuvo en curso de

ejecución y porque de acuerdo a las características de la Operación, ESTA NO IMPLICÓ RIESGO ALGUNO AL PATRIMONIO DEL BANCO, siendo requisito de la norma LA EXISTENCIA DE UN CREDITO para que sea aplicable el porcentaje del 20%.

Tampoco es derivación de la Ley cuando no aplica ni interpreta correctamente lo establecido en el Convenio ALADI en la Resolución Sancionatoria que en su Art. 11 establece la GARANTÍA DE LOS REEMBOLSOS, lo cual es una incongruencia con la Resolución ASFI 022/2012, ya que en ésta última se reconoce implícitamente las garantías de los Bancos Centrales de los países miembros del Convenio y en razón de ello se elimina los porcentajes de ponderación de riesgo, señalando que para este tipo de operaciones el porcentaje de ponderación en 0%. Igualmente, es incongruente y auto contradictoria, cuando en la Resolución Sancionatoria considera que las operaciones que caen bajo el convenio ALADI si (sic) *implican riesgo y les son aplicables a estas operaciones el porcentaje del 20% como límite del patrimonio neto y luego en abierta auto contradicción al resolver el Recurso de Revocatoria, reconoce textualmente que las operaciones canalizadas a través de los Bancos Centrales y del convenio ALADI gozan de la garantía de un Convenio de pagos internacionales.*

Lo indicado refleja que el BANCO DE LA NACION ARGENTINA SI APLICÓ CORRECTAMENTE EL CONVENIO ALADI Y CUMPLIÓ DE ESTA MANERA CON SU ROL DE INSTITUCIÓN ECONÓMICA ESTATAL.
Tampoco la Resolución Sancionatoria reconoce la verdad material ni responde a la idea de justicia y menos aplica una sanción proporcional a la falta cometida.

En primer lugar cabe señalar de que esta institución no ha violado ninguna Ley, ninguna disposición del Estado Boliviano, no ha cometido ninguna falta que sea merecedora de una acto administrativo sancionatorio, punitivo en contra de la Institución del Estado Argentino. La falta que implique una violación a la norma y de origen a una punición, debe contener necesariamente un factor de imputabilidad que se da cuando existe un ánimo decisivo de transgredir la norma (dolo) o cuando se la transgrede por impericia o negligencia (culpa), para que esto se de (sic) *debe acreditarse primero la transgresión a la norma y segundo el factor de atribución de responsabilidad ya sea a título de dolo o culpa, esto es si la institución transgredió la norma con intencionalidad o negligencia.*

En el caso, lo que existió fue una comunicación errónea acerca de la imputación de la operación que luego fue aclarado oportunamente antes de la ejecución de la misma. Nos preguntamos entonces, ¿Cuál es el factor de atribución de responsabilidad?, ¿no es evidente que en la ejecución de la Operación el Banco nunca utilizó parte de su capital o patrimonio?, ¿no es también evidente que el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA acreditó el pago al BANCO DE LA NACION ARGENTINA para que este lo acredite al Beneficiario?.

La respuesta a estas interrogantes es obvia, surge de todos los antecedentes de la Operación y de la sanción impuesta y nos lleva a la conclusión categórica de que la Resolución Sancionatoria no constituye una derivación razonada de la Ley aplicable

al caso, se contradice con las propias normas emitidas por la ASFI como ser la Resolución 022/2012 que reconoce la inexistencia de riesgos en las Operaciones realizadas bajo el Convenio ALADI, mismo que constituye un Tratado Internacional y que conforme al Art. 410 de la Constitución Política del Estado tiene aplicación preferente sobre el resto del Ordenamiento Jurídico. Es también evidente que la Resolución Sancionatoria es incongruente con propios postulados, cuando deliberadamente desconoce la verdad material de los hechos y a los mismos no les aplica la solución de derecho adecuada cuando estos le revelan que la operación efectuada por el BNA no implico ningún riesgo y estuvo efectuada bajo el Convenio ALADI. Y finalmente, queda demostrada también la desproporcionalidad entre el hecho y la sanción impuesta, pues cual (sic) *la razonabilidad y justicia en la aplicación de esta norma, cuando esta visto y demostrado que el BNA en ningún momento ha puesto en riesgo ni siquiera en un porcentaje del 1 x millón su patrimonio en la operación, habiendo sólo canalizado un pago acreditado por el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA.*

3.- PETITORIO.-

Por lo expuesto, con el debido respeto solicitamos se tenga por interpuesto el Recurso Jerárquico y elevado ante la Instancia Superior, corroboradas que se encuentran la ilegalidad, irracionalidad y desproporcionalidad de la sanción injustamente impuesta al BANCO DE LA NACION ARGENTINA, sea esta Instancia la que actuando con equidad y conforme a derecho REVOQUE en su integridad la Sanción impuesta mediante la R-ASFI No. 020/2012 confirmada por la R-ASFI 082/2012 y en su mérito se deje sin efecto la misma…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 8 de junio de 2012 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Rubén Eduardo Guardia (Gerente General), Dr. Luis Fernando Calvo Moscoso (Asesor Legal) e Ignacio Mariaca Bañez (Responsable de la Unidad de Riesgos), en representación del **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme al registro que queda en la grabación magnetofónica correspondiente.

8. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante notas ASFI/DAJ/R-78970/2012 de 29 de junio de 2012 y ASFI/DAJ/R-85450/2012 de 13 de julio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta la documentación que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012, y consistente en:

- Carta Circular / ASFI/DSR I/5111/2011 de 17 de octubre de 2011, referida al "*cálculo patrimonio neto al 30 de septiembre de 2011*", con más el cálculo correspondiente al **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**.
- Carta Circular / ASFI/DSR II/5701/2011 de 17 de noviembre de 2011, referida al

"*cálculo patrimonio neto al 31 de octubre de 2011*", con más el cálculo correspondiente al **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**.

- Nota ASFI/DSR I/R-124741/2011 de 22 de noviembre de 2011, remitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** y referida al "*incumplimiento a límites legales al 31 de octubre de 2011*".
- Nota BNA/ASFI/091/2011 de 29 de noviembre de 2011, remitida por el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y referida al "*incumplimiento a límites legales al 31/10/2011*".
- Nota BNA/ASFI/002/2012 de 5 de enero de 2012, remitida por el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, referida a los descargos contra la nota ASFI/DSR I/R-139917/2011 de 28 de diciembre de 2011 (entonces supra relacionada por hacer al proceso sancionador).
- Carta Circular / ASFI/DSR II/4459/2011 de 14 de septiembre de 2011, referida al "*cálculo patrimonio neto al 31 de agosto de 2011*", con más el cálculo correspondiente al **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**.
- Comunicación / ASFI/DSR I/R-85762/2012 de 13 de julio de 2012, referida al Patrimonio Neto vigente correspondiente al **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, a fecha 5 de octubre de 2012, con más el cálculo correspondiente.

Por la precitada nota ASFI/DAJ/R-85450/2012 de 13 de julio de 2012 de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero informa además que:

> "…*Sobre la solicitud de prueba de oficio requerida por el Banco de la Nación Argentina, en el marco de lo establecido por el artículo 50 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, no se vio la necesidad de producir prueba de oficio, en razón a que el mismo Banco de la Nación Argentina envió entre sus pruebas el certificado de traspaso bajo el Convenio ALADI. En consecuencia, no se remitió solicitud al Banco Central de Bolivia para que se certifique lo requerido por el peticionante*…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta del comprobante 100001 de 7 de octubre de 2011, el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** ingresó (confirmó) la carta de crédito de exportación N° 913211, otorgada en fecha 5 de octubre de 2011 por BANESCO Banco Universal C.A., en beneficio de Cargill Bolivia S.A., por el importe de $us. 2.714.000.- (DOS

MILLONES SETECIENTOS CATORCE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS).

El informe ASFI/DAJ/R-31560/2012 de 15 de marzo de 2012, emitido por la Autoridad del Sistema Financiero, señala que:

> "…*A partir de las 19:13 del 10/11/11, en razón a la enmienda interpuesta por el Banco Universal (BANESCO) a través del SWIFT de la misma fecha, que modifica el punto 49 "confirmation Instructions" antes citada, el BNA se vuelve* ***Notificador*** *de la Carta de Crédito, razón por la cual cambió el registro de la operación a la subcuenta contable 868.01 "Cartas de Crédito Notificadas Convenio Recíproco*…"

Como emergencia de ello, mediante nota ASFI/DSRI/R-139917/2011 de 28 de diciembre de 2011, se imputa con el cargo al **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** por cuanto, de la información reportada a la Central de Información de Riesgo Crediticio al 31 de octubre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó que se habría incumplido el artículo 44º de la Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras), al importar la referida operación un total de Bs18,645,180.- (DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO OCHENTA 00/100 BOLIVIANOS), equivalente al 20.64% del Patrimonio Neto del Banco (Bs 90,334,344.-) vigente a la fecha de la operación, entonces excediendo el veinte por ciento (20%) al que se refiere la norma señalada.

La sustanciación de los procedimientos consiguientes han dado lugar a la Resolución Administrativa ASFI Nº 020/2012 de 20 de enero de 2012, por la que se sanciona al **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** "*con la multa pecuniaria de Bs115,662 (CIENTO QUINCE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS 00/100 BOLIVIANOS) equivalente al 20% del exceso incurrido*", y posteriormente -dado habérsele opuesto Recurso de Revocatoria- a la Resolución Administrativa ASFI Nº 082/2012 de 15 de marzo de 2012, confirmatoria de la anterior, cuya impugnación constituye al presente, objeto de la Resolución Ministerial Jerárquica presente.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Derecho a la prueba.-

El **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en Recurso Jerárquico, refiere que:

> "…***ofreció prueba documental****, por la cual se demuestra de manera clara e indubitable la verdad material de cómo fue realizada la operación con la Carta de Crédito que dio motivo a la sanción impuesta,* (…)
>
> *…se* ***solicitó como PRUEBAS DE OFICIOS, que se Oficie al BANCO CENTRAL DE BOLIVIA*** *al efecto de que certifique si la operación signada con el No. de solicitud 008/2011 de fecha 08 de Diciembre de 2011 fue efectuada en la forma descrita en el párrafo precedente…*
>
> *La producción de esta prueba es* ***inherente al derecho de defensa que en este proceso le corresponde al BANCO DE LA NACION ARGENTINA y tiene la finalidad de demostrar EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL*** *previsto en el Art. 4 inc. d) de la Ley 2341, acreditándose de manera fehaciente e indubitable que el BANCO DE LA NACION*

ARGENTINA no empleó parte de su capital o patrimonio BAJO NINGUNA FORMA en la operación de Carta de Crédito motivo de la sanción, limitándose a pagar el monto de la misma previa acreditación de los fondos por el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA (…)

Queda acreditada la inobservancia a las reglas del Debido Proceso en lo que hace a la faceta de defensa dentro del Procedimiento Administrativo al no haber Su Autoridad permitido la producción de Prueba en la tramitación del Recurso de Revocatoria y no analizar la prueba producida…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto y revisado el memorial de Recurso de Revocatoria de 4 de febrero de 2012, se tiene que efectivamente el recurrente dejó en aquella oportunidad constancia expresa de lo siguiente:

"…***III. DE LA PRUEBA.-***

Con la facultad conferida por el Art. 50 del D.S. No. 27175 se ofrece prueba documental como constancia de la forma de la operación efectuada, consistente en la siguiente:

III.a) PRUEBA DOCUMENTAL.-

- *Copia del Swift de fecha 05 de Octubre de 2011, por el cual se recibe del BANESCO BANCO UNIVERSAL una Carta de Crédito signada con el No. 117133 pagadera a la vista por orden de su cliente CARGILL VENEZUELA S.R.L. a favor de CARGILL BOLIVIA S.A., amparando la exportación por $us. 2.714.000.-,* ***CON REEMBOLSO A TRAVES DEL CONVENIO DE PAGOS Y CREDITOS RECIPROCOS - ALADI,*** *tal como lo señala el punto 53-d (Reimbursing Bank), en consecuencia* ***AMPARADA EN EL ART. II (GARANTIA DE REEMBOLSO) DEL CONVENIO ALADI****.*
- *Pago del monto de la Carta de Crédito que efectúa el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA (BCB), acreditando dicho monto en la cuenta del BANCO DE LA NACION ARGENTINA para que efectúe el pago al beneficiario.* ***Prueba fehaciente de que el BNA no dispuso fondo alguno de su patrimonio, sino que canalizó un pago efectuado por el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA dentro del Convenio ALADI.***

III.a) (sic) ***PRUEBA DE OFICIOS.-***

Solicitamos se Oficie al Presidente del BANCO CENTRAL DE BOLIVIA, para que esta Autoridad disponga por el área que considere pertinente de la entidad que dirige, se informe y certifique a la ASFI si la operación de Carta de Crédito aperturada por CARGILL VENEZUELA a través del BANCO CENTRAL de Venezuela, fue efectuada por el BANCO CENTRAL DE BOLIVIA y por esta entidad al BANCO DE LA NACION ARGENTINA como Banco corresponsal, quien efectuó el pago a CARGILL BOLIVIA luego de que el BCB hiciera el desembolso del monto total de la Carta de Crédito en la cuenta de esta entidad, Operación signada bajo el No. De (sic) *Solicitud* ***No. 008/2011 de fecha 08 de Diciembre de 2011***…"

Así ofrecida, el derecho del recurrente al ofrecimiento y producción de la prueba, amparado en el artículo 50º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para

el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, a la letra señala:

"…*Artículo 50.- (Prueba).*

I. *El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso* -de revocatoria- *y el período de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura*…"

Conviene aquí dividir el presente análisis, en función de las dos formas de prueba (*Documental* y de *Oficio*) ofrecidas a tiempo del Recurso de Revocatoria.

2.1.1. Sobre la prueba documental ofrecida.-

Entonces, en lo referido a la prueba señalada como simplemente "*Documental*", de la que se acusa no haber sido analizada a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria, la misma resulta en la "*copia del SWIFT de fecha 05 de octubre de 2011*" y en el "*pago del monto de la Carta de Crédito que efectúa el Banco Central de Bolivia*".

A tales extremos se refiere el Ente Regulador en oportunidad de la Resolución Administrativa ASFI No. 082/2012 de 15 de marzo de 2012, cuando establece los extremos siguientes:

"…***CONSIDERANDO*** (…)

Que, aplicando el razonamiento de los principios de legalidad y proporcionalidad en la evaluación de los argumentos expuestos por el Banco de la Nación Argentina con relación a los fundamentos contenidos en la Resolución 020/2012 de 20 de enero de 2012, esta Autoridad de Supervisión ha procedido a la revisión de la documentación para el presente proceso, tomando en cuenta los considerandos expresados en el informe técnico legal ASFI/DSR I/R-25991/2012 de 5 de marzo de 2012: (…)

> *Primera etapa.- Del 5/10/11 al 10/11/11 el BNA en atención al requerimiento efectuado por el Banco Universal CA (BANESCO),* ***según consta en la copia del SWIFT*** *punto 49 "confirmation Instructions" debía ser Confirmante de la Carta de Crédito Nº 117173, pagadera a la vista, por lo que registró la operación en la subcuenta 613.01 "Cartas de Crédito Confirmadas Convenio Recíproco", la misma que fue confirmada como se pudo establecer de los documentos adjuntos* (…)

…Por otra parte, en referencia a lo señalado por el BNA, que menciona que la operación se efectuó en su condición de corresponsal, es importante mencionar que el Reglamento para Corresponsalías de Entidades Supervisadas, dispuesto en la Sección 1, Capítulo XIII, del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a partir enero de 2012, dispone:

- *Artículo 2º.- "Toda contratación de corresponsalía debe ser informada por el contratante a ASFI, dentro de los diez (10) días de suscrito el*

contrato expreso…"

- *Artículo 3° "… Los corresponsales financieros podrán proveer por cuenta del contratante las operaciones y/o servicios de acuerdo a lo establecido en el respectivo contrato expreso de corresponsalía, en el marco de las operaciones autorizadas para cada corresponsal financiero conforme a las diferentes disposiciones legales y normativa vigente específica".*
- *Artículo 9°.- "… 6. Comunicar a ASFI, la contratación de la corresponsalía y registro de la misma en el Sistema de Información Institucional (SIIEF)…".*
- *Artículo 10°.- "Será pasible de sanción prevista en el Reglamento de Sanciones Administrativas aprobado por ASFI, el contratante que incumpla las disposiciones del presente reglamento…".*

En este entendido, se ha podido apreciar que el BNA no ha presentado ninguna documentación que acredite su condición de corresponsal, como lo establece el Reglamento de Corresponsalías vigente a partir de enero del presente año, razón por la cual no se ha considerado la argumentación de que la operación realizada haya sido bajo esta modalidad (…)

…El exceso en el que incurrió el BNA no se debió a que el sistema de control no haya sido cumplido, sino que la operación al estar canalizada a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI, con la consiguiente responsabilidad autorizante del Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela, no sería técnicamente computable para el límite legal previsto por el artículo 44° de la LBEF, que supera el 20% patrimonio neto de la entidad.

Asimismo, al considerar que la operación fue otorgada en el marco del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), ésta institución en sus artículos 10 y 11 disponen:

> *Artículo 10. "Los Bancos Centrales garantizan tanto la convertibilidad inmediata de las respectivas monedas nacionales que se entreguen a instituciones autorizadas para efectuar pagos que se canalicen a través del Convenio; como la transferibilidad, a través del mismo de los dólares resultantes de la conversión, cuando dichos pagos sean ya exigibles".*
>
> *Artículo 11. "Cada uno de los Bancos Centrales garantiza al otro la aceptación irrevocable de los débitos que este último le haga al reembolsar a instituciones autorizadas de su país por concepto de los pagos de los instrumentos que se hayan cursado a través del Convenio (…)".*
>
> *Por otra parte,* ***las garantías de los Bancos Centrales, tanto de la República Bolivariana de Venezuela y de Bolivia, están limitadas en su alcance por el numeral 4., Artículo 3, Sección 7, Título V del Anexo I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que refiere las garantías de crédito, estableciéndose: "Las garantías reales válidas para que los bancos puedan exceder el límite del cinco por ciento (5%) de su patrimonio neto hasta el veinte por ciento (20%) que establece el artículo 44 de la LBEF, son las siguientes: (…) 4) Avales, fianzas o cartas de crédito "stand by" emitidas por***

> ***bancos extranjeros calificados de primera línea por una empresa de prestigio internacional, según lo establecido en el artículo 2°, Título IX, Capítulo VIII, Sección 2 de la presente Recopilación de Normas, o emitidas con arreglo al Convenio de pagos y créditos recíprocos***…".
>
> *En este sentido, la operación canalizada por los Bancos Centrales de Venezuela y Bolivia a través del convenio ALADI por $us.2,714,000, gozan de la garantía de un sistema de pagos internacionales, pero no eximen a la entidad del cumplimiento a las normas infringidas*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, en lo que hace a la prueba ofrecida como documental, (que consta expresa o implícitamente) en *contrario sensu* a lo señalado por el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, el Ente Regulador a tiempo de la Resolución Administrativa ASFI No. 082/2012 de 15 de marzo de 2012, sí considero y sí realizó un análisis de la prueba ofrecida por el recurrente en oportunidad del Recurso de Revocatoria.

2.1.2. Sobre la "*prueba de oficios*" ofrecida.-

No sucede lo mismo en lo que toca a la "*Prueba de oficios*" consistente en el oficio al Presidente del Banco Central de Bolivia, para que:

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

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

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

De manera tal que, expresada una solicitud o petición (como lo es el ofrecimiento de prueba) y aún para el caso de que el órgano regulador considerare dentro de su facultad dispositiva, rechazar la misma, debió pronunciarse expresa y fundadamente sobre ello, conforme le obligan el mencionado artículo 24° de la Constitución Política del Estado y el 17°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo: "*La administración pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación*".

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

> "…*Artículo 29.- (Prueba).*
>
> ***I.*** *Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones; pudiendo, sin embargo,* ***rechazar a través de una resolución fundada****, los medios de prueba que, a su juicio, sean manifiestamente impertinentes, innecesarios, excesivos o meramente dilatorios*…" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido y de la revisión pormenorizada del expediente, se tiene que desde el 14 de febrero de 2012 fecha en la que se interpuso el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 020/2012 de 20 de enero de 2012 y consiguientemente –como consta en el recurso- haberse ofrecido *prueba documental* y *prueba de oficios*, las actuaciones que se sucedieron al interior del Ente Regulador, previo al pronunciamiento de la resolución a tal recurso, han sido únicamente el informe técnico legal ASFI/DSR/I/R-25991/2012 de 5 de marzo de 2012, y el informe ASFI/DAJ/R-31560/2012 de 15 de marzo de 2012.

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

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

Al caso concreto además y por pertinente, se debe recordar que el artículo 29º, parágrafo III, también del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que:

> "…***Artículo 29.- (Prueba).***
>
> ***III.*** *Las pruebas serán valoradas* ***en su integridad****, con racionalidad y de acuerdo con*

el principio de la sana crítica…"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

La valoración de la prueba hace al derecho a la prueba que, como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, conforme se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

"*Artículo 115.* (…)

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

Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002:

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

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

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

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

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar la justicia como valor reconocido por los artículos 8º, parágrafo II, y 115º, parágrafo II, de la

Constitución Política del Estado; se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración Pública para su ordenado funcionamiento, por virtud de los cuales es necesario otorgar a los administrados la oportunidad de producir las pruebas que demuestren sus derechos, actuación que, en todos los casos, debe ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

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

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

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

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

> "*…la Constitución Política del Estado (…) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo,* ***pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo****, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (…)*
>
> *Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión,* ***ofrecer y producir pruebas****,* ***obtener decisiones fundadas o motivadas****, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una*

actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

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

2.2. Ponderación del riesgo.-

El recurrente señala también que:

"*…La Resolución que en este acto impugnamos tampoco ha hecho un análisis exhaustivo de derecho, pasando por alto las propias normas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, como la* ***RESOLUCIÓN ASFI No. 022/2012 ACTIVOS Y CONTINGENTES CON PONDERACIÓN DE RIESGO DEL 0%, "OPERACIONES CONTINGENTES GARANTIZADAS POR BANCOS CENTRALES DE PAÍSES MIEMBROS DEL ALADI, SIEMPRE Y CUANDO SEA CON INSTRUMENTO COMPRENDIDO BAJO EL CONVENIO RECÍPROCO Y TRAMITADOS A TRAVÉS DEL BCB****…*"

(…) *la misma ya se encontraba vigente a través del* ***REGLAMENTO DE CONTROL DE LA***

> ***SUFICIENCIA PATRIMONIAL Y PONDERACION DE ACTIVOS****, que en su inciso 10) establece literalmente lo establecido en la Resolución 022/2012, en cuanto a la ponderación de riesgo del 0% en los activos y contingentes para las operaciones realizadas bajo el Convenio ALADI,* ***SIENDO ESTA LA NORMA APLICABLE AL CASO****…"*
>
> *Queda acreditada la inobservancia a las reglas del Debido Proceso en lo que hace a… la falta de análisis de derecho en lo que hace a la aplicación al caso de la Resolución ASFI No. 022/2012 y al REGLAMENTO DE CONTROL DE LA SUFICIENCIA PATRIMONIAL Y PONDERACION DE ACTIVOS sobre los cuales no solo no se ha pronunciado, sino que ni siquiera la ha nombrado ante la contundencia legal que tiene la misma para dar una solución acorde a derecho y en justicia al caso presente…"*

Corresponden aquí las consideraciones siguientes:

2.2.1. Existencia de análisis referido a los contenidos del Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos.-

El recurrente sugiere aquí, como una *Inobservancia a las reglas del debido proceso y verdad material* en el proceder de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (entonces en la impugnada Resolución Administrativa ASFI Nº 082/2012), entonces **como una infracción adjetiva**, la falta de análisis *"en lo que hace a la aplicación al caso de la Resolución ASFI No. 022/2012 y al REGLAMENTO DE CONTROL DE LA SUFICIENCIA PATRIMONIAL Y PONDERACION DE ACTIVOS sobre los cuales… no se ha pronunciado"*, por cuanto la misma no habría considerado la norma del numeral 'x', categoría I, artículo 1º, sección 2ª, dentro de su compromiso legal de "*dar una respuesta oportuna y pertinente*" (Art. 4º, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003), haciendo ello a su obligación de resolver (Art. 17º, Par. I, Ley Nº 2341), como al derecho de las personas, entre ellas los administrados, "*a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen*" (Art. 16º, Inc. 'h', Ley Nº 2341).

No obstante y conforme lo concluido en el numeral 2.1.1 supra (en lo que hace a la efectiva consideración de la prueba documental ya acumulada al expediente), la posición del Ente Regulador referida a la ocurrencia de la operación como garantizada por el Banco Central de Venezuela -uno de los países suscriptores de la Alianza Latinoamericana de Integración (ALADI)- y canalizada a través del Banco Central de Bolivia, resulta también haber sido evaluada y considerada en la Resolución Administrativa ASFI No. 082/2012 de 15 de marzo de 2012, toda vez que la misma señala:

> "*…El exceso en el que incurrió el BNA no se debió a que el sistema de control no haya sido cumplido, sino que la operación al estar canalizada a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI, con la consiguiente responsabilidad autorizante del Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela, no sería técnicamente computable para el límite legal previsto por el artículo 44° de la LBEF, que supera el 20% patrimonio neto de la entidad.*
>
> *Asimismo, al considerar que la operación fue otorgada en el marco del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), ésta institución en sus artículos 10 y 11 disponen:*

Artículo 10. "Los Bancos Centrales garantizan tanto la convertibilidad inmediata de las respectivas monedas nacionales que se entreguen a instituciones autorizadas para efectuar pagos que se canalicen a través del Convenio; como la transferibilidad, a través del mismo de los dólares resultantes de la conversión, cuando dichos pagos sean ya exigibles".

Artículo 11. "Cada uno de los Bancos Centrales garantiza al otro la aceptación irrevocable de los débitos que este último le haga al reembolsar a instituciones autorizadas de su país por concepto de los pagos de los instrumentos que se hayan cursado a través del Convenio (…)".

Por otra parte, las garantías de los Bancos Centrales, tanto de la República Bolivariana de Venezuela y de Bolivia, están limitadas en su alcance por el numeral 4., Artículo 3, Sección 7, Título V del Anexo I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que refiere las garantías de crédito, estableciéndose: "Las garantías reales válidas para que los bancos puedan exceder el límite del cinco por ciento (5%) de su patrimonio neto hasta el veinte por ciento (20%) que establece el artículo 44 de la LBEF, son las siguientes: (…) 4) Avales, fianzas o cartas de crédito "stand by" emitidas por bancos extranjeros calificados de primera línea por una empresa de prestigio internacional, según lo establecido en el artículo 2°, Título IX, Capítulo VIII, Sección 2 de la presente Recopilación de Normas, o emitidas con arreglo al Convenio de pagos y créditos recíprocos…".

***En este sentido, la operación canalizada por los Bancos Centrales de Venezuela y Bolivia a través del convenio ALADI por $us.2,714,000, gozan de la garantía de un sistema de pagos internacionales, pero no eximen a la entidad del cumplimiento a las normas infringidas**…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Se concluye entonces que, la resolución recurrida no adolece -como mal extraña el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**- del análisis y consiguiente pronunciamiento relativo a los extremos a los que se refiere el Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos, aprobado por el artículo único de la Resolución ASFI No. 022/2012 de 25 de enero de 2012, aún no haberse mencionado expresamente en la misma.

No obstante y conforme lo señalado en el numeral 2.1.2 supra, contrariamente a lo que al efecto señala el artículo 4º, inciso d) (*Principio de verdad material*), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, el análisis de los elementos probatorios propuestos que ha cabido al Ente Regulador, está limitado a la interpretación declarativa o estricta de la norma, limitándose a aplicarla a los supuestos estrictamente comprendidos en ella, cuando correspondía más bien una interpretación extensiva a los supuestos no comprendidos expresamente en la norma y que estaban siendo mencionados por el recurrente, determinando que tal análisis resulte insuficiente.

2.2.2. Aplicabilidad de la ponderación de riesgo del cero por ciento (0%).-

En el entender del recurrente, la operación de carta orden de crédito de exportación Nº 913211 corresponde a la categoría de aquellas previstas en el Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos (según la redacción que le aprueba la

Resolución Administrativa ASFI Nº 022/2012 de 25 de enero de 2012), de la siguiente manera:

> "…***Sección 2: PROCEDIMIENTOS DE CÁLCULO EN LA PONDERACIÓN DE ACTIVOS Y CONTINGENTES***
>
> ***Artículo 1º- Coeficientes de ponderación del activo y contingente.-*** *La ponderación de activos aplicando los coeficientes de riesgo definidos en la Ley, no debe considerarse como un sustituto de juicios de valor para determinar los precios de mercado de los diversos activos, sino únicamente para el cálculo de la suficiencia patrimonial de las entidades financieras con relación al volumen de sus operaciones.*
>
> *Los coeficientes de ponderación de activos y contingentes de acuerdo a sus categorías serán los siguientes:*
>
> ***Categoría I – Activos y contingentes con ponderación de riesgo del cero por ciento (0%)*** (…)
>
> **x.** *Operaciones contingentes garantizadas por Bancos Centrales de países miembros de ALADI, siempre y cuando sea con instrumentos comprendidos bajo convenio recíproco y tramitado a través del BCB*…"

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

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

A este efecto cotéjese la fecha de la infracción (7 de octubre de 2011 según la nota de cargos) con la de la carta circular ASFI/DNP/109/2012 (25 de enero de 2012), esta última por la que se comunica y entran en vigencia las modificaciones al *Reglamento de Control de Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos*, conforme lo arriba mencionado.

No obstante y como bien hace notar el recurrente cuando señala que "*si bien la Resolución ASFI No. 022/2012 ha sido emitida el año 2012, la misma ya se encontraba vigente a través del REGLAMENTO*", es eventualmente posible que una norma con la trascendencia y alcances de los señalados por el actual numeral 'x', categoría I, artículo 1º, sección 2ª (Procedimientos de cálculo en la ponderación de activos y contingentes) arriba transcrito, hubiera estado vigente con anterioridad al inicio del proceso administrativo sancionador que se analiza, de manera tal que el órgano regulador hubiera estado obligado a su automática consideración y observancia, pertinencia que no ha sido debidamente aclarada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución Administrativa ASFI No. 082/2012 de **15 de marzo de 2012**, conforme se lo exigía el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) por cuanto, la

mención de la existencia de la Resolución Administrativa ASFI Nº 022/2012 ya constaba en el Recurso de Revocatoria de fecha **14 de febrero de 2012**.

Sin perjuicio de lo hasta aquí establecido, se hace notar que a tiempo del Recurso de Revocatoria de 14 de febrero de 2012, el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** ha señalado que "*el encuadre de la operación ejecutada tendría que haberse efectuado sobre el 30% del patrimonio neto de la entidad*", extremo también aludido en oportunidad de la audiencia de exposición oral de fundamentos de 8 de junio de 2012, pero que al no encontrarse entre los agravios señalados en el memorial de 3 de abril de 2012 (de Recurso Jerárquico), no amerita mayor consideración al tenor del artículo 63º, parágrafo II (*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,…*), de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo).

2.3 Acerca de los principios de verdad material y de proporcionalidad.-

El **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA** señala también que:

> "…*Se ha aplicado una sanción económica al BANCO DE LA NACION ARGENTINA en forma incausada y desproporcionada, se impone una sanción en la suma de Bs115.662 .- cuando esta institución sólo percibió de ingresos por la Operación realizada la suma de Bs43.348.-*…"

El principio de proporcionalidad halla definición en el artículo 75º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), de la siguiente manera:

> "…*Artículo 75.- (Principio de Proporcionalidad). El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimento de las normas infringidas*…"

Toda vez que tal definición importa la proporcionalidad activa, donde se advierte contra la preferencia del infractor a incumplir la norma por resultarle la sanción más beneficiosa que cumplirla (lo que no se acomoda al caso), es pertinente remitirse nuevamente a la Sentencia Constitucional 1464/2004-R, la que señala:

> "…*siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento*…"

Asimismo, las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/018 de 30 de noviembre de 2009 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009, coinciden en rescatar lo señalado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), cuando expresa que:

> "…*El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma*

que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material (...)

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

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

Para el caso que se analiza, la Resolución Administrativa ASFI Nº 020/2012 de 20 de enero de 2012, haciendo mención a su informe Técnico - Legal ASFI/DSR I/R-5239/2012 de 16 de enero de 2012, considera:

"*…la imposición de sanción de multa de acuerdo al artículo 10, Sección 2 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Que, aplicando el criterio de discrecionalidad reglada, considerando la concurrencia de los elementos moduladores de la sanción a imponerse, la intencionalidad en el incumplimiento, y lo dispuesto en la norma antes citada, corresponde la aplicación de sanción de multa equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA…"

Con base a lo mismo, la precitada Resolución Administrativa viene a disponer:

"*…Sancionar al BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, con la multa pecuniaria de Bs115,662 (CIENTO QUINCE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS 00/100 BOLIVIANOS) equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido…*"

Ahora bien; dentro del proceso que se analiza, llaman la atención los extremos siguientes:

- Es evidente que la Resolución Administrativa (sancionatoria) ASFI Nº 020/2012 de 20 de enero de 2012, si bien invoca:

  "*…el criterio de discrecionalidad reglada,… considerando la concurrencia de los elementos moduladores de la sanción a imponerse, la intencionalidad en el incumplimiento, y lo dispuesto en la norma antes citada* -se refiere al artículo 10, Sección 2 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, Título XIII de la *Recopilación-, …*"

En cambio, no refiere el razonamiento ni el fundamento, por el que de lo transcrito se pueda concluir en "*la sanción de multa equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido*", no obstante que un informe previo -Informe Técnico Legal/ASFI/DSR I/R-5239/2012 de 16 de enero de 2012- había señalado que:

> "…*dando cumplimiento a lo establecido por el artículo 10, Sección 2 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y en función a lo explicado para la modulación de la sanción* -se refiere al contenido atinente de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005, aquí también mencionada supra-*, corresponde la aplicación de sanción de multa al BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido, monto que no debe exceder el límite máximo del tres por ciento (3%) del capital mínimo para entidades financieras bancarias*…"

- No existiendo mayor elemento de análisis que proporcione la autoridad recurrida, se impone la transcripción del mencionado artículo 10º del Reglamento de Sanciones Administrativas (Título XIII, Capítulo II, Sección 2: Disposiciones específicas) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme sigue a continuación:

  > "…*Artículo 10º - Las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto… serán pasibles de* ***sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo****,…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva y a tiempo de la sanción, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha fundamentado la forma en que habría aplicado el precepto normativo transcrito a efectos de la imposición de la sanción, en inobservancia del artículo 28º, inciso e), de la Ley Nº 2341 de 13 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) y que hubiera permitido concluir en la existencia o no, de proporcionalidad en tal sanción.

Asimismo y en los términos señalados por el recurrente en su recurso, hace a la consideración del criterio de proporcionalidad, no sólo el monto de la sanción impuesta, sino su compulsa con el monto de la comisión que hubo percibido por la operación de la controversia en su calidad de corresponsal destinatario, que de su parte establece en Bs 43.348.- (CUARENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO 00/100 BOLIVIANOS) empero de lo cual y en propio interés, no ha adjuntado probanza alguna, conforme se lo permite el artículo 56º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, de manera tal que el extremo hace también inviable su consideración al presente.

No obstante del fallo que consta infra en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, la cuestión acerca de la acusada desproporcionalidad no pierde trascendencia, por cuanto la resolución definitiva de la controversia pasa por la revisión de la proporcionalidad extrañada, en función a la existencia o no de la infracción, frente a la tipicidad imputada, extremos que debió tener presente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de pronunciar la resolución sancionatoria.

Por otra parte y a lo señalado por el recurrente en sentido de que "*no es una Institución de lucro*" y con carácter aclaratorio, corresponde se remita a lo señalado por el artículo 9º - dice: "*se constituirán como sociedades anónimas*"- de la Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras), en relación a los artículos 125º y 217º del Código de Comercio.

En cuanto a lo señalado por el **BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en sentido que "*tampoco la Resolución Sancionatoria reconoce la verdad material*", en atención a la determinación de la presente Resolución Ministerial Jerárquica que consta infra, los extremos aludidos por el recurrente carecen también al presente de mayor trascendencia.

CONSIDERANDO:

Que, en la sustanciación del presente proceso administrativo, se ha evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha obrado con inobservancia al procedimiento administrativo previsto en la normativa aplicable, con infracción a las garantías de la recurrente y que hacen al debido proceso administrativo.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos ASFI/DSR I/R-139917 de 28 de diciembre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse nueva nota de cargos, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/UC/Nº 288-2012 DE 07 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 044/2012 DE 24 DE AGOSTO DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 044/2012

La Paz, 24 de agosto de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (BBVA Previsión AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 288-2012 de 7 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 102-2012 de 14 de febrero de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 022/2012 de 31 de mayo de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 078/2012 de 17 de julio de 2012**,** emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de mayo de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.** legalmente representada por el Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez tal como lo acredita el testimonio N° 627/2008, de 24 de noviembre de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/UC/N° 288-2012 de 7 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 102-2012 de 14 de febrero de 2012.

Que, en fecha 30 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA Previsión AFP S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 288-2012 de 7 de mayo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1de junio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA Previsión AFP S.A**. mismo que fue notificado el 6 de junio de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/5628/2011 de 14 de diciembre de 2011, notifica a **BBVA Previsión AFP S.A**., con las contravenciones en las que habría incurrido la entidad, conforme el siguiente texto:

"…CARGO

Existen indicios de incumplimiento por parte de BBVA Previsión AFP S.A., a lo establecido por: el artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, a los artículos 7, 8, 11 (incisos b), c) y e)) y artículo 13 (inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000, como consecuencia de la información difundida en el documento "Guía del Afiliado" a través de su página Web, al utilizar las leyendas al píe de los gráficos empleados, tales como:

- *"BBVA Previsión AFP le brinda la mayor rentabilidad a sus aportes"*
- *"A menor índice de riesgo, mayor seguridad"*
- *"BBVA Previsión AFP cuenta con 1.086 jubilados más que el segundo operador"*
- *"BBVA Previsión AFP cuenta con 103.777 afiliados más que la competencia"*

Lo anterior genera competencia desleal con respecto a la otra AFP, emitiéndose juicios de valor en su publicidad y utilizando solo un tramo de la escala, un gráfico y no la totalidad lo cual induce a conclusiones distorsionadas, creando confusión en el público.

Y por no abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o de competencia desleal; emitir juicios de valor en su publicidad acerca de otra AFP; por no considerar, en la información de la publicidad, la totalidad de la escala de un gráfico y utilizar solo un tramo, cuyo uso conduce a conclusiones distorsionadas que llevan a la confusión del público y promueven una actitud de competencia desleal frente al otro operador.

III. NORMATIVA INFRINGIDA.

A mayor abundancia, la norma infringida se detalla a continuación:

Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

"Artículo 31. Obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). *Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:*

q) Abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o de competencia desleal."

Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000.

"ARTICULO 7°. (JUICIOS DE VALOR).- *Las AFP y ERA no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "el mejor servicio", "la mejor AFP o ERA", "la AFP o ERA con el mejor respaldo" y otros similares.*

ARTICULO 8°. (FUENTE DE LA INFORMACIÓN).- *En la publicidad, promoción de ventas o información referida a comisiones, valor cuota, rentabilidad, cartera, estados financieros tanto de los fondos como de la AFP y ERA, agencias, afiliados, aportantes, recaudaciones, cantidad de afilados y otros autorizados expresamente por la SPVS, deberá utilizarse únicamente como fuente de información la SPVS.*

Cuando se utilicen cifras estadísticas no generadas por la SPVS, deberá indicarse claramente la fuente de información de la cual se obtuvieron los antecedentes. Cuando se utilicen estos conceptos en un gráfico, deberá considerarse la totalidad de la escala sobre la cual fue elaborado, no pudiendo presentarse sólo algunos tramos.

ARTICULO 11". (ASPECTOS GENERALES).- *Para realizar sus actividades de publicidad y promoción de ventas, las AFP y ERA deberán considerar los siguientes aspectos: ...*

b) Las AFP y ERA deberán presentar información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla comprobable y de fácil entendimiento para el público, no pudiendo promover objetivos contrarios a los perseguidos por el SSO y Régimen de Vivienda. El uso de datos parciales de una investigación o estadística no deberá conducir a conclusiones distorsionadas.

c) La difusión deberá estar sustentada en datos veraces, evitando interpretaciones antojadizas o contrarias al verdadero sentido de la información.

e) Cada AFP o ERA deberá mantener en todo su material publicitario, de promoción de ventas e informativo, una actitud de competencia leal frente a las demás AFP o ERA del sistema. (...)

ARTICULO 13°. (PROHIBICIONES).- *Todo tipo de promoción emitida por las AFP y ERA, además de cumplir con lo establecido en el artículo 4 de la presente Resolución, deberá observar las siguientes prohibiciones:*

f) Se prohíbe realizar acciones que conlleven o den lugar a denigrar publicitariamente al competidor, a la confusión del público; asimismo se prohíbe la adhesión a la publicidad ajena y cualquier otra forma de publicidad que pueda ser considerada como un acto de competencia desleal…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 31 de enero de 2012, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV CO 13/01/2012, presentó descargos refiriendo lo siguiente:

"…***Descargos:***

Considerando dichos antecedentes y cargos, con nuestro mayor respeto hacemos llegar los descargos para cada una de las afirmaciones anotadas anteriormente:

a) Respecto a competencia desleal y juicios de valor

En principio se debe puntualizar que se entiende por competencia en materia mercantil, y a tal efecto la doctrina la define como: "...la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables. La base de la competencia es la libertad de actuación económica...".

La libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales están garantizados por el Estado, conforme se desprende del artículo 308 de la Constitución Política del Estado. Por otro lado, la Resolución Administrativa SPVS -P N° 022 de 17 de enero de 2000, que aprueba las normas generales a las cuales se sujetará la publicidad que realicen las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), establece lo siguiente:

- *Las AFP podrán emplear todos los recursos creativos de publicidad, en la medida que éstos no provoquen confusión respecto al Seguro Social Obligatorio (SSO), el fondo de Capitalización Colectiva (FCC), las AFPS anunciantes o sus servicios, y que no constituyan actos de competencia desleal mediante el descrédito el ridículo o cualquier acto similar (Art. 5).*

- *Las AFP no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acera de otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "El mejor servicio," "la mejor AFP", "la AFP con el mejor respaldo" y otros similares (Art. 7).*

- *Las AFP deberán presentar información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla, comprobable y de fácil entendimiento para el público. El uso de datos parciales de una investigación o estadística no deberá conducir a conclusiones distorsionadas (Art. 11 Inc. b).*

- *La difusión deberá estar sustentada en datos veraces, evitando interpretaciones antojadizas o contrarias al verdadero sentido de la información (Art. 11 Inc. c).*

- *Se prohíbe realizar acciones que conlleven o den lugar a denigrar publicitariamente al competidor, a la confusión del público; asimismo se prohíbe la adhesión a la publicidad ajena y cualquier otra forma de publicidad que pueda ser considerada como un acto de competencia desleal (Art. 13 Inc. f).*

En el marco del ordenamiento jurídico mencionado se puede evidenciar que la existencia de competencia desleal en materia de publicidad por parte de las AFP, se encuentra sujeta a las siguientes condiciones:

1) Cuando la publicidad causa el descrédito del competidor.
2) Cuando la publicidad no puede ser justificada objetivamente.
3) Cuando la publicidad produce confusión en la clientela.
4)Cuando la publicada contiene información distorsionada e incompleta.

Cabe manifestar que en la nota de cargos cite APS/DJ/5628/2011 de la Autoridad que Ud. dirige no vemos prueba que demuestre la existencia de la conducta de competencia desleal de parte de BBVA Previsión, y que se hayan cumplido con los presupuestos establecidos en la disposición administrativa supuestamente infringida y en consecuencia, BBVA Previsión no incurre en ninguna conducta que sea tipificada como competencia desleal al utilizar los slogan observados en la publicidad de su página web, entendiéndose la misma como: "aquella actividad contra la libertad de trabajo, que se configura por el empleo de maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda aviesa, con el propósito de desviar en provecho propio la clientela de un establecimiento comercial o industrial. Los slogan (sic) *utilizados no hacen más que reflejar una información real y no una conducta desleal, como a continuación pasamos a explicar.*

Ninguno de los slogan (sic) *citados y observados por la APS se encuentra infringiendo la normativa citada porque en ellos no se emite juicio de valor[5] alguno con referencia a la otra AFP, la información utilizada no es parcial ni induce a conclusiones distorsionadas, por el contrario, es veraz porque proviene de una fuente autorizada[6] por la normativa y por último no ofende la opinión o fama de la otra AFP. En este sentido el artículo 78 (JUICIOS DE VALOR) de la R.A. SPVS P No 022 de 17 de enero de 2000, indica claramente que "Las AFP y ERA no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de la otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como "el mejor servicio", "la mejor AFP o ERA", "la AFP o ERA con el mejor respaldo" y otros similares"", (el subrayado es nuestro). Considerando lo anterior, ninguna de ellas utiliza la frase "mejor" y menos aluden a aspectos positivos o negativos relacionados a la otra AFP. Además se debe advertir que cada una de estas frases es objetivamente demostrable en los gráficos correspondientes provenientes de información oficial (ver nota de pie 6); consecuentemente, al ser objetiva no existe juicio de valor o acto de competencia desleal por parte de nuestra AFP atribuido a estas frases.*

b) *En cuanto al cargo que indica que BBVA Previsión publica "sólo un tramo de la escala en un gráfico y no la totalidad lo cual induce a conclusiones distorsionadas,*

creando confusión en el público" y la afirmación de AFP Futuro de Bolivia S.A. en su nota FUT.AP.SGC. 1483/2010 afirmando que "BBVA Previsión AFP S.A. publicó solamente un tramo del comportamiento de la rentabilidad del FCI de años pasados, en la cual esta AFP logra una rentabilidad mayor a la otra conduciendo a conclusiones distorsionadas para los agentes de la Seguridad Social de Largo Plazo", no es correcto por lo siguiente: el Art. 8. (FUENTE DE LA INFORMACIÓN), de la R.A. SPVS P No 022 de 17 de enero de 2000 señala claramente que: "Cuando se utilicen estos conceptos en un gráfico, deberá considerarse la totalidad de la escala sobre la cual fue elaborado, no pudiendo presentarse sólo algunos tramos" (subrayado nuestro), como se puede apreciar, Futuro de Bolivia AFP S.A. confunde el término "escala" con "años" o período de tiempo al cual se refieren los gráficos, lo cual no está previsto en la norma citada, siendo que además la escala utilizada es el porcentaje respecto al total, siendo el mismo indicador para los distintos operadores.

c) *Respecto al cargo que el uso de los mencionados gráficos "conduce a conclusiones distorsionadas que llevan a confusión del público.." es importante remarcar que respecto al Art. 11 (ASPECTOS GENERALES), de la R.A. SPVS P No 022 de 17 de enero de 2000, en su Art. b) señala que: "Las AFP y ERA deberán presentar información clara, oportuna, veraz, útil, directa sencilla comprobable y de fácil entendimiento para el público, no pudiendo promover objetivos contrarios a los perseguidos por el SSO y Régimen de Vivienda. El uso de datos parciales de una investigación o estadística no deberá conducirá conclusiones distorsionadas." (el subrayado es nuestro), el mismo ha sido cumplido a cabalidad ya que la información presentada en los mencionados gráficos sobre el índice de Riesgo; la Rentabilidad del Sistema; la Cuota Histórica de Afiliación y la Cuota Histórica de Jubilación individualmente son información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla comprobable y de fácil entendimiento para el público ya que está respaldada por la información oficial publicada en su oportunidad (ver nota al pie 6). Por estas razones, el uso de esta información de ninguna manera podía conducir a conclusiones distorsionadas por parte del público o los afiliados. Más aún, las frases son aclaratorias como por ejemplo "a menor índice de riesgo, mayor seguridad" muestran el significado de un índice técnico y en los otros casos amplían hechos objetivos y demostrables proveniente de los datos estadísticos de dicha época.*

d) *En la nota de cargo, respecto a la normativa incumplida, se menciona también el Art. 13 (PROHIBICIONES)), de la R.A. SPVS P No 022 de 17 de enero de 2000, en su inciso f) señala que: "...Se prohíbe realizar acciones que conlleven o den lugar a denigrar publicitariamente al competidor, a la confusión del público..." lo cual ha sido cumplido a cabalidad ya que ninguna de las frases hacen alusión directa a AFP Futuro de Bolivia de Bolivia, sino simplemente aclara la información que aparece en los gráficos.*

Por todo lo expuesto, es que sostenemos que la nota de cargos cite APS/DJ/5628/2011 no demuestra la existencia de la conducta de competencia desleal por parte de BBVA Previsión, en virtud a lo establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, no habiéndose probado que:

- *La información publicitada desacredita a la AFP Futuro de Bolivia ni a sus servicios.*

- *La información que ha sido publicitada no se encuentra objetivamente respaldada.*
- *Al publicitar esta información, se haya producido una confusión en los afiliados, que haya generado un traspaso que hubiera causado daño a la otra AFP.*
- *La información publicitada por BBVA Previsión tiene datos distorsionados e incompletos.*

Finalmente, se debe aclarar que en el presente informe de descargo se ha omitido hacer comentarios sobre el total de las observaciones de Futuro de Bolivia AFP S.A., debido a que en la mismas (sic) *justamente cometen la falta reclamada por dicha entidad, ya que contienen conclusiones y conceptos subjetivos, como ser que según Futuro de Bolivia AFP S.A: "su utilización persiguió fines comerciales únicamente, toda vez que las frases presentan conclusiones convenientes para la AFP", lo cual nos extraña y rechazamos rotundamente, debido a que la guía del afiliado es un documento informativo muy importante para el afiliado, el cual no solamente contenía la información estadística y gráfica mencionada; sino principalmente, consigna la explicación de los beneficios que otorgaba el anterior sistema y los requisitos que debían ser cumplidos para optar a los mismos.*

Ninguno de los actos que BBVA Previsión o la APS realicen u omitan realizar como emergencia de este procedimiento administrativo podrá ser interpretado como renuncia al ejercicio de los derechos constitucionales y legales de BBVA Previsión AFP S.A., ni como consentimiento expreso o tácito de actos u omisiones que vulneren o amenacen vulnerar derechos o garantías de nuestra Sociedad, respecto de los cuales nos reservamos el ejercicio de las acciones a que tuviere derecho conforme a la Constitución y la ley…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 102-2012 DE 14 DE FEBRERO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 102-2012 de 14 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…PRIMERO.- I. *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us5000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en los artículos 7, 8, 11 incisos b), c) y e) y el artículo 13 en su inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, así como el artículo 31 inciso q)de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones.*

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 4 de abril de 2012, BBVA Previsión AFP S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 102/2012 de 14 de febrero de 2012, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/UC/Nº 288-2012 DE 7 DE MAYO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 288-2012 de 7 de mayo de 2012, mediante la cual confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 102-2012 de 14 de febrero de 2012, bajo los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que BBVA Previsión AFP S.A., interpone Recurso de Revocatoria, en fecha 04 de abril de 2012, solicitando revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 102-2012 de 14 de febrero de 2012, en base a fundamentos de hecho y derecho a ser analizados.

Que para determinar sobre la procedencia o improcedencia del recurso administrativo, a parte de la forma de presentación, se han establecido dos requisitos indispensables en la legislación, comprendidos en el artículo 56 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, así como por el artículo 37 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003. Estos, requieren de una parte, que los recursos sean interpuestos en contra de una resolución definitiva o actos administrativos de carácter equivalente, y de la otra, que el afectado considere que el acto administrativo a recurrir afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que de la revisión de los antecedentes, se ha verificado el cumplimiento del primer requerimiento al haberse recurrido una resolución administrativa definitiva. Respecto al segundo, se procede con su verificación, a través de la consideración y valoración de los argumentos expuestos por el recurrente, dando cumplimiento de este modo, a lo establecido por el artículo 30 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, relacionado a emitir el pronunciamiento respectivo con referencia a hechos y fundamentos de derecho planteados por el recurrente, de la siguiente forma:

"La APS ...debe ante todo integrar sus actuaciones al ordenamiento jurídico establecido por mandato del artículo 4 de la citada ley tiene el deber legal de realizar sus actos administrativos buscando la verdad material de los hechos antes que la verdad formal, es decir, que cuando se demuestra un acto a través de medios inequívocos.

Esta Administradora de Fondos de Pensiones publico (sic) la información cumpliendo los formatos y requisitos establecidos en la Resolución Administrativa R.A. SPVS-P No 22 del 17/01/2000, sanción injusta porque la verdad material de los hechos demuestran que no existe la supuesta infracción imputada por la APS".

Al respecto y considerando que, la verdad material es considerada como una derivación práctica del principio de legalidad, corresponde señalar que el proceso sancionatorio sustanciado, ha sido desarrollado en todas sus etapas con pleno sometimiento a la ley, garantizando el debido proceso.

Con relación al cumplimiento del principio de la verdad material, es útil considerar que el cumplimiento de dicho principio "...implica -que la Administración tiene el derecho y el deber de reunir toda la prueba relativa al conocimiento real de los hechos sobre los cuales se debe resolver. (Daniel Gómez Sanchís, Manuel de Derecho Administrativo, 1996).

En ese contexto, se entiende que la Autoridad tiene que reunir toda la prueba relacionada al hecho, agotando todo (sic) *los medios de prueba, aportada por el imputado (AFP), la cursante en el expediente e incluso la que no ha sido proporcionada por las partes consideradas en un proceso, en base a las cuales debe adoptar una decisión.*

Consecuentemente la verdad material de un hecho, no implica una aceptación pura y simple de los descargos presentados por la AFP, sino su valoración y de ser necesario determinar la producción de mayores elementos de prueba suficientes para tomar una decisión respecto al cargo imputado.

Asimismo la AFP debe considerar que las pruebas y/o argumentos presentados como descargos han sido valorados, de acuerdo a la sana crítica y a las previsiones legalmente establecidas.

En el proceso sancionatorio sustanciado que nos ocupa la aplicación de este principio, se ha visto materializado en el periodo de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, concedidos a la AFP mediante nota APS/DJ/5628/2011 de 14 de diciembre de 2011, para la presentación de sus descargos. Asimismo constituye prueba, la cursante en el expediente, relativa a la impresión de las publicaciones difundidas en la página Web de la AFP. Así como los argumentos expresados por la AFP en su nota de descargos PREV CO 13/01/2012 de 31 de enero de 2012.

Entonces durante el término de prueba, la AFP tuvo la oportunidad de ejercitar su derecho a la defensa en forma amplia y valerse de todos los medios de prueba legalmente establecidos, presentarlos para su valoración y de ser necesario solicitar la ampliación del término de prueba y de haberla obtenido recientemente, solicitar la apertura de un nuevo periodo de prueba en la etapa de impugnación.

Al respecto, esta Autoridad no ha considerado necesario determinar la producción de mayores elementos de prueba para formar convicción respecto al caso, debido a que la infracción está relacionada a la publicidad difundida por la AFP en la Guía del Afiliado, misma que puede ser analizada aplicando definiciones conceptuales sobre la publicidad realizada que están claramente definidos y son de fácil comprensión, para realizar el análisis de la publicidad difundida y para verificar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes normativos imputados.

De lo señalado, se comprueba que esta Autoridad ha dado cumplimiento al principio de la verdad material, pues en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N⁰ 102-2012 de 14 de febrero de 2012, al resolver el proceso sancionatorio instaurado en contra de la AFP se ajustó a los hechos reales que constan como prueba en el proceso, relativos a la publicación difundida por la AFP, verificándose el incumplimiento de la normativa a través del análisis técnico de la publicidad realizada, cuyo procedimiento y decisión, no está sometida a la pretensión de la parte interesada sino a la normativa que regula la actividad de la AFP.

Por otro lado la AFP señala:

"La resolución administrativa sanciona a BBVA Previsión AFP por infracción a lo establecido en los artículos 7, 8, 11 incisos b), c) y e) y el artículo 13 en su inciso f) de la R. A. SPVS-P No 22 del 17/01/2000 y el artículo 31 inciso q) de la Ley 1732 del 29/11/1996.

Señor Director, ninguna de las cuatro (4) frases utilizadas por BBVA Previsión (sic) y observadas por el ente regulador, infringe el artículo citado ya que en ellas no se emite juicio de valor alguno con referencia a las AFP Futuro de Solivia (sic), tampoco se utiliza la frase "mejor" y menos aún aluden a aspectos positivos o negativos relacionados a la AFP Futuro de Solivia (sic)."

"...Cada una de estas frases son objetivamente demostrables en los gráficos correspondientes, cuyos datos fueron obtenidos de las estadísticas publicadas en la página oficial del Ente Regulador, de acuerdo a lo siguiente:

a) La información de la "rentabilidad del sistema" puede ser verificada, siguiendo el vínculo: http: //www.aps.gob.bo/reportesaspx/ reporte.aspx?c=IPVALCUOTAEVOLUCION.

b) La información referida a la cuota de afiliación histórica puede ser verificada en el vínculo http://www.aps.gob.bo/NR/rdonlyres/54CD3514-1B44-470-B0C0-38967281F2D/12711/AFILIADOS ACUMULADOS 11 2011. pdf.

c) La información sobre el "número de jubilados" puede ser verificada en el siguiente vínculo http://www.Aps.gob.bo/NR/rdonlyres/IC04476 1-3E06-444E-A351-ECD705DDE74A/12879/JUB AFP TIPO PEN 012012.pdf y la consecuente cuota de jubilación.

d) La información del "índice de Riesgo", en su momento también fue publicada oficialmente en la página del ente regulador, información que a la fecha fue descontinuada.

Conforme se ha demostrado la objetividad y el origen de la información publicada, de la misma se colige clara e inequívocamente que no existe juicio de valor, ni se utilizaron frases inadecuados, toda la información publicada es objetivamente demostrable porque se basa en datos oficiales, en consecuencia no se transgredió el artículo 7° de la R.A. SPVS-P No 22."

Al respecto, la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000, establece que: "Las campañas publicitarias no podrán fundarse en objetivos distintos a los perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO)...". En ese sentido y como ya se había manifestado anteriormente en la Resolución Administrativa Sancionatoria, la publicidad no puede tener otro objeto que no sea aquello que persigue el Seguro Social Obligatorio a largo plazo.

Asimismo la normativa señalada prohíbe el uso de frases tales como "el mejor servicio" o similares porque expresan juicios de valor en forma implícita respecto a la otra AFP. Consecuentemente, la AFP en su publicidad no podía recurrir a la comparación de servicios con relación a la otra AFP, utilizando las siguientes frases: ""BBVA Previsión AFP le brinda la ***mayor*** *rentabilidad a sus aportes", "A menor índice de riesgo,* ***mayor*** *seguridad", "BBVA Previsión AFP cuenta con 1.086 jubilados* ***más que el segundo operador",*** *"BBVA Previsión AFP cuenta con 103.777 afiliados* ***más que la competencia",*** *porque emiten juicios de valor en relación a la otra AFP, cuyo objeto es situar a la AFP en una posición de mayor relevancia frente a la otra AFP. Dicha conclusión fue extraída del análisis que se realizó en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N⁰ 102-2012, de la siguiente manera:*

- *"El emplear la frase 1) la fracción de "BBVA Previsión AFP le brinda la mayor rentabilidad a sus aportes" intrínsecamente induce a pensar que, considerando el duopolio de las AFP en el Estado Plurinacional, la otra Administradora tiene una menor rentabilidad, por lo que BBVA Previsión AFP S.A. busca, favorecerse comercialmente de esta situación, teniendo claro conocimiento que el comportamiento de la rentabilidad es una variable fluctuante.*

- *Al emplear la frase 2) "a menor índice de riesgo, mayor seguridad" induce a pensar que la otra AFP tiene "mayor riesgo y menor seguridad", BBVA Previsión AFP, considerando el duopolio citado, nuevamente pretende conseguir una ventaja comercial en desmedro de la otra administradora.*

- *Al emplear la frase 3) "BBVA Previsión AFP cuenta con 1.086 jubilados más que el segundo operador" se auto-posiciona como la primera operadora, exponiendo una confrontación desleal contra la otra AFP buscando ventaja comercial, objetivo distinto al que persigue la Seguridad Social de Largo Plazo.*

- *Al emplear la frase 4) "BBVA Previsión AFP cuenta con 103.777 afiliados más que la competencia" pretende crear un favoritismo con respecto a la AFP, en desmedro de la otra administradora, provocando así confusión en el Asegurado".*

De lo señalado, se tiene que, las frases utilizadas por la AFP en la publicación de la "Guía del Afiliado", son consideradas similares a las claramente prohibidas por el artículo 7 de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, porque emiten juicios de valor acerca de la otra AFP implícitos en las mismas expresiones, que tampoco pueden ser justificados objetivamente, debido a que los datos expuestos además de no poseer el respaldo técnico y/o legal necesario que demuestren por ejemplo, que BBVA Previsión AFP S.A., al momento de la publicación, tuviese ***"el menor índice de riesgo",*** *van en desmedro del otro competidor.*

En este tema específico relacionado al índice de Riesgo, se tiene que para el 04 de mayo de 2010, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones -AP, había suspendido la publicación de los datos relacionados Índice de Riesgo hasta contar con una norma específica que permita la estimación adecuada de los niveles de riesgo. Este hecho fue comunicado a las Administradoras en fecha 19 de mayo de 2010, para que en su momento se trabaje de manera conjunta. Seguidamente, el 10 de mayo de 2010 mediante nota AP/UI/1633/2010 de 09 de junio de 2010, se invitó a la AFP a ser parte del comité técnico que elaboraría la normativa relativa al cálculo del índice de Riesgo, consecuentemente BBVA Previsión AFP S.A. en junio ya tenía conocimiento que la ex AP había suspendido las publicaciones del índice de Riesgo, por tanto los datos publicados en la "Guía del Afiliado" en el mes de septiembre no tenían respaldo, debido a que estaban desactualizados y contravenían la normativa específica.

Adicionalmente, llama la atención el uso de dichas estadísticas en la "Guía del Afiliado", debido a que en fecha 17 de junio de 2010, en reunión sostenida en oficinas de la ex AP, se acordó con las Administradoras de Fondos de Pensiones, suspender todo tipo de publicación referente al índice de Riesgos de las páginas web de ambas AFP hasta formular la nueva metodología con respaldo técnico y legal.

Sin embargo el 15 de septiembre de 2010, la ex AP advirtió que BBVA Previsión AFP S.A. continuó publicitando en la "Guía del Afiliado" datos sobre el índice de Riesgo, por lo que mediante nota AP/UI/2665/2010 entregada a la AFP el 17 de septiembre de 2010, se le instruyó retirar dicha publicación.

Este hecho, significa que por tres (3) meses la AFP hizo caso omiso de la instrucción recibida y que sabía que los datos difundidos respecto al índice de Riesgo, no tenían sustento, ni credibilidad y consiguientemente, no eran demostrables, pero aún así la AFP continuó difundiéndolos, infringiendo el artículo 7 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 22 de 17 de enero de 2000.

Por otro lado la AFP en su impugnación, señala:

"Conforme regula el artículo 8 de la disposición administrativa, citada, la información y datos utilizados por esta Administradora para realizar las gráficas publicadas, se obtuvieron de las estadísticas registradas (sic) en la página Web del Ente Regulador en la dirección www.ap.gob.bo, al haberse obtenido esta información de la publicación oficial del Ente regulador, esta AFP no ha incumplido el artículo 8; por lo que las mismas gozan de presunción de veracidad y no fueron alteradas de modo alguno, ni en beneficio nuestro y menos en detrimento de la otra AFP".

Al respecto, la AFP debe comprender que la infracción administrativa no está referida a la fuente de la información sino a la manera en que fue utilizada la misma, lo que ha determinado la imputación del artículo referido. Entonces el uso parcial de las cifras, estadísticas y/o gráficos en desmedro de la otra AFP, es lo que ha dado lugar a la configuración de la infracción. En especial los datos publicados en la "Guía del Afiliado" referidos a la Rentabilidad del Sistema.

Por lo señalado, es necesario considerar que el artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000, prevé que cuando se utilicen gráficos, se debe considerar la totalidad de la escala elaborada y no sólo algunos tramos. En el presente caso, BBVA Previsión AFP S.A. publicó solamente un tramo del comportamiento de la rentabilidad del FCI de años pasados, en el cual la AFP obtuvo una rentabilidad mayor a la otra AFP, induciendo de esta forma a conclusiones distorsionadas y provocando confusión en el público.

Entonces en el caso que nos ocupa, la publicidad expresada en la "Guía del Afiliado"' reflejó por sí misma, la intencionalidad de resaltar el desempeño de la AFP por encima de la competencia, cuando el objeto real de la publicación de los datos estadísticos por parte del Ente Regulador es de reflejar todos los tramos, los cuales expresan el comportamiento integral de la rentabilidad del FCI.

La AFP también señala:

"BBVA previsión AFP cumplió lo establecido en todos los incisos del artículo citado, aseveración que se evidencia en la "Guía del Afiliado publicada en nuestra página Web, misma que se caracteriza por contener información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla, comprobable, y de fácil entendimiento para el público, no conduciendo a conclusiones distorsionadas o que falten a la realidad.

Las frases y las gráficas presentadas observadas contienen datos veraces y precisos, en concordancia con lo informado por el propio Ente Regulador en la publicación de su información estadística, pudiendo cualquier persona calcular si existe o no diferencia en resultados entre ambas AFP's; hecho por el cual no se da lugar a interpretaciones antojadizas, ni contrarias al verdadero sentido de la información, ya que expresamente revelaba información sobre Afiliaciones, Jubilación, índice de Riesgo y la Rentabilidad del Sistema, traduciendo la información publicada por el Ente regulador a porcentajes de participación de mercado, resultados que fueron obtenidos en base al trabajo responsable de cada AFP, y no obedecen a ninguna publicación errónea o tendiente a distorsionar la realidad, sino más bien es un reflejo de la misma, que es de conocimiento del Regulador y que no tiene porque no ser informada de manera responsable al público, hecho que de modo alguno contradice los principios de la Seguridad Social, más al contrario transparentó, y da la oportunidad de elección libre al público."

Con relación a lo expresado por la AFP, se observa que la publicidad no cumplió con los aspectos generales establecidos por el artículo 11 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000, porque la información difundida en la "Guía del Afiliado" no es veraz, útil, directa, sencilla, comprobable y de fácil entendimiento para el público. En principio porque que los datos publicados relacionados al índice de Riesgo fueron suspendidos por el Ente Regulador hasta contar con una nueva metodología de cálculo, hecho que como se menciona antes, fue de conocimiento de la AFP y pese a ello se difundieron. Respecto a los demás datos publicados, persiste la observación respecto al uso de sólo un tramo, cuando debió considerarse la totalidad de la escala de un gráfico, por tanto la información publicada es sesgada e incompleta. Ambas observaciones hacen que la publicidad no sea veraz y no sea útil para el publico pues no puede basar

su elección en base a datos de credibilidad dudosa; no es sencilla porque son gráficos que necesitan de una explicación, a cuyo objeto la AFP ha utilizado expresiones contrarias a lo permitido por la norma, anteriormente explicadas, no son comprobables por el uso parcial de los tramos y por la falta de una nueva metodología de cálculo que determine el índice de Riesgo.

Por otro lado BBVA Previsión AFP S.A. dice:

"Referente a la competencia o publicidad desleal, consideramos que es una imputación injusta contra esta Administradora; de acuerdo a lo citado por la APS, en la R.A. sancionadora sobre lo descrito por la doctrina española por Mabel López García, que manifiesta: "la competencia desleal perjudica directamente a los consumidores de una manera concreta al generar confusión entre los productos y servicios de diversos empresarios, afectando a. la libre decisión del consumidor que puede verse afectado ***por engaño".*** *Al respecto, claramente se evidencia que la publicación efectuada por BBVA Previsión AFP en la página WEB no incurre en engaño en virtud a que la información es cierta, real, comprobable y cualquier persona sin lugar a distorsión al ver los gráficos puede interpretar lo afirmado en las frases publicadas; interpretación que también puede darse al ver las estadísticas que publica la propia APS, la información proporcionada por esta AFP no es más que el reflejo de la realidad y no llevaron de modo alguno a confusión al público, ni denigraron a la otra AFP.*

...la competencia desleal se da cuando una empresa en base al engaño y falseando la verdad utiliza información no comprobable con el objetivo de causar daño a la competencia; hecho que no fue lo acontecido en el caso que nos ocupa y que consideramos es simplemente un exceso de subjetividad no comprobable.

Sobre la frase expuesta al pie del gráfico del índice de Riesgo, dando una interpretación objetiva sin incurrir en una interpretación maliciosa, se puede evidenciar que únicamente expresa la definición del Indicador, justamente puesta para evitar interpretaciones equivocadas y/o confusión, ya que se pudiera interpretar que la línea que contiene las cifras mayores obtienen mejores resultados en términos de riesgo de su portafolio que la línea que registra las cifras más bajas.

Asimismo se concluye que no se causado ningún daño a la otra AFP, ni se le ha denigrado ya que los resultados del Sistema así lo demuestran, como se puede advertir de las estadísticas publicadas por la APS en su página Web, se evidencia que después de las publicaciones Futuro de Bolivia ha incrementado su participación en el mercado, como se muestra en los siguientes cuadros:

Cantidad de Afiliaciones

Año	*Futuro de Bolivia*	*BBVA Previsión*
2009	*43.912*	*51.509*
2010	*49.122*	*49.218*
2011	*48.952*	*40.584*
2012	*4.458*	*5.682*

Cuota de Mercado Histórica

Año	*Futuro de Bolivia*	*BBVA Previsión*
2009	*45,58%*	*54,42%*
2010	*45,90%*	*54,10%*
2011	*46,44%*	*53,56%,*
2012	*46,42*	*53,58%>*

Consideramos que los cargos imputados a BBVA Previsión AFP, son muy subjetivos y llevan a una interpretación equivocada de la norma, que lo único que logrará es desmotivar la competencia leal entre los operadores, quienes quedan sin la posibilidad de informar sus logros al público; por otro lado no existe, ni existió ningún daño al público o a la otra AFP, hecho que tampoco fue demostrado por el Regulador y el mismo mercado demostró lo contrario."

Al respecto, la definición de competencia desleal descrita por Mabel López García y utilizada por esta Autoridad en el análisis del proceso sancionatorio en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 102-2012, señala que "la ***competencia desleal*** *perjudica directamente a los consumidores de una manera concreta al* ***generar confusión*** *entre los productos y servicios de diversos empresarios,* ***afectando a la libre decisión*** *del consumidor que puede verse afectada por engaño, y de manera genérica por distorsionar e impedir el correcto funcionamiento del sistema." En ese sentido "* ***la publicidad,*** *como servicio dirigido a los consumadores,* ***constituye un instrumento ordenado para orientar la libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en mercado"*** *(Las negrillas son nuestras).*

Por otro lado, como ya se había mencionado en la resolución recurrida, la publicidad utilizada por la AFP es conocida como ***publicidad desleal*** *dentro de la que se distinguen además tres tipos: "la denigrante,* ***la comparativa*** *y la confusionista o de explotación de la reputación ajena". Se considera publicidad comparativa a* ***"aquella en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificados, con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios frente a los ajenos".*** *(Las negrillas son nuestras).*

Entonces cuando la AFP señala: "BBVA Previsión AFP le brinda la mayor rentabilidad a sus aportes" implica que la otra operadora le brinda menor rentabilidad; y cuando se publica: "A menor índice de riesgo, mayor seguridad", indica que con BBVA Previsión AFP S.A. al tener el menor índice de riesgo, el consumidor de dicha AFP tiene mayor seguridad en relación a la otra AFP. De esta manera se ve que, las frases utilizadas hacen alusión indefectiblemente al otro operador; por tanto, la inducción a confusión y error del receptor de la publicidad es evidente, por la falsa impresión que ocasiona la publicidad, lo que da lugar al perjuicio del competidor.

De lo anterior se tiene que, la publicidad es en definitiva un instrumento que se utiliza para inducir la libre decisión de los usuarios de un mercado específico. Y en el presente caso, esta decisión libre se vio afectada por la falta de veracidad de los datos publicados, así como por el uso parcial de la información o datos publicados y porque la

AFP sabía que los datos expuestos en la publicidad carecían de respaldo, los cuales no podían ser demostrables objetivamente y no reflejaban la realidad; y aún así, difundió la publicidad contenida en la Guía del Afiliado, asegurando al público que BBVA Previsión AFP tenía el menor índice de riesgo cuando señalaba "A menor índice de riesgo, mayor seguridad".

Dicho análisis, demuestra que la publicidad comparativa utilizada por la AFP genera competencia desleal, por la comparación de servicios y el uso de datos parciales utilizados, cuyo objetivo es totalmente alejado y distinto a los perseguidos por la Seguridad Social a largo plazo.

De tal razonamiento, se tiene que no existe subjetividad en los cargos imputados y mucho menos en la evaluación de los descargos, sino un análisis integral del cargo, de la norma imputada y los descargos presentados, concluyéndose que las publicaciones realizadas por la AFP en "La Guía del Afiliado" dieron lugar a la competencia desleal a la cual debía abstenerse, según mandato del artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1992.

Finalmente, en relación a lo señalado por la AFP cuando indica que"...el Regulador tampoco debería publicar ningún dato en el que se refleje una mayor eficiencia de una AFP con relación a la otra...", la AFP debe considerar el rol que desempeña la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros como Ente que regula el sector, debido a que al momento de publicar estadística de manera oficial en su sitio Web, no emite apreciaciones ni interpretaciones de las tendencias ni de la fluctuación de los índices y variables expuestas; mucho menos emite juicios de valor, sino que cumple con una función y una atribución que emana de la Ley… "

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 de mayo de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 288-2012 de 07 de mayo de 2012, argumentado lo siguiente:

"…II. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.

Los fundamentos que sustenta la Resolución Confirmatoria de la Sanción expresa: "El emplear la frase 1) la fracción de "BBVA Previsión AFP le brinda la mayor rentabilidad a sus aportes" intrínsecamente induce a pensar que, considerando el duopolio de las AFP en el Estado Plurinacional, la otra Administradora tiene una menor rentabilidad, por lo que BBVA Previsión AFP S.A. busca favorecerse comercialmente de esta situación, teniendo claro conocimiento que el comportamiento de la rentabilidad es una variable fluctuante.

Al emplear la frase 2) "a menor índice de riesgo, mayor seguridad" induce a pensar que la otra AFP tiene "mayor riesgo y menor seguridad", BBVA Previsión AFP, considerando el duopolio citado, nuevamente pretende conseguir una ventaja comercial en desmedro de la otra administradora.

Al emplear la frase 3) "BBVA Previsión AFP cuenta con 1.086 jubilados más que el segundo operador" se auto-posiciona como la primera operadora, exponiendo una confrontación desleal contra la otra AFP buscando ventaja comercial, objetivo distinto al que persigue la Seguridad Social de Largo Plazo.

Al emplear la frase 4) "BBVA Previsión AFP cuenta con 103.777 afiliados más que la competencia" pretende crear un favoritismo con respecto a la AFP, en desmedro de la otra administradora, provocando así confusión en el Asegurado.

De lo señalado, se tiene que, las frases utilizadas por la AFP en la publicación de la "Guía del Afiliado", son consideradas similares a las claramente prohibidas por el artículo 7 de la Resolución Administrativa SPVS- P N° 022 de 17 de enero de 2000, porque emiten juicios de valor acerca de la otra AFP implícitos en las mismas expresiones, que tampoco pueden ser justificados objetivamente, debido a que los datos expuestos además de no poseer el respaldo técnico y/o legal necesario que demuestren por ejemplo, que BBVA Previsión AFP S.A., al momento de la publicación, tuviese ***"el menor índice de riesgo",*** *van en desmedro del otro competidor".*
La APS a fin de ejecutar su potestad imperativa o de mando de impartir órdenes, hacerlas cumplir y en aplicar sanciones a sus regulados debe ante todo integrar sus actuaciones al ordenamiento jurídico establecido porque toda decisión crea situaciones jurídicas que dan origen a los actos administrativos.

La Resolución Administrativa impugnada, sanciona a BBVA Previsión AFP por infracción a lo establecido en los artículos 7, 8, 11 incisos b), c), y e) y el artículo 13 en su inciso f) de la R.A SPVS-P No 22 del 17/01/2000 y el artículo 31 inciso q) de la Ley 1732 del 29/11/1996.

Al respecto la Resolución Administrativa ***R.A. SPVS-P No 22*** *manifiesta:*

"Artículo 7° (Juicios de Valor) *Las AFP y ERA* ***no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de otra AFP,*** *eliminando la utilización de frases y expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente tales como: "el mejor servicio, "la mejor AFP o ERA", "la AFP o ERA con el mejor respaldo" y otros similares."*

Conforme se ha manifestado en el Recurso de Revocatoria, ninguna de las cuatro (4) frases utilizadas por BBVA Previsión infringe este artículo, porque en ellas no se emite ningún juicio de valor con referencia a la otra AFP, tampoco se utiliza la frase "mejor" y menos aún aluden a aspectos positivos o negativos relacionados a la misma. El Artículo dispone que en la propaganda "no se pueden emitir juicios de valor respecto de la otra AFP", al respecto, en cualquier diccionario se define el término "EMITIR" como: dar, manifestar por escrito o de viva voz un juicio, un dictamen, una opinión. La APS en una interpretación extensiva de la disposición administrativa, interpretación que no le está permitida, llega a la conclusión subjetiva de que la AFP debe ser sancionada por que la propaganda publicada "intrínsecamente induce a pensar en la otra AFP". Es importante aclarar que el hecho punible en el Artículo 7 de la R.A. 22/2000 es la utilización de juicios de valor y no el hecho de inducir a pensar, asimismo, que la publicidad en cualquier actividad induce a pensar en todas las empresas que prestan ese servicio, verdad material que la APS no ha desvirtuado en toda la Resolución Sancionatoria y Confirmatoria.

Es importante advertir y destacar que las cuatro (4) frases son reales y objetivamente demostrables, en virtud a que la información fue obtenida de las estadísticas publicadas en la página oficial de la propia APS, como se manifestó y demostró en el Recurso de Revocatoria.

De la información publicada por la AFP se colige clara e inequívocamente que las frases: "le brinda la mayor rentabilidad a sus aportes", "a menor índice de riesgo, mayor seguridad", "cuenta con 1.086 jubilados más que el segundo operador", "cuenta con 103.777 afiliados más que la competencia" no existe juicio de valor ni la utilización de frases inadecuadas porque se basan en datos oficiales y por esta cualidad, son reales e irrebatibles, es más, al ser obtenidas de la página web de la APS, éstas tienen el respaldo técnico y legal correspondiente, o es que la APS al sancionar por la utilización de la información está induciendo a pensar que la información publicada en su página web no es técnica ni legal.

Con referencia al "índice de Riesgo", cabe manifestar a su Autoridad que el hecho de que la APS hubiese suspendido la publicación de esta información para formular la nueva metodología, no implica que la utilización de estos índices no sean realizados con fundamento técnico, legal, veracidad, credibilidad y sustento, aspectos que la APS en la Resolución Sancionatoria y Confirmatoria, tampoco demuestra este hecho, simple y llanamente manifiesta de manera subjetiva que la publicación de estos índices carecen de estos aspectos y que los gráficos necesitan una explicación. Conforme regula el artículo 8 de la R.A. 022/2000, la información y datos utilizados por esta Administradora para realizar las gráficas publicadas, se obtuvieron de las estadísticas registradas en la página Web del Ente Regulador en la dirección www.ap.gob.bo, al haberse obtenido esta información de la publicación oficial del Ente Regulador, esta AFP no ha incumplido el artículo citado; por lo que las mismas gozan de presunción de veracidad y no fueron alteradas de modo alguno, ni en beneficio nuestro y menos en detrimento de la otra AFP.

La APS manifiesta que: "la publicidad comparativa utilizada por la AFP genera competencia desleal, por la comparación de servicios y el uso de datos parciales utilizados, cuyo objetivo es totalmente alejado y distinto a los perseguidos por la Seguridad Social a largo plazo". Al respecto la APS al momento de Sancionar y Confirmar la sanción, no expresa ni demuestra de manera plena, precisa y objetiva en que (sic) *medida la publicación realizada por la AFP afecta a los objetivos de la Seguridad Social a Largo Plazo, la que a esa fecha se encontraba regida por la Ley 1732, disposición que en su Artículo dos define "El seguro social obligatorio de largo plazo comprende las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte y riesgos profesionales, en favor de sus Afiliados".*

IV.- PETITORIO

Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana crítica la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/UC N° 288-2012 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N°102/2012 de 14 de febrero de 2012, porque la sanción impuesta carece de todo sustento legal y contraviene el principio de verdad material establecido en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341...".

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

A efectos de ingresar en la compulsa correspondiente, importa revisar los antecedentes del caso, conforme se procede a continuación:

Conforme anota la Autoridad Fiscalizadora, BBVA Previsión AFP S.A. publicó en su página web, el material informativo "Guía del Afiliado" con datos referentes al Índice de Riesgo y gráficos de rentabilidad, y las siguientes frases relevantes:

- *"BBVA Previsión AFP le brinda mayor rentabilidad a sus aportes"*
- *"A menor índice de riesgo, mayor seguridad"*
- *"BBVA Previsión AFP cuenta con 1.086 jubilados más que el segundo operador"*
- *"BBVA Previsión AFP cuenta con 103.777 afiliados más que la competencia"*

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 288-2012 de 07 de mayo de 2012 (fs. 99), señala que en fecha 04 de mayo de 2010, se comunicó a las Administradoras de Fondos de Pensiones, la suspensión de la publicación de datos relacionados con el Índice de Riesgo, hasta contar con una norma específica que permita la estimación adecuada de los niveles de riesgo.

En fecha 09 de junio de 2010, mediante nota AP/UI/1633/2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, invitó a la AFP a participar del comité técnico para elaborar la normativa relativa al cálculo del Índice de Riesgo de la cartera de Inversiones del FCI, a llevarse a cabo el 17 de junio de 2010.

El 15 de septiembre de 2010, mediante nota AP/UI/2665/2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, instruyó a BBVA Previsión AFP S.A. a retirar la publicación *"Guía del Afiliado"*, ya que en reunión llevada a cabo el 17 de junio de 2010, se acordó suspender toda publicación referente al Índice de Riesgo de las páginas web de ambas AFP, hasta formular una nueva metodología con respaldo técnico y legal.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, previo proceso administrativo, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. por incumplimiento a lo establecido en el

artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, a los artículos 7, 8, 11 (incisos b), c) y e)) y artículo 13 (inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000, como consecuencia de la información difundida en el documento "Guía del Afiliado" a través de su página Web, al utilizar las leyendas al pie de los gráficos empleados, generando –a decir de la APS- competencia desleal con respecto a la otra AFP, emitiéndose juicios de valor en su publicidad y utilizando solo un tramo de la escala, un gráfico y no la totalidad cual hubiere correspondido, lo cual induce a conclusiones distorsionadas, creando confusión en el público.

1.2. De la competencia desleal y emisión de juicios de valor.-

BBVA Previsión AFP S.A. señala en su Recurso Jerárquico que ninguna de las cuatro frases utilizadas, infringe la normativa vigente imputada y sancionada, porque en ellas no se emite ningún juicio de valor con referencia a la otra AFP, tampoco se utiliza la frase "mejor" y menos aún aluden aspectos positivos o negativos relacionados a la otra AFP, ya que dichas frases son reales y demostrables, ya que la información fue obtenida de la página web oficial de la APS, por lo que la sanción impuesta denotaría que dicha información no es técnica, ni legal.

Asimismo, señala que el hecho punible del artículo 7 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000, es la utilización de juicios de valor y no el hecho de inducir a pensar intrínsecamente en la otra AFP.

Ahora bien, siguiendo la normativa por la cual se imputa y sanciona, tenemos que de acuerdo a lo señalado en el artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, las Administradoras de Fondos de Pensiones deben abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o de competencia desleal.

De la misma manera el artículo 7 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000, señala:

> *"**Artículo 7° (JUICIOS DE VALOR).-** Las AFP y ERA no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "el mejor servicio", "la mejor AFP o ERA", "la AFP o ERA con el mejor respaldo" y otros similares."*

Asimismo, y para efectos de un mejor análisis, importa traer a colación el precedente ya sentado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2011 de 06 de mayo de 2011, que determinó:

> *"…se entiende que la competencia desleal, se basa en prácticas contrarias a las bases de la honestidad y a la buena fe, en busca de un beneficio propio que irá en desmedro del mercado competidor.*
>
> *Debido a la existencia de dos Administradoras de Fondos de Pensiones, con el fin de lograr el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y evitar influir en las decisiones de los Afiliados, se establecieron normas generales sobre publicidad, las cuales deben ser cumplidas por las Administradoras de Fondos de Pensiones…"*

"…expresó juicios de valor acerca de la otra Administradora, pudiendo ocasionar interpretaciones contrarias al verdadero sentido de la información, y abusando de la falta de conocimiento en algunos aspectos del público en general…"

"…Estas comparaciones y juicios de valor, pueden ocasionar una ventaja con la otra Administradora, ya que la información difundida puede ocasionar que los Afiliados prefieran afiliarse con Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones que con BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A., objetivos distintos a los que persigue la Seguridad Social de largo plazo…"

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos, importa realizar una valoración de las frases expuestas en la "*Guía del Afiliado*", conforme se procede a continuación:

- **Frase: "*BBVA Previsión AFP le brinda mayor rentabilidad a sus aportes*".**

Para poder realizar el análisis correspondiente, debemos tener en claro que hoy la Seguridad Social de largo plazo cuenta con dos Administradoras de Fondos de Pensiones, BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP. Por lo que dicha frase, evidentemente, tiende a inducir a qué Futuro de Bolivia S.A. AFP no es más o igual rentable que BBVA Previsión, generando con ello un juicio de valor y por ende una competencia desleal.

Asimismo, y no menos relevante en el análisis que se realiza, es que no puede dejarse de lado el hecho innegable que ningún Administrador de Fondos de Pensiones, puede asegurar un nivel fijo de rentabilidad a futuro, ya que la misma varía constantemente y no siempre en la misma magnitud.

- **Frase: "*A menor índice de riesgo, mayor seguridad*".**

Todo Asegurado que realiza contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, desea que sus aportes sean administrados por una empresa confiable que brinde mayor seguridad, por lo que BBVA Previsión AFP S.A. al publicar esta frase, incita a que los Asegurados tengan conclusiones distorsionadas, generando a su vez una competencia desleal, ya que no puede determinarse como una verdad absoluta, que sólo una AFP otorgue mayor seguridad, al quedar la frase inserta en un documento de uso permanente.

- **Frases:**

  "*BBVA Previsión AFP cuenta con 1.086 jubilados más que el segundo operador*".
  "*BBVA Previsión AFP cuenta con 103.777 afiliados más que la competencia*"

Al señalar "*más que el segundo*" y "*más que la competencia*", BBVA Previsión AFP S.A. está emitiendo juicios de valor respecto a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, implicando que BBVA Previsión se sitúa en primer lugar entre ambas AFP's.

BBVA Previsión, no debe olvidar que cualquier frase que utilice que genere una competencia desleal, implica una infracción administrativa, y más aún, si tomamos en cuenta que justamente por la existencia de sólo dos Administradoras de Fondos de Pensiones, el Ente Regulador ha emitido normativa que evite una competencia desleal

entre ambas, evitando la utilización de juicios de valor, cual ha ocurrido en las frases analizadas.

Es así que de acuerdo al análisis realizado *ut supra,* se evidencia que BBVA Previsión AFP S.A. al publicar en su página web el material "Guía del Afiliado" con las frases señaladas precedentemente, emitió juicios de valor respecto a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, tendiendo a inducir a interpretaciones inexactas sobre la realidad y a cambiar las actitudes de los Afiliados y Derechohabientes hacia el servicio de ambas Administradoras.

Si bien, BBVA Previsión AFP S.A. (tal como señala en su Recurso Jerárquico) en ninguna de las cuatro frases utiliza la palabra "mejor" y no alude aspectos positivos o negativos relacionados a la otra AFP, es evidente que emite juicio de valor, que inducen al Afiliado hoy Asegurado a tomar una decisión frente ambas Administradoras, y ello en contravención al artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, artículo 7° de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000 y demás normativa conexa.

Finalmente, debe quedar en claro que la propia norma otorga ejemplos, mismos que en ningún momento son limitativos, por lo cual, la AFP no puede pretender eximirse de su responsabilidad, al utilizar otro tipo de palabras, como: "*la mayor rentabilidad*", "*menor índice de riesgo, mayor seguridad*", "*más que el segundo*" y "*más que la competencia*", frases que generan las mismas consecuencias, cuál es la emisión de juicios de valor y competencia desleal, prohibidas mediante normativa expresa.

1.3. De la suspensión de la publicación.-

BBVA Previsión AFP S.A. señala que el hecho que la APS hubiese suspendido la publicación de esta información para formular una nueva metodología, no implica que la utilización de estos índices no sean realizados con fundamento técnico, legal, veracidad, credibilidad y sustento.

La Entidad Reguladora comunicó a las Administradoras de Fondos de Pensiones, la suspensión de la publicación de los Índices de Riesgo, y tal como lo señaló mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 288-2012 de 07 de mayo de 2012 (fs. 99) BBVA Previsión AFP S.A. "*…hizo caso omiso de la instrucción recibida y que sabía que los datos difundidos respecto al Índice de Riesgo, no tenían sustento, ni credibilidad y consiguientemente, no eran demostrables, pero aún así la AFP continuó difundiéndolos…*"

Por tanto, si BBVA Previsión AFP S.A. tenía conocimiento de que la información referida al Índice de Riesgo, carecía de sustento normativo y su aplicación no contaba con respaldo técnico, ni legal, debió suspender la publicación y no continuar difundiendo información que no se encontraba aprobada por la Entidad Reguladora.

Asimismo, independientemente de que la información exprese información publicada por el propio órgano regulador, la AFP tenía la obligación de solicitar la no objeción a la Entidad Reguladora, mucho más si ésta comunicó la suspensión de difusión, debiendo la AFP dar cumplimiento a las instrucciones de la Autoridad Reguladora, claro sin perjuicio de los recursos de impugnación que le asisten, en caso de afectarse sus derecho, pero ni ello ocurrió en el caso de autos.

Por tanto es responsabilidad de la AFP el publicar información, tomando en cuenta la normativa inherente a la materia, evitando la competencia desleal con la otra Administradora de Fondos de Pensiones, y más aún evitando generar confusiones al público en general.

1.4. Del incumplimiento al artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000.- La AFP señala que no habría incumplido el artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000, ya que los datos publicados fueron obtenidos de la página web de la Entidad Reguladora y no fueron alterados en su beneficio y mucho menos en detrimento de la otra AFP.

Al respecto el artículo señalado establece que las AFP deben utilizar únicamente como fuente de información, la publicada por la Entidad Reguladora, y que: "…*Cuando se utilicen estos conceptos en un gráfico, deberá considerarse la totalidad de la escala sobre la cual fue elaborado, no pudiendo presentarse solo algunos tramos.*"

Tal como lo señaló la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 288-2012 de 07 de mayo de 2012, "…*la infracción administrativa* ***no está referida a la fuente de información*** *sino a la manera en que fue utilizada la misma…En el presente caso, BBVA Previsión AFP S.A. publicó solamente un tramo del comportamiento de la rentabilidad del FCI de años pasados… reflejó por sí misma, la intencionalidad de resaltar el desempeño de la AFP por encima de la competencia…*" (Las negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Administrativa)

BBVA Previsión AFP S.A. publicó información referida a la rentabilidad, cantidad de afiliados y prestación de jubilación, de manera parcial, en periodos en los cuales la AFP obtuvo mayor rentabilidad y mayor cantidad de afiliados, que la otra Administradora de Fondos de Pensiones, pudiendo afectar la decisión de los Afiliados y ocasionando una confusión en los mismos, por tanto es evidente que existió incumplimiento al artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000.

1.5. De la medida en que se afecta al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.-

La recurrente señala que la Entidad Reguladora, no expresa ni demuestra de qué manera se habría afectado a los objetivos de la Seguridad Social de largo plazo.

Al respecto y en sujeción a los antecedentes del proceso administrativo, corresponde precisar que la Seguridad Social de largo plazo, tiene como objetivo proteger a los miembros de una sociedad frente a todas las contingencias que se exponen a lo largo de la vida, mediante una serie de medidas, una de las cuales es la competencia leal entre ambas Administradoras de Fondos de Pensiones, por tanto debió proporcionar tanto a los Afiliados como a los Derechohabientes información actualizada, veraz y completa, con una actitud de competencia leal frente a la otra Administradora, evitando inducir a interpretaciones distorsionadas por parte de los Afiliados y público en general.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, así como una

correcta valoración de la prueba en cuanto a la competencia desleal producida como consecuencia de la información difundida en el documento "Guía del Afiliado".

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a), del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 288-2012 de 7 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 102-2012 de 14 de febrero de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 176-2012 DE 22 DE MARZO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 045/2012 DE 24 DE AGOSTO DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 045/2012

La Paz, 24 de agosto de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 176-2012 de 22 de marzo 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 061-2011 de 9 de junio de 2011 en lo concerniente a los Cargos 3, 4 y 6, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 023/2012 de fecha 04 de junio de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 079/2012 de fecha 19 de julio de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 13 de abril de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 176-2012 de 22 de marzo de 2012, que en Recurso de

Revocatoria confirmó Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 de 9 de junio de 2011 en lo concerniente a los Cargos 3, 4 y 6.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 23 de abril de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 2 de mayo de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1.- RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 DE 19 DE ENERO DE 2012.-

Que, en fecha 19 de enero de 2012, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012, misma que determinó en su parte resolutiva lo siguiente:

> *"…**ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 de 23 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 de 09 de junio de 2011, en su Artículo Primero incisos a), b), e), g) y h) correspondientes a los Cargos 1, 2, 5, 7 y 8.*
>
> ***ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 de 23 de agosto de 2011 inclusive, respecto a la confirmatoria del Artículo 1 incisos c) d) y f) correspondientes a los cargos 3, 4 y 6, en sujeción a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo tramitarse por cuerda separada y emitirse nueva Resolución Administrativa que resuelva el Recurso de Revocatoria planteado."*

Los fundamentos esgrimidos en la Resolución Ministerial Jerárquica son:

> ***"…1.1. De la Competencia de la Autoridad Fiscalizadora.-***
>
> *El recurrente en el memorial de Recurso Jerárquico, expresa que:*
>
> *"La APS, al ingresar a realizar una revisión de los aspectos netamente procedimentales sobre los procesos ejecutivos sociales por recargos, sin contar con una noma que le faculte para ese efecto, que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica."*
>
> *Por lo que, importa traer a colación el precedente ya sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, sobre el tema en contrato, señalando lo siguiente:*
>
> ***"Alcance de la Competencia de la SPVS para supervisar los Procesos Ejecutivos Sociales.***

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

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

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

Precedente que es compartido in extenso por este Ministerio, ya que no se puede pretender hoy a más de catorce años del inicio del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, desconocer la competencia de la Autoridad Fiscalizadora, quien por mandato legal se encuentra en plena facultad de ejercer el control del correcto cumplimiento de la norma, realizando cuanta fiscalización sea necesaria a efectos de verificar sí la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales, ha sido llevada correctamente o ha existido negligencia o inoperancia por parte de la Administradora, en el cumplimiento de sus funciones como representantes de los Afiliados, ya que ello conlleva un perjuicio inminente por la falta de recuperación oportuna de los aportes de los mismos. En el evento de evidenciar una posible infracción, se encuentra obligada a iniciar el proceso sancionatorio correspondiente llegando hasta la sanción o desestimación del cargo según corresponda y siempre en el marco del estricto cumplimiento al debido proceso.

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

1.2 Del cumplimiento del Principio de Tipicidad.-

En primer término corresponde analizar el principio de tipicidad, para luego entrar a analizar su aplicación el proceso administrativo en el caso de autos.

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

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

"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:

La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: ***1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***

Congruentemente con lo anterior, tenemos que el ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*

El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

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

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

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

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

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

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

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

Ahora bien, subsumiendo el análisis del cumplimiento estricto del Principio de Tipicidad, importará revisar los tipos imputados y que merecieron sanción, a saber:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales, produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

Por lo tanto, amerita la transcripción y pronunciamiento respecto a cada artículo citado, es así que tenemos:

El artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece:

"ARTÍCULO 23° DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.- *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito (sic) del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación…"

El inciso d) del artículo 31 (de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala:

*"…**d)** Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"*

El artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997:

*"**ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).** A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"*

El artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, determina lo siguiente:

***ARTÍCULO 12.- (RECARGOS).** Los empleadores que no se acojan a los alcances del artículo precedente, serán sujetos a Proceso Ejecutivo Social por concepto de los recargos que corresponda.*

La aplicación de los recargos establecidos en el inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones será regulada por la SPVS, debiendo ser acreditados los mismos, en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda, administradas por las AFP.

Los recargos calculados de conformidad con el inciso b) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones y el Reglamento vigente de reservas de Riesgo Común y Riesgo Profesional del SSO emitido por la SPVS, una vez pagados deberán ser acreditados en la Cuenta Individual del Afiliado fallecido o inválido…"

De la norma precedentemente transcrita se llegan a las siguientes conclusiones:

*Respecto al **Artículo 23 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se evidencia que si bien la recurrente emitió las Notas de Débito e inició los Procesos Ejecutivos Sociales ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, sin embargo su tramitación no cumplió con la debida y oportuna tramitación conforme las normas del Código Civil y la propia Ley de Pensiones.*

*En cuanto al incumplimiento del **Artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324** de 22 de enero de 2004, se tiene que está si bien no es una norma imperativa que dé una obligación a las AFP, sin embargo la misma determina la obligación del procesamiento del Proceso Ejecutivo Social, y se encuentra por lo tanto congruente con el artículo 23 de la Ley No. 1732 analizado ut supra.*

*Siguiendo el análisis tenemos que en cuanto al incumplimiento al **inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se evidencia a su vez el cumplimiento al Principio de Tipicidad, al configurarse la infracción imputada respecto al cobro de las*

contribuciones, ya que la supuesta negligencia en la tramitación, evidencia la omisión del cumplimiento de sus obligaciones, constituyéndose de esta manera en la causa para el retraso o en su caso el no cobro a los empleadores de las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones

*En cuanto al incumplimiento del **Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469** de 17 de enero de 1997, es menester primero precisar que la figura del "buen padre de familia" es una figura jurídica abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación.*

En este sentido se evidencia que en los Procesos Ejecutivos Sociales correspondientes al caso de autos, existió una actitud negligente en la conducta y actuaciones de la AFP.

1.3. De la vulneración del Debido Proceso, Principio de Congruencia y motivación.-

Que a efectos de poder realizar el control de legalidad, corresponde revisar los precedentes ya sentados por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas sobre el Debido Proceso, el Principio de Congruencia y la debida motivación, conforme se procede a continuación:

La Resolución Ministerial Jerárquica de MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 15/2011 de fecha 11 de abril de 2011 determinó:

> *"Que consecuentemente el artículo 29 parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que:*
>
> > *"Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica"*
>
> *Que respecto a la valoración de la prueba William Duran Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales refiere…" el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana critica: de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene…"*
>
> *Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:*
>
> > *"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:*

"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando resuelvan recursos administrativos.

Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 a señalado:

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

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

Ahora bien complementando lo anterior, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"

Conforme se tiene del precedente administrativo anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010 referente al debido proceso tenemos que:

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

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

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R

de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

De lo precedentemente expuesto, queda clara la obligación del Ente Regulador de emitir Resolución Administrativa, observando las reglas del debido proceso sin embargo de ello se debe proceder al análisis en función a cada uno de los cargos imputados y sancionados objeto de impugnación conforme se procede a continuación:…"

"(…) De los Cargos Sancionados Nos. 3, 4 y 6.-

*En cuanto al **Cargo No. 3**, la AFP recurrente tanto en el memorial de Recurso de Revocatoria como en el de Recurso Jerárquico, ha presentado una serie de argumentos que hacen a la relación de las causales por las que a su entender, la misma no habría infringido los cargos imputados dentro del Proceso Ejecutivo Social instaurado contra Avicaya Ltda.*

La Autoridad Reguladora por su parte se centra sólo en el descargo presentado sobre el mal patrocinio prestado por el Abogado Marco Antonio Goitia Brún, olvidándose de los argumentos expuestos y la relación de actuados que presenta, situación que evidencia el incumplimiento al principio de verdad material, valoración de los fundamentos y de la prueba presentada, y consiguientemente debido proceso a la que estaba obligada la Autoridad.

*Con relación al **Cargo No. 4** sancionado, la AFP presenta argumentos sobre las circunstancias por las que se demoró el Proceso Ejecutivo Social contra Flores Montero Lenny Silvestre, habiendo estado sin movimiento 212 días, sin embargo pese a los fundamentos expuestos, la Autoridad de Fiscalización se limita a expresar que la AFP no habría presentado prueba, por lo cual no toma en cuenta los argumentos expuestos y los deja de considerar, olvidando su obligación de la búsqueda de la verdad material.*

*Respecto al **Cargo No. 6** sancionado, la AFP presenta argumentos sobre las circunstancias que desvirtuarían el cargo correspondiente al Proceso Ejecutivo Social instaurado contra Donato Córdova Gutiérrez, debido a que la AFP en conocimiento del Auto de Vista que confirma la Sentencia, no habría tramitado la fase de la ejecución para la respectiva recuperación de los adeudos al SSO, sin embargo la Autoridad de Fiscalización – al igual que en el caso anterior- le señala que la AFP, no habría presentado prueba, por lo cual no toma en cuenta los argumentos expuestos y los deja de considerar, olvidando una vez más, su obligación de la búsqueda de la verdad material.*

Por lo anteriormente expuesto, amerita las siguientes consideraciones que debe tomar en cuenta la APS:

La Entidad Reguladora no debe olvidar que se encuentra en la obligación de la búsqueda de la verdad material, evitando pretender que toda la prueba a considerar sea únicamente la aportada por el recurrente y en la primera oportunidad, más aún si para el fallo que otorga se basa en la supuesta inexistencia de prueba. Ello no inhibe la responsabilidad de la recurrente de presentar oportunamente cuanta prueba le sirva de descargo o respalde su argumentación.

A su vez, no debe olvidar la Autoridad Supervisora, que es su obligación -conforme anota Comadira- seguir el procedimiento administrativo en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cuál aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y en su caso, probadas por las partes.

Por lo que la APS, en cumplimiento de este principio y a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, debe valorar la prueba aportada y solicitar documentación complementaria que se requiere a efectos del cumplimiento del debido proceso.

Asimismo, y congruentemente con lo anterior, la Autoridad Fiscalizadora, tiene la obligación de pronunciarse sobre todos los puntos alegados y argumentados por la recurrente sin excepción, en estricta observancia al debido proceso que rige el procedimiento administrativo.

Es así que, corresponderá a la Autoridad Fiscalizadora, determinar, la existencia o no de imposibilidad material que justificaría la demora en la tramitación de la causa o en su caso desvirtuar o confirmar todos y cada uno de los argumentos presentados por la AFP respecto a los imponderables que habrían atravesado los procesos, por razones ajenas a su voluntad, previa valoración cronológica de las fechas en las que se ha producido cada actuación procesal, contrastándolas con el procedimiento civil aplicable al efecto y no determinar de manera general tiempos, sin una debida compulsa y justificación.

2.3. DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS.-

La AFP recurrente, también presenta como argumento, el incumplimiento al Principio de Proporcionalidad, por lo que corresponde su análisis.

Sobre el particular tenemos que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 de 4 de mayo de 2011 ha determinado:

> *"…el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (....)*
>
> *(...)En esa tarea toda autoridad administrativa **resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado.** El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que lo hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b**) naturaleza de los perjuicios causados, **c)** la reincidencia en la comisión."*

Que de igual forma la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 de 13 de julio de 2011, en cuanto al principio de proporcionalidad determinó que:

> *"El principio de proporcionalidad, conforme anota Walker San Miguel Rodríguez en su libro Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia:*
>
> *"El principio de proporcionalidad también conocido como exceso de punición, este principio invoca que la **sanción administrativa** tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar, la*

conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido "Afectar la proporcionalidad, vulnera un garantía constitucional", anota Juan Carlos Cassagne (…)

(…) El autor español José Mario Quiroz Lobo nos dice que la proporción tiene dos campos perfectamente diferenciados, la ***proporcionalidad abstracta que sujeta al legislador a observar la ecuación, conducta correctivo en la redacción de la norma y la proporcionalidad subjetiva por lo que el llamado singular a la aplicación de aquella norma debe ponderar todas las circunstancias concurrentes para graduar el castigo…"***

Se observa al recurrente fueron sancionados con el mismo monto económico de $us3.000,00, impuestos en base al análisis realizado por la Autoridad Fiscalizadora, tomando en cuenta los elementos que hacen a la gravedad leve, y desarrollados conforme se evidencia de la transcripción tanto de la Resolución Administrativa sancionatoria, como de aquella que resuelve el Recurso de Revocatoria.

Por lo tanto y en base a los fundamentos anotados por la Autoridad Fiscalizadora, no ha existido daño a los Fondos ni a los Afiliados, ha existido preterintencionalidad, es decir la AFP no consideró que sus acciones u omisiones cuenten con la repercusión obtenida en la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales, por lo cual no ha existido violación al principio de proporcionalidad, habiendo aplicado la sanción dentro de los parámetros establecidos para la gravedad calificada..."

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 DE 9 DE JUNIO DE 2011.-

Que mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 de 9 de junio de 2011, en lo concerniente a los Cargos 3, 4 y 6 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"…c) En relación al ***Cargo N° 3*** *se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004.*

d) En relación al ***Cargo Nº 4*** *se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (*(sic) *00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004…"*

"…f) En relación al ***Cargo Nº 6*** *se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004…"*

*"…**SEGUNDO.- I.** La multa señalada, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 26 de julio de 2011 **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 061-2011 de 9 de junio de 2011, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 176-2012 DE 22 DE MARZO DE 2012.-

Que en cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 002/2012 de 19 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 176-2012 de 22 de marzo de 2012, mediante la cual confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 061-2011 de 9 de junio de 2011, en lo que concierne a los Cargos 3, 4 y 6 con los siguientes argumentos:

"…CONSIDERANDO:

Que antes de desarrollar esta parte de la presente Resolución Administrativa, corresponde tomar en cuenta lo referente a la motivación o fundamentación, para lo cual como lineamiento se tiene la RMJ 002/2012, que expresa:

"1.1. De la Competencia de la Autoridad Fiscalizadora.- (sic)

Precedente que es compartido in extenso por este Ministerio, ya que no se puede pretender hoy a más de catorce años del inicio del Seguro Social Obligatorio de largo plazo desconocer la competencia de la Autoridad Fiscalizadora, quien por mandato legal se encuentra en plena facultad de ejercer el control del correcto cumplimiento de la norma, realizando cuanta fiscalización sea necesario a efectos de verificar si la tramitación de los Procesos Ejecutivo Sociales, ha sido llevada correctamente o ha existido negligencia o inoperancia por parte de la Administradora, en el cumplimiento de sus funciones como y representantes de los Afiliados, ya que ello conlleva un perjuicio inminente por la falta de recuperación oportuna de los aportes de los mismos. En el evento de evidenciar una posible infracción, se encuentra obligada a iniciar el proceso sancionatorio correspondiente llegando hasta la sanción o desestimación del cargo según corresponda y siempre en el marco del estricto cumplimiento al debido proceso.

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

1.2. Del cumplimiento del Principio de Tipicidad.-...

*Respecto al **Artículo 23 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones,...*

*En cuanto al incumplimiento del **Artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324** de 22 de enero de 2004,...*

*Siguiendo el análisis tenemos que en cuanto al incumplimiento al **inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones,...*

*En cuanto al incumplimiento del Artículo **142 del Decreto Supremo N° 24469** de 17 de enero de 1997,...*

En ese sentido se evidencie que en los Procesos Ejecutivos Sociales correspondientes al caso de autos, existió una actitud negligente en la conducta y actuaciones de la AFP."

Que por lo anterior y en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, la RMJ 002/2012 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Lineamientos generales:

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS sancionó al regulado al establecer que Futuro de Bolivia S.A. AFP aplicó incorrectamente la normativa de pensiones, para la recuperación de aportes en mora mediante Proceso Ejecutivo Social.

*Futuro de Bolivia S.A. AFP en su impugnación señala: "Olvidando su Autoridad que de acuerdo a lo establecido por el artículo 4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo se establece el principio de verdad material por el cual, la Administración pública está obligada a investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil; y, bajo ese principio su **Autoridad a efectos de tomar una decisión fundamentada pudo de oficio disponer la apertura de termino (sic) probatorio a fin de disponer la .reproducción de las pruebas, en este caso, de la documentación que respalde lo expresado en nuestra nota de descargo** según lo prescrito por el artículo 29 del decreto (sic) Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. (las negrillas son nuestras)*

*Lo anteriormente expresado devela también la vulneración al Principio de Bona Fide establecido por el artículo 4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que a efectos de tomar una decisión razona (sic) y "fundamentada que permita establecer la relación de los hechos y la motivación de los mismos con la norma imputada, y al contar el regulador con una relación nominal de hechos que constan en los expedientes judiciales de cada caso, y no la documentación misma, **debió de oficio disponer la apertura de un termino**(sic)**probatorio."** (las negrillas son nuestras)*

Al respecto, corresponde señalar que precisamente es en virtud al principio de verdad material plasmado en el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros valora los descargos presentados por las entidades reguladas en los Procesos Administrativos Sancionatorios

considerando los argumentos que se plasmen en defensa del Regulado. Es por este motivo que, mediante Nota de Cargos APS/DJ/DPC/241/2011 de 21 de abril de 2011, se otorga a Futuro de Bolivia S.A. AFP el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada con la misma, para que haga la presentación de los descargos y la documentación de respaldo que considere suficiente para desvirtuar los cargos imputados.

En ese sentido, la AFP mediante nota Cite: FUT.APS.AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011, remite sus descargos, sin embargo los mismos ***no se consideraron suficientes para desvirtuar todos los hechos imputados en la Nota de Cargos por no contar con el respaldo documental probatorio que pueda enervar la infracción,*** *motivo por el cual se procedió conforme a procedimiento a emitir la Resolución Administrativa Sancionatoria correspondiente.*

Por otro lado, considerando la posibilidad legal y procesal para la apertura de periodo probatorio en esta instancia, la RMJ 002/2012 y lo expresado por el regulado en su revocatoria, esta Autoridad en atención a la RMJ 002/2012 ha otorgado el plazo suficiente para que la AFP remita documentación respaldatoria respecto a lo argumentado, el cual señalaba:

"…

- *Con respecto al* ***Cargo N° 3,*** *se remita documentación respaldatoria, sobre las acciones efectuadas de manera cronológica, en relación a las gestiones y el seguimiento realizado, para la solicitud, ejecución, despacho, remisión y notificación de la Orden Instruida a la Empresa Avicaya; y otra que considera como necesaria que hubiera sido puesta en conocimiento de la Autoridad Jurisdiccional.*

- *Con respecto al* ***Cargo N° 4*** *se remita documentación que acredite la acefalia del Oficial de Diligencias del Juzgado 5º de Partido en Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de Santa Cruz. Asimismo respalde con documentación que considere pertinente, sobre qué juzgado asumió el cargo en suplencia y durante que tiempo fue ejercido; y otra que considere conveniente presentada al Juez.*

- *Con respecto al* ***Cargo N° 6*** *se remita documentación que acredite la Anotación Preventiva de las dos (2) líneas telefónicas y de los tres (3) vehículos solicitados por la AFP que fueron de conocimiento del Juzgado. Así como la documentación que respalde movimiento procesal que correspondía al periodo de tiempo imputado por falta de movimiento procesal. Asimismo documentos que respalden, la fecha en que se notificó a las partes la Radicatoria al Juzgado de Origen, y la documentación que acredite en qué fecha la Corte Superior del Distrito Judicial devolvió el expediente a la AFP."*

Vencido el plazo, ***la AFP no presenta documentación ni argumentación alguna en su defensa, pese a que la misma exigía en su impugnación la necesidad de esta actuación para ejercer su derecho a la defensa,*** *constatándose al presente que, el regulado no hizo uso objetivo de la posibilidad otorgada por el regulador al no pronunciarse ahora en el*

proceso administrativo. Asimismo, no se tiene en obrados que hubiera requerido el regulado mayor tiempo o la realización de un acto de prueba que le hubiera permitido acogerse para mejor defensa. Por tanto, resulta que lo argüido en revocatoria por la AFP no cuenta con respaldo material, quedando sólo en una mera argumentación.

Continuando con el análisis del recurso es importante resaltar que, esta Autoridad obró de buena fe en todos sus actuados, toda vez que realizó el análisis y revisión de los argumentos de descargo presentados por la AFP mediante nota FUT.APS.AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011 y en virtud a la sana crítica y conforme a norma emitió el pronunciamiento correspondiente.

Con respecto a lo señalado por la AFP en su memorial de 26 de julio de 2011, respecto a la gravedad de sanción y falta de fundamento para la cuantía de la sanción, es necesario dejar establecido que como bien lo corrobora la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI N° 031/2011 de 24 de junio de 2011, es potestad de esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente y los principios rectores para la imposición y calificación de la sanción.

En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo análisis de los hechos y la falta de daño objetivo valuable y la prueba existente. Adicionalmente, se consideró la preterintencionalidad de la conducta de la AFP en relación a los cargos sancionados, la cual como bien lo señala la. Resolución Administrativa recurrida "…la preterintencionalidad de la conducta se halla en que la infracción no sólo se limita a la inactividad procesal sino que ello acarrea que la recuperación de los adeudos se vuelva más lejana e inoportuna, tomando en cuenta que dichos montos están destinados al pago de prestaciones de los Afiliados". Asimismo, en virtud a que el hecho infractor se ha plasmado en la injustificada paralización de las actuaciones procesales, preterintencionalmente ha generado además de la interrupción, la postergación de los efectos que persigue el PES por Recargos, cual es el pago de prestaciones al Asegurado o Derechohabientes como consecuencia de un Riesgo (Riesgo Profesional, Riesgo Común, Riesgo Laboral) producido, en el cual no se han cumplido con los requisitos de cobertura del Seguro de Riesgo Común debido a la mora del Empleador. Por lo que no se trata solamente de recuperación de adeudos para acreditarlos al Estado de Ahorro Previsional, sino que estos adeudos ya se hallan comprometidos para el pago de prestaciones por Recargos, los cuales se deben honrar mensualmente a los beneficiarios, encontrando perjuicio por la lasitud procesal de la AFP.

En relación a la cuantía de la sanción, se consideró la omisión de la AFP en cuanto a la diligencia necesaria en el seguimiento de los PES, independientemente de las características y peculiaridades distintas de cada uno de los casos.

Finalmente, la misma RMJ 002/2012 en respaldo al criterio y razonamiento adoptado por el regulador, señaló "Por lo tanto y en base a los fundamentos anotados por la Autoridad Fiscalizadora, no ha existido daño a los Fondos ni a los Afiliados, ha existido

preterintencionalidad, es decir la AFP no consideró que sus acciones u omisiones cuenten con la repercusión obtenida en la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales, por lo cual no ha existido violación al principio de proporcionalidad habiendo aplicado la sanción dentro de los parámetros establecidos para la gravedad calificada."

Al Cargo N° 3.

Empleador: *Avicaya Limitada con NIT 125525021, procesos radicados en los Juzgados 1° y 2° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de la ciudad de Oruro.*

La Administradora, mediante Nota Cite: FUT.APS.AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011, presenta descargos manifestando que, el motivo por el cual se incurrió en la falta de movimiento procesal evidenciada se debió al mal patrocinio prestado por el Abogado Marco Antonio Goitia Brún quien habría causado grave perjuicio al correcto desenvolvimiento del proceso.

Al mismo tiempo, la Administradora en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la R.A.061-2011 argumenta que, el motivo por el cual se habría incurrido en la falta de movimiento procesal se debió a problemas con la Notificación en el domicilio de la empresa demandada con la Orden Instruida por tratarse de una localidad alejada de la ciudad de Oruro y no así, por el mal patrocinio del profesional Abogado antes mencionado, ***dos argumentos presentados en distintas instancias que resultan ser totalmente inconsistentes y discordantes.*** *Por tanto, los argumentos presentados por el regulado no guardan coherencia durante el proceso, situación que lleva a establecer la falta de descargos serios, pero además, no cuentan ninguno de ellos con el respaldo debido que pueda refrendar una o ambas aseveraciones planteadas por el regulado.*

Por otro lado, del detalle de actuaciones expresadas en la impugnación se tiene que las mismas no enervan el periodo de inactividad imputado, toda vez que son actividades que no corresponden precisamente a actos procesales que demuestren la actividad diligente y objetiva en el PES; sin embargo esta Autoridad para corroborar aquellas situaciones planteadas por el regulado, aunque no sean del proceso mismo pero de conocimiento del Juez, requirió al regulado sus respaldos (incidentes en la notificación, vacación judicial, receso, inauguración del año judicial, desplazamiento interprovincial y dificultades para notificar, averiguación de bienes del empleador, etc.), para su correspondiente evaluación pero los mismos no fueron presentados hasta el presente asumiendo silencio ante esta oportunidad de poder defenderse objetivamente. Por lo que el detalle de actuaciones no son comprobables a la luz de la verdad material, por tanto no consideradas por este ente regulador para modificar el presente cargo.

Con respecto a la presentación de memoriales para evitar el pre-archivo del proceso, la AFP no considera que esta situación opera cuando el expediente se halla sin movimiento procesal de cualquiera de las partes. En ese comprendido, las actuaciones del regulado no deben limitarse únicamente a que el proceso se a archive sino a otras más que estén relacionadas a la recuperación de la deuda, como ser la búsqueda a través del juzgado de los bienes que pudiera tener el empleador, informes sobre el estado de la causa o certificaciones en caso de hallar dificultades o incidentes en la realización de los

actuados ordenados por el Juez; situación que en el presente proceso no fue respaldado por la AFP.

Sin perjuicio a lo citado cabe señalar que, la AFP tiene la posibilidad de contratar servicios de terceros para la complementación al cumplimiento de sus servicios y obligaciones en obediencia al contrato suscrito entre dicha Administradora y el Ente Regulador, de conformidad a la Cláusula 8ª, pero no le inhibe en cuanto a su responsabilidad.

Finalmente, los argumentos presentados por la Administradora no gozan de los elementos de convicción suficientes que permitan desvirtuar el Cargo sancionado, por lo cual se ratifica el mismo.

Al Cargo N° 4.

Empleador: *Flores Montero Lenny Silvestre con NIT 1959811010, proceso radicado en el Juzgado 5to. de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de la ciudad de Santa Cruz.*

La Administradora en el Recurso de Revocatoria interpuesto manifiesta que, los motivos por los cuales se evidenció la falta de impulso procesal al PES iniciado por el concepto de Recargo se deben a que el Oficial de Diligencias del Juzgado 5º de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de la ciudad de Santa Cruz en el cual radica dicho PES, habría entrado en acefalia en su cargo y habría dejado notificaciones pendientes incluyendo los de la AFP; situación que no pudo ser refrendada con documentación debida.

Por otro lado se tiene que, el hecho de existir acefalia en el cargo de un Juez, no impide la prosecución de un proceso, ya que ante tal situación existen reemplazos que imposibilitan la paralización de los procesos. En último caso, correspondía a la AFP como buen padre de familia recabar la certificación a la Secretaria del Juzgado de la señalada acefalia y el tiempo en que demora el proveído o determinación del juez en suplencia entre otros aspectos bajo su competencia y personal de dependencia (Oficial de Diligencias y suplente), como prueba material de la actividad del regulado y del proceso mismo.

Según lo manifestado por la AFP, si bien el Oficial de Diligencias no actuó conforme lo prevé la ley, las partes dentro de un proceso tienen la facultad de realizar las correspondientes denuncias ante los Órganos Disciplinarios correspondientes por funcionarios que incumplan sus funciones.

Por otro lado, cuando la AFP señala que no podrían presentar pruebas ya que el incumplimiento de funciones conlleva a sanciones de los funcionarios, siendo lo señalado de conocimiento público; al respecto el regulado no considera que, si bien pueden presentarse los incidentes que señala pero ello no inhibe a que realice los reclamos escritos correspondientes en las instancias disciplinarias para dejar sentada prueba de la diligencia y preocupación de la AFP en el PES.

En este sentido, la Administradora como parte activa del proceso pudo y debió presentar algún tipo de denuncia o queja frente a tal incumplimiento por parte del Oficial de Diligencias, y no esperar un tiempo superabundante para pronunciarse dentro del proceso. Lo cual no se tiene evidencia de que haya obrado de esta manera, al

mantener silencio ante el requerimiento de respaldo sobre las actuaciones diligentes del regulado considerando que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - APS solicitó mediante Auto de 06 de febrero de 2012, documentación complementaria que permita evaluar los argumentos presentados por la Administradora y contar con verdad material y en caso de corresponder desvirtuar el cargo imputado, documentación que la AFP omitió remitir a esta Autoridad.

Por tanto, no existen argumentos suficientes para levantar el Cargo sancionado por lo cual el mismo se ratifica.

Al Cargo N° 6.

Empleador: *Córdova Gutiérrez Donato con RUC 7068700 proceso radicado en el Juzgado 2° de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de la ciudad de Oruro:*

La Administradora, mediante Nota Cite: FUT.APS.AL. 0847/2011 de 26 de mayo de 2011 manifestó que, el motivo por el cual se incurrió en la falta de movimiento procesal evidenciada se debió al mal patrocinio prestado por el Abogado Marco Antonio Goitia Brún quien habría causado grave perjuicio al correcto desenvolvimiento del proceso.

Al mismo tiempo, la Administradora mediante Recurso de Revocatoria interpuesto contra la R.A.061-2011, no argumenta los motivos por los cuales se habría incurrido en la falta de movimiento procesal respecto a la fase de ejecución de Sentencia y se remite simplemente a la manifestación de lo siguiente:

- *Que los memoriales presentados solicitando fotocopias simples de diferentes actuados procesales se deben a requerimientos por parte de la APS y con la finalidad de contar con un archivo físico, hecho que dista de la realidad ya que la Administradora se encuentra obligada a mantener un Archivo Físico del Empleador moroso incluyendo el expediente judicial en caso de iniciarse un PES en cumplimiento a la Circular SPVS-IP-DC 096/2000 de 24 de agosto de 2000.*

- *Asimismo, manifiesta que por instrucción de la Corte los procesos que no tengan movimiento procesal por más de 5 meses deberán ser trasladados a listas de pre-archivo para evitar congestión y saturación de expedientes en los Juzgados y que éste sería el motivo por el cual se habrían presentado varios memoriales de solicitud de fotocopias simples. En este sentido la AFP estaría manifestado de forma tácita haber incurrido en falta de movimiento procesal.*

Por otro lado, respecto a las medidas precautorias ejecutadas por el regulado, si bien condicen con el espíritu del PES, cual es recuperar los adeudos al SSO, sin embargo, la AFP debe tener en cuenta que la actividad procesal debe plasmarse objetivamente en el expediente judicial, archivo en el cual se advierten objetivamente las actuaciones cronológicamente desarrolladas por el regulado así también la falta de movimiento procesal. En ese entendido, las actuaciones extra-proceso, si bien pueden ser catalogadas como diligentes, sin embargo hay la necesidad de advertirlos para su valoración correspondiente por el regulador, como las que señala la AFP (obtención del Certificado de Derechos Reales, anotación preventiva de tres vehículos, embargos, etc.).

Ante la ausencia total de cualquier prueba material respecto a lo argüido por el regulado, conducen a razonar que los argumentos presentados en la revocatoria no son objeto de comprobación, quedando los mismos en la simple enunciación.

Que por lo tanto, no existen argumentos suficientes para levantar el Cargo por lo cual el mismo se ratifica.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP en lo que corresponde a los Cargos 3, 4 y 6, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos ni documentos que permitan modificar la R.A.061-2011.

Que en consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 13 de abril de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 176-2012 de 22 de marzo de 2012, con los siguientes argumentos:

"…ANTECEDENTES:

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012, en su Artículo Segundo dispuso ***"ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 251-2011 de 23 de agosto de 2011 inclusive, respecto a la confirmatoria del Articulo* (sic) *1 incisos c) d) y f) correspondientes a los Cargos 3, 4 y 6, en sujeción a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica..."*

II.- FALTA DE COMPETENCIA:

La APS, al ingresar a realizar una revisión de los aspectos netamente procedimentales sobre los procesos ejecutivos sociales por recargos, sin contar con una noma que le faculte para ese efecto, que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica.

No se debe perder de vista que toda resolución administrativa debe cumplir con las disposiciones de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y la Autoridad que firme

dichas resoluciones debe necesariamente tener competencia para emitir dicho acto administrativo, conforme lo requiere el Art. 28 de la Ley 2341, citado a continuación:

ARTÍCULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;
d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Luego, el Art. 5 de la Ley 2341, establece que la competencia únicamente deviene de la CPE, las Leyes los decretos supremos (sic).

"ARTICULO 5°.- (Competencia).-

I. Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste ***emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.***

II. La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y sólo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente Ley."

En ese entendido, la APS no tiene competencia para actuar de auditor legal y observar las actuaciones y estrategias procesales utilizadas por los abogados que patrocinan las causas objeto de controversia.

III.- VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS QUE GARANTIZAN EL DEBIDO PROCESO:

a) Vulneración del Principio de búsqueda de la Verdad Material.

En los considerandos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012, punto 2.2. De los Cargos Sancionados Nos. 3, 4 y 6.- se ha señalado que:

" La Entidad reguladora no debe olvidar que se encuentra en la obligación de la búsqueda de la verdad material, evitando pretender que ***toda la prueba a considerar sea únicamente la aportada por el recurrente y en la primera oportunidad,*** *más aún si para el fallo que otorga se basa en la supuesta inexistencia de prueba…(las negrillas son nuestras)*

Por lo que la APS, en cumplimiento de este principio y a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, ***debe valorar la prueba aportada y solicitar documentación complementaría que se requiere a efectos del cumplimiento del debido proceso,*** *(las negrillas son nuestras).*

Asimismo, y en congruentemente con lo anterior, la Autoridad Fiscalizadora, tiene la obligación de pronunciarse sobre todos los puntos alegados y argumentados por la recurrente sin excepción, en estricta observancia al debido proceso que rige el procedimiento administrativo.

Es así que, ***corresponderá a la Autoridad Fiscalizadora, determinar, la existencia o no de imposibilidad material que justificaría la demora en la tramitación de la causa o en su caso desvirtuar o confirmar todos y cada uno de los argumentos presentados por la AFP*** *respecto a los imponderables que habrían atravesados los procesos, por razones ajenas a su voluntad,* ***previa valoración cronológica de las fechas en las que se ha producido cada actuación procesal, contrastándolas con el procedimiento civil aplicable al efecto y no determinar de manera general tiempos, sin una debida compulsa y justificación"*** *(as* (sic) *negrillas son nuestras).*

Sin embargo de las claras consideraciones expresadas en su oportunidad y que debieron servir de lineamiento para la emisión de una nueva Resolución Administrativa por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ésta última ha incurrido nuevamente en error al hacer caso omiso del Artículo Segundo de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012 por cuanto:

- *No ha solicitado la presentación de nueva documentación complementaria que pudiera servir a efectos del cumplimiento del debido proceso.*

- *Nuevamente incurre en una generalización de los hechos sin hacer una relación cronológica de las actuaciones procesales*

Lo anterior significa que la APS ha vulnerado lo establecido por el artículo 4, inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo que instituye el principio de verdad material por el cual La Administración Pública está obligada a investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

b) <u>Vulneración del Principio de Tipicidad.</u>

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración -Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente debe invertirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

En el caso de Autos, no se ha demostrado o configurado en ninguna etapa del proceso sancionador, como es que nuestra Administradora hubiera cometido una infracción a lo dispuesto por el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones; normativa que es pertinente transcribirla en su totalidad.

***"ARTÍCULO 23° DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.** Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.*

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP). No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación, y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación.

***ARTÍCULO 31° OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP).** Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:*

d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones.

De la lectura e interpretación de la normativa transcrita y de la documentación que cursa en poder de su Autoridad, se puede observar que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros ahora Asegurados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado el respectivo Proceso Ejecutivo Social por los recargos adeudados al SSO que corresponden a los distintos empleadores por los que se nos imputo cargos y sanciono (sic) económicamente, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento cabal a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la y la citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; aspecto que debió ser necesariamente observado por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones conforme a la obligación que tiene según el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, que se traduce en establecer de forma certera la realidad histórica de los hechos investigados, siendo necesaria su reconstrucción por medio de la prueba recopilada. En ese sentido la investigación de la verdad material consiste en determinar las verdaderas razones sobre las cuales se dieron los hechos, es decir, cuál fue

el cuadro fáctico que propició la actuación desplegada por el sujeto regulado. La verificación de esta verdad material debe ser el fundamento sobre la cual la Administración imponga una sanción administrativa. Por ello, no se debe preestablecer ninguna situación táctica como cierta, hasta tanto no se tengan por demostrados los hechos investigados con plena certeza lo que permitirá establecer con meridiana claridad la tipicidad y de esta manera precisar cómo o de qué manera es que nuestra Administradora a incurrido en un tipo de infracción que se encuentre dentro del alcance de los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, por cuanto, reitero, el Proceso Ejecutivo Social por recargos ha sido debidamente iniciado por nuestra AFP.

c) <u>Vulneración del principio de Congruencia.</u>

En los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 061-2011, así como de la ahora impugnada APS/DJ/DPC/N° 176-2012 de 22 de marzo de 2012, que pretenden justificar las sanciones que se nos ha impuesto, calificándolas como de gravedad leve, no han tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado a través de la línea jurisprudencial sentada acertadamente por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición,*** *debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras). El precedente jurídico mencionado no ha sido aplicado en este caso motivo de controversia, especialmente en la imputación referida al incumplimiento de los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, pues no se expresa ni con meridiana claridad cuál es la omisión o infracción sobre la normativa citada, limitándose a señalar una falta de movimiento procesal, sin considerar la existencia misma de los Procesos Ejecutivos Sociales; cuya inexistencia, sería la única causal justificable para la imputación de infracción a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones.*

<u>IV.- DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN:</u>

Para establecer el criterio de gravedad de una infracción como leve, se debe considerar lo establecido por el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 que en su inciso c) señala: "Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, ***hayan sido provocados de manera preterintencional*** *y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor" (las negrillas son nuestras). Sin embargo de ello la ex AP no ha determinado como se hubiera configurado en nuestra conducta la preterintencionalidad, limitándose a expresar que:*

> *"…la preterintencionalidad de la conducta se halla en que* ***la infracción no sólo se limita a la inactividad procesal, sino que ello acarrea que la recuperación de los adeudos se vuelva más lejana e inoportuna,*** *tomando en cuenta que dichos montos están destinados al pago de prestaciones de los Afiliados...(las negrillas son nuestras)".*

De lo citado se desprende que se nos imputa una conducta preterintencional sobre la base de una infracción que no está tipificada como sanción administrativa, y que es la inactividad procesal, situación objetivamente distinta a la obligación que tiene nuestra administradora de iniciar los PES para perseguir la recuperación de las deudas al SSO, sean por aportes en mora o recargos como es el caso de autos.

De todo lo expresado su Autoridad podrá colegir que la conducta por la cual se quiere justificar la aplicación de una sanción con gravedad leve, no solo carece de fundamento, sino que vulnera flagrantemente el principio de congruencia, ya que se nos imputa como infracción la norma que obliga a nuestra Administradora a iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales, argumentando para ello una supuesta inactividad procesal, situación objetivamente distinta.

Asimismo, no se ha justificado por que cada caso se ha hecho merecedor de una sanción idéntica, siendo que existen diferencias, puesto que para cada empleador existe un numero (sic) *distinto de casos con recargos así como distintos plazos y etapas procesales, por lo que si bien se reconoce la potestad sancionadora que tiene el órgano regulador, es pertinente remitirse a lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia N° 1464/2004-R que en la parte pertinente señala:*

"Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los (sic) *intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente. Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."*

De la citada sentencia constitucional se desprende que la falta de fundamentación para la asignación de la cuantía o monto de la sanción, resulta en que la misma sea desproporcionada, más aun si tomamos en cuenta que no se ha configurado debidamente la infracción administrativa (ausencia de tipicidad); y que por lo tanto no tiene la congruencia necesaria para adecuarla a una infracción y luego calificada como Leve.

V.- DE LA IMPUTACIÓN DE LOS CARGOS:

Sin perjuicio de todo lo hasta ahora expresado, lo que implica que no aceptamos las sanciones que se nos impusieron por no encontrarse a derecho, solicito que su Autoridad

se sirva analizar los antecedentes que atañen a cada uno de los Procesos Ejecutivos Sociales de acuerdo a lo siguiente:

a) <u>CARGO NO. 3: AVICAYA LIMITADA</u>

<u>ZACARÍAS GABRIEL VALERO NUA 8240553</u>

- *En estricto cumplimiento al Art. 142 del Decreto Reglamentario de la Ley de Pensiones nuestra empresa realiza los mejores esfuerzos en representación de sus registrados para la recuperación de las contribuciones en mora, sin embargo es necesario hacer notar varias de las circunstancias con las que se tropiezan a fin de ejecutar la tramitación procesal; fundamentalmente en las gestiones que deben cumplirse, situación que nos conlleva aguardar dichos tramites* (sic) *antes de proseguir con actuaciones posteriores. A continuación nos permitimos reiterar a su autoridad cada uno de los inconvenientes a fin de proceder con la tramitación dentro esta causa:*

1. ***Mediante memorial presentado a Juzgado el 12 de diciembre de 2008 se solicita la facción de Orden Instruida para realizar la Notificación de la Sentencia N° 55/2008 a la empresa ejecutada.***

- *Mediante decreto de fecha 18 de diciembre del 2008* ***(es decir 6 días)*** *recién el Juzgador dispone la notificación a la empresa ejecutada con la Sentencia ordenando que se libre la correspondiente orden instruida encomendando su ejecución a cualquier autoridad no impedida de la localidad de Poopó.*

  <u>VERDAD MATERIAL</u>- *Como es de su conocimiento, esta solicitud efectuada por nuestra parte, a fin de poner en conocimiento la sentencia a la empresa ejecutada, debió merecer el decreto inmediato del juzgador, sin embargo éste emitió la providencia ordenando y dando curso a nuestra petición 6 días después de la solicitud hecha mediante memorial.*

  <u>Sin embargo a fin de que su Autoridad obtenga convicción de lo establecido en obrados, adjuntamos el memorial presentado a juzgado con el respectivo decreto emitido por el juzgador.</u>

  Como se valorará este inconveniente y retraso no atribuible a nuestra parte, no puede ser demostrado mediante documentación a sabiendas que el Juzgador seguramente por la carga procesal y la cantidad de procesos, emite las providencias con un retraso considerable, sin embargo esta situación provoca en su momento el reclamo verbal mediante secretaria y auxiliatura de juzgado a fin de que el expediente salga de despacho con la providencia solicitada. Por otro lado la presentación de otro memorial solicitando el pronunciamiento del Juzgador, provocaría mayor dilación, por lo que la solicitud verbal y presión personal con la secretaria y auxiliar si son consideradas como gestiones extrajudiciales que permiten dar el impulso procesal a nuestras causas, valiéndonos como se podrá apreciar, de toda gestión oportuna, veraz, fidedigna, admitida, que permita la celeridad de las causas, de lo contrario el minimizar y no tomar en cuenta estas acciones, significaría una falta de comprensión y experiencia en el diario tramitar de juzgados, situaciones con las que se debe lidiar día

a día, a fin de que nuestras causas tomen el rumbo ideal, de esa forma los operadores de justicia cumplan con lo establecido en la norma.

2. En fecha 22 de diciembre de los 2008 (4 días)) recién el Oficial de Diligencias procede a notificar a nuestra empresa con el decreto de fojas 66 vta. de obrados.

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia de la diligencia de notificación con la que el diligenciero de Juzgado procede a notificar a nuestra parte a fin de contabilizar la demora no atribuible a nuestra parte.*

3. Por disposición de la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito de la ciudad de Oruro, se dispone el receso judicial colectivo desde el 26 al 31 de diciembre de 2008 (9 días).

Como el 1º de enero es feriado nacional el 2 de enero del 2009 se inauguró en la ciudad de Sucre el año judicial y recién el sábado 3 de enero del 2009 se iniciaría las actividades judiciales, formalmente iniciadas el 5 de enero de 2009 (5 días).

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia del sello en el que establece el receso judicial colectivo, a fin de contabilizar la demora no atribuible a nuestra parte.*

4. Desde la iniciación de las actividades judiciales hasta el 14 de enero de 2009 (9 días) se procedió a realizar las gestiones necesarias para que un supernumerario (sorteado para el efecto) proceda a recibir los recaudos de ley.

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia de la nota transcrita por el auxiliar en el que establece que se procedió a proveer los recaudos a fin de que el supernumerario de turno confeccione la orden instruida, (está claro que estas gestiones internas propias de juzgado fueron ejecutadas hasta obtener el sorteo de la persona encargada para confeccionar este documento) a fin de contabilizar la demora no atribuible a nuestra parte.*

5. El 19 de enero de 2009 (5 días) se expidió la Orden Instruida, misma que fue recogida por un procurador de nuestra empresa, luego de haber cumplido con encargar y presionar para la facción inmediata de la orden referida.

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia de la nota transcrita por el secretario de Juzgado, en la que establece que se procedió a expedir la orden instruida, (está claro que esta confección tuvo una demora a raíz de la elaboración por parte del supernumerario) a fin de contabilizar la demora no atribuible a nuestra parte.*

6. *Luego de haber recogido la Orden Instruida, nuestra empresa procedió a organizar el correspondiente viaje a la localidad de Avicaya, centro minero en el cual se encuentra el empleador.*

Para conocimiento de su institución es importante informarle la forma en la que se practican estas notificaciones:

Se debe abordar un bus interprovincial que nos lleve a la localidad de Poopó, mismo que demora aproximadamente 2 horas.

Una vez en esta localidad corresponde dirigirse al Juzgado de Instrucción Ordinario Cautelar y Liquidador en lo Penal de la Provincia Poopó con asiento en Poopó y presentar el documento para que el Juez pueda providenciar y ordenar la correspondiente ejecución de la orden instruida.

El Juez provincial no siempre se encuentra en la provincia y/o dispuesto a providenciar en el mismo día, situación que nos obliga a retornar a los 3 o 4 días siguientes para recoger la orden instruida.

Una vez recogido el documento con la providencia del Juez, nuevamente tenemos que dirigirnos a otra localidad para ejecutar la orden instruida. Al ser una provincia alejada, realizamos la contratación de una movilidad particular para que nos lleve a la Localidad de Avicaya, cuyo viaje dura aproximadamente un hora y media.

Todos estos pasos que realizamos para notificar a la empresa Avicaya, fueron y son necesarios y permanentes; sin embargo como comprenderá perfectamente la instancia reguladora, al no estar el empleador en la misma ciudad de Oruro, se dificulta su notificación y demora obviamente el correspondiente trámite.

Como referencia para que su autoridad pudiera evaluar y valorar con los documentos que se encuentran en su institución, nos permitimos señalarle que para la notificación con la demanda tuvimos que realizar todas las gestiones y viajes descritos precedentemente, y recién se pudo notificar con esta demanda a los 6 meses, diligencia que por el transcurso del tiempo, no fue evaluada por su institución, ya que al corresponder el mismo procedimiento de notificación personal, por analogía debería haber sido aceptado por ustedes y no observado.

Más aún considerando que el Art. 146 del Código de Pdto. Civil establece la respectiva ampliación de plazo de distancia cuando se trata de diligencias que deban practicarse fuera del asiento del juzgado que sustancia la causa, pero dentro del país.

7. Asimismo, es importante señalar que tampoco consideró su institución la vacación judicial anual colectiva ordenada por la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, que se desarrolló del 29 de junio al 18 de julio del 2009 (19 días), señalado a Fs. 67 vta. de obrados y que por disposición del Art. 141 del Código de Pdto. Civil importa expresamente la suspensión de plazos.

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia que contiene el sello estableciendo el inicio de la vacación judicial, a fin de de (sic) contabilizar la suspensión de plazos procesales y en consecuencia una demora no atribuible a nuestra parte.*

8. *Un hecho que es sumamente importante resaltar y al mismo tiempo recordar a su*

autoridad, es el relativo a que dada la situación política que vivimos en nuestro país, muchas veces nos enfrentamos a bloqueos de caminos, paros de transportes, paros de instituciones, y otras circunstancias de fuerza mayor, que dificultan y perjudican las notificaciones mediante Ordenes Instruidas.

9. *Con referencia al memorial de fecha 28 de octubre del 2009 en el cual se solicitó nuevamente la notificación con sentencia, este actuado procesal se realizó para evitar que el Juzgado remita el expediente a Pre-archivo, toda vez que por todos los puntos anotados, se nos dificultó la ejecución de la Orden instruida, tal solicitud en ningún momento perjudicó al proceso ni generó daño ni dilación en su tramitación.*

CON REFERENCIA A NUESTRA PRESENTACIÓN DE MEMORIALES A FIN DE EVITAR EL PRE ARCHIVO.-

En ese sentido y considerando el estado actual de la causa en ese momento, ***(sentencia que declara probada la demanda y que se aguardaba su notificación a la parte deudora a fin de que ésta haga uso de los recursos que le franquea la ley, por lo tanto cualquier otra actuación no estaría de acuerdo a los principios de buena fe y debido proceso)*** *por lo que su apreciación, si bien en parte no está alejada de la realidad procesal, no se acomoda al estado en el que se hallaba el proceso, dejando en claro que si bien estas solicitudes extrañadas por su autoridad son ejecutadas en su debido momento, con la finalidad de asegurar y garantizar los resultados del juicio.*

Finalmente, resulta imperioso como importante poner en su conocimiento, que por una instrucción de la Corte, los procesos que no tengan movimiento por más de 5 meses se los debe trasladar a un Pre Archivo para evitar la congestión y saturación de expedientes en los Juzgados, por lo que corresponde en una interpretación ecuánime y razonable establecer que estas solicitudes si tienen asidero legal, si consideramos que esta determinación proviene del propio juzgado, situación que amerita tener que cumplir fielmente estas disposiciones que no son atribuible a nuestra parte.

Con referencia a su observación sobre los memoriales presentados en fechas 8 de enero y 9 de marzo del 2010, este requerimiento fue realizado obedeciendo a las solicitudes que nos realiza su institución para realizar las correspondientes auditorías y para mantener vigente y actualizado el file judicial, por lo que no correspondería su observación, al encontrase la misma sin sustento y contradiciendo sus propias solicitudes.

Víctor Gutiérrez Valero NUA 9187698) (sic)

De la misma forma dentro de esta causa, tenemos a bien transcribir los hechos relacionados a la misma y que lamentablemente no fueron tomados en cuenta por su institución:

1. *Mediante memorial presentado a Juzgado el 03 de diciembre de 2008 se solicitó el desglose de la Orden Instruida de citación con la Demanda y Auto Intimatorio, a fin de subsanar la diligencia errónea practicada por el Oficial de Diligencias, que conllevaría vicios de nulidad y mayor perjuicio en el desarrollo del proceso.*

2. *Mediante decreto y no "auto" como refiere su institución en Nota APS/DJ/DPC/241/2011, en fecha 5 de diciembre del 2008 (es decir 2 días) recién el Juzgador dispone el desglose de la orden instruida, debiendo quedar fotocopias simples.*

3. *El mismo día, el Oficial de Diligencias procede a notificar a nuestra empresa con el decreto de fojas 73 vta. de obrados.*

4. *En virtud a referida solicitud, se puede evidenciar de la Nota Marginal cursante a Fs. 74 vta. de obrados, que en fecha 23 de diciembre del 2008 se procedió al correspondiente desglose de Fs. 64 a 68 de obrados.*

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia del memorial y decreto emitido por el Juzgador, asimismo la diligencia de notificación y la nota marginal en el que se procede al desglose de la orden instruida, a fin de contabilizar la demora no atribuible a nuestra parte y en consecuencia evidenciar documentalmente que no existe demora.*

5. *Por disposición de la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito de la ciudad de Oruro, se dispone el receso judicial colectivo desde el 26 de diciembre del 2008 al 31 de diciembre de 2008 (9 días).*

6. *Como el 1º de enero es feriado nacional el 2 de enero del 2009 se inauguró en la ciudad de Sucre el año judicial y recién el sábado 3 de enero de 2009 se iniciaría las actividades judiciales, formalmente iniciadas el 5 de enero de 2009 (5 días).*

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia del sello en el que establece el receso judicial colectivo, a fin de contabilizar la demora no atribuible a nuestra parte* ***y que por disposición del Art. 141 del Código de Pdto. Civil importa expresamente la suspensión de plazos.***

7. *Paralelamente y al amparo del Art. 29 de la Ley 1760 (Ley de Abreviación Procesal Civil) en el que establece que el embargo y cualquier otra medida precautoria se ejecutaran antes de la citación con la demanda al ejecutado, nuestra empresa se encontraba procediendo a la averiguación de bienes ordenadas mediante auto intimatorio de pago.*

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia del memorial presentado a juzgado en el que se solicita la retención de fondos, mismo que evidencia que esta actuación fue* ***ejecutada inclusive antes de la solicitud de la citación mediante Orden Instruida con la demanda,*** *situación que asevera nuestra gestiones incluso extrajudiciales a fin de lograr establecer los bienes propios de la empresa ejecutada, sea con el fin de contabilizar la demora no atribuible a nuestra parte.*

Asimismo se adjunta el exhorto suplicatorio para que se practique la notificación en ese entonces, a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de la ciudad

de La Paz, misma que se encuentra debidamente diligenciada. En el mismo sentido se adjunta el escrito devolviendo esta ejecutorial de ley. Finamente (sic) *se adjunta las gestiones efectuadas tanto en las oficinas de Derechos Reales y COTEOR.*

8. *Como se podrá evidenciar del memorial de fecha 3 de diciembre del 2008, nuestra empresa solicito* (sic) *".... el desglose de la orden instruida para que esta se subsane por el Oficial de Diligencias del Juzgado de la Provincia de Poopó con su capital Huanuni a la brevedad posible..."*

VERDAD MATERIAL.- *Esta solicitud la realizamos, como mencionamos, para evitar vicios de nulidad, ya que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, corresponde a que la autoridad que realizó la notificación errónea, sea la obligada a subsanarla, misma que es desglosada tal cual se manifiesta de la nota marginal transcrita por el secretario de juzgado y que adjuntamos a fin de contabilizar la demora y acreditar como corresponde que no puede atribuirse a nuestra parte.*

9. *En este sentido una vez que se desglosó el documento, nuestra empresa procedió a organizar el correspondiente viaje a la localidad de Avicaya, centro minero en el cual se encuentra el empleador.*

10. *Para su conocimiento le reiteramos la forma que se practican estas notificaciones: Se debe abordar un bus interprovincial que nos lleve a la localidad de Poopó mismo que demora aproximadamente 2 horas.*

Una vez en esta localidad nos dirigimos al Juzgado de Instrucción Ordinario Cautelar y Liquidador en lo Penal de la Provincia Poopó con asiento en Poopó y procedimos a tratar de ubicar al Oficial de Diligencias, el cual no se encontraba en esa Localidad, lo que nos obligó a dejar el documento para que éste pueda ser subsanado.

Pese a los reiterados viajes infructuosos realizados en los siguientes meses, en procura de ubicar al Oficial de Diligencias y recoger el documento subsanado, este trámite se vio dilatado por las razones expuestas, que en ningún caso son atribuibles a nuestra empresa.

11.*Ante la negativa verbal del Oficial de Diligencias de subsanar su diligencia, toda vez que en lugar de dejar aviso judicial, notificó por cédula, atentando al Art. 121 del Código de Procedimiento Civil, el Juez de provincia, con el fin de coadyuvar y acelerar este trámite nos solicitó verbalmente le proporcionemos las partes pertinentes del proceso.*

12. *Lamentablemente, en esa fecha la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, instruyó la vacación anual colectiva que se desarrolló del 29 de junio al 18 de julio de 2009* ***(19 días),*** *señalado a Fs. 74 vta. de obrados, tiempo en el cual se ha producido la suspensión de plazos procesales según determina el Art. 141 del Código de Pdto. Civil, pero que nos perjudicó en la obtención de los documentos solicitados por el Juez de provincia.*

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso, fotocopia del sello en el que*

establece el receso judicial colectivo, a fin de contabilizar la suspensión de plazos procesales y evidenciar que la demora no es atribuible a nuestra parte.

13. *Mediante memorial de fecha 5 de septiembre del 2009 se solicitó la otorgación de fotocopias simples de la Fs. 29, 30, 31, 32 que corresponden a Nota de Débito, Nota de Cálculo de Recargo y Demanda Ejecutiva Social.*

14. *Todos estos pasos que realizamos para subsanar la notificación a la empresa Avicaya, fueron necesarios, sin embargo como comprenderán al no estar el empleador en la misma ciudad de Oruro, dificultó nuestro trámite.*

15*.Es importante resaltar y recordar a su autoridad, que por la situación política que vivimos en nuestro país, muchas veces nos enfrentamos a bloqueos de caminos, paros de transportes, paros de instituciones, y otros, que dificultaron y perjudicaron en el presente caso la gestión que pretendíamos realizar.*

Con referencia al memorial de fecha 30 de octubre del 2009 en el cual se solicitó la ejecutoria de la Sentencia, este actuado procesal se realizó para evitar que el Juzgado remita el expediente a Pre-archivo, solicitud que en ningún momento perjudicó al proceso ni generó daño ni dilación en su tramitación.

16. *Es importante poner en su conocimiento, que por una instrucción de la Corte, los procesos que no tengan movimiento por más de 5 meses, se los debe trasladar a un Pre Archivo para evitar la congestión y saturación de expedientes en los Juzgados.*

17. *Con referencia a su observación sobre los memoriales presentados en fechas 8 de enero y 9 de marzo del 2010, este requerimiento fue realizado obedeciendo a las solicitudes que nos realiza su institución para realizar las correspondientes auditorías y para mantener vigente y actualizado el file judicial, por lo que no correspondería su observación, más cuando contradice sus propias solicitudes.*

b) CARGO No 4. FLORES MONTERO LENNY SILVESTRE.

Toda vez que dentro los descargos presentados en nuestro recurso de revocatoria, no fueron valoradas varias de las circunstancias con las cuales se tuvo que tropezar, ponemos en su conocimiento que estos extremos que desglosamos a continuación (reiteramos que su autoridad no tomó en cuenta al momento de emitir la correspondiente Resolución), se debe a circunstancias tales como la demora injustificada del Juzgador, mismo que a momento de pronunciarse sobre el memorial presentado en fecha 15 de marzo de 2009 (Solicitud de Sentencia declarando Probada la Demanda) en forma extraña dispone mediante decreto de 22 de abril de 2009 que previamente se notifique a la parte ejecutante con todas las actuaciones procesales. Estas providencias extrañamente dilatorias son totalmente ajenas a nuestra intención de otorgar la respectiva celeridad en la causa.

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso la fotocopia simple del memorial y el decreto en el que se establece que previamente se notifique con las actuaciones pendientes, a fin de demostrar la demora no atribuible a nuestra parte. Finalmente,*

tengo a bien informarle que a las referencias que su institución realiza a la 3º solicitud de sentencia, esta situación se dio ante la demora de secretaría de juzgado, en listarlo para el correspondiente ingreso a Juzgado para la dictación de la correspondiente Sentencia. Cabe aclarar que estos expedientes entran a despacho por turno, y en orden cronológico, por lo que la intención de nuestro memorial reiterativo del 26 de febrero del 2010, fue única y exclusivamente para acelerar su dictación.

Es importante que su institución valore, que por esa gestión adicional, el juzgador dictó la Sentencia a los 10 días de los 20 que tiene de acuerdo a Procedimiento.

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso la fotocopia simple de los memoriales presentados en fechas 21 de abril de 2009, 14 de octubre de 2009 y 26 de febrero de 2010 y decretos en el que se establece que previamente se notifique con las actuaciones pendientes, a fin de demostrar que la demora no atribuible a nuestra parte.*

SOBRE LA ACEFALIA DEL OFICIAL DE DILIGENCIAS.-

Con referencia a su observación, su autoridad manifiesta en el párrafo 2 de la Pág. 10 de la resolución: "Que el hecho de existir acefalia en el cargo de ***un Juez****, no impide la prosecución de un proceso, ya que ante tal situación existen reemplazos que imposibilitan la paralización de los procesos."*

Al respecto cabe aclarar que en ningún momento de nuestro recurso hicimos mención a la acefalia del Juzgador, ***tal cual pretende hacer notar y confundir su Autoridad, al contrario nuestro descargo se circunscribe a la acefalia del Oficial de Diligencias.***

Con relación a la acefalia del Diligenciero del Juzgado, su autoridad pudo constatar y convencer por las fotocopias remitidas a su institución que la falta de movimiento procesal se debió a que el Oficial de Diligencias del Juzgado 5º de Partido en Trabajo y Seg. Social de la ciudad de Santa Cruz, no habría sentado todas las diligencias realizadas y supervisadas por nuestra empresa, situación que demoró aun más el trámite procesal.

Al pretender reclamar esta situación, se nos informó que dicho funcionario habría cesado en sus funciones dejando pendientes algunas notificaciones (en las que se encontraban las nuestras).

Para enmendar estas actuaciones procesales, nos vimos obligados a recurrir al Oficial de Diligencia de Juzgado 1º de Trabajo y Seguridad Social para que realice nuevamente estas diligencias. Asumiendo que este funcionario habría cumplido con lo ordenado por el juzgador, nuestra empresa reiteró mediante memorial de fecha 14 de octubre del 2009, la dictación de sentencia, sin embargo nuevamente pudimos verificar que estas diligencias no pudieron ser realizadas, por las recargadas funciones que realizaba este funcionario para atender paralelamente a los dos juzgados. La demora de los 212 días como demostramos no es atribuible a nuestra empresa, ya que se debió a la acefalia del Oficial de Diligencia del Juzgado y a su incumplimiento de deberes.

Si bien sus autoridad instruye y sugiere realizar las denuncias ante los Órganos Disciplinarios aplicando la letra muerta de la ley sin considerar que en la realidad, este accionar trae mayores inconvenientes, entre ellos, preparar las denuncias que precisan de la inversión de tiempo, seguimiento a las mismas, notificaciones, declaraciones, audiencias, etc., las cuales derivarían en otro proceso al cual se debe otorgar el respectivo seguimiento. Por otro lado la enemistad con la que se llegaría en juzgado seria (sic) *notorio y a toda luz perjudicial, puesto que en nuestra economía procesal se suele frecuentar y lidiar con inadecuados tratos para con el denunciante, situación que sería de conocimiento pleno de todos los juzgadores ya que estos se encuentran prácticamente conectados tanto física como laboralmente, acciones que perjudicarían la tramitación de las demás causas ejecutivas sociales. Si bien la abrogada Ley de Organización Judicial, establecía la inmediata suplencia, no es menos cierto que en la práctica procesal se torna demasiado complejo el atender dos Juzgados por la carga procesal que existe (para todo el Departamento de Santa Cruz solo existen 5 Juzgados Laborales), en el caso que es de nuestro interés el Oficial no logró cumplir con la obligación de notificar los actuados de la presente causa, no por falta de interés como quiere hacer notar su autoridad sino por la imposibilidad física a la cual tuvo que enfrentarse, considerando que se encontraba en suplencia de dos juzgados.*

Es importante recordar a su institución, que muchos de estos funcionarios rehusan o se excusan del cumplimiento de sus funciones argumentando la falta de tiempo y la excesiva carga procesal que aumenta al asumir el cargo en suplencia de otro juzgado, situación que conlleva a demorar estas notificaciones, pese a las insistentes gestiones ejecutadas por nuestra empresa con el fin de que los procesos no sean paralizados y demorados injustificadamente.

Por todo lo expuesto, mal puede su autoridad atribuirnos una demora en el movimiento procesal y pero aún multarnos por situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones y gestiones, pero aún atribuirnos responsabilidades por la mala práctica de todo el sistema judicial, situación que es de amplio conocimiento público, ya que nos encontramos sujetos a toda la buena voluntad de los funcionarios públicos y a la mala organización del Poder Judicial, mismas que pueden ser corroborada por su institución en los estrados judiciales, en ese sentido esta verdad material extrañada por su autoridad, no podrá ser adjuntada reiterando que esta práctica judicial es de conocimiento público y que estas demoras no son atribuibles a nuestra parte, considerando que el incumplimiento de funciones conlleva a sanciones a estos funcionarios, por lo que su institución tiene la facultad de verificar estos extremos.

c) CARGO No. 6.- CORDOVA GUTIÉRREZ DONATO:

Toda vez que mediante la resolución confirmatoria, su autoridad simplemente se limita a establecer lo siguiente:"...no argumenta los motivos por los cuales se habría incurrido en la falta de movimiento procesal respecto a la fase de ejecución de sentencia y se remite simplemente a la manifestación de lo siguiente...."

Ante esta afirmación que a todas luces está alejada de la realidad y muy apartada de lo mencionado en nuestro recurso de revocatoria, manifestamos que ***en ningún***

momento se dejó de lado la ejecución de la sentencia, *tal cual se puede establecer en los argumentos plasmados en dicho recurso, al proceder a ejecutar un análisis del presente proceso para esta ejecución.*

En ese sentido y considerando que el Auto de Vista se encontraba en ejecución de fallos, revisando los antecedentes procesales y las medidas precautorias solicitadas y ejecutadas, se pudo determinar la anotación de 2 líneas telefónicas que por su valor comercial no cubrían el monto adeudado, gestiones que lamentablemente no son valoradas, menos tomadas en cuenta por su autoridad en nuestros descargos.

Asimismo, se gestionó la anotación preventiva de 3 vehículos, mismos que en ejecución de fallos, se intentó secuestrarlos para embargarlos y poder rematarlos. Lamentablemente, no se pudo determinar su paradero, por lo que nos vimos impedidos de poder ejecutar esta medida precautoria.

Finalmente, en fecha 15 de octubre del 2010, se pudo obtener el Certificado de Derechos Reales, en el que se establece que el ejecutado, tendría registrado en copropiedad una pertenencia minera adquirida por Declaratoria de Herederos, para la cual se solicito la anotación preventiva correspondiente.

Como bien analizará su autoridad estas gestiones propias del procedimiento, fueron ejecutadas a cabalidad pretendiendo la recuperación de los aportes adeudados al SSO, sin embargo con una actitud de minimizar cada una de las gestiones tan fundamentales e imprescindibles como las ejecutadas, su autoridad no las toma en cuenta a momento de ratificar las multas impuestas por una supuesta falta de movimiento procesal, remitiéndose simple y únicamente en forma extraña a detallar aquellos aspectos que aparentemente habrían causado una demora en la tramitación. Asimismo, causa mayor extrañeza que todos los esfuerzos que se imprimieron en este proceso para recuperar el monto de las contribuciones, fueron totalmente devaluados por su autoridad, así como los esfuerzos que se realizan para obtener un archivo físico actualizado con todas las actuaciones procesales que cursan en obrados, mismas que no son reconocidas por su institución, ya que para obtener cualquier actuado procesal en los juzgados imprescindiblemente debe ser solicitado en memorial, caso contrario estas peticiones verbales son rechazadas, por lo que mal puede su autoridad extrañarse de los memoriales que cursan en obrados en los cuales solicitamos fotocopias de cada actuación, en cumplimiento a sus disposiciones, por tanto no es aceptable que su institución alegue la existencia de un incumplimiento a la normativa. Asimismo tampoco aceptamos, que si institución asuma erróneamente un reconocimiento tácito cuando solo nos permitimos poner en su conocimiento las circulares que emiten las Cortes Superiores del Distrito disponiendo el plazo para mantener los procesos en Juzgados y/o enviarlos a pre-archivo, situación que no aplica en este proceso, ya que como su entidad comprobó todas las gestiones administrativas realizadas en ejecución de fallos ejecutando toda medida precautoria, obviamente no se encuentran en el proceso, ya que las mismas sufren un tratamiento especial incluso extrajudicial.

Es importante que se tome en cuenta que todo el trámite que se realiza en las distintas instituciones donde se registran bienes, son iniciados con un oficio emitido por el Juez

de la causa, pero todo el seguimiento del trámite hasta su conclusión es meramente administrativo, por lo que no es aceptable la confirmación de la multa por todos los esfuerzos que se realizaron en esta causa a fin de ubicar los bienes y lograr la recuperación de los montos adeudados.

VERDAD MATERIAL.- *Adjuntamos al presente recurso las fotocopias simples de los memoriales presentados a juzgado, decretos correspondientes, informes de las instituciones y demás piezas procesales que demuestran la ejecución de las medidas precautorias en ejecución de fallos, a fin de demostrar y que sea advertido por su institución toda esta prueba material que a todas luces desvirtúan los cargos impuestos a nuestra parte, por lo que queda comprobado que no se estaría frente a una simple enunciación, sino a una real acreditación que amerita sea valorada como en derecho corresponde y en consecuencia se dicte la resolución revocatoria y deje sin efecto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 061-2011 de 9 de junio de 2001, en lo concerniente a los cargos 3,4 y 6, desestimando los mismos.*

VI. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados (sic) *nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 176-2012 de fecha 22 de marzo de 2012; que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N0 061-2011 de fecha 09 de junio de 2011, ajustándola a derecho conforme a las reglas del debido procedimiento administrativo…"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. En cuanto a la falta de competencia y vulneración al principio de tipicidad.-

La recurrente argumenta que la APS no tendría competencia para revisar los Procesos Ejecutivos Sociales, y además que en el presente caso existiría una vulneración al principio de tipicidad, ya que en ningún momento la APS ha demostrado incumplimiento al artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre 1996 de Pensiones.

Al respecto importa traer a colación, el pronunciamiento dado por este Ministerio, en el tema que nos ocupa, mismo que se encuentra desarrollado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 02/2012 de 19 de enero de 2012, determinando lo siguiente:

"…1.1. De la Competencia de la Autoridad Fiscalizadora.-

El recurrente en el memorial de Recurso Jerárquico, expresa que:

"La APS, al ingresar a realizar una revisión de los aspectos netamente procedimentales sobre los procesos ejecutivos sociales por recargos, sin contar con una noma que le faculte para ese efecto, que tenga carácter reglamentario y que haya sido emitida con anterioridad, ha vulnerado flagrantemente su competencia y usurpa funciones que no le competen, contrariando principios de derecho como el principio de sometimiento pleno a la Ley, principio de legalidad y a la seguridad jurídica."

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

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

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

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

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

Precedente que es compartido in extenso por este Ministerio, ya que no se puede pretender hoy a más de catorce años del inicio del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, desconocer la competencia de la Autoridad Fiscalizadora, quien por mandato legal se encuentra en plena facultad de ejercer el control del correcto cumplimiento de la norma, realizando cuanta fiscalización sea necesaria a efectos de verificar sí la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales, ha sido llevada correctamente o ha existido negligencia o inoperancia por parte de la Administradora, en el cumplimiento de sus funciones como representantes de los Afiliados, ya que ello conlleva un perjuicio inminente por la falta de recuperación oportuna de los aportes de los mismos. En el evento de evidenciar una posible infracción, se encuentra obligada a iniciar el proceso sancionatorio correspondiente llegando hasta la sanción o desestimación del cargo según corresponda y siempre en el marco del estricto cumplimiento al debido proceso.

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

1.2 Del cumplimiento del Principio de Tipicidad.-…"

"…*Ahora bien, subsumiendo el análisis del cumplimiento estricto del Principio de Tipicidad, importará revisar los tipos imputados y que merecieron sanción, a saber:*

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales, produciendo este hecho interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

Por lo tanto, amerita la transcripción y pronunciamiento respecto a cada artículo citado, es así que tenemos:

El artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece:

"ARTÍCULO 23° DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.- *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de pensiones (AFP).*

La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito (sic) del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación…"

El inciso d) del artículo 31 (de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala:

*"…**d)** Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"*
El artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997:

*"**ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).** A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"*

El artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, determina lo siguiente:

***ARTÍCULO 12.- (RECARGOS).** Los empleadores que no se acojan a los alcances del artículo precedente, serán sujetos a Proceso Ejecutivo Social por concepto de los recargos que corresponda.*

La aplicación de los recargos establecidos en el inciso a) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones será regulada por la SPVS, debiendo ser acreditados los mismos, en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda, administradas por las AFP.

Los recargos calculados de conformidad con el inciso b) del Artículo 33 de la Ley de Pensiones y el Reglamento vigente de reservas de Riesgo Común y Riesgo Profesional del SSO emitido por la SPVS, una vez pagados deberán ser acreditados en la Cuenta Individual del Afiliado fallecido o inválido…"

De la norma precedentemente transcrita se llegan a las siguientes conclusiones:

*Respecto al **Artículo 23 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se evidencia que si bien la recurrente emitió las Notas de Débito e inició los Procesos Ejecutivos Sociales ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, sin embargo su tramitación no cumplió con la debida y oportuna tramitación conforme las normas del Código Civil y la propia Ley de Pensiones.*

*En cuanto al incumplimiento del **Artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324** de 22 de enero de 2004, se tiene que está si bien no es una norma imperativa que dé una obligación a las AFP, sin embargo la misma determina la obligación del procesamiento del Proceso Ejecutivo Social, y se encuentra por lo tanto congruente con el artículo 23 de la Ley No. 1732 analizado ut supra.*

*Siguiendo el análisis tenemos que en cuanto al incumplimiento al **inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se evidencia a su vez el cumplimiento al Principio de Tipicidad, al configurarse la infracción imputada respecto al cobro de las contribuciones, ya que la supuesta negligencia en la tramitación, evidencia la omisión del cumplimiento de sus obligaciones, constituyéndose de esta manera en la causa para el retraso o en su caso el no cobro a los empleadores de las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones*

*En cuanto al incumplimiento del **Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469** de 17 de enero de*

1997, es menester primero precisar que la figura del "buen padre de familia" es una figura jurídica abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación."

De lo transcrito se tiene que, si bien dentro de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 02/2012 de 19 de enero de 2012, se determinó anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 251-2011 de 23 de agosto de 2011, en lo referente a los Cargos Nº 3, 4 y 6, esto se debió justamente a que la APS, no valoró, ni emitió pronunciamiento en cuanto a los argumentos presentados por la AFP respecto a que la demora que existiría dentro de los Procesos Ejecutivos Sociales.

Sin embargo y fundamentalmente para el caso de autos, este Ministerio sí se pronunció sobre la competencia y la tipicidad imputada, mismos que se constituyen como precedente tanto para el Órgano Regulador como para el regulado, por lo que se concluye una vez más que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sí cuenta con competencia para seguir el consiguiente proceso administrativo sancionatorio, en caso de detectar infracciones por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones en materia de Procesos Ejecutivos Sociales.

Ahora bien, señalado ello, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se circunscribirá a determinar si la paralización y la demora en el desenvolvimiento de los Procesos Ejecutivos Sociales, efectivamente son de responsabilidad de la AFP o estos derivaron de causas ajenas a la voluntad de la AFP, en estricta sujeción al debido proceso y consiguiente principio de tipicidad desarrollado, pero para ello se debe verificar cargo por cargo, conforme se procede a continuación.

2. En cuanto a los cargos cuyo procesamiento administrativo fue anulado.-

2.1. Cargo Nº 3: Avicaya Limitada.-

La Entidad Reguladora sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por el incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra el empleador Avicaya Ltda., correspondientes al asegurado Zacarías Gabriel Valero con NUA 8240553 y Víctor Gutiérrez Valero con NUA 9187698.

a) Asegurado Zacarías Gabriel Valero

La recurrente señala que no existiría una demora en el proceso atribuible a la AFP, sino que la misma se debió a causas ajenas que no pueden ser demostradas con documentación. Asimismo señala que el Ente Regulador no consideró la lejanía en la que se encuentra la Empresa Avicaya y las gestiones que realizó durante toda la tramitación, respecto a la

notificación al Empleador, para lo cual deben realizar una serie de diligencias y viajes a la Localidad de Avicaya (Centro minero), lo cual dificulta su notificación, adicionalmente argumenta que se debe considerar la vacación judicial de 28 días (26 al 31 de diciembre de 2008 y del 29 de junio al 18 de julio de 2009), bloqueos de caminos, paros de transporte y otros que dificultan y perjudican las notificaciones.

De los antecedentes que se tiene en el expediente de autos se puede evidenciar los siguientes actuados:

- **Nota de Débito:** Nº 1-04-2006-00008 de 09 de marzo de 2006.
- **Proceso Ejecutivo Social**: Iniciado el 31 de mayo de 2006.
  Otros actuados:
- Memorial de 20 de julio de 2006, reitera por tercera vez dicte Auto Intimatorio de pago.
- Memorial de 3 de abril de 2007, Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita el desarchivo del proceso por el tiempo transcurrido.
- El Juez mediante Auto de 30 de abril de 2007, llamando la atención a la Administradora para que dé el impulso procesal requerido.
- Mediante Memorial de 30 de abril de 2008, Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita al Juez la Orden Instruida para que alguna autoridad no impedida cite al representante legal de la Empresa en la Localidad de Avicaya, la cual es emitida por el Juez.
- En fecha 18 de noviembre de 2008, se dicta Sentencia Probatoria a favor de la AFP.
- En fecha 12 de diciembre de 2008, Futuro de Bolivia S.A. AFP, solicita Orden Instruida para realizar la notificación a la parte demandada con la Sentencia Nº 55 /2008 probatoria a la Empresa ejecutada.
- Mediante Decreto de fecha 18 de diciembre de 2008 (es decir 6 días) recién el Juzgador dispone la notificación a la empresa ejecutada.
- En fecha 19 de enero de 2009 se expidió la orden instruida.
- Luego de recogida la orden instruida la Administradora organizó el viaje a la localidad Avicaya, el cual se notificó seis meses después.
- En fecha 04 de septiembre de 2009 la Administradora, solicita fotocopias del expediente judicial.
- En fecha 28 de octubre de 2009, solicita al juez disponer notificación con la Sentencia.
- Con Memoriales de 08 enero de 2010 y 09 de marzo de 2010, solicita fotocopias del expediente.

De los actuados transcritos así como de la valoración de la documentación adjunta al expediente administrativo, se tiene que el 31 de mayo de 2006, se inició el Proceso Ejecutivo Social, sin embargo, una vez emitida la Orden Instruida en fecha 19 de enero de 2009, la AFP demoró seis meses para la notificación de la demanda al Empleador.

La recurrente alega que para poder notificar al empleador en el Centro Minero de Avicaya, se debe tomar un bus interprovincial a la localidad de Poopó, viaje que demoraría aproximadamente dos horas, una vez en la localidad correspondería dirigirse al Juzgado de Instrucción Ordinario Cautelar y Liquidador en lo Penal de la provincia Poopó y presentar la orden instruida para que el Juez la providencie y ordene la correspondiente ejecución, debiendo retornar a los tres o cuatro días para recoger la orden instruida providenciada y posteriormente tomar una movilidad particular para ir a la localidad de Avicaya, viaje que

duraría aproximadamente una hora y media.

Al respecto, si bien se puede evidenciar que en el presente caso existiría todo un trámite que debe realizar la AFP para proceder con las notificaciones personales al empleador, no es menos cierto que, según los cómputos dados por la misma AFP, los trámites previos a la notificación personal al Centro Minero tardarían entre dos a tres semanas.

Asimismo, si bien la localidad de Avicaya es una zona alejada de la ciudad de Oruro y para la notificación existirían plazos de distancia conforme lo establece el Art. 29 de la Ley de Abreviación Procesal Civil, en ningún caso se puede considerar **seis meses de plazo para la notificación de un sólo acto procesal.**

Que el hecho de que la AFP haya tardado seis meses en la notificación de la demanda al empleador, demuestra de manera fehaciente la falta de diligencia que tuvo la AFP desde el inicio del Proceso Ejecutivo Social, demora y falta de diligencia que pueden ser corroboradas con los siguientes actuados: memorial de 20 de julio de 2006, memorial de 3 de abril de 2007, solicitud realizada por Futuro de Bolivia S.A., para el desarchivo del proceso, Auto del Juez de fecha 30 de abril de 2007, llamando la atención a la Administradora para que de impulso procesal al presente proceso, etc.

Si bien es cierto que a partir de la gestión 2008, la AFP se habría desenvuelto con una mayor diligencia, no es menos cierto que hubo una demora significativa en las gestiones 2006 a 2008, mismas que son atribuibles a la AFP, no existiendo por ende ningún justificativo para estas dos gestiones, más que el presentado en primera instancia en cuanto al mal patrocino del Abogado externo Dr. Marco Antonio Goitia Brun, aspecto que no exime de responsabilidad a la AFP y demuestra la falta de diligencia respecto al seguimiento del proceso instaurado y el perjuicio ocasionado al desenvolvimiento de la causa para la recuperación de los aportes.

b) Asegurado Víctor Gutiérrez Valero

Se tienen los siguientes actuados:

- **Nota de Débito**: N° 1-04-2006-00002 de 8 de febrero de 2006.
- **Proceso Ejecutivo Social**: Iniciado en fecha 05 de junio de 2006.
  Otros Actuados:
- Mediante Auto Intimatorio de Pago de 07 de junio de 2006, el Juez instruye al demandado el pago de lo adeudado.
- Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita en fecha 25 de octubre de 2007 el desarchivo del proceso.
- El 30 de octubre de 2007 la AFP presenta memorial al Juez solicitando retención de fondos.
- Exhorto suplicatorio de fecha 10 de marzo de 2008, mismo que es notificado a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en el mismo sentido el escrito devolviendo este ejecutoriado por ley.
- Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante memorial de fecha 03 de diciembre de 2008 solicitó el desglose de la Orden Instruida de notificación con la Demanda y Auto Intimatorio, a

fin de subsanar la diligencia errónea practicada por el Oficial de Diligencias.
- En fecha 05 de diciembre de 2008, el juez emitió el Decreto que dispone el desglose de la Orden Instruida (el mismo día el Oficial de Diligencias procede a notificar a la AFP con el Decreto de fojas 73 Vta. de obrados.)
- En fecha 23 de diciembre de 2008 se procedió al correspondiente desglose.
- Vacación judicial del 26 de diciembre del 2008 al 31 de diciembre de 2008 (9 días).
- Mediante memorial de 04 de septiembre de 2009 la Administradora de Fondos de Pensiones, solicita fotocopias simples del expediente judicial.
- El 29 de octubre de 2009, Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita ejecutoria de la sentencia.
- Con Auto de 03 de noviembre de 2009, señala dirigir actuados.
- El Memorial de 08 de enero de 2010 y 09 de marzo de 2010, solicita fotocopias simples.

De acuerdo a los actuados del proceso se puede evidenciar que desde la emisión de la Nota de Débito, la AFP demoró aproximadamente cuatro meses, en iniciar el Proceso Ejecutivo Social, de igual modo desde el Auto Intimatorio de Pago de 07 de junio de 2006, mediante el cual el Juez instruye al demandado el pago de lo adeudado, hasta el 25 de octubre de 2007, (casi un año después) la AFP solicita el desarchivo de la causa, asimismo en fecha 30 de octubre de 2007, la AFP presenta memorial al Juez solicitando retención de fondos, por lo que se evidencia una paralización del proceso y una retardación en cuanto a la recuperación de los aportes adeudados por el empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, lo que demuestra la falta de diligencia respecto al seguimiento del proceso instaurado.

En cuanto a que en el presente caso se debe considerar otros hechos que dieron lugar a la demora y paralización del proceso como ser la vacación judicial, bloqueos de caminos, paros de transporte, etc., que dificultan y perjudican las notificaciones, efectivamente se tiene que dentro de un Proceso Ejecutivo Social pueden existir hechos queden lugar a la demora mismos, y que no son atribuibles a las AFP en cuanto a la demora o paralización de un proceso como los que menciona la recurrente, sin embargo estos hechos pueden ser justificados en la demora de un mes en las actuaciones procesales, pero de ninguna manera pueden ser justificativo para la demora de seis meses o un año en algunas actuaciones procesales por parte de la AFP.

Asimismo, es evidente que el pre archivo de los procesos se da cuando no existe movimiento procesal, por tanto si la AFP solicitó el desarchivo de los procesos, es indudable que no realizó movimiento, ni diligencia alguna.

Por tanto en el cargo N° 3 correspondiente al Proceso Ejecutivo Social iniciado a la empresa Avicaya, sí se evidencia la paralización injustificada de las actuaciones procesales en los PES, demora atribuible en este caso a la AFP, en contravención a la normativa imputada y sancionada por la Autoridad Fiscalizadora.

2.2. Cargo 4: Flores Montero Lenny Silvestre.-

La APS sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del

Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales, dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra el Empleador Flores Montero Lenny Silvestre.

La recurrente señala que existieron varios extremos por los cuales se tropezó en el proceso, como la demora injustificada del Juzgador.
Asimismo, alega que mediante memorial presentado al Juzgado el 15 de marzo de 2009 se solicitó al Juez dicte Sentencia declarando probada la Demanda, sin embargo, de forma extraña el juez dispuso mediante Decreto de 22 de abril de 2009, que previamente se notifique a la parte ejecutante con todas las actuaciones procesales, y en observancia al mencionado Decreto, se proveyó al Oficial de Juzgado 5º de Partido en Trabajo y Seguridad Social, el formulario de notificaciones, para que proceda a la notificación de actuados procesales a la parte ejecutante, actuado que el Oficial de Diligencias no procedió a realizar y a momento de reclamar, se les informó que el Juzgado 5º de Partido en Trabajo y Seguridad Social, habría entrado en acefalía y que el Oficial saliente habría dejado pendientes algunas notificaciones, las cuales estaban a cargo del Oficial de Diligencia de Juzgado 1° del Trabajo y Seguridad Social, por lo que se apersonaron al Juzgado 1° para solicitar al Oficial de Diligencia realizará dicha diligencia, dejándosele los cargos de ley necesarios, realizándose la misma en fecha 20 de noviembre de 2009.

Al respecto, se tiene que las actuaciones realizadas en el presente trámite son las siguientes:

- **Nota de Débito:** N° 1-07-2006-00012 de 17 de febrero de 2006 y 1-07-2006-00616 de 7 de noviembre de 2006.
- **Proceso Ejecutivo Social:** Iniciado el 23 de marzo de 2006 primero por la Afiliada Victoria Mamani Sirpa y posteriormente para Gloria Vaca Juárez.

  Otras actuaciones:
- En fecha 09 de enero de 2009, el demandante presta juramento de desconocimiento del domicilio de la parte demandada.
- Mediante memorial de 15 de marzo de 2009, solicita al Juez dicte Sentencia probatoria.
- A 22 de abril de 2009, el Juez ordena mediante Decreto previamente que se notifiquen con todas las actuaciones a la parte ejecutante.
- Mediante memorial de 13 de octubre de 2009, reitera al Juez dicte Sentencia probatoria.
- A 15 de octubre de 2009, nuevamente el Juez emite Decreto para que se notifíquese a la parte ejecutante con todas las actuaciones.
- Mediante memorial de 25 de febrero de 2010, por tercera vez solicita se dicte Sentencia probatoria.
- El Juez dicta Sentencia probatoria a favor de la parte demandante en fecha 10 de marzo de 2010.

De los antecedentes y argumentos anotados precedentemente, se tiene que, si bien la AFP hubiera cumplido con dar los recaudos de ley al Oficial de Diligencias del Juzgado 5º de Partido en Trabajo y Seguridad Social para que proceda con la notificación a la parte ejecutante con todas las actuaciones del proceso, conforme lo establecía el Decreto de 22 de abril de 2009, luego de lo cual, la misma no hubiera hecho el correspondiente seguimiento a este acto, ya que la AFP habría demorado aproximadamente siete meses

(del 15 de marzo de 2009 al 13 de octubre de 2009) en reiterar la solicitud para que se dicte sentencia al juzgado 5º de Partido en Trabajo y Seguridad Social, teniendo por respuesta a su memorial el Decreto de 15 de octubre de 2009 por el cual el juez reitera que previamente se notifique a la parte ejecutante con todas las actuaciones.

De lo referido se evidencia que la AFP, no ha hecho el correspondiente seguimiento al proceso, ya que esta recién se habría percatado de que el Oficial de Diligencias no cumplió con la notificación, en razón a que el cargo de Oficial de Diligencias hubiera quedado vacante, teniendo que volver a dar los recaudos de ley al Oficial de Diligencias del Juzgado 1º, el cual se encontraría en suplencia legal del quinto.

Que este hecho claramente demuestra que si existió negligencia por parte de la AFP, en cuanto al seguimiento de la causa; si bien en el presente caso existirían circunstancias ajenas como la acefalia del Oficial de Diligencias, que demoraron aún más el proceso y que efectivamente no son atribuibles a la AFP, sin embargo de ello, no existe documentación de descargo respecto a las gestiones realizadas entre la solicitud para que se dicte sentencia y la reiteración realizada, pese a que en **el primer Decreto** se determinó que previamente se notifique a la parte ejecutante con todas las actuaciones procesales, así como el tiempo que demoró en enterarse de la acefalia del Oficial de Diligencias, aspectos que si son de entera responsabilidad y demuestran la negligencia y falta de diligencia con la que habría actuado la AFP en el seguimiento del presente Proceso Ejecutivo Social.

Por lo tanto en el presente cargo correspondiente al Proceso Ejecutivo Social seguido contra el Empleador Flores Montero Lenny Silvestre, se evidencia que existió demora en el movimiento procesal, de responsabilidad de la AFP.

2.3. Cargo 6: Córdova Gutiérrez Donato.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, debido a que en el trámite derivado en Recargos del Asegurado Víctor Chungara Muruchi, se evidenció que existió una paralización injustificada de las actuaciones procesales para la recuperación de los adeudos al SSO de largo plazo, específicamente en la fase de la ejecución.

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que en ningún momento se dejó de lado la ejecución de la sentencia, ya que al encontrarse el Auto de Vista confirmatorio correspondía ejecutar las medidas precautorias solicitadas, asimismo, señala que realizaron varias gestiones para ubicar bienes (2 líneas telefónicas, anotación preventiva de 3 vehículos, Certificado de Derechos Reales) y así poder recuperar los montos adeudados.

Al respecto se tienen las siguientes actuaciones realizadas por la AFP:

- **Nota de Débito:** N° 1-04-2006-00005 de 07 de febrero de 2006.
- **Proceso Ejecutivo Social:** Iniciado 01 de marzo de 2006.
  Otros actuados:
- El Juez dicta Sentencia probatoria en fecha 13 de junio de 2008 a favor del demandante.
- La parte demandada presenta memorial de 17 de julio de 2008, mediante el cual

apela la Sentencia dictada.

- En fecha 19 de agosto de 2008, el Juez remite el expediente a la Sala Social Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Oruro, para la resolución de la apelación planteada.
- La Sala Social y Administrativa se pronuncia mediante Auto de Vista N° 22/2009 de 30 de marzo de 2009, mediante el cual confirma en su totalidad la Sentencia apelada, cabe señalar que los casos remitidos a esta Sala son atendidos en orden cronológico de arribo.
- En fecha 27 de abril de 2009, la Sala Social Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Oruro, devuelve el expediente al Juez que conoció el proceso en primera instancia.
- Mediante memoriales de 04 de septiembre de 2009, 21 de septiembre de 2009, 12 de octubre de 2009, 29 de octubre de 2009, 08 de enero de 2010 y 09 de marzo de 2010 la parte demandante solicita fotocopias simples del expediente judicial para evitar el pre-archivo.
- En fecha 15 de junio de 2010, la AFP solicita notificación a las oficinas de Derechos Reales, Tránsito, Competitiva de Teléfonos Oruro (COTEOR), para que se informe sobre bienes, vehículos y líneas telefónicas que tuviera el Sr. Donato Córdova Gutiérrez.
- El 19 de junio de 2010, se dispone la notificación a la Oficina de Derechos Reales, al Organismo Operativo de Tránsito y a la Cooperativa de Teléfonos de Oruro.
- En fecha 17 de septiembre de 2010, la AFP mediante memorial adjunta certificaciones emitidas por COTEOR y solicita anotación preventiva de las líneas telefónicas.
- En fecha 22 de septiembre de 2010, el Juez emite proveído y dispone la anotación preventiva de las aportaciones telefónicas.
- En fecha 29 de septiembre de 2010, la AFP presenta memorial al Juez adjuntando certificado de tránsito y solicitando anotación preventiva.
- En fecha 2 de octubre de 2010, el Juez ordena la anotación preventiva de los vehículos.
- En fecha 30 de noviembre de 2010, la AFP adjunta memorial de derechos Reales y solicita anotación preventiva sobre la parte correspondiente del bien inmueble sobre la pertenencia minera.
- El 2 de diciembre de 2010, el Juez señala que con carácter previo determínese la cuota parte del derecho propietario correspondiente al ejecutado.
- El 7 de enero de 2011, la AFP solicita al Juez notificación a la Cooperativa de Telecomunicaciones a fin de informar si las acciones telefónicas tiene alguna cuenta pendiente.
- En fecha 26 de enero de 2011, la AFP adjunta certificados emitidos de gravamen de vehículos emitidos por el Organismo Operativo de Tránsito.
- En fecha 1 de febrero de 2011, la AFP adjunta certificados emitidos por COTEOR, etc.

De los antecedentes transcritos, se puede establecer que Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó gestiones y actos correspondientes a la fase de la ejecución para la recuperación de adeudos al Seguro Social Obligatorio de largo plazo conforme los actuados del proceso, no encontrando esta instancia jerárquica la existencia de negligencia, ni demora que sea atribuible a la AFP, toda vez que ésta ha demostrado la realización de gestiones y consecuentemente ha podido cobrar parte de los montos adeudados conforme se evidencia de la documentación presentada en Recurso Jerárquico.

Por lo tanto, dentro del proceso seguido contra el empleador Donato Córdova Gutiérrez y de la documentación que cursa en el expediente, se evidenció que la Administradora realizó varias actuaciones procesales en la fase de la ejecución, para la recuperación de los adeudos al SSO de largo plazo, que desvirtúan los cargos impuestos por la Entidad Reguladora.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho una correcta valoración de la prueba en cuanto a los cargos tres y cuatro, sin embargo en relación al cargo seis corresponde revocar la determinación dada, conforme se tiene desarrollado en el considerando anterior.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar parcialmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 176-2012 de 22 de marzo 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 061-2011 de 9 de junio de 2011, ratificando los incisos c) y d) del Artículo Primero que corresponde a los Cargos Nº 3 y 4 y dejando sin efecto el inciso f) del citado Artículo Primero referente al Cargo 6.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 096-2012 DE 27 DE MARZO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 046/2012 DE 27 DE AGOSTO DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2012

La Paz, 27 de agosto de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **Sr. Francisco Javier Navarro Agreda,** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 096/2012 de 27 de marzo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012 , ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 080/2012 de fecha 20 de julio de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 18 de abril de 2012, el Sr. Francisco Javier Navarro Agreda**,** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 096/2012, de 27 de mayo de 2012.

Que, en fecha 23 de abril de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. Francisco Javier Navarro Agreda, contra la Resolución Administrativa ASFI N ° 096/2012 de 27 de marzo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 26 de abril de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el Sr. Francisco Javier Navarro Agreda, mismo que fue notificado el 8 de mayo de 2012.

Que, el 14 de junio de 2012, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Francisco Javier Navarro Agreda.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 026/2012 DE 30 DE ENERO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 026/2012 de 30 de enero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, rechaza la pretensión del señor Javier Navarro Agreda consistente en el restablecimiento del debido proceso dentro del proceso interno seguido por la Comisión de Ética de la Mutual La Paz, por encontrarse su solicitud fuera de su competencia por los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que, el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, determina entre algunas de las atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a las siguientes:

1. *Vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera.*
2. *Normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera.*
3. *Ejercer y supervisar el control interno y externo exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables.*
4. *Supervisar a las personas naturales o jurídicas que efectúen actividades auxiliares de la intermediación financiera.*
5. *Incorporar al ámbito de su competencia, de acuerdo con el Banco Central de Bolivia a otras personas o entidades que realicen actividades de intermediación financiera.*
10. *Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando estas infrinjan las disposiciones legales.*

Que, el parágrafo I del artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, establece que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que, el artículo 3 del Decreto Reglamentario Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que las normas de dicho decreto se aplicarán por las Superintendencias del

SIREFI en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios y en los trámites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquicos.

Que, el artículo 15 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que establece: "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por Ley y cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos"

Que, el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina:

"Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.

I. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivo su solicitud (…)".

CONSIDERANDO:

Que en atención al memorial y carta remitidos por el señor Javier Navarro recibidos el 15 y 21 de diciembre de 2011 respectivamente, esta Autoridad de Supervisión en el marco de sus atribuciones efectuó el siguiente análisis:

Con relación a la solicitud para que esta Autoridad de Supervisión le reconozca su derecho constitucional al "debido proceso"; bajo el fundamento legal del artículo 15 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que establece: "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por Ley y cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos" la Sentencia Constitucional N° 418/00 R (Yañez Cortés Arturo; Ratio Decidendi; Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; Pág. 180.) señala que la garantía del debido proceso comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a fin de que las

personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

En el presente caso, la determinación fue emitida por el Directorio de "Mutual La Paz" que de acuerdo al artículo 74 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es una entidad de carácter privado.

Las Sentencias Constitucionales SSCC N° s. 1865/04- R de 1 de diciembre de 2004 y 1567/05-R de 5 de diciembre de 2005 (Yañez Cortés Arturo; Ratio Decidendi; Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; Pág. 183) señalan que: "en los procesos instaurados de acuerdo al ordenamiento jurídico boliviano, en el sentido del orden constitucional, las lesiones al debido proceso están llamadas a ser reparadas por los mismos órganos jurisdiccionales que conocen la causa, lo que implica que quien ha sido objeto de esa lesión, debe pedir la reparación a los jueces y tribunales ordinarios, asumiendo activamente su rol dentro del proceso, a través de los recursos que prevé la Ley (…)"

En ese sentido, la restauración del derecho al debido proceso debe exigirse a la misma instancia o tribunal que lo lesionó, la Autoridad de Supervisión no ha emitido Resolución que vulnere el derecho del señor Javier Navarro Agreda y el Directorio de la Mutual contra quien emitió la denuncia es un órgano independiente de la administración pública, por tanto, el alcance de esta Autoridad no se extiende a esa instancia en lo referente a la solicitud del señor Navarro.

El artículo 3 del Decreto Reglamentario N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que las normas de dicho decreto se aplicarán por las Superintendencias del SIREFI en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios y en los trámites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquicos y el artículo 15 del citado Decreto faculta como personas interesadas a las personas individuales o colectivas a apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI, para solicitar el reconocimiento de algún derecho amparado por Ley o cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa.

Sin embargo, para poder ejercer esta facultad, debe tratarse de una Resolución que haya sido emanada de una entidad de la Administración Pública, es decir de un órgano del Estado o en los casos en las que la Autoridad haya vulnerado dentro del proceso administrativo los derechos de los administrados, regulados o interesados, puesto que el debido proceso administrativo consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades administrativas se ajusten al ordenamiento jurídico legal y los preceptos constitucionales.

Asimismo, el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, establece que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

En ese sentido, cuando el señor Javier Navarro solicita que esta Autoridad requiera a la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" el reconocimiento de su derecho al debido proceso, nos pide extralimitar la competencia y las atribuciones de ASFI a pronunciamientos emitidos por el órgano de una entidad privada, por lo tanto debe declinarse su petición y hacerle conocer la falta de competencia de esta Autoridad para atender su solicitud, debiendo acudir a las instancias competentes y erigidas para el efecto.

Que, respecto al memorial de 11 de enero de 2011 complementada por la carta recibida el 13 de enero del mismo año, mediante la cual solicita que en plazo de diez (10) días hábiles se proceda a dictar resolución administrativa que de respuesta a su memorial recibido el 15 de diciembre de 2011, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 20 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deberá emitir Resolución Administrativa conteniendo el análisis y conclusiones respecto a su denuncia presentados mediante memorial y carta de 15 y 21 de diciembre de 2011 respectivamente."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 28 de febrero de 2012, el Sr. Francisco Javier Navarro Agreda presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 026/2012 de 30 de enero de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 096/2012 DE 27 DE MARZO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 096/2012 de 27 de marzo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 026/2012 de 30 de enero de 2012, con los siguientes fundamentos:

"…CONSIDERANDO:

Que, el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, señala que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral y escrita y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.

Que, el artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, señala en el inciso c) respecto al "Principio de sometimiento pleno a la Ley", La administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

Que, el mismo artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, señala en el inciso f) respecto al "Principio de Imparcialidad", Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados.

Que, el artículo 11 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo señala en su parágrafo I que toda persona individual, colectiva, pública o privada, cuyo derecho

subjetivo o interés legitimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la Autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 16 de la citada Ley señala que en la relación con la Administración Pública, las personas tienen derecho a formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente y, a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.

Que, el artículo 27 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidas en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado; consiguientemente es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Que, el artículo 153 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), señala que la Superintendencia actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es el órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país y tendrá los siguientes objetivos:

1. *Mantener un sistema financiero sano y eficiente.*
2. *Velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.*

Que, el artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), dicho precepto establece las atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, señalando las siguientes:

1. *Vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera.*
2. *Normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera.*
3. *Ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables.*
4. *Supervisar a las personas naturales o jurídicas que efectúen actividades auxiliares de la intermediación financiera.*
5. *Ejercer supervisión consolidada de conformidad al artículo 6° de la presente ley.*
6. *Incorporar al ámbito de su competencia, de acuerdo con el Banco Central de Bolivia, a otras personas o entidades que realicen actividades de intermediación financiera.*
7. *Elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión sobre las actividades de intermediación financiera.*
8. *Establecer sistemas preventivos de control y vigilancia.*
9. *Controlar el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez en el sistema financiero.*

10. *Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.*
11. *Disponer la regularización obligatoria y la intervención de las entidades de intermediación financiera.*
12. *Mantener un registro de funcionarios y empleados y ex funcionarios y ex empleados suspendidos o inhabilitados en el ejercicio de la actividad financiera. Este registro formará una base de datos única y compartida con la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, a la que tendrán acceso todas las instituciones que forman parte del Sistema de Regulación Financiera.*
13. *Celebrar acuerdos con otros organismos extranjeros de supervisión del sector financiero.*
14. *Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control.*
15. *Dirigir las investigaciones de legitimación de ganancias ilícitas y suscribir convenios con organismos internacionales con funciones análogas.*
16. *Se autoriza al Superintendente de Bancos y Entidades Financieras establecer cronogramas de adecuación para constituir previsiones por modificaciones a la normativa prudencial.*

Que, el parágrafo I del artículo 56 de la Ley N° 2341 de procedimiento Administrativo, establece que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que, el artículo 3 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que las normas de dicho Decreto se aplicarán en las Superintendencias del SIREFI en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios y en los trámites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquicos.

Que, el artículo 15 del citado Decreto Supremo N° 27175 establece; "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por Ley y cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos".

CONSIDERANDO:

Que, respecto al planteamiento efectuado por el señor Francisco Javier Navarro Agreda a través de sus memoriales de 15 y 21 de diciembre de 2011, por los que solicita la intervención de ASFI para que el Comité de Ética de Mutual La Paz restituya su derecho constitucional al debido proceso, amparando su solicitud en lo que prescribe el artículo 15 del decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es necesario aclarar al recurrente respecto al alcance de su derecho de petición, el cual reside no sólo en la posibilidad de obtener lo solicitado, sino en la posibilidad de obtener una respuesta

según los términos señalados por la Ley, hecho que no implica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esté comprometida a dar una respuesta positiva y pronunciarse según los intereses del peticionante, es decir que ASFI tiene la obligación de pronunciarse sobre todas y cada una de las cuestiones alegadas por cualquier recurrente de manera motivada y fundamentada.

Que, en ese orden sobre el derecho a la petición es importante recordar al recurrente las consideraciones expuesta en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005 de 26 de enero de 2005;

"El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución.

El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución así como para asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado, solicitar protección para sus derechos, bien sea por motivos de interés general o particular; pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el derecho de petición, ***no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración,*** *que son dos cosas completamente diferentes, ni tampoco el derecho de petición* ***es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración,*** *razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.*

Este derecho, al igual que los demás que se encuentran enunciados por el artículo 7 constitucional, está enmarcado en el principio de reserva legal que, en materia de derecho constitucional, implica que los mismos no son absolutos y encuentran siempre sus limitaciones en las leyes que se dicten para reglamentar su ejercicio. Es decir, que la limitación de derechos sólo podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central del derecho.

Es así, que la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo; en su Artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: "hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública" reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que, entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: "formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente" y "obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen".

CONSIDERANDO:

Que, en ese orden de acuerdo al análisis y evaluación de los fundamentos expuestos por el recurrente Francisco Javier Navarro Agreda, en memorial de Recurso de Revocatoria corresponde efectuar las siguientes consideraciones:

- *La doctrina generalmente aceptada considera al acto administrativo como un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria , que emana de un sujeto, la administración pública, en el ejercicio de la potestad administrativa que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva con la finalidad de satisfacer el interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales, sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas dentro de cualquier órgano público.*

- *Con ese preámbulo, es menester aclarar que, la solicitud invocada por el recurrente Francisco Javier Navarro Agreda, para que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero intervenga en las decisiones adoptadas por el Comité de Ética de Mutual La Paz, con relación a la suspensión del cual fue objeto no corresponde ser considerado por este Órgano de Supervisión, por cuanto su competencia se encuentra determinada por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), en ese marco, por disposición de la citada Ley, ejerce su competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades financieras supervisadas en lo relativo a la intermediación financiera.*

- *En ese entendido, la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, fue emitida en atención al planteamiento efectuado por el señor Francisco Javier Navarro Agreda, mediante memorial de fecha 11 de enero de 2012 y carta presentada el 13 de enero del mismo año, donde peticiona que esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emita Resolución con relación a la carta de respuesta ASFI/DSR I/R-139781/2011 de 28 de diciembre de 2011.*

- *En ese contexto, corresponde manifestar que la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, fue emitido en el marco de la Ley Nª 2341 de Procedimiento Administrativo y sus Decretos Reglamentarios, asimismo, para su pronunciamiento se considero la competencia administrativa que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que no corresponde los cuestionamientos que formula el recurrente Javier Navarro, en alusión a que la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, no se encuentra debidamente fundamentada por qué no contendría la debida justificación de los antecedentes del hecho, y que dicho acto administrativo debe ajustarse al principio de congruencia, al principio de jerarquía normativa y al principio de sometimiento pleno a la Ley.*

- *Por lo enunciado precedentemente, cabe rechazar enfáticamente los argumentos que esgrime el recurrente Francisco Javier Navarro Agreda, por cuanto la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, clara y coherentemente expone la pretensión formulada por el recurrente para que esta Autoridad de*

Supervisión le reconozca su derecho constitucional al "Debido Proceso" y el "Derecho a la Defensa" que supuestamente habrían sido vulnerados por el Comité de Ética de Mutual La Paz, en este sentido, la citada Resolución señala que la determinación asumida y emitida por el Directorio de Mutual La Paz, de acuerdo a lo que establece el Artículo 74 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al ser una entidad de carácter privado sus decisiones internas se rigen de acorde a lo que establecen su estatuto y reglamentos internos a los cuales ASFI no tiene injerencia, y corresponde en consecuencia que el mismo Tribunal o Directorio corrija o restituya el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa alegados por el señor Navarro.

- *En este sentido, la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, claramente hace mención a las Sentencias Constitucionales SSCC N° s. 1865/04-R de 1 de diciembre de 2004 y 1567/05-R de 5 de diciembre de 2005, los cuales es importante reiterar al recurrente con relación al presente caso señalando que:* ***"en los procesos instaurados de acuerdo al ordenamiento jurídico boliviano, en el sentido del orden constitucional, las lesiones al debido proceso está llamadas a ser reparadas por los mismos órganos de esa lesión, debe pedir la reparación a los jueces y tribunales ordinarios, asumiendo activamente su rol dentro del proceso, a través de los recursos que prevé la Ley (…)"***

- *Consecuentemente, las actividades que desarrolla la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se circunscriben al mandato constitucional establecido por el artículo 332 y a la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que aspectos de índole interno o particular que se suscitan dentro las entidades reguladas, corresponde a las mismas entidades adoptar medidas restitutorias en el marco de la Ley y sus disposiciones internas. En este sentido, la restauración del derecho al debido proceso y derecho a la defensa invocados por el señor Francisco Javier Navarro Agreda, debe exigirse a la misma instancia o tribunal que supuestamente lo lesionó, considerando fundamentalmente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha emitido Resolución alguna que vulnere los derechos alegados por el señor Navarro, consecuentemente, fue el Comité de Ética del Directorio de Mutual La Paz, instancia que decidió suspender al señor Navarro como resultado de denuncias formuladas en su contra por el señor Javier Hinojosa Santalla, haciendo énfasis que el Directorio de Mutual La Paz es órgano independiente de la administración pública, es decir que sus actividades se circunscriben al ámbito particular o privado, aspecto por el cual las atribuciones de ASFI no alcanzan a inmiscuirse en decisiones internas de las entidades reguladas, sino en aquellos casos donde está involucrada la intermediación financiera.*

- *Asimismo, si bien el artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que las normas de dicho Decreto se aplican por las Superintendencias del SIREFI en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios y en los trámites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquicos, el artículo 15 del citado Decreto faculta como personas interesadas a las personas individuales o colectivas a apersonarse ante la*

Superintendencia sectorial del SIREFI, para solicitar el reconocimiento de algún derecho amparado por Ley o cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa.

- *En el presente caso, y conforme se señaló en la Resolución Administrativa ASFI Nº 026/2012 de 30 de enero de 2012, el señor Navarro para poder ejercer esta facultad, previamente debe considerar que la Resolución haya sido emanada de una entidad pública, es decir que el acto administrativo tenga origen o provenga de un órgano del Estado, en el caso que nos ocupa la determinación adoptada por el Comité de Ética de Mutual La Paz contra el señor Francisco Javier Navarro Agreda proviene de un ente privado, el cual debería ajustar sus actos o actuaciones en el marco de sus disposiciones internas, estatutos y el ordenamiento jurídico vigente.*

- *Por otra parte, manifiesta que la Resolución ASFI Nº 026/2012 de 30 de enero de 2012, no observaría el principio de sometimiento pleno a la Ley ni el principio de jerarquía normativa, en alusión a que es obligación de ASFI dar cumplimiento a los citados principios por cuanto es obligación del Estado proteger sus derechos y que al ser esta Autoridad de Supervisión un órgano del Estado, es obligación de la Autoridad Reguladora hacer cumplir la Constitución Política del Estado por sobre cualquier otra norma de menor jerarquía como en el presente caso son las disposiciones administrativas emitidas por el Directorio y el Comité de Ética de Mutual La Paz, en el entendido de que estas no responden a su derecho constitucional al debido proceso.*

- *Sobre este punto, es pertinente señalar que cuando el señor Javier Navarro Agreda solicita la intervención de esta Autoridad de Supervisión para que requiera a Mutual La Paz, el reconocimiento de su derecho al debido proceso y a la defensa dentro del proceso interno instaurado en su contra, cursa en antecedentes de ASFI la carta ASFI/DSR I/R-139772/2011 de 28 de diciembre de 2011, mediante la cual este Órgano de Supervisión solicitó a Mutual La Paz, un informe sobre el cumplimiento a la normativa aplicada dentro del proceso de responsabilidad seguido por el Comité de Ética del Directorio de Mutual La Paz contra el señor Navarro, a cuya respuesta mediante carta GG/E/272012 NUT83011 de 13 de enero de 2012, **adjunta el Informe Legal elaborado por el Dr. Carlos Zeballos Jiménez, Asesor Legal de la Comisión de Ética de la referida entidad,** documento que es transcrito para los fines consiguientes:*

(…) ***COMISIÓN DE ÉTICA DEL DIRECTORIO - INFORME LEGAL***

"Fecha: 12 de enero de 2012

En atención a lo dispuesto en la Sesión de la Comisión de Ética de fecha 12 de enero de 2012, cúmpleme informar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

***1.1** En fecha 29 de junio de 2011 el Directorio de la Mutual La Paz recepcionó una denuncia presentada por el Dr. Javier Hinojosa Santalla en contra del Dr. Francisco*

Javier Navarro Agreda en la que se establecen una serie de supuestas faltas y contravenciones en las que habría incurrido éste último.
***1.2** En conocimiento de la citada denuncia, el Directorio, en Sesión Nro. 050/2011 de 29 de junio de 2011, dispuso la remisión de la misma a conocimiento de la Comisión de Ética.*
***1.3** La Comisión de Ética, en conocimiento de la denuncia en contra del Dr. Francisco Javier Navarro Agreda, en ejercicio de las facultades que le confiere el articulo 76.c) del Estatuto, Art. 13, 23, 24, 25, 26, 27 del Reglamento de Procedimientos por Responsabilidad, emitió Auto Inicial de Sumario Nro. 03/2011 de 17 de agosto de 2011, en el que dispuso:*
***"PRIMERO.-** Levantar Sumario Informativo en contra del Dr. Francisco Javier Navarro Agreda, en su condición de Ex Director titular y actual Director Suplente de la Mutual La Paz, por la presunta contravención de normas referentes a:*
***1)** Art. 79 inc. c), Art. 50 inc. I,), de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con referencia al inciso a) de la denuncia de fecha 20 de junio de 2011, interpuesto por el Dr. Javier Hinojosa Santalla.*
***2)** Art. 105 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con referencia al inciso b) de la denuncia de fecha 20 de junio de 2011, interpuesto por el Dr. Javier Hinojosa Santalla".*

***1.4. Habiendo sido legalmente notificado con el Auto Inicial de Sumario Nro. 03/2011 de 17 de agosto de 2011, mediante memorial presentado en fecha 30 de agosto de 2011, el denunciado Dr. Francisco Javier Navarro Agreda se apersonó ante la Comisión de Ética y presentó sus correspondientes descargos. Asimismo en ejercicio de su derecho a la defensa, el denunciado también presto voluntariamente su Declaración Informativa.** (Las negrillas y el subrayado es nuestro)*

II. BASES LEGALES DEL PROCESAMIENTO EN LA COMISION DE ETICA

***2.1 El REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO) POR RESPONSABILIDAD CONTRA DIRECTORES, FISCALIZADOR INTERNO, EJECUTIVOS, EX DIRECTORES, EX INSPECTORES DE CONTABILIDAD, EX FISCALIZADOR Y EX EJECUTIVOS POR RESULTADOS EMERGENTES DEL DESEMPEÑO DE FUNCIONES, DEBERES Y ATRIBUCIONES ASIGNADAS A SU CARGO DE LA MUTUAL LA PAZ,** establece dos procedimientos:*

***1)** Uno a cargo de la **UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA** para determinar responsabilidades (civil, penal o administrativa) en contra de Directores, Fiscalizador Interno, Ejecutivos, Ex directores, Ex inspectores de contabilidad, Ex fiscalizador y Ex Ejecutivos, de conformidad con el artículo 9 del citado Reglamento.*
***2)** El segundo está a cargo de la **COMISIÓN DE ÉTICA** para determinar faltas y contravenciones en contra de Directores y Ejecutivos en funciones, de conformidad con los artículos 13 y 23 del citado Reglamento y en concordancia con el articulo 76.c) del Estatuto.*

***2.2** El articulo 21.c) del Estatuto señala que en la Asamblea Ordinaria se eligen a los directores titulares y suplentes. El artículo 58 del Estatuto prescribe que "De acuerdo a los resultados de la elección serán elegidos como titulares los que obtengan la mayor*

votación y como suplentes los candidatos siguientes, hasta un máximo de tres (3), cuya prelación será fijada según la votación que hubiesen obtenido".
Es decir que en la Mutual La Paz existen dos tipos de directores: 1) Los directores en funciones y 2) Los ex directores. Los primeros son procesados ante la Comisión de Ética por supuestas faltas y contravenciones. Los segundos son procesados ante la Unidad de Auditoría Interna para determinarse responsabilidades (civil, penal y administrativa). Dentro de los Directores en Funciones, al tenor de los artículos 21.c) y 58 del Estatuto anteriormente transcritos, se establece que éstos a su vez (sic) Se dividen en: a) Directores en Funciones Titulares y b) Directores en Funciones Suplentes.

III. COMPETENCIA DE LA COMISION DE ÉTICA PARA PROCESAR SUPUESTAS FALTAS Y CONTRAVENCIONES DE DIRECTORES SUPLENTES EN FUNCIONES

3.1 *En la Asamblea de 30 de mayo de 2011, el Dr. Javier Navarro Agreda obtuvo el quinto lugar, conforme se acredita del Acta N° 13/2011 del Comité Electoral, por lo que estatutariamente se encuentra ejerciendo las funciones de Director Suplente de la Mutual La Paz.*

El Dr. Javier Navarro Agreda evidentemente ha sido en anteriores gestiones Director e incluso presidente del Directorio de a Mutual La Paz; teniendo actualmente la condición de Director Suplente, en mérito a la Asamblea Ordinaria de fecha 30 de mayo de 2011 y conforme se acredita del Acta N° 13/2011 del Comité Electoral en el que expresamente figura el Dr. Javier Navarro Agreda como Director Suplente Electo. En esa condición está siendo procesado ante la Comisión de Ética sin que se esté violando ninguno de sus derechos.

3.2 *Para acreditar aún más la condición de Director Suplente en Funciones que ostenta el Dr. Javier Navarro Agreda, se establece que ha suscrito Declaraciones Juradas al 30 de junio de 2011: DJ 1, DJ 2, DJ 3 y DJ 4 para su presentación a la Autoridad Supervisora del Sistema Financiero - ASFI.*

3.3 *Conforme se establece del Auto de Sumario N° 03/2011, la Comisión de Ética está tramitando la denuncia presentada por el Dr. Javier Hinojosa Santalla en contra del Dr. Javier Navarro Agreda, por presuntas faltas y contravenciones, en que habría incurrido este Ultimo Director; no existiendo evidencia de que la Comisión de Ética se encuentre indagando la concurrencia de responsabilidades que correspondería determinar, en todo caso, a la Unidad de Auditoría Interna.*

3.4 *Al margen de los fundamentos precedentes, el Dr. Javier Navarro Agreda ya ha suscitado un conflicto de competencia ante la Comisión de Ética mediante memorial de fecha 12 de octubre de 2011, rechazado mediante Resolución de 9 de noviembre de 2011. Es decir después de que él mismo consintió la competencia que ahora reclama, siendo extemporáneo su desconocimiento de competencia porque se apersonó ante la Comisión de Ética mediante memorial de fecha 30 de agosto de 2011 presentando fundamentos y pruebas de descargo, habiendo prestado su declaración informativa. En definitiva su derecho desconocer la competencia de la Comisión de Ética ha precluido.*

3.5 *Finalmente, el procesado no ha acreditado ni fundamentado razonablemente cómo se estaría violando su derecho a la defensa; más al contrario de una revisión de los antecedentes del Sumario Informativo se establece que el procesado ha ejercido ampliamente su derecho a la defensa, presentando alegatos, pruebas de descargo y siendo oído en su declaración informativa.*

IV. CONCLUSIONES

4.1 *El señor Francisco Javier Navarro Agreda está siendo procesado en la Comisión de Ética por su condición de Director Suplente en Funciones.*

4.2 *La competencia de la Comisión de Ética para tramitar el Sumarlo informativo, emana de los artículos 13 y 23 del Reglamento de Procedimientos por Responsabilidad en concordancia con el articulo 76.c) del Estatuto, y del consentimiento inicial que el procesado exteriorizó en su memorial de 30 de agosto de 2011 y en su declaración informativa, siendo además extemporáneo su repentino desconocimiento de competencia.*

V. RECOMENDACIONES

Se recomienda remitir el presente Informe a la Gerencia General para que ésta a su vez lo remita ante la Autoridad Supervisora del Sistema Financiero en observancia del TRAMITE N° T-534953 relacionado con la nota ASFI/DSR I/R-139772/2011.

CONSIDERANDO:

Que, en el marco de lo anteriormente expuesto, quedan absolutamente desvirtuados los argumentos que señala en su memorial el señor Francisco Javier Navarro Agreda, por cuanto conforme describe el ***Informe Legal elaborado por el Dr. Carlos Zeballos Jiménez, Asesor Legal de la Comisión de Ética del Directorio de Mutual La Paz,*** *dicha instancia instauro un proceso interno contra el señor Navarro por denuncia formulada en su contra, en este sentido, dicho Informe claramente señala el procedimiento aplicado por el Comité de Ética, y al ser un tema dilucidado estrictamente entre particulares o en el ámbito privado, la competencia de ASFI no alcanza para involucrarse en decisiones internas de las entidades reguladas, en el entendido de que no se trata de temas relacionados a su competencia en lo relativo a la intermediación financiera fundamentalmente.*

Que, el criterio antes expresado se encuentra corroborado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 02/2007 de 3 de enero de 2007, que en relación a la competencia de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala lo siguiente: "En el caso de la SBEF, el artículo 1, Parágrafo IV de la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, señala que la competencia de la SBEF es: "(…) privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financiero".

"Por otra parte, de acuerdo a los artículos 153 y 154, numerales 1 al 3, de la Ley 1488 de 14 de abril de 1993, la SBEF es el órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, con los objetivos de mantener un sistema financiero sano y eficiente, debiendo velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera. La SBEF tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas y privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación financiera entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables".

"En consecuencia, la competencia de la SBEF es clara y amplia en lo referente a controlar y supervisar las actividades, personas y entidades que interactúan en la actividad de intermediación financiera, debiendo vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera por todas las personas y entidades que se encuentran bajo el ámbito de su regulación."

Que, en el contexto precedentemente citado, cabe puntualizar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en ningún momento afectó o vulneró el debido proceso así como el derecho a la defensa alegados por el señor Francisco Javier Navarro Agreda, más al contrario su accionar y decisiones se encuentran enmarcados en el mandato constitucional establecido por el artículo 332, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y sus Decretos Reglamentarios, consecuentemente, no corresponden los argumentos esgrimidos por el recurrente en el presente Recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que, el presente recurso ha sido presentado dentro del plazo hábil y tramitado de acuerdo a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y toda la normativa conexa.

Que, en mérito al análisis y los fundamentos contenidos en el Informe Legal ASFI/DAJ/R-37046/2012 de 27 de marzo de 2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, ha concluido señalando la falta de competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para considerar el planteamiento efectuado por el señor Francisco Javier Navarro Agreda, a efecto de que haga prevalecer su derecho al "debido proceso" dentro del proceso interno instaurado por el Comité de Ética del Directorio de Mutual La Paz, habiendo declinado su petición para que las propias instancias que asumieron competencia dentro del referido proceso, que en el caso concreto corresponde de acuerdo a las normas estatutarias y los reglamentos internos de la Asociación de Ahorro y Préstamo Mutual La Paz pronunciarse con relación a la petición formulada por el señor Francisco Javier Navarro Agreda, asimismo, es necesario que el recurrente considere en sus planteamientos el Informe Legal de fecha 12 de enero de 2012, elaborado por el Dr. Carlos Zeballos Jiménez, Asesor Legal de la Comisión de Ética del Directorio de

Mutual La Paz, cuyo contenido denota que el señor Navarro habría participado activamente del referido proceso, consecuentemente, al no haberse evidenciado que ASFI en ningún momento vulneró el derecho al debido proceso alegados por el recurrente, de acuerdo a las conclusiones arribadas en el Informe Legal ASFI/DAJ/R-37046/2012 de 27 de marzo de 2012, recomienda confirmar en todas sus partes la Resolución ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 18 de abril de 2012, el Sr. Francisco Javier Navarro Agreda presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 096/2012 de 3 de abril de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, argumentado lo siguiente:

"…ANTECEDENTES

La Resolución ASFI N° 026/2012 en la parte resolutiva dispone: "ÚNICO.- Rechazar la pretensión del Sr. Javier Navarro Agreda por encontrarse su solicitud fuera de la competencia de esta Autoridad de Supervisión".

La Resolución ASFI N° 096/2012 de 27 de marzo de 2012, que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por mi persona, dispone: "ÚNICO.- Confirmar en todas sus partes, ***LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI 026/2012 DE 30 DE ENERO DE 2012 EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO".*** *La Resolución ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, que fue confirmada en todas sus partes por la Resolución ASFI N° 096/2012 de 27 de marzo de 2012 establece la existencia del memorial recibido el 15 de diciembre de 2011 por el cual se solicita la aplicación del Art. 15 del Decreto Supremo 27175 que con el nomen juris* ***(personas interesadas y legitimación),*** *establece que:* ***"Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento, para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados.,,,'***

La aplicación de dicha norma fue solicitada expresamente en el memorial de 15 de diciembre de 2011 sobre la declaración, reconocimiento y respeto al debido proceso, aspecto que ha merecido la dictación de la Resolución Administrativa N° 026/2012, que rechaza en el punto Único mi pretensión, supuestamente por encontrarse mi solicitud fuera de la competencia de esa Autoridad de Supervisión; sin embargo y en forma indebida e injustificada, se incluye en dicha resolución la carta recibida el 21 de diciembre de 2011, siendo que ésta contiene una petición completamente distinta que no guarda relación con el memorial presentado.

La Resolución ASFI 096/2012 de 27 de marzo de 2012 establece en la parte final del considerando que cursa en la página 4-5 que conforme establece el Decreto Supremo 29894 las atribuciones de la ASFI estarían establecidas por el Art. 154 de la ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras cuando en su inc. 3 dispone ***Ejercer y supervisar el control interno y externo EXIGIENDO EL CUMPLIMIENTO DE NORMAS LEGALES, NORMAS TÉCNICAS***

Y REGLAMENTARIAS *a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realizan en el territorio de la república intermediación de la oferta y la demanda de los recursos financieros prestables". En el considerando de la pág. 8, respecto a mi planteamiento efectuado a través de mi memorial de fecha 15 de diciembre de 2011 y no así la carta de 21 de diciembre de 2011, solicito la intervención de la ASFI para que la Comisión de Ética de Mutual La Paz restituya mi derecho constitucional al debido proceso, amparando mi solicitud en lo que prescribe el Art. 15 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003 y haciendo uso de mi derecho de petición para obtener una respuesta según los términos señalados por ley; aspecto que la misma Autoridad del Sistema Financiero, considera que está comprometida a dar una respuesta positiva y pronunciarse según los intereses del peticionante, es decir que reconoce, que tiene la obligación de pronunciase sobre todas y cada una de las cuestiones alegadas por cualquier recurrente de manera motivada y fundamentada.*

En la pág. 10, la ASFI expresa, que al ser una entidad de carácter privado la Mutual La Paz, sus decisiones internas se rigen de acuerdo a lo que establece su Estatuto y Reglamentos Internos, por lo cual la ASFI no tendría injerencia; sin embargo debo manifestar que no es evidente, ya que la ASFI o la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tuvieron injerencia sobre el Estatuto y la normativa interna; ya que la propia SBEF fue quien aprobó el Estatuto mediante resolución SBEF 172/ 2006 de 29.12.2006, así como el Reglamento Electoral, habiendo observado que el inc. 5 del Art 17 de dicho Reglamento excede a lo dispuesto por el Estatuto, incluyendo un inciso más al punto C del Art 61 del mismo va que este solamente establece cuatro formas de conflicto de intereses, excluyendo los informes y Resoluciones generados por la Comisión de Ética y el Directorio de mutual La Paz.

*Por otro lado, en la citada resolución se trascribe un informe emitido por el abogado Carlos Zeballos Jiménez, asesor legal de la Comisión de Ética de Mutual La Paz, quien incurre en error cuando expresa que mi planteamiento de nulidad de obrados fue extemporáneo y que mi derecho habría precluido, (preclusión que es aplicable en materia electoral y no así en materia administrativa), sin considerar que la misma Comisión de Ética en fecha 30 de septiembre de 2011 mediante la Resolución N° 001/2011, vale decir, un mes después de mis descargos presentados en fecha 30 de agosto de 2011 y retrocediendo etapas procesales, en el punto tres dispone: "**Saneando procedimiento y de oficio,** citar nuevamente a declarar al Dr. Francisco Javier Navarro Agreda en la vía informativa como sindicado pero acompañado de su abogado defensor".*

Esto supone, distinguida Directora Ejecutiva a.i. de la ASFI, que la propia Comisión de Ética de Mutual La Paz, de oficio procede a sanear procedimiento y se me cita nuevamente para el día miércoles 12 de octubre de 2011 a hrs. 9:30, a efectos de proceder a mi declaración informativa acompañado de mi abogado defensor; esto quiere decir que de oficio la Comisión de Ética, anula tácitamente todo lo obrado y sanea procedimiento y en consecuencia da por no recibida mi declaración informativa realizada un mes antes y se me vuelve a citar, fecha en la cual y antes de desarrollarse la audiencia de declaración presenté el memorial donde planteo nulidad de obrados a hrs. 09:20, ya que la citación para la declaración era conforme se adjunta al presente memorial a hrs. 09:30, vale decir que en plena audiencia se planteó la nulidad y el

memorial se dejó antes de la declaración, lo que no implica de que hubiere precluido mi derecho conforme establece la Resolución de 9 de noviembre de 2011 en su considerando III.

*Conforme lo he expresado en varios memoriales presentados ante la Comisión de Ética de Mutual La Paz, mi condición de Director suplente no conlleva que mi persona en la actualidad este cumpliendo alguna función en Mutual La Paz, sea esta en Directorio, Comités de Directorio o que de alguna forma tenga algún trabajo remunerado como es el pago de las respectivas dietas, por lo tanto **mientras no sea Director en funciones no se me puede someter a la aplicación del Art. 23 del Reglamento de Procedimientos por Responsabilidad** y menos el Art. 76 inc. c) del Estatuto, ya que el Reglamento antes citado establece en forma expresa: "Art. 21.- Para el caso de ex Directores, ex Fiscalizador u ex Ejecutivos en caso de determinarse indicios de responsabilidad administrativa, la Unidad Legal en el termino de quince días, sobre la base del informe de la Unidad de Auditoría Interna, iniciara un Sumario Administrativo en el cual recibirá las declaraciones y descargos de los responsables en un periodo de cinco días hábiles", vale decir, distinguida señora Directora Ejecutiva, que conforme al Art. 17 del Reglamento de Procedimientos, es la Unidad de Auditoría Interna quien debe proceder con la revisión y acumulación de la prueba, debiendo solicitar descargos, en un periodo de cinco días hábiles, aclaraciones y presentación de documentos por parte de los presuntos involucrados.*

*Sin embargo de estar expresamente delimitada la competencia de la Comisión de Ética, el Directorio conforme consta en el acta N° 050/2011 de 29 de junio de 2011, dispone que la denuncia efectuada por Javier Hinojosa Santalla referida a tres puntos específicos en mi contra sea remitida a la Comisión de Ética del Directorio, aspecto que no corresponde legalmente ya que, reitero, el Reglamento de Procedimientos por Responsabilidad establece un tratamiento para los Directores y Ejecutivos en funciones, caso en el cual **SI TIENE COMPETENCIA LA COMISIÓN DE ÉTICA** y otro procedimiento para el caso de ex Directores, ex Ejecutivos y ex Fiscalizadores que debe estar de acuerdo al Art. 17 y siguientes del Reglamento de Procedimientos por Responsabilidad.*

ASPECTOS LEGALES DEL RECURSO JERÁRQUICO

Conforme ya fue expresado en el Recurso de Revocatoria y de acuerdo al principio de Jerarquía Normativa, es necesario que la ASFI siendo parte del Estado garantice mi derecho al debido proceso conforme a los parágrafos I y II del Art. 115 de Constitución Política del Estado Plurinacional, y en consecuencia declarar nulos los actos por haberse usurpado funciones que no le competen (Art.122 CPEP).

*Por otro lado, la Resolución ASFI 096/2012 no está completa en virtud a que se acumulan dos situaciones que fueron presentadas en forma separada como son el memorial de fecha 15 de diciembre de 2011 y la carta de denuncia presentada el 21 de diciembre de 20.11, en consecuencia ésta resolución es incompleta y acumula indebidamente la carta de denuncia, sin procesar ésta por separado conforme correspondía. La nota recibida el 21 de diciembre de 2011 por la ASFI **se refiere a una denuncia expresa**, acudiendo al ente fiscalizador a efectos de que constate los hechos denunciados y posteriormente de acuerdo a los antecedentes, disponga e instruya a la entidad*

regulada (Mutual La Paz), cumplir con la normativa interna y disposiciones legales vigentes, y más aún, por el principio de Jerarquía Normativa cumplir con la Constitución Política del Estado Plurinacional.

La línea jurisprudencial sobre el debido proceso y la ilegalidad o la sanción sin cumplimiento del procedimiento se declara como una vulneración de los derechos y garantías constitucionales establecidas no solo por nuestra Constitución Política del Estado sino también por el pacto de San José de Costa Rica ratificado por Bolivia a través de la ley 1430 de 11 de febrero de 1993, que expresa "toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, ***por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación*** *…",*

Por su parte el Tribunal Constitucional, definió al debido proceso como ".... el derecho que tiene toda persona a ser oída y juzgada, con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley" (SSCC 1044/2003-R, 418/2000-R, 1276/2001-R, entre otras).

Es en este entendido que nuestra Carta Magna, consagra la garantía al debido proceso expresando; " Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal por autoridad competente, y persigue evitar la imposición de una sanción o afectación de un derecho v sin el cumplimiento de un proceso previo en el que se observen los derechos fundamentales y las garantías de naturaleza procesal conferidas por la Constitución, la leyes y reglamentos que desarrollan tales derechos; garantía, conforme a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, que alcanza a toda clase de procesos judiciales o ***administrativos*** *(así es SSCC 378/2000-R, 441/2000-R, 128/2001-R, 347/2001-R, 0081/2002-R, 378/2002-R, entre otras). El objeto y la naturaleza jurídica de la ASFI es de supervisión y de regulación y no se limita necesariamente a emitir actos administrativos, sino a supervisar actos de los regulados y velar por el cumplimiento de las normas internas y supralegales.*

Refiriéndome a las atribuciones de la Superintendencia de Bancos, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI el Decreto Supremo 29894, indica que son atribuciones establecidas en el art. 154 del texto ordenado de la Ley de Bancos y Entidades Financieras cuando en su inc. 3 establece ***"Ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las normas legales, normas técnicas y reglamentarias"****. "El Art, 155 del mismo cuerpo de leyes establece que la jurisdicción administrativa de la Superintendencia es de carácter nacional y su competencia en lo concerniente a la aplicación de la presente Ley es privativa e indelegable", vale decir que la Superintendencia hoy ASFI, es competente en la aplicación de lo que establece no solo la Ley de Bancos sino también la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y los Estatutos y Reglamentos aprobados por dicha autoridad.*

CONCLUSIONES

1) La Resolución 026/2012, al igual que la Resolución ASFI N° 096/2012, ***NO DEBERÍA REFERIRSE A LA CARTA DE DENUNCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2011,*** *ya que ésta se refiere a*

una denuncia por vulneración e incumplimiento a la normativa interna, mientras que el memorial de 15 de diciembre de 2011 busca la declaración de mi derecho al debido proceso establecido por la Constitución Política del Estado Plurinacional. Sin embargo, la distinguida señora Directora Ejecutiva a.i. de la ASFI, en la Resolución 026/2012, trascribe la carta de denuncia y únicamente hace referencia a que la Mutual La Paz es una entidad de carácter privado y en consecuencia la ASFI no tendría competencia para procesar mi denuncia e inclusive sancionar por el incumplimiento al Estatuto y Reglamento de Procedimientos por Responsabilidad de Mutual La Paz, situación que es incongruente con la función reguladora de la ASFI.

2) La ASFI, no ha emitido una resolución sobre la vulneración de mis derechos y conforme al numeral I del Art. 115 de la CPEP debería proteger oportuna y efectivamente el ejercicio de mis derechos e intereses legítimos, ya que es la autoridad llamada por ley a supervisar el cumplimiento de las normas por parte de las entidades financieras, por lo tanto no puede incumplir sus deberes.

*3) Debo reiterar señora Directora Ejecutiva, que el incumplimiento del Estatuto y la normativa interna, me causan **indefensión** al no poder descargarme en los términos citados precedentemente.*

*4) Finalmente, debo resaltar que el motivo por el que el Directorio de Mutual La Paz y su Comisión de ética, forcen la figura de que un Director Suplente **esta en funciones**, sin ser Director Titular, ni ejecutivo en funciones como establece la norma para que sea la Comisión de Ética quien eleve el informe correspondiente a Directorio, se debe a que el inc. 5 del Art. 17 del Reglamento Electoral aprobado por una Asamblea y que posteriormente fue observado por la entidad fiscalizadora y reguladora conforme debe constar en antecedentes de la ASFI, establece que se entiende por conflicto de intereses: inc. 5) Que existan Resoluciones de Directorio que aprueben el informe de la Comisión de Ética, que hubiere establecido conductas antiéticas. **Ésta disposición es utilizada por el actual Directorio y su Comisión de Ética como instrumento para evitar que mi persona participe y postule en una próxima elección para Directores de Mutual la Paz, ya que conforme a este inciso 5), que contradice al Estatuto, ya que el mismo no establece esta situación, me causa el irreparable daño de no poder candidatear en el futuro o de por vida para el cargo de Director de Mutual La Paz.***

PETITORIO

Por todo lo expuesto, y dentro de término hábil y oportuno, planteo Recurso Jerárquico a lo dispuesto por la resolución ASFI N° 096/2012 de 27 de marzo de 2012, que resuelve mi Recurso de Revocatoria confirmando en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, emitida por dicha autoridad.

Debiendo en consecuencia la distinguida señora Directora Ejecutiva a.i de la ASFI proceder a enviar el respectivo expediente con todos los antecedentes ordenados y debidamente foliados en el plazo de tres días hábiles administrativos a partir de la presentación del presente Recurso Jerárquico conforme dispone el Art. 55 del D.S. 27175; a efectos de que la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, una vez analizado el presente recurso, resuelva revocando el punto

Único de ambas Resoluciones y: 1) Acepte mi solicitud en aplicación del Art. 15 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003 y en tal virtud reconozca mi Derecho Constitucional al debido proceso y los principios de Sometimiento Pleno a la Ley y el de Jerarquía Normativa; ya que se está vulnerando mis derechos e intereses legítimos; y 2) De inicio al proceso sancionador a las instancias correspondientes de Mutual La Paz por vulneración del Estatuto, Reglamento de Procedimientos por Responsabilidad y otras normas internas de dicha institución; y sea todo conforme a la tramitación y plazos establecidos en los artículos 52 al 60 del Decreto Supremo 27175."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

El Sr. Javier Navarro Agreda, presenta denuncia ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sobre el incumplimiento a la normativa interna por parte de Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" y la vulneración de su derecho al debido proceso dentro del "proceso interno" seguido por la Comisión de Ética de la Mutual La Paz, seguido por el supuesto cobro, percepción de dietas en exceso, utilización del bien adjudicado, e implicación en poderes falsos en la gestión 2010.

El Sr. Javier Navarro Agreda señala que dentro de este proceso interno, se le habría iniciado un proceso como Director de la Mutual cuando éste fungía como Director Suplente, vulnerando así –según la aseveración del recurrente- el Reglamento de Procedimiento por Responsabilidad de Directores, Fiscalizador, Ejecutivos, Ex Directores, Ex Ejecutivos, aprobado por Resolución de Directorio Nº 029/2006 y modificado en Sección Nº 25/2007.

Por lo que, solicita a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la emisión de una Resolución Administrativa en la que se reconozca su derecho al debido proceso, ello amparado en el Artículo 15 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175. Asimismo pide que se inicie un proceso sancionador contra la Mutual La Paz por incumplimiento al Reglamento de Procedimiento por Responsabilidad.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera, dentro del presente proceso, rechaza la solicitud del Sr. Javier Navarro Agreda, por falta de competencia.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.

El recurrente señala que en virtud del Artículo15 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, el Ente Regulador debió

reconocer su derecho al debido proceso dentro del proceso interno seguido por Mutual La Paz, debido a que se estaría vulnerando sus derechos e intereses legítimos.

Por lo que, en primer término corresponde traer a colación la determinación del citado Artículo 15, conforme se procede a continuación:

> "***Artículo 15.- (Personas interesadas y legitimación)***.- *Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento, para la declaración reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por la ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos* ***se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos*** " (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

El citado y transcrito Artículo 15, determina por sí sólo el ámbito de su aplicación, cual se centra en tres elementos esenciales **interrelacionados**, conforme se tiene del desglose siguiente:

- El primer elemento es que **cualquier persona** tiene la facultad de apersonarse ante la Administración Pública a efecto de que se inicie un procedimiento administrativo.
- El segundo elemento refiere al procedimiento mismo, cuál será la declaración, el reconocimiento o constitución de algún derecho.
- Finalmente el tercer elemento y no menos importante, es que el procedimiento está supeditado que la Administración Pública sea quien haya emitido el acto administrativo, que está generando la vulneración a sus derechos o intereses legítimos del solicitante.

Que, subsumiendo al caso de autos, se evidencia el cumplimiento de los dos primeros elementos citados precedentemente, pero no así el tercer y fundamental elemento, debido a que la solicitud y reconocimiento del derecho supuestamente vulnerado, **no corresponde a una decisión de la Administración Pública**, sino a un **proceso interno** seguido al recurrente por responsabilidad como Director suplente o ex Director de la Mutual La Paz impuesta por la Comisión de Ética de dicha entidad.

Sin perjuicio del análisis realizado ut supra, importa verificar la competencia que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro del caso de autos, constatando si cuenta con facultades para restituir el debido proceso dentro de un proceso interno seguido por un privado.

Es así que corresponde en primer término, traer a colación la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005 de 12 de septiembre emitida por la Superintendencia General del SIREFI que se pronuncia a cabalidad sobre la competencia, como elemento esencial del acto administrativo:

> *"(…) Competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al*

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

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

Asimismo, y siguiendo el análisis importa revisar la normativa de la materia, así tenemos:

La Ley No. 3076, de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1, Parágrafo IV determina que:

"La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades ***relacionadas con la intermediación financieras y servicios auxiliares financieros."*** (Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

Por su parte, la Ley No. 1488 de 14 de abril de 1993, en sus artículos 153 y 154 establecen que:

*"**Artículo 153.-** La Superintendencia de Bancos es el órgano rector del sistema financiero que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera…"*

*"**Artículo 154.-** Son atribuciones de la Superintendencia:*

1. *Vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera,*
2. *Normar el control interno y externo de toda intermediación financiera,*
3. *Ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y demanda de recursos financieros prestables.*
4. *Supervisar a las personas naturales o jurídicas que efectúen actividades auxiliares de la intermediación financiera.*
5. *Ejercer supervisión consolidada de conformidad al artículo 6º de la presente ley.*
6. *Incorporar al ámbito de su competencia, de acuerdo con el Banco Central de Bolivia, a otras personas o entidades que realicen actividades de intermediación financiera.*
7. *Elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión sobre las actividades de intermediación financiera.*
8. *Establecer sistemas preventivos de control y vigilancia.*

9. *Controlar el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez en el sistema financiero.*
10. *Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.*
11. *Disponer la regularización obligatoria y la intervención de las entidades de intermediación financiera…*"

Congruentemente con el precedente administrativo y la normativa traída a colación, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se pronunció en su Resolución Administrativa ASFI Nº 096/2012 de 27 de marzo de 2012, de la siguiente manera:

> "*…que la determinación asumida y emitida por el Directorio de Mutual La Paz, de acuerdo a lo que establece el Artículo 74 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al ser una entidad de carácter privado sus* ***decisiones internas se rigen de acorde a lo que establecen su estatuto y reglamentos internos a los cuales ASFI no tiene injerencia, y corresponde en consecuencia que el mismo Tribunal o Directorio corrija o restituya el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa alegados por el señor Navarro.***
>
> *En este sentido, la Resolución Administrativa ASFI N° 026/2012 de 30 de enero de 2012, claramente hace mención a las Sentencias Constitucionales SSCC N° S. 1865/04-R de 1 de diciembre de 2004 y 1567/05-R de 5 de diciembre de 2005, los cuales es importante reiterar al recurrente con relación al presente caso señalando que:* ***"en los procesos instaurados de acuerdo al ordenamiento jurídico boliviano, en el sentido del orden constitucional, las lesiones al debido proceso está llamadas a ser reparadas por los mismos órganos de esa lesión, debe pedir la reparación a los jueces y tribunales ordinarios, asumiendo activamente su rol dentro del proceso, a través de los recursos que prevé la Ley."***
> (Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

Que evidentemente, el proceso interno instaurado por responsabilidad, se circunscribe al ámbito estrictamente privado, que deberá ser resuelto conforme la normativa interna aplicable a dicha materia, donde la competencia de la ASFI no alcanza a inmiscuirse en decisiones internas asumidas por la entidad a la hora de determinar responsabilidad contra sus funcionarios, que emerge del desempeño de sus funciones, deberes y atribuciones.

No debe olvidarse que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es el órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos y de intermediación financiera, su competencia se encuentra restringida a la actividad financiera, donde no existe atribución que le permita intervenir en un proceso interno que vaya a seguirse en la Entidad regulada contra sus propios funcionarios.

Que, finalmente importa precisar, que existe normativa específica interna, misma que debiera aplicarse en cuanto hubiere lugar en derecho en el evento de considerarse que dentro del proceso interno seguido existiría una vulneración a los derechos del procesado, cual es el procedimiento aprobado mediante Resolución de Directorio Nº 029/2006 y modificado en Sección Nº 25/2007 que claramente determina en sus artículos 25, 26 y 27 el procedimiento a seguir.

Quedando claro entonces que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no tiene competencia para pronunciarse sobre supuestas vulneraciones a derechos dentro de un proceso interno seguido por una institución privada (Mutual La Paz).

Que, la vía administrativa que rige los procesos administrativos del Sistema de Regulación Financiera, no constituye la vía idónea, para la restitución de derechos o reparación del debido proceso emergentes de procesos internos entre privados o particulares.

Que, de igual manera se debe considerar, el otro argumento planteado por el Sr. Navarro, en que la determinación asumida por la Comisión de Ética, le estaría causando graves perjuicios, debido a que este será el instrumento –a decir del recurrente- para evitar que participe y postule en una próxima elección para Directores de Mutual La Paz.

Al respecto, se tiene, que si bien el recurrente alega graves perjuicios, los mismos no pueden ser atendidos por esta instancia jerárquica, ya que conforme se ha podido evidenciar del análisis ut supra, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, así como este Ministerio, no cuentan con facultad para resolverlos, debiendo el recurrente acudir a la autoridad llamada por Ley y competente para satisfacer su pretensión.

Consecuentemente la solicitud del denunciante ha sido atendida por el órgano de regulación en el marco de su competencia emitiendo un pronunciamiento debidamente fundamentado de acuerdo a lo establecido en las disposiciones legales establecidas para el ámbito administrativo.

De igual modo, el recurrente debe considerar que el pronunciamiento administrativo, no inhibe al recurrente de recurrir los derechos que se crean vulnerados por la jurisdicción llamada por ley para el caso en controversia.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistemas Financiero se ha pronunciado conforme a las disposiciones legales no teniendo por ende competencia para restablecer el debido proceso dentro de un proceso seguido por Mutual la Paz .

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 096/2012 de 27 de marzo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 026/2012 de 30 de enero de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 179-2012 DE 26 DE MARZO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 047/2012 DE 28 DE AGOSTO DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 047/2012

La Paz, 28 de agosto de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 179-2012 de 26 de marzo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 107-2012 de 16 de febrero de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 024/2012 de 08 de junio de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 081/2012 de 20 de julio de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 19 de abril de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, representada por su Gerente General, Dr. José Rodrigo Jordán Guzmán, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 179-2012 de 26 de marzo de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/Nº 107-2012 de 16 de febrero de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.
Que, mediante nota APS/DJ/DS/3115/2012 con fecha de recepción 26 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 179-2012 de 26 de marzo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de mayo de 2012, notificado en fecha 8 de mayo de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 179-2012 de 26 de marzo de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/5144/2012 de 9 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros adjunta la documentación complementaria que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 047/2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA APS/DS/JTS/172/2012.-

Mediante la nota APS/DS/JTS/172/2012 de 10 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite para la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, la instrucción siguiente:

> "…*Mediante la presente recordamos a usted que el Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, aprobado mediante Decreto Supremo 27295 de fecha 20 de diciembre de 2003, no contempla en su contenido como una exclusión de atención SOAT el hecho de existir la firma de Alta Solicitada cualquiera sea el motivo de la misma.*
>
> *Por lo tanto, se instruye a la Asociación Accidental FISO remitir a este órgano de fiscalización en el plazo de 3 días administrativos a* (sic) *de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros Nº 1883 impostergablemente, una copia de la comunicación por la que la aseguradora pone en conocimiento de todas sus sucursales a nivel nacional que en caso de existir siniestros con Alta Solicitada, la misma no deberá ser considerada como exclusión en el proceso de atención de un siniestro SOAT. Asimismo, comunicamos que en el caso de que existieren siniestros SOAT rechazados por este concepto deberán dar la cobertura correspondiente.*
>
> *No obstante lo anterior, aclaramos a usted que debe dar estricto cumplimiento a las instrucciones de este órgano de fiscalización para lo cual se harán las inspecciones pertinentes a efecto de comprobar el cumplimiento a la presente instrucción*…"

2. NOTA AS AC – FISO CITE: 049/12.-

Mediante nota AS AC – FISO CITE: 049/12 de 19 de enero de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** responde a la nota APS/DS/JTS/172/2012 de 10 de enero de 2012 en los

términos siguientes:

"…*Que toda vez que el Decreto Supremo Nº 27295 que regula el SOAT, determina en su artículo Nº 40 que el Ministerio de salud* (sic) *y Deportes establecerá el protocolo de atención médica a los accidentados mediante Resolución Ministerial; Y* (sic) *siendo que esta cartera de gobierno, ha emitido la Resolución Ministerial Nº 361 de 30 de mayo de 2005 y la Resolución Ministerial Nº 636 de 30 agosto* (sic) *de 2005, para dar cumplimiento a tal propósito.*

Respetuosamente solicito aclarar el contenido de su nota, puesto que dichas Resoluciones Ministeriales, regulan la atención de pacientes SOAT en un sentido opuesto al que se interpreta en su carta…"

3. NOTA APS/DS/JTS/629/2012 DE 26 DE ENERO DE 2012.-

Mediante nota APS/DS/JTS/629/2012 de 26 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros responde a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** los extremos siguientes:

"…*recordamos a usted que el decreto* (sic) *Supremo 27295 establece en su Artículo 19 (OBTENCION DEL BENEFICIO) primer párrafo lo siguiente:*

"Producido el accidente de tránsito e identificado el vehículo, las personas lesionadas o los derechohabientes de las personas fallecidas, tienen derecho a cobrar la indemnización proveniente del SOAT, siendo improcedente, cualquier excepción que la entidad aseguradora pueda alegar contra el asegurado, excepto las causales únicas de exclusión de cobertura contenidas en el Artículo 32 del presente reglamento."

El artículo (sic) *32 (EXCLUSIONES DE COBERTURA) del Decreto Supremo 27295 establece en concordancia con el artículo arriba citado lo siguiente:*

"Quedan excluidos de la cobertura del SOAT, los casos de muerte o lesiones corporales ocurridos en las siguientes circunstancias:

a) Competencias de automóviles u otros vehículos motorizados.
b) Los accidentes de tránsito ocurridos fuera del territorio nacional.
c) Los accidentes de tránsito ocurridos en áreas que no fueren de libre acceso al público, provocados por vehículos que estuvieren circulando en estas áreas, exceptuando las terminales de carga y pasajeros autorizadas y habitualmente utilizadas para este efecto, incluyendo los parqueos públicos.
d) Como consecuencia de guerras y sismos.
e) Suicidio o lesiones auto inferidas, demostradas legalmente."

En este sentido, al no estar contenida el ALTA SOLICITADA en las causales únicas de exclusión establecidas por el artículo 32 del Decreto Supremo 27295 y considerando que al haber aclarado su duda en estricta aplicación del Decreto Supremo 27295 ratificamos el contenido inextenso de nuestro cite APS/DS/JTS/172/2012

Por lo tanto, se instruye a la Asociación Accidentad FISO remitir a este órgano de fiscalización en el plazo de 3 días administrativos a (sic) *de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 impostergablemente, una copia de la comunicación por la que la Asociación Accidental FISO pone en conocimiento de todas sus sucursales a nivel nacional que en caso de existir siniestros con Alta Solicitada, la misma no deberá ser considerada como exclusión en el proceso de atención de un siniestro SOAT. Asimismo, comunicamos que en caso de que existieren siniestros SOAT rechazados por este concepto deberán dar la cobertura correspondiente para lo cual deberán remitir un listado en formato Excel que contenga los siguientes campos:*

N° de Siniestro, N° de Certificado SOAT, Fecha del Siniestro, Nombre del accidentado, Dirección y Número telefónico del accidentado, Nombre del Centro Médico de Origen, Nombre del Centro Médico donde fue transferido con Alta Solicitada y Monto a indemnizar.

No obstante lo anterior, aclaramos a usted que debe dar estricto cumplimiento a los requerimientos de este órgano de fiscalización…"

4. NOTA AS AC – FISO 100/12.-

Mediante nota AS AC – FISO CITE: 100/12 de 3 de febrero de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** responde al ente regulador en los términos transcritos a continuación:

"*…Acuso recibo de su nota de la referencia de la que se tomó debida atención, al respecto me cumple adjuntar copia de la comunicación interna mediante la que se instruye al personal de esta institución, dar cumplimiento a lo establecido por su Autoridad.*

No obstante lo anterior, es criterio de esta oficina, que no existe contradicción entre el DS 27295 y la RM 1092 puesto que no se excluía de cobertura a los pacientes con alta solicitada, sino que en todo caso se limitaba la misma únicamente al primer centro médico que atendió a la víctima del siniestro, así se otorgaba cobertura únicamente en relación al primer centro médico, solicito se tenga presente.

Finalmente, solicito respetuosamente, se sirva elevar el contenido de su nota de la referencia a Resolución Administrativa…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 107-2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 107-2012 de 16 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"*…**UNICO.- I.- ELEVAR** a la categoría de Resolución Administrativa la carta **CITE: APS/DS/JTS/629/2012 de 26 de enero de 2012,** conforme a lo previsto por el inciso II) del artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

***II.** La carta **CITE: APS/DS/JTS/629/2012 de 26 de enero de 2012**, señalada en el párrafo anterior forma parte indivisible de la presente Resolución Administrativa…"*

Consiguientemente, tal resolución determina quede ratificada la disposición del ente regulador, en sentido de no considerarse al alta solicitada, como causal de exclusión del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), conforme al contenido de las notas APS/DS/JTS/172/2012 de 10 de enero de 2012 y ***APS/DS/JTS/629/2012 de 26 de enero de 2012.***

6. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 5 de marzo de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 107-2012 de fecha 16 de febrero de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***DEL RECURSO***

El acto administrativo objeto de nuestra impugnación mediante recurso de revocatoria, es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero del año en curso, emitida por su autoridad que en parte de su contenido dispone:

"…en caso de existir siniestros con Alta Solicitada, la misma no deberá ser considerada como exclusión en el proceso de atención de un siniestro SOAT..."

ANTECEDENTES

La Ley N° 1883 de Seguros de 25 de junio de 1997, en su artículo 37 establece la creación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), disponiendo como obligatorio, que todo propietario de vehículo automotor en el territorio de la República de Bolivia, sea cual fuere su tipo cuente con un seguro de accidentes de tránsito.

La citada disposición legal, también norma las características y el objetivo del Soat (sic)*, disponiendo que se caracteriza por su indisputabilidad, su beneficio uniforme, irreversible y su acción directa contra la entidad aseguradora, y que su objeto es el de otorgar la cobertura uniforme y única de los gastos médicos e indemnización por muerte de cualquier persona individual, que sufra los eventos de accidente o muerte originada por vehículos automotores en el territorio de la República.*

Los fundamentos que han motivado el establecimiento del SOAT como un seguro obligatorio, se encuentran expuestos en el artículo 36 de la Ley de Seguros N° 1883, al prever que el Soat (sic) *se ha constituido como un instrumento de defensa del capital humano del país, protegiendo la salud de la población, la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas.*

El Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003, dispone:

En su artículo 1, que el objeto del presente Decreto Supremo es reglamentar el artículo 37 de la Ley N° 1883 de Seguros, como reglamento único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito se regirá por a (sic) *Ley de Seguros N°*

1883, el presente Decreto Supremo y las Resoluciones Administrativas que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emita para el efecto.

En su artículo 49, establece que para cubrir los siniestros en los cuales el vehículo no sea identificado, se crea el Fondo de Indemnizaciones SOAT-FISO, el mismo que estará conformado por aportes obligatorios de las entidades aseguradoras, que hayan sido autorizadas por la SPVS a otorgar el SOAT.

El Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT, que forma parte del Compendio Normativo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, establece:

En su artículo 5, que los establecimientos de salud, del Sistema Nacional de Salud, están obligados a prestar atención médica de emergencia de acuerdo al nivel de atención que les corresponda y a las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT y sólo si no cuenta con la capacidad de resolución necesaria para el tratamiento deben realizar la transferencia del paciente a los recintos hospitalarios más cercanos para recibir atención especializada y con mayor capacidad de resolución. Las transferencias que no se ajusten a los procedimientos definidos en las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT, no generarán obligación de pago para el nuevo establecimiento de salud.

A los fines de aplicación del presente Reglamento se establecen las siguientes definiciones:

...b) ALTA SOLICITADA.- Cuando el paciente en total conciencia de sus actos o los tutores o familiares más cercanos, en caso de estado de in conciencia (sic) *del mismo, solicita su retiro del establecimiento de salud en el que se encuentra internado antes de concluir su tratamiento, siendo necesario que conste en la Historia Clínica las causas de la solicitud y las firmas de los solicitantes...*

En nota AS AC-FISO N° 100/12 de fecha 3 de febrero del presente año, se señala que: ...no se excluía de cobertura a los pacientes con alta solicitada, sino que en todo caso se limitaba la misma únicamente al primer centro médico que atendió a la víctima del siniestro...

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero del año en curso, que en parte de su contenido dispone:

"…en caso de existir siniestros con Alta Solicitada, la misma no deberá ser considerada como exclusión en el proceso de atención de un siniestro SOAT..."

FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO:

ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 107/2012 DE 16 DE FEBRERO DE 2012 POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 4 LITERAL F) DE LA LEY N° 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DEL ARTÍCULO 5 LITERAL B) DEL REGLAMENTO DE COBROS POR ATENCIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD PARA PACIENTES DEL SOAT.

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 literal f) establece: El principio de imparcialidad, disponiendo que las autoridades administrativas actuarán

en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados.

En el presente caso, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012, únicamente vela los intereses de las víctimas sin tomar en cuenta a las aseguradoras y al Fiso, que son las entidades que a través del Soat (sic) *se han constituido como un instrumento de defensa del capital humano del país, protegiendo la salud de la población, la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas.*

El Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT, establece:

En su artículo 5 (ATENCIÓN A LOS ACCIDENTADOS), que los establecimientos de salud, del Sistema Nacional de Salud, están obligados a prestar atención médica de emergencia de acuerdo al nivel de atención que les corresponda y a las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT y sólo si no cuenta con la capacidad de resolución necesaria para el tratamiento deben realizar la transferencia del paciente a los recintos hospitalarios más cercanos para recibir atención especializada y con mayor capacidad de resolución. Las transferencias que no se ajusten a los procedimientos definidos en las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT, no generarán obligación de pago para el nuevo establecimiento de salud.

A los fines de aplicación del presente Reglamento se establecen las siguientes definiciones:

...b) ALTA SOLICITADA.- Cuando el paciente en total conciencia de sus actos o los tutores o familiares más cercanos, en caso de estado de in conciencia (sic) *del mismo, solicita su retiro del establecimiento de salud en el que se encuentra internado antes de concluir su tratamiento, siendo necesario que conste en la Historia Clínica las causas de la solicitud y las firmas de los solicitantes...*

Con nota AS AC-FISO N° 100/12 de fecha 3 de febrero del presente año, se señala que: ... no se excluía de cobertura a los pacientes con alta solicitada, sino que en todo caso se limitaba la misma únicamente al primer centro médico que atendió a la víctima del siniestro..., en conformidad al artículo precedente, del referido reglamento que forma parte del Compendio Normativo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

Para dar cumplimiento a lo establecido en la resolución administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012, en primera instancia se debería anular o modificar el citado artículo.

Por todos los fundamentos de derechos expuestos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012, es ilegal por lo que corresponde su revocatoria.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial y en cumplimiento a los requisitos descritos por el Decreto Supremo N° 27113, establecidos para la presentación de recurso de revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la autoridad administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley N° 2341de Procedimiento Administrativo solicito:

a) Admita el recurso de revocatoria
b) Resuelva mediante resolución administrativa el presente recurso de revocatoria, disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012…"

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 179-2012 DE 26 DE MARZO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 179-2012 de 26 de marzo de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 107-2012 de 16 de febrero de 2012, con los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que cumplidos los requisitos de forma, corresponde pasar al análisis de los agravios expresados por la ***ASOCIACION ACCIDENTAL FISO****, dentro del Recurso de Revocatoria formulado mediante memorial de 05 de marzo de 2012.*

- ***Ilegalidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N°107/2012 de 16 de febrero de 2012 por infracción del artículo 4 literal f) de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y del artículo 5 literal b) del Reglamento de Cobros por Atención en los establecimientos de salud para pacientes del SOAT.***

Que la Asociación Accidental FISO alega como agravio que la Resolución Administrativa No. 107-2012 de 16 de febrero de 2012, vulnera el artículo 4), inciso f) de la Ley del Procedimiento Administrativo, el cual establece que la función administrativa se regirá por el Principio de imparcialidad, señalando que:

"Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados."

Que el fundamento para alegar tal vulneración radica en el hecho de que la Autoridad de Fiscalización de Pensiones y Seguros (APS), al dictar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012, únicamente vela por las víctimas sin tomar en cuenta a las aseguradoras y al FISO, que se han constituido en un instrumento de defensa del capital humano del país.

Que la imparcialidad según el Diccionario de la Lengua Española, significa:

"Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud".

Que este concepto se halla vinculado al principio de igualdad (también derecho de igualdad) proclamado en el artículo 14, parágrafo I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE) y fue interpretado por la jurisprudencia constitucional en la Sentencia No. 1017/02 de 21 de agosto de la siguiente manera:

"...se traduce en el derecho de las personas a no sufrir discriminación alguna, esto es, a no ser tratados de manera diferente con relación a aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que exista una justificación clara, objetiva y razonable que justifique esa desigualdad de trato...".

Que partiendo de estas premisas se puede concluir que la resolución impugnada mediante el presente recurso, solo tiende a lograr el cumplimiento estricto del artículo 19 del Decreto Supremo No. 27295 de 23 de diciembre de 2003, bajo el entendido de que las únicas excepciones y causales de exclusión de cobertura existentes y aplicables son las contenidas en el artículo 32 del citado decreto, de acuerdo a lo transcrito a continuación:

"Artículo 19.- (Obtención de beneficio). Producido el accidente de tránsito e identificado el vehículo, las personas lesionadas o los derechohabientes de las personas fallecidas, tienen derecho a cobrar la indemnización proveniente del SOAT, siendo improcedente, cualquier excepción que la entidad aseguradora pueda alegar contra el asegurado, excepto las causales únicas de exclusión de cobertura contenidas en el Artículo 32 del presente reglamento."

"Artículo 32.- (Exclusiones de cobertura). Quedan excluidos de la cobertura del SOAT, los casos de muerte o lesiones corporales ocurridos en las siguientes circunstancias:

a) Competencias de automóviles u otros vehículos motorizados.
b) Los accidentes de tránsito ocurridos fuera del territorio nacional.
c) Los accidentes de tránsito ocurridos en áreas que no fueren de libre acceso al público, provocados por vehículos que estuvieren circulando en estas áreas, exceptuando las terminales de carga y pasajeros autorizadas y habitualmente utilizadas para este efecto, incluyendo los parqueos públicos.
d) Como consecuencia de guerras y sismos.
e) Suicidio o lesiones autoinferidas, demostradas legalmente."

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 107 - 2012 de 16 de febrero de 2012, en ningún momento vulneró el Principio de imparcialidad previsto en el artículo 4, inciso f) de la Ley del Procedimiento Administrativo, ya que busca un trato igualitario de los beneficiarios del SOAT, frente a terceros que excluyen la cobertura del seguro por una causal no consignada en el decreto reglamentario y emergente de una resolución no emitida por el ente regulador.

Que el artículo 37 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998, crea el seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

Que la citada disposición legal en su artículo 41, establece cuales son las funciones y obligaciones del órgano de fiscalización y control, estableciendo en inciso e) el:

"Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos".

Que el artículo 43, inciso a) de la Ley de Seguros, entre las atribuciones de la APS, consigna la de emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la misma y de sus reglamentos.

Que el Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, fue aprobado mediante Resolución Ministerial No. 361/2005 de 30 de mayo de 2005 emitida por el Ministerio de Salud y Deportes, creando una contradicción en la redacción del artículo 5, inciso b), denominada "Alta Solicitada", la cual no se considera una causal de exclusión de cobertura a entender del Decreto Supremo No. 27295.

Que de acuerdo a la teoría general del derecho y la aplicación de normas de acuerdo a su jerarquía, no es posible anteponer y pretender la prevalencia de una resolución ministerial a lo dispuesto por un decreto supremo, como sucede en el caso presente, siendo inaplicable el artículo 5, inciso b) "Alta Solicitada" del Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 19 de abril de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 179-2012 de 26 de marzo de 2012, expresando lo siguiente:

"…*DEL RECURSO*

Los actos administrativos objeto de nuestra impugnación son: la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 179/2012 de 26 de marzo de 2012 y en su mérito la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero del año en curso, emitidas por su autoridad.

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 179/2012 de 26 de marzo de 2012, objeto de nuestra impugnación en recurso jerárquico que resuelve el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero del año en curso, donde dispone:

"Confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero del año en curso".

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero del año en curso, objeto de nuestra impugnación mediante recurso jerárquico dispone:

"…en caso de existir siniestros con Alta Solicitada, la misma no deberá ser considerada como exclusión en el proceso de atención de un siniestro SOAT..."

ANTECEDENTES

La Ley N° 1883 de Seguros de 25 de junio de 1997, en su artículo 37 establece la creación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), disponiendo como obligatorio, que todo propietario de vehículo automotor en el territorio de Bolivia, sea cual fuere su tipo cuente con un seguro de accidentes de tránsito.

La citada disposición legal, también norma las características y el objetivo del Soat (sic)*, disponiendo que se caracteriza por su indisputabilidad, su beneficio uniforme, irreversible y su acción directa contra la entidad aseguradora, y que su objeto es el de otorgar la cobertura uniforme y única de los gastos médicos e indemnización por muerte de cualquier persona individual, que sufra los eventos de accidente o muerte originada por vehículos automotores en el territorio.*

Los fundamentos que han motivado el establecimiento del SOAT como un seguro obligatorio, se encuentran expuestos en el artículo 36 de la Ley de Seguros N° 1883, al prever que el Soat (sic) *se ha constituido como un instrumento de defensa del capital humano del país, protegiendo la salud de la población, la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas.*

El Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003, dispone en su artículo 1, que "el objeto del presente Decreto Supremo es reglamentar el artículo 37 de la Ley N° 1883 de Seguros, como reglamento único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito".

El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito se regirá por la Ley de Seguros N° 1883, el presente Decreto Supremo y las Resoluciones Administrativas que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emita para el efecto.

En su artículo 49, establece que para cubrir los siniestros en los cuales el vehículo no sea identificado, se crea el Fondo de Indemnizaciones SOAT-FISO, el mismo que estará conformado por aportes obligatorios de las entidades aseguradoras, que hayan sido autorizadas por la autoridad competente a comercializar el SOAT.

El Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT, que forma parte del Compendio Normativo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, establece en su artículo 5, que los establecimientos de salud, del Sistema Nacional de Salud, están obligados a prestar atención médica de emergencia de acuerdo al nivel de atención que les corresponda y a las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT y sólo si no cuenta con la capacidad de resolución necesaria para el tratamiento deben realizar la transferencia del paciente a los recintos hospitalarios más cercanos para recibir atención especializada y con mayor capacidad de resolución. Las transferencias que no se ajusten a los procedimientos

definidos en las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT, no generarán obligación de pago para el nuevo establecimiento de salud.

A los fines de aplicación del presente Reglamento se establecen las siguientes definiciones:

...b) ALTA SOLICITADA.- Cuando el paciente en total conciencia de sus actos o los tutores o familiares más cercanos, en caso de estado de in conciencia del mismo, solicita su retiro del establecimiento de salud en el que se encuentra internado antes de concluir su tratamiento, siendo necesario que conste en la Historia Clínica las causas de la solicitud y las firmas de los solicitantes...

En nota AS AC-FISO N° 100/12 de fecha 3 de febrero del presente año, se señala que: ...no se excluía de cobertura a los pacientes con alta solicitada, sino que en todo caso se limitaba la misma únicamente al primer centro médico que atendió a la víctima del siniestro...

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero del año en curso, que en parte de su contenido dispone:

"...en caso de existir siniestros con Alta Solicitada, la misma no deberá ser considerada como exclusión en el proceso de atención de un siniestro SOAT..."

FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO:

REFERENTE A LA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 179/2012 DE 26 DE MARZO DE 2012, QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 107/2012 DE 16 DE FEBRERO DE 2012, ILEGALIDAD POR INCURRIR EN LA INFRACCIÓN DEL INCISO e) DEL ARTÍCULO 28, DE LOS INCISOS a) Y d) DEL ARTÍCULO 30 Y DEL h) DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY N° 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en los artículos a continuación señalados, disponen que la Administración Pública tiene la obligación de motivar o fundamentar sus decisiones asumidas a través de actos administrativos.

***"Artículo 16 (Derechos de las personas).-** En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos:… h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen..."*

***"Artículo 28 (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-** Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: ...e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo,...".*

***"Artículo 30 (Actos Motivados).-** Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) Resuelvan recursos administrativos... d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa".*

De lo expuesto, se concluye que el ordenamiento jurídico prevé que la "fundamentación o motivación" de un acto administrativo se constituye en uno de sus elementos esenciales y consiguientemente consagra que el administrado tiene derecho a exigir que la decisión que asuma la Administración sea fundada, de forma tal que el administrado, adquiera conocimiento de las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto. Al respecto, cabe recordar que la fundamentación o motivación es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad, lo que constituye una protección de los derechos del administrado.

De lo expuesto, se establece que al emitir el acto objeto del presente recurso, se ha incurrido en la infracción de los artículos 4 inciso c), 28 inciso b), 30 incisos a) y d) y del inciso h) del artículo 16 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al adoptar la decisión contenida en el acto administrativo recurrido, sin motivación o fundamentación; y, que actuó bajo el criterio y modalidad que creyó conveniente, actuando arbitrariamente, por lo que, corresponde la revocatoria administrativa del acto impugnado (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 179/2012 de 26 de marzo de 2012).

FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO JERÁRQUICO INHERENTES A LA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 107/2012 DE 16 DE FEBRERO DE 2012, ACTO ADMINISTRATIVO QUE ES RECURRIDO EN MÉRITO A QUE FUE CONFIRMADA POR LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/D3/DS/N° 179/2012 DE 26 DE MARZO DE 2012.

ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 107/2012 DE 16 DE FEBRERO DE 2012 POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 4 LITERAL F) DE LA LEY N° 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DEL ARTÍCULO 5 LITERAL B) DEL REGLAMENTO DE COBROS POR ATENCIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD PARA PACIENTES DEL SOAT.

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4, inciso c) establece: Principio de sometimiento pleno a la ley: La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 literal f) establece: El principio de imparcialidad, disponiendo que las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados.

En el presente caso, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012, únicamente vela los intereses de las víctimas sin tomar en cuenta a las aseguradoras y al Fiso, que son las entidades que a través del Soat se han constituido como un instrumento de defensa del capital humano del país, protegiendo la salud de la población, la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas.

El Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT, establece:

En su artículo 5 (ATENCIÓN A LOS ACCIDENTADOS), que los establecimientos de salud, del Sistema Nacional de Salud, están obligados a prestar atención médica de emergencia de acuerdo al nivel de atención que les corresponda y a las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT y sólo si no cuenta con la capacidad de resolución necesaria para el tratamiento deben realizar la transferencia del paciente a los recintos hospitalarios más cercanos para recibir atención especializada y con mayor capacidad de resolución. Las transferencias que no se ajusten a los procedimientos definidos en las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT, no generarán obligación de pago para el nuevo establecimiento de salud.

A los fines de aplicación del presente Reglamento se establecen las siguientes definiciones:

...b) ALTA SOLICITADA.- Cuando el paciente en total conciencia de sus actos o los tutores o familiares más cercanos, en caso de estado de in conciencia del mismo, solicita su retiro del establecimiento de salud en el que se encuentra internado antes de concluir su tratamiento, siendo necesario que conste en la Historia Clínica las causas de la solicitud y las firmas de los solicitantes...

Con nota AS AC-FISO N° 100/12 de fecha 3 de febrero del presente año, se señala que: ...no se excluía de cobertura a los pacientes con alta solicitada, sino que en todo caso se limitaba la misma únicamente al primer centro médico que atendió a la víctima del siniestro...; en conformidad al artículo precedente, del referido reglamento que forma parte del Compendio Normativo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito VIGENTE.

Asimismo, es menester aclarar, que cuando existen siniestros con Alta Solicitada, el Fiso ***no*** *niega la cobertura, únicamente se limita a cancelar al primer centro médico, de lo contrario involucraría que los pacientes circulen a discreción entre centros médicos, dejando abierta la posibilidad de ocasionar gastos innecesarios al FISO.*

Para dar cumplimiento a lo establecido en la resolución administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012, en primera instancia se debería anular o modificar el citado artículo sin omitir al referido reglamento, en conformidad a la Ley de de Seguros que establece que, es función del Órgano de Fiscalización velar por la seguridad, solvencia, y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro, fiscalizar y controlar a las personas, entidades y actividades relacionadas al sector de seguros y; ***cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos*** *asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*

Por todos los fundamentos de derechos expuestos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012, es ilegal por lo que corresponde su revocatoria.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial y en cumplimiento a los requisitos

descritos por el Decreto Supremo N° 27113, establecidos para la presentación de recurso jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la autoridad administrativa , reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley N° 2341de Procedimiento Administrativo solicito:

a) Admita el presente recurso jerárquico, previa remisión del expediente administrativo.
b) Resuelva mediante resolución administrativa el presente recurso jerárquico, disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 179/2012 de 26 de marzo de 2012 y en su mérito de la resolución administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012…"

9. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota APS/DJ/DS/5144/2012 de 9 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros adjunta la documentación complementaria que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 047/2012, conforme la relación siguiente:

- Nota APS/DS/JTS/172/2012 de fecha 10 de enero de 2012 (ya referida en el numeral 1 supra), remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**.
- Nota AS AC – FISO CITE: 049/12 de fecha 19 de enero de 2012 (ya referida en el numeral 2 supra) remitida por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.
- Resolución Ministerial Nº 0361 de 30 de mayo de 2005, expedida por el Ministerio de Salud y Deportes, por al que se resuelve:

  "…***ARTÍCULO PRIMERO.-*** *Ratificar la vigencia de las siguientes normas:*

  a) REGLAMENTO DE SANCIONES, APLICABLE A LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD PRESTADORES DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO
  b) NORMAS BÁSICAS DE DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO PARA ATENCIONES MÉDICAS DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO

  ARTÍCULO SEGUNDO.- *Aprobar el "NUEVO REGLAMENTO DE COBROS POR ATENCIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD PARA PACIENTES DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO", en sus seis capítulos y doce artículos, que conforme al texto es parte de la presente Resolución Ministerial.*

  ARTÍCULO TERCERO.- *Autorizar la publicación del Compendio Normativo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, que contendrá las siguientes normas:*
  1. *Texto ordenado del Reglamento Único del SOAT (DS 27295 modificado por el DS 27900)*
  2. *Lista Nacional de Medicamentos Esenciales, aprobado mediante Resolución Ministerial Nº 0341 de 27 de junio de 2003*

3. *La presente Resolución Ministerial que ratifica y aprueba los siguientes instrumentos normativos del SOAT:*
   - *Reglamento de sanciones, aplicable a los establecimientos de salud prestadores del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito*
   - *Nuevo Reglamento de cobros por atención en los establecimientos de salud para pacientes del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.*
   - *Normas básicas de diagnóstico y tratamiento para atenciones médicas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito*

ARTÍCULO CUARTO.- *Se abroga la Resolución Ministerial Nº 0708 de 3 de diciembre de 2003 y deroga todas las disposiciones contrarias a la presente resolución…*"

- *Reglamento de cobros por atención en los establecimienos* (sic) *de salud para pacientes del SOAT.*
- *Reglamento de sanciones aplicable a los establecimientos de salud prestadores del SOAT.*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante nota APS/DS/JTS/172/2012 de 10 de enero de 2012 (también en la nota APS/DS/JTS/629/2012 de 26 de enero de 2012, y en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 107-2012 de 16 de febrero de 2012 y APS/DJ/DS/Nº 179-2012 de 26 de marzo de 2012), ha determinado:

> "…***el Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito****, aprobado mediante Decreto Supremo 27295 de fecha 20 de diciembre de 2003,* ***no contempla*** *en su contenido* ***como una exclusión de atención SOAT el hecho de existir la firma de Alta Solicitada cualquiera sea el motivo de la misma***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** en su Recurso Jerárquico de 19 de abril de 2012, expresa que:

> "…***El Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT****… establece en su artículo 5, que los establecimientos de salud,…*

están obligados a prestar atención médica de emergencia de acuerdo al nivel de atención que les corresponda y a las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT y ***sólo si no cuenta* (sic) *con la capacidad de resolución necesaria para el tratamiento deben realizar la transferencia del paciente a los recintos hospitalarios más cercanos para recibir atención especializada y con mayor capacidad de resolución. Las transferencias que no se ajusten a los procedimientos definidos en las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las Contingencias del SOAT, no generarán obligación de pago para el nuevo establecimiento de salud****…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, la controversia deviene de la antinomia entre el *Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito* en el que -según refiere la autoridad recurrida- no se encuentra prevista el alta solicitada como causal de exclusión del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), y el *Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT* que es alegado por la recurrente en el entendido que en su artículo 5º refiere que la misma eventualidad no genera obligación de pago alguna.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. La fundamentación de la decisión en el acto administrativo recurrido.-

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, señala que:

"*…al emitir el acto objeto del presente recurso, se ha incurrido en la infracción de los artículos 4 inciso c), 28 inciso b), 30 incisos a) y d) y del inciso h) del artículo 16 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al adoptar la decisión contenida en el acto administrativo recurrido, sin motivación o fundamentación; y, que actuó bajo el criterio y modalidad que creyó conveniente, actuando arbitrariamente, por lo que, corresponde la revocatoria administrativa del acto impugnado (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 179/2012 de 26 de marzo de 2012)…*"

Amén que la mención última supra transcrita resulta suficientemente esclarecedora, conviene remitirse al artículo 52º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003), que establece la procedencia del Recurso Jerárquico "*contra la resolución,… que deniegue el recurso de revocatoria*", para con ello concluir que la Resolución Administrativa a la que hace referencia la recurrente, es la APS/DJ/DS/Nº 179-2012 de 26 de marzo de 2012.

Entonces, de la compulsa pormenorizada de la misma, se establece que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros **sí ha fundamentado su decisión** que por ella ha tomado y de la forma que también allí consta, textualmente transcrita en el numeral 7 supra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, de manera tal que resulta en exceso licencioso e innecesario, en el presente acápite, realizar una nueva transcripción de los fundamentos del ente recurrido; basta dejar constancia expresa de ello.
Recuérdese que:

"*…La motivación de los fallos judiciales* (aquí léase *fallos administrativos*) *está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, de tal manera que*

sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo, ello no supone que las decisiones jurisdiccionales tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución; y así, dada esa comprensión, puedan también ser revisados esos fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el ordenamiento…" (Sentencia Constitucional SC 0012/2006-R; en el mismo sentido, Sentencia Constitucional SC 0300/2010-R de 7 de junio de 2010).

Por lo que en definitiva, no se encuentra razón a una observación de naturaleza adjetiva como la señalada por la recurrente en cuanto a su sugerida falta de fundamentación de la resolución recurrida.

2.2. Del principio de imparcialidad.-

La recurrente alega también:

"…***ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 107/2012 DE 16 DE FEBRERO DE 2012 POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 4 LITERAL F) DE LA LEY Nº 2341 DE PROCEDIMIENTO*** (…)

…la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 107/2012 de 16 de febrero de 2012, únicamente vela los intereses de las víctimas sin tomar en cuenta a las aseguradoras y al Fiso, que son las entidades que a través del Soat se han constituido como un instrumento de defensa del capital humano del país, protegiendo la salud de la población, la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas…"

De tal mención, resulta que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 107/2012 de 16 de febrero de 2012 -en realidad, todos los actos y actuaciones administrativas del Ente Regulador en el presente caso- no hubiera observado también el interés legítimo de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO**, sino que prescindiendo totalmente del mismo, se ha pronunciado con el interés de favorecer única, exclusiva, y por ello ilegítimamente, a las víctimas de los accidentes de tránsito (contingencia asegurada), entonces, en el entender de la recurrente, en inobservancia del inciso f) del artículo 4º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que a la letra señala:

"…*f) Principio de imparcialidad: las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados*…"

Ahora, es *imparcial* aquel "*que juzga o se comporta de modo sereno, justo, desapasionado, sin favoritismo*" (Cabanellas en su *Diccionario*) de manera tal que, viene a incurrir en infracción al principio administrativo, quien permite que en sus decisiones prime el interés particular, de alguien, antes que el general, de todos; principio como tal, resulta en una "*Máxima, norma guía*" (ídem), es decir, aquella que determina una directriz lato sensu, con respecto a la cual se irán generando preceptos jurídicos concretos y específicos, según el objeto al que se vayan a referir los mismos.

Por su parte, la entidad recurrida ha dejado claramente sentado, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 179-2012 de 26 de marzo de 2012, que:

> "…*la citada disposición legal* -se refiere a la Ley Nº 1833 de 25 de junio de 1998- *en su artículo 41, establece cuales son las funciones y obligaciones del órgano de fiscalización y control, estableciendo en inciso e) el:*
> *"Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos".*
> *Que el artículo 43, inciso a) de la Ley de Seguros, entre las atribuciones de la APS, consigna la de emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la misma y de sus reglamentos*…"

Por consiguiente, no cabe duda de la plena competencia del Ente Regulador para emitir una disposición como la que sale de las notas APS/DS/JTS/172/2012 de 10 de enero de 2012 y APS/DS/JTS/629/2012 de 26 de enero de 2012, las que dan origen al proceso administrativo que ahora, en instancia jerárquica, se resuelve.

Ahora bien, si para la acusada parcialidad se requiere que quien con ella actúe, no se *comporte "de modo sereno, justo, desapasionado, sin favoritismo"*, no puede ello concluirse taxativamente, ni establecerse automáticamente, cuando se trata más bien de pretender el cumplimiento de una norma, la que en su interpretación por parte del órgano regulador, no consta hubiera sopesado un criterio subjetivo antes que su carácter objetivo, y menos aún, que ante la inevitable confrontación del interés popular (léase general) al que se refiere el artículo 36º de la Ley Nº 1883, con el interés particular de la persona jurídico comercial **SOCIEDAD ACCIDENTAL FISO**, se hubiera pretendido favorecer a ésta última; ello sí hubiera importado necesariamente y en términos del artículo 4º, inciso f), de la Ley Nº 2341, una parcialidad manifiesta.

Por lo demás, no debe perderse de vista, que no es el Ente Regulador, ahora recurrido, el que ha pronunciado el controvertido Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003 (*Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito*) y del que se pretende su cumplimiento objetivo, sino y en los términos del artículo 172º, numeral 8, de la Constitución Política del Estado, al Presidente del mismo.

Por consiguiente, resulta impertinente lo alegado por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** en cuanto a la pretendida inobservancia del principio de imparcialidad.

2.3. Controversia suscitada con referencia a la solicitud de alta.-

Por último, el Recurso Jerárquico refiere:

> "…***ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 107/2012 DE 16 DE FEBRERO DE 2012 POR INFRACCIÓN… DEL ARTÍCULO 5 LITERAL B) DEL REGLAMENTO DE COBROS POR ATENCIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD PARA PACIENTES DEL SOAT*** (…)
> (…) *es menester aclarar, que cuando existen siniestros con Alta Solicitada, el Fiso* ***no*** *niega la cobertura, únicamente se limita a cancelar al primer centro médico, de lo contrario involucraría que los pacientes circulen a discreción entre centros médicos, dejando abierta la posibilidad de ocasionar gastos innecesarios al FISO*…"

2.3.1. Normativa referida a la controversia.-

Por imprescindible y previo al análisis de la controversia señalada, debe establecerse -conforme se realiza a continuación- cuál la normativa inherente a los casos de altas solicitadas dentro del régimen del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito. Así:

- **Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros):**

  "…*ARTÍCULO 36. - SEGUROS OBLIGATORIOS.-* (…)

  La defensa del capital humano protegiendo la salud de la población, la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas, se realiza por el Estado mediante el establecimiento de seguros obligatorios que conforman regímenes de seguridad social (…)

  ARTÍCULO 37. - ESTABLECIMIENTO DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO.- Se establece como obligatorio, que ***todo propietario de vehículo automotor en el territorio de la República, sea cual fuere su tipo, cuente con un seguro de accidentes de tránsito. Dicho seguro será indisputable****, de beneficio uniforme, irreversible y su acción será directa contra la entidad aseguradora.*

  El seguro obligatorio tiene como objetivo el otorgar la cobertura uniforme y única de los gastos médicos por accidentes *y la indemnización por muerte de cualquier persona individual, que sufra los eventos de accidente o muerte originada por vehículos automotores en el territorio de la República.*
  El capital asegurado máximo para las eventualidades de muerte, incapacidad total permanente y gastos médicos es de dos mil trescientos (2.300) DEGs por persona afectada por cada evento y sin que exista límite de personas cubiertas por el mismo.

  Los vehículos de todo tipo que circulen en territorio nacional deberán portar obligatoria y permanentemente el certificado de Seguro que acredite la validez de este seguro. El incumplimiento de esta disposición será sancionada de acuerdo a Ley.

  La calificación del grado de invalidez, deberá realizarse con el mismo Manual que los Seguros colectivos del Seguro Social Obligatorio…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003 (*Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito*):**

  "…***ARTÍCULO 19.- (OBTENCIÓN DEL BENEFICIO).*** *Producido el accidente de tránsito e identificado el vehículo, las personas lesionadas o los derechohabientes de las personas fallecidas, tienen derecho a cobrar la indemnización proveniente del SOAT,* ***siendo improcedente, cualquier excepción que la entidad aseguradora pueda alegar contra el asegurado, excepto las causales únicas de exclusión de cobertura contenidas en el Artículo 32 del presente reglamento*** (…)

  ARTÍCULO 32.- (EXCLUSIONES DE COBERTURA). *Quedan excluidos de la cobertura del SOAT, los casos de muerte o lesiones corporales ocurridos en las siguientes circunstancias:*

a) Competencias de automóviles u otros vehículos motorizados.
b) Los accidentes de tránsito ocurridos fuera del territorio nacional.
c) Los accidentes de tránsito ocurridos en áreas que no fueren de libre acceso al público, provocados por vehículos que estuvieren circulando en estas áreas, exceptuando las terminales de carga y pasajeros autorizadas y habitualmente utilizadas para este efecto, incluyendo los parqueos públicos.
d) Como consecuencia de guerras y sismos.
e) Suicido o lesiones auto inferidas, demostradas legalmente
(…)

ARTÍCULO 41.- (TARIFAS POR ATENCIÓN MÉDICA). *Las tarifas para los centros médicos que atiendan víctimas del SOAT, serán homogéneas a nivel nacional y reguladas por el Ministerio de Salud y Deportes mediante Resolución Ministerial…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Reglamento de cobros por atención en los establecimientos de salud para pacientes del SOAT, aprobado por el artículo segundo de la Resolución Ministerial -Ministerio de Salud y Deportes- N° 0361 de 30 de mayo de 2005:**

"*…ARTÍCULO 5.- (ATENCIÓN DE ACCIDENTADOS) Los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud, están obligados a prestar atención médica de emergencia de acuerdo al nivel de atención que les corresponda y a las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las contingencias del SOAT y sólo si no cuenta con la capacidad de resolución necesaria para el tratamiento deben realizar la transferencia del paciente a los recintos hospitalarios más cercanos para recibir atención especializada y con mayor capacidad de resolución. Las transferencias que no se ajusten a los procedimientos definidos en las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las contingencias del SOAT, no generarán obligación de pago para el nuevo establecimiento de salud.*

A los fines de aplicación del presente Reglamento se establecen las siguientes definiciones: (…)

b) ALTA SOLICITADA.- Cuando el paciente en total conciencia de sus actos o los tutores o familiares más cercanos, en caso de estado de inconsciencia del mismo, solicita su retiro del establecimiento de salud en el que se encuentra internado antes de concluir su tratamiento, siendo necesario que conste en la Historia Clínica las causas de la solicitud y las firmas de los solicitantes…"

2.3.2. La solicitud de alta como causal de exclusión de la cobertura del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.-

Al tema en concreto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la resolución ahora recurrida, ha argumentado que:

"*…el Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, fue aprobado mediante Resolución Ministerial No. 361/2005 de 30 de mayo de 2005 emitida por el Ministerio de Salud y Deportes,* ***creando una contradicción*** *en la redacción del artículo 5, inciso b),*

> *denominada "Alta Solicitada", la cual no se considera una causal de exclusión de cobertura a entender del Decreto Supremo No. 27295…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Resulta entonces que, el Ente Regulador es concluyente al determinar la existencia de una contradicción entre el *Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito* (por el que -según refiere la autoridad recurrida- no se encuentra prevista el alta solicitada como causal de exclusión del SOAT) y el *Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT* (que es alegado por la recurrente, en el entendido que en su artículo 5º refiere que la misma eventualidad no genera obligación de pago), y tal contradicción deviene en concreto, del artículo 19º del primero nombrado, al señalar que "*las causales* ***únicas*** *de exclusión de cobertura*" vienen a ser las establecidas por el artículo 32º del presente reglamento.

No obstante, el presupuesto expuesto en el Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003 (*Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito*), resulta en un enunciado de subsistencia parcial, en tanto y en cuanto, así como es una norma jurídica la que califica ese carácter *único*, puede ser complementada o incluso prescindida, máxime cuando en Derecho rige el principio de especialidad en cuyo mérito, la norma especial prevalece sobre la general, para el caso de suscitarse un conflicto entre ambas.

Ese es el caso presente, cuando a pesar del carácter de *único* con el que el artículo 19º califica a las causales de exclusión de cobertura establecidas por el artículo 32º, ambos del *Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito*, también el *Reglamento de cobros por atención en los establecimientos de salud para pacientes del SOAT* (este último determinando un contenido especial en relación al de la otra, más general), estaría implementando otra causal más, cuando señala que:

> "*…ARTÍCULO 5.- (ATENCIÓN DE ACCIDENTADOS)… Las transferencias que no se ajusten a los procedimientos definidos en las Normas Básicas de Diagnóstico y Tratamiento de las contingencias del SOAT, no generarán obligación de pago para el nuevo establecimiento de salud…*"

Por tanto, no existe aquí la contradicción señalada por la autoridad recurrida, sino la concurrencia de normas que, más allá del calificativo previsto por una de ellas, no limita ni impide la vigencia, firmeza y subsistencia de la otra, determinando en definitiva que, el alta solicitada, como una actuación voluntaria (del propio paciente si es que está consciente, o de los tutores o familiares cercanos si no lo está) en manifestación injustificada de disconformidad para con el tratamiento médico dispensado por un determinado establecimiento de salud, constituiría una causal más de exclusión de la cobertura del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

2.3.3. La solicitud de alta como causal de exclusión de la cobertura del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.-

Considera además la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 179-2012, que:

> "*…de acuerdo a la teoría general del derecho y la aplicación de normas de acuerdo a su jerarquía, no es posible anteponer y pretender la prevalencia de una resolución*

ministerial a lo dispuesto por un decreto supremo, como sucede en el caso presente, siendo inaplicable el artículo 5, inciso b) "Alta Solicitada" del Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito…"

Con tal presupuesto plantea la solución a la aparente contradicción entre el *Reglamento Único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito* y el *Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT*, contradicción que, visto lo señalado en el numeral 2.3.2 supra, sabemos inexistente, por lo que en principio la suscrita Autoridad Jerárquica debe remitir la fundamentación del acápite presente a los extremos precedentemente expuestos.

No obstante, al criterio expresado por la recurrida se adiciona cierta incertidumbre jurídica emergente de la facultad que, para el señor Ministro de Salud y Deportes, dispone el Decreto Supremo N° 27595 de 20 de diciembre de 2003, cuando señala:

"…***ARTÍCULO 41.- (TARIFAS POR ATENCIÓN MÉDICA).*** *Las tarifas para los centros médicos que atiendan víctimas del SOAT, serán homogéneas a nivel nacional y reguladas por el Ministerio de Salud y Deportes mediante Resolución Ministerial…"*

Resultando la incertidumbre aludida, de si tal facultad de homogeneizar y regular **las tarifas de atención médica**, importa también la aparentemente distinta de establecer criterios técnicos referidos a la cobertura del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, concretamente la de implementar la solicitud de alta como otra causal de exclusión de la cobertura, como en definitiva lo ha hecho en el *Reglamento de cobros por atención en los establecimientos de salud para pacientes del SOAT* (Resolución Ministerial N° 0361 de 30 de mayo de 2005).

Ante todo ello, se debe hacer notar que en razón del presupuesto señalado por la recurrida, ahora analizado, por imperio del artículo 5° de la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010 (del Tribunal Constitucional Plurinacional), "*se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad*", extremo armónicamente concordante con el señalado por el artículo 32°, parágrafo I (*los actos de la Administración Pública sujetos a esta Ley se presumen válidos*) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, habida cuenta de la naturaleza institucional del otro Ministerio.

Entonces, no constituye el proceso administrativo que ahora concluye, ni el mecanismo legal ni la oportunidad idónea, por los que pueda hacerse valer el extremo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

Que, en la sustanciación del presente proceso administrativo, se ha evidenciado que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha obrado con inobservancia a la normativa aplicable.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo

Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota APS/DS/JTS/629/2012 de 26 de enero de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse Resolución Administrativa fundamentada, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 DE 09 DE ABRIL DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 048/2012 DE 04 DE SEPTIEMBRE DE 2012

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 048/2012

La Paz, 4 de septiembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de 9 de abril de 2012 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por el órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 082/2012 de 20 de julio de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 26 de abril de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de 9 de abril de 2012 que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, remitido el Recurso Jerárquico mediante nota APS/DJ/3147/2012 en fecha 27 de abril de 2012, por providencia de fecha 4 de mayo de 2012, notificada a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 15 de mayo siguiente, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, dispuso que:

> *"Con carácter previo, la **Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros** informe y documente sobre el estado del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado por la misma contra **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** al que se refieren las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012 y APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de 9 de abril de 2012, así como del cumplimiento de la sanción y obligaciones impuestas por la primera Resolución Administrativa nombrada (APS/DJ/DPC/Nº 422-2011), y sea en un plazo no mayor a 3 (tres) días hábiles administrativos a contar desde su notificación con la presente providencia*".

Que, en cumplimiento a lo anterior, mediante nota APS/DJ/3571/2012 presentada en fecha 17 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presentó la información y adjuntó la literal referida en la misma.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de mayo de 2012, notificado en fecha 25 de mayo de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de 9 de abril de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, en fecha 3 de agosto de 2012 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en su memorial de 26 de abril de 2012 (de Recurso Jerárquico), a la que asistieron en su representación los señores Thomas Osvaldo Fuentes Orozco y Marcelo Saavedra Santoro.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA APS/DJ/DPC/3539/2011 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2011 SOBRE NOTIFICACIÓN CON CARGOS.-

Por nota APS/DJ/DPC/3539/2011 de 23 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al considerar haberse infringido el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la Administradora de Fondos de Pensiones, el artículo 22º (*Fondos de Pensiones*) de la Ley de Pensiones Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 109 de 7 de marzo de 2001, y el Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con el cargo referido a:

"…*que Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha utilizado los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (ahora denominado Fondo de Riesgo Común), para pagar pensiones de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, que no tienen cobertura por mora del empleador, cuando la normativa determina claramente que dicha Cuenta sólo financia las prestaciones por Riesgo Común de Asegurados que cumplen los requisitos de cobertura previstos en el artículo 8 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones*…"

2. NOTA FUT.APS.AL 1910/2011 DE 31 DE OCTUBRE DE 2011 SOBRE DESCARGOS.-

Por nota FUT.APS.AL 1910/2011 de 31 de octubre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** respondió al cargo señalado con el argumento transcrito a continuación:

"…*nuestra Administradora, no ha hecho más que dar cumplimiento a las resoluciones emanadas del órgano jurisdiccional, procediendo al pago de las Prestaciones de Riesgo Común de acuerdo a lo establecido por el art. 16 de la Ley de Pensiones N° 1732, la cláusula 8, punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios afectando la cuenta colectiva de siniestralidad conforme a lo dispuesto por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001*…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 422-2011 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en lo que interesa al presente, resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** (…)

II.- *Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente* (…)

IV.- *Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios*…"

4. MEMORIAL DE FECHA 19 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Por memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** solicitó la "*Suspensión de la obligación*

establecida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011" en los términos siguientes:

"…***I. ANTECEDENTES.-***

En fecha 12 del presente, fuimos notificados con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, la misma que ha resuelto sancionarnos con la imposición de una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA); asimismo en el numeral II.- del resuelve PRIMERO.-, se ha dispuesto que "...Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, mas su rentabilidad correspondiente"; para posteriormente en el numeral IV. del resuelve PRIMERO, establecer la obligación de que nuestra AFP debe seguir pagando las pensiones a favor de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales con recursos propios en conformidad a las resoluciones judiciales de amparos constitucionales; obligaciones que causarían daño irreparable a nuestra administradora conforme se fundamenta a continuación.

II. DEL DAÑO QUE SE OCASIONARÍA A NUESTRA AFP.

Es por demás evidente que las obligaciones impuestas a nuestra AFP, no solo son lesivas, sino que causaran (sic) *grave daño a nuestra AFP, por cuanto nuestro propio contrato de prestación de servicios suscrito con la ex Intendencia de Pensiones, así como las adendas suscritas con la ex SPVS, establecen con meridiana claridad que las prestaciones se pagan exclusivamente con las cuentas que correspondan, y no con nuestros recursos propios.*

Asimismo y de acuerdo a lo establecido por el artículo 30 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, su Decreto reglamentario y demás normativa conexa; se tiene fehacientemente el hecho de que no se constituye en nuestra obligación, ni forma parte de nuestro Objeto Social Único, el financiar con recursos propios ningún tipo de pensión, y menos aquellas que se origina por recargo por mora de los Empleadores.

Reponer dineros a la cuenta colectiva de siniestralidad, así como pagar pensiones con nuestros recursos nos ocasiona un grave daño económico, por cuanto una vez ingresado el dinero a la cuenta correspondiente, no existiría mecanismo alguno que permita la devolución a nuestra AFP en el evento, que autoridad administrativa o jurisdiccional determine como en derecho corresponde, que nuestra AFP no debe correr con la obligación del pago de pensiones con recursos propios.

El precedente que pretende sentar su Autoridad, no solo causaría daño patrimonial inmediato a nuestra AFP afectando nuestros resultados y mermando nuestros ingresos,

sino que peor aún, dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, quedando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago como responsabilidad de nuestra AFP;, (sic) *creando un funesto precedente contra el Sistema Integral de Pensiones .*

III. PETITORIO.-

En virtud a lo establecido por el artículo 59, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo; y los artículos 40 y 62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 (reglamento a la Ley N° 2341), solicito a su Autoridad, disponga la suspensión de la obligación de la reposición con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI) de los montos utilizado (sic) *para el pago de pensiones a los Asegurados; así como la obligación de continuar con el pago de las mismas utilizando recursos de nuestra AFP…*"

5. AUTO DE FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante auto de 21 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió **rechazar** la solicitud presentada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** por los fundamentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

Que con carácter previo al análisis de la solicitud de la AFP, corresponde hacer referencia a la Resolución Ministerial Jerárquica N° 012/2011, la que determina:

> *"... es importante hacer hincapié en que el cumplimento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:*
>
> ***OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto* ***de inexcusable cumplimiento****; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que* ***impone una acción*** *o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es* ***constreñida hacia*** *otra a dar,* ***hacer*** *o a no hacer alguna cosa (...)" (las negrillas son nuestras)*

Que en los tres (3) casos involucrados en la imputación de cargos, corresponden a Asegurados que están percibiendo Pensión de Invalidez en función a determinaciones de la Corte Superior de Justicia, como se expresa a continuación:

- *En el caso de la Asegurada Sonia Valverde Mercado, la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba emite pronunciamiento por el cual "...CONCEDE la tutela demandada, en consecuencia declara PROCEDENTE la Acción de Amparo Constitucional de 22 de abril de 2010, consiguiéntemente (sic)*

ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. proceda de manera inmediata al pago de la Pensión por invalidez que le corresponde a Sonia Valverde Mercado."

- *Para el caso del Asegurado Johnny Ibáñez Barriga; la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba, el 26 de abril de 2010 determina los* (sic) *siguiente "...CONCEDE la tutela demandada, en consecuencia declara PROCEDENTE la tutela demandada por JOHNNY RENE IBAÑEZ BARRIGA, disponiendo que AFP Futuro de Bolivia, proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible."*

- *En el caso del Asegurado Gregorio Arandia Nogales, la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba "CONCEDE, el Amparo Constitucional a favor de Gregorio Arandia Nogales. Ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. califique como invalido (sic) a Gregorio Arandia Nogales, fije y le pague la pensión de invalidez y sea en el plazo de 30 días."*

Que en ese entendido, la disposición del pago de la Pensión de Invalidez, responde a una determinación de orden jurisdiccional, la cual por su connotación es de cumplimiento inmediato y obligatorio, en estos tres (3) casos por el regulado; y no responde necesariamente a una determinación administrativa, como erróneamente lo entiende la AFP. Las determinaciones emanadas por el Órgano Judicial corresponden a otra jurisdicción con todas las connotaciones y efectos que de ella emanan, siendo el ámbito de competencia de esta Autoridad únicamente el administrativo.

Que por otro lado, se recuerda nuevamente al regulado que el artículo 22 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece con meridiana claridad que los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las AFP y, sólo pueden disponerse de conformidad a la Ley.

Que en ese comprendido, se deja también establecido que esta Autoridad en ningún momento ha pretendido sentar ningún precedente que pueda ser contrario a lo que disponga la Ley y normativa reglamentaria, vigentes en el Estado Plurinacional de Bolivia.

CONSIDERANDO:

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de sus especificas funciones, controla, regula y supervisa la actividad relacionada a pensiones y seguros, para cuyo fin, debe establecer mediante normativa expresa, los procedimientos y actos a ser observados por los administrados.

Que el procedimiento administrativo del Sistema de Regulación Financiera, se encuentra establecido en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que reglamenta la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 Ley del Procedimiento Administrativo.

Que el artículo 18 del Decreto Supremo N° 27175 establece que, las Resoluciones Administrativas emitidas por una de las Entidades del SIREFI, son también de alcance particular cuando sus determinaciones y efectos jurídicos alcancen en forma individualizada a un sujeto regulado.

Que el artículo 40 del Procedimiento Administrativo, indica textualmente lo siguiente:

*"**Artículo 40. (Efecto Devolutivo)** I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.*

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros."

Que la solicitud de suspensión planteada por Futuro de Bolivia S.A. AFP no procede, toda vez que como se indica, dichos pagos corresponden a determinaciones judiciales sobre las cuales esta Autoridad no tiene atribuciones, y adicionalmente va a derivar en una grave perturbación del derecho de terceros, los cuales tiene como sostén de vida los pagos que realiza la AFP.

Que conforme a normativa administrativa, las Resoluciones Administrativas sancionadoras deben ser cumplidas en todos sus alcances previstos y dentro del plazo establecido por la misma por lo que, en virtud a lo expuesto no corresponde dar curso a la solicitud de suspensión, al haberse desestimado la existencia de la posibilidad del regulado de poder irrogar contra el algún daño o perjuicio directo o indirecto, considerando que la obligación que reclama el regulado fue generada en el ámbito jurisdiccional con todas los efectos y connotaciones que esta determinación demanda.

Que bajo esa lógica jurídica, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS con el fin de desarrollar el procedimiento administrativo enmarcado en los principios constitucionales del debido proceso, el respeto íntegro al derecho a la defensa del regulado, así como para buscar evitar dilaciones no justificadas; el regulador ha determinado rechazar la solicitud de suspensión del cumplimiento de la obligación impuesta mediante R.A.422-2011, medida estrictamente de índole procesal y no así de fondo…"

6. NOTA FUT.APS.AL 0024/2012 DE 5 DE ENERO DE 2012.-

Por nota FUT.APS.AL 0024/2012 presentada en fecha 5 de enero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** solicita que:

"…*Por así convenir a los intereses de nuestra Administradora de Fondos de Pensiones, amparados en lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, y el parágrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos a su Autoridad se sirva consignar en Resolución Administrativa el Auto de fecha 21 de diciembre de 2011, notificado a nuestra AFP en fecha 03 de enero de 2011* (sic), *el cual fue emitido por su Autoridad dentro del Procedimiento Administrativo que se sustancia por efectos de la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DPC/Nº 422-2011*…"

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 DE 19 DE ENERO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve consignar "*en Resolución Administrativa el Auto de 21 de diciembre de 2011, conforme lo previsto por el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 17175 de 15 de septiembre de 2003*", y que "*El Auto de 21 de diciembre de 2011,… forma parte de la presente Resolución Administrativa*".

8. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 17 de febrero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012, conforme a la transcripción que sigue a continuación:

"…***I. ANTECEDENTES.-***

En fecha 12 del presente, fuimos notificados con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, la misma que ha resuelto sancionarnos con la imposición de una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA); asimismo en el numeral II.- del resuelve PRIMERO.-, se ha dispuesto que "...Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente"; para posteriormente en el numeral IV. del resuelve PRIMERO, establecer la obligación de que nuestra AFP debe seguir pagando las pensiones a favor de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales con recursos propios en conformidad a las resoluciones judiciales de amparos constitucionales; obligaciones que causarían grave daño económico a nuestra administradora; lo que motivo (sic) *solicitar a su Autoridad disponga la suspensión de la ejecución de las obligaciones dispuestas en la citada Resolución en cuanto a la reposición y pago con recursos propios de las pensiones objeto de controversia.*

Como consecuencia de lo precedentemente citado, su Autoridad emitió el Auto de fecha 21 de diciembre mediante el cual en disposición resolutoria única ha determinado rechazar nuestra solicitud de suspensión de las obligaciones determinadas mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 4222011 (sic) *de 15 de noviembre de 2011; acto que sigue siendo lesivo a nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, por lo que en uso de las atribuciones que nos otorga la Ley, solicitamos que dicho Auto se eleve a Rango Resolución Administrativa mediante nota FUP.APS.AL.0024/2012 de 5 de enero de 2012 a efectos de precautelar por nuestros derechos.*

II. DEL DAÑO QUE SE OCASIONARIA A NUESTRA AFP.-

Su Autoridad en Auto de 21 de diciembre de 2011 ha señalado que "...la disposición del pago de la Pensión de Invalidez, ***responde a una determinación de orden jurisdiccional, la cual por su connotación es de cumplimiento inmediato y obligatorio, en estos tres (3) casos por el regulado; y no responde necesariamente a una determinación administrativa, como erróneamente lo entiende la AFP.*** *Las determinaciones emanadas por el Órgano Judicial corresponden a otra jurisdicción con todas las connotaciones y efectos que de ella emanan, siendo el ámbito de competencia de esta Autoridad únicamente el administrativo" (las negrillas son nuestras).*

Sin embargo nuestra apreciación no es errónea ni antojadiza, ya que como su propia autoridad reconoce, las disposiciones emanadas de la autoridad jurisdiccional en atención a garantías establecidas en máximo ordenamiento jurídico de nuestro Estado, cual es la Constitución Política del Estado, que está por encima de cualquier otra Ley, Decreto Supremo, o disposición de Autoridad Administrativa son ***de cumplimiento inmediato y obligatorio.***

Ahora bien, nuestra Administradora, como no pudo ser de otra manera, dio cumplimiento a las resoluciones emanadas del órgano judicial, utilizando las cuentas que correspondan, que no son otras que las cuentas de Riesgo Común de acuerdo a lo establecido por la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; siendo su Autoridad, la que en el ámbito administrativo, pretende interpretar a su libre albedrio el contenido, alcance y obligatoriedad de las sentencias, disponiendo en consecuencia que sea nuestra Administradora la que deba paga (sic) *con sus recursos las citadas pensiones; olvidándose que las Sentencias no han señalado en ningún acápite que dicho pago sea efectuado con nuestros recursos, sino por el contrario, con las cuentas que correspondan.*

Entonces conviene señalar nuevamente que, las disposiciones que determinan el pago de las pensiones de invalidez con recursos propios, no son las que emanan de la Autoridad Jurisdiccional en apego a la protección de garantías constitucionales; sino por el contario, emanan de Autoridad Administrativa; y entonce (sic) *al ser contrarias a las primeras, es por demás evidente que las obligaciones administrativas impuestas a nuestra AFP, no solo son lesivas, sino que causaran* (sic) *grave daño a nuestra AFP, por cuanto nuestro propio contrato de prestación de servicios suscrito con la ex*

Intendencia de Pensiones, así como las adendas suscritas con la ex SPVS, establecen con meridiana claridad que las prestaciones se pagan exclusivamente con las cuentas que correspondan, y no con nuestros recursos propios.

Sin embargo de lo expuesto, su Autoridad ha pretendido soslayar la obligación de pronunciarse sobre nuestra solicitud de suspensión de cumplimiento de obligación, sustentándose en que las resoluciones judiciales que obligan al pago de las pensione (sic) *se originan en una competencia distinta a la administrativa; basándose en el simple hecho de que su competencia sería solo esa, olvidándose que su autoridad está obligada a que sus actos se encuentren en sujeción a los principios de Sometimiento Pleno de la Ley y de Jerarquía Normativa establecidos en el artículo 4, incisos c) y h) de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

Por otra parte, si bien su Autoridad ha señalado que… en ningún momento ha pretendido sentar ningún precedente que pueda ser contario a lo que disponga la Ley y normativa reglamentaria, vigentes en el estado Plurinacional de Bolivia". Sí lo está haciendo, por cuanto disposiciones administrativas como la recurrida, son contrarias a disposiciones que emanan de la Autoridad Jurisdiccional y que por Ley están sobre las decisiones y/o determinaciones administrativas, pues estas en última instancia están sometida (sic) *también al control judicial; y causan no solo daño económico inmediato a nuestra AFP afectando nuestros resultados y mermando nuestros ingresos, sino que peor aún, daño moral, ya que dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente contra el Sistema Integral de Pensiones.*

III. PETITORIO.-

Considerando que la resolución recurrida nos originaría grave daño económico, y atención a los principios de Sometimiento Pleno a la Ley y Jerarquía Normativa, es que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad se sirva Revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de fecha 19 de enero de 2012; y en consecuencia se sirva otorgar la suspensión del cumplimiento de la obligación dispuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011 en virtud a lo establecido por el artículo 59, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo; y los artículos 40 y 62 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de Septiembre de 2003 (reglamento a la Ley Nº 2341)…"

9. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 DE 9 DE ABRIL DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de 9 de abril de 2012, que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se confirma la Resolución Administrativa

APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que para iniciar la fundamentación del presente acto administrativo se tiene que, el artículo 4, bajo el nomen juris de "Principios Generales de la Actividad Administrativa", literal d) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, expresa: "Principio de ***verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil****"; marco normativo concordante con el artículo 5 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, para el sistema financiero* (sic).

Que el precepto legal anterior se ve reflejado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ***(SIREFI)****, que con relación al Principio de Verdad Material o Verdad Jurídica Objetiva en el ámbito administrativo, señala lo siguiente:*

> *"La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al principio de* ***verdad material*** *en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia,* ***no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas*** *aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara* ***a los hechos materiales****, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la* ***búsqueda*** *objetiva de la verdad material, de* ***la realidad y circunstancias de los hechos*** *tal cual aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegados o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.*
>
> *Entonces, la autoridad administrativa competente* ***deberá verificar*** *plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual* ***deberá adoptar todas las medidas probatorias*** *necesarias autorizadas por la Ley,* ***aún cuando no hayan sido propuestas*** *expresamente por los administrados."' (Las negrillas son nuestras).*

Que de lo expuesto anteriormente, se establece que el análisis adoptado por esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en el presente caso de autos, sigue y aplica entre otros Principios Administrativos, el de la Verdad Material, es decir que, investigará para evaluar la Verdad Jurídica Objetiva administrativa considerando los elementos probatorios así como a la realidad y circunstancias de los hechos, en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Que en ese comprendido se ha (sic) *evaluado y considerado los argumentos y toda la documentación e información presentada por el regulado, así como aquella con la que contaba esta Autoridad a la luz de la norma, a fin de determinar la realidad objetiva de los hechos sometidos al presente proceso.*

Que por otro lado es importante mencionar que el regulado no presentó la prueba ofrecida pese a que el mismo solicitó la ampliación de plazo para hacerlo, sin embargo dicho elemento probatorio a favor +de la AFP no fue remitido al presente, por lo que el análisis se lo hizo en virtud a la documentación existente en el presente proceso, la norma vigente, entre otros.

CONSIDERANDO:

Que en esta parte de la Resolución Administrativa, es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS pronunciarse sobre los argumentos vertidos en el Recurso de Revocatoria y documentación cursante en el expediente administrativo, como se precede a continuación:

Que es importante dejar en claro que esta Autoridad por determinación expresa de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como Organismo de Fiscalización en materia de pensiones, tiene como atribuciones fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de acuerdo a la Ley de Pensiones y los reglamentos correspondientes.

Que en ese entendido, la R.A.028-2012 en su contenido ha expresado con fundamentos técnico - legales la consignación de la solicitud del regulado en un instrumento jurídico para poder recurrirlo oportunamente, por otro lado ha ratificado el rechazo de la suspensión del cumplimiento de la obligación en razón a que, como lo expresa la R.A.422-2011 Futuro de Bolivia S.A. AFP al utilizar los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionando menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad de la Cuenta de Siniestralidad; por otro lado se tiene que, la utilización de los recursos de la Cuenta de Siniestralidad para el pago de las prestaciones por invalidez por Riesgo Común, está sujeta al cumplimiento de requisitos establecidos en norma y no a discreción del regulado.

Que por lo antes expuesto, esta Autoridad como guardián del cumplimiento de la norma de pensiones, al constatar daño objetivo a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ha dispuesto dentro del marco legal la obligación establecida en la R.A.422-2011, la cual no ocasiona ni irroga daños irreparables contra el regulado, pues de lo que se trata es que existe perjuicio al fondo señalado y al sistema mismo, el cual según norma tiene como respaldo para el pago de las prestaciones los fondos asignados, los cuales deben disponerse conforme a Ley. Asimismo, la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno.

Que en lo que respecta al carácter legal de las determinaciones del Tribunal de Amparo Constitucional, es importante remitirnos con carácter previo a ciertas precisiones de orden jurídico de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010, para una mejor comprensión de los efectos y alcances de estas determinaciones, las cuales siguen a continuación:

> *"**Artículo 2. (EJERCICIO Y FINALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL).***
>
> ***I.** La justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales*
>
> ***Artículo 5. (PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD).** Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad. ...*
>
> ***Artículo 8. (OBLIGATORIEDAD Y VINCULATORIEDAD).** Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno. ...*
>
> ***Artículo 73. (OBJETO).** La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y la ley.".*

Que es evidente la obligatoriedad del cumplimiento del fallo de las Sentencias Constitucionales por el regulado y atención por parte de esta Autoridad, siendo que en el presente caso, en ninguno de los tres casos en cuestión, el Tribunal de Amparo ha establecido expresamente que se paguen las prestaciones con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ahora utilizada por la AFP, más aun considerando que dicha Cuenta solo puede ser utilizada conforme a norma, para aquellos casos en los que los beneficiaros cumplan requisitos únicamente.

Que en ese comprendido, esta Autoridad no interpretó lo determinado por el Tribunal de Amparo, pues sencillamente el mismo no expresaba que se pague con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, por tanto el pago de la prestación para estos casos correspondía efectuarse con los recargos recuperados por la AFP en su calidad de representante de los Asegurados.

Que por otro lado, el criterio asumido por esta Autoridad en cuanto al pago por el regulado de las pensiones para los tres casos, deviene del lineamiento establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de

Regulación Financiera SIREFI, el cual se sigue en sometimiento al artículo 69 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que asimismo llama la atención la conducta del regulado, quien señala en su impugnación que el cumplimiento de la obligación le ocasionaría grandes perjuicios económicos y dejaría abierta la posibilidad de que los empleadores soslayen sus cargas en cuanto al cumplimiento a las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo; al respecto, el regulado no considera que con su actuar ha causado daño patrimonial al fondo de siniestralidad el cual debe ser reparado por ser recursos que no son de la AFP y, por otro lado es obligación del regulado que el empleador pague las Contribuciones, para lo cual el regulado tiene los mecanismos legales para su accionar y lograr el cobro oportuno y eficiente. En ese entendido, los argumentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP no tienen asidero fáctico ni legal alguno.

Que finalmente se debe tener presente que, la suspensión de la obligación impuesta al regulado derivaría en una grave perturbación del interés general y de los derechos de terceros, quienes se verían en lo particular afectados directamente en los pagos ordenados por mandato del Tribunal de Amparo. Por otro lado, se suspendería la reposición de los recursos utilizados indebidamente por la AFP correspondientes a la Cuenta de Siniestralidad, los cuales generan además una rentabilidad diaria a favor del FCI.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A.028-2012. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias..."

10. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 26 de abril de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 9 de abril de 2012, expresando lo siguiente:

"…***DEL DAÑO QUE SE OCASIONARÍA A NUESTRA AFP.-***

Su Autoridad en los considerandos que atañen a la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 ha señalado que "...ha dispuesto dentro del marco legal la obligación establecida en la R.A. 422-2011, la cual no ocasiona ni irroga daños irreparables contra el regulado, pues de lo que se trata es que existe perjuicio al fondo señalado y al sistema mismo, el cual según norma tiene como respaldo para el pago de las prestaciones los fondos asignados, los cuales deben disponerse conforme a Ley. Asimismo, la AFP ***no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal***

***determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno**" (las negrillas son nuestras).*

Llama la atención lo expresado ya que su Autoridad, fue la que en el ámbito administrativo, sin tener competencia para ello, interpreta el contenido, alcance y obligatoriedad de las sentencias constitucionales, disponiendo en consecuencia que sea nuestra Administradora la que deba pagar con sus recursos propios las citadas pensiones; aspecto, que sin mayor argumentación, demuestra el daño económico que se irroga a nuestra Administradora, por cuanto el objeto social de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo a lo establecido por el artículo 30 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, no abarca la beneficencia; y nuestro contrato de prestación de servicios tampoco nos obliga a asumir cargas y responsabilidades social (sic) *de terceros, como es el caso de empleadores morosos.*

*Por otra parte y como no podía ser de otra manera, su Autoridad reconoce "...la obligatoriedad del cumplimiento del fallo de las Sentencias Constitucionales por el regulado..." Sin embargo de ello, pretende fundamentar su decisión en el hecho de que "...en ninguno de los tres casos en cuestión, el Tribunal de Amparo ha establecido expresamente que se pague las prestaciones con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ahora utilizada por la AFP, más aún **considerando que dicha Cuenta sólo puede ser utilizada conforme a norma, para aquellos casos en los que los beneficiarios cumplan requisitos únicamente**". Entendiendo por estos requisitos los de cobertura establecidos en el artículo 8 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.*

Cabe anotar, que si bien es cierto que el Tribunal de Amparo no establece el pago expresamente con los recurso (sic) *de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; no es menos cierto que, tampoco ha establecido expresamente que deba ser nuestra Administradora quien pague las pensiones con cargo a sus recurso propios. Es más, en el último párrafo del primer considerando de la Sentencia Constitucional del Caso correspondiente a Gregorio Arandia Nogales, el recurrente (ahora accionante) se cita como hecho relevante la petición de que "...se declare procedente y en consecuencia disponga que Futuro de Bolivia S.A. AFP proceda al pago inmediato y de forma retroactiva de la prestación de invalidez calificada a partir del 21 de agosto del 2.008, **con los fondos de la cuenta que correspondiere de las mencionadas en el contrato de servicios**..." (las negrillas son nuestras). Este último aspecto señalado, guarda concordancia con los fundamentos establecido* (sic) *por el Tribunal de Amparo para los tres casos objeto de controversia, cuando señalan que "...independientemente del pago o no de las primas por parte del empleador, **el beneficiario <u>debe gozar de la cobertura que en derecho le corresponde</u> ya que su situación no depende del no pago de prestaciones por la negligencia administrativa de su empleador, aspecto que no tiene que afectar al trabajador**" (el subrayado es nuestro).*

Ahora bien es importante señalar que tanto los jueces, tribunales y autoridades del país, tiene (sic) *la obligación de aplicar a sus decisiones, los fundamentos relevantes expresados en los considerandos de las Sentencias Constitucionales que se relacionan*

a un caso determinado, de lo cual se colige que su Autoridad debe considerar que en los tres casos, los Afiliados (ahora Asegurados) han cumplido con los requisitos de cobertura; y en consecuencia corresponde el pago de las pensiones con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.

Por todo lo expresado precedentemente, conviene señalar nuevamente que la disposición que determinó que nuestra AFP pague las pensiones de invalidez con recursos propios, no emana de la Autoridad Jurisdiccional, ya que el Tribunal de Amparo en apego a la protección de garantías constitucionales ordenó el pago de las pensiones con las cuentas que correspondan; siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales - que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- al determinar el pago con nuestros recursos, quien nos causan (sic) *daño económico mermando nuestros ingresos; y peor aún, generando daño moral, ya que dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de Gestora Pública de la Seguridad Social.*

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados (sic) *nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de fecha 09 de abril de 2012; que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de fecha 19 de enero de 2012, pronunciándose de manera favorable sobre nuestra solicitud de suspensión de cumplimiento de obligación para que la APS se pronuncie sobre el fondo del recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011…*"

11. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS.-

Por nota APS/DJ/3571/2012 recibida en fecha 17 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remite la documentación que le ha sido requerida por providencia de 4 de mayo de 2012, y consistente en:

- Auto de 27 de abril de 2012, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó "*la suspensión del presente proceso administrativo sancionatorio, hasta que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas comunique a esta Autoridad lo resuelto en instancia jerárquica en ocasión del recurso jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de 09 de abril de 2012*".

- Informe DPC/PB/Nº 067 2012 de 2 de abril de 2012, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros concluye y recomienda:

  "…*Desde la perspectiva técnica, área de competencia de la Dirección de Prestaciones Contributivas de esta Autoridad, ya se ha efectuado todo el análisis en éste y otros informes técnicos referidos al tema. Sin embargo, se considera que es de suma importancia el criterio legal por la misma naturaleza de lo fundamentado por la AFP en los memoriales remitidos, toda vez que el accionar de la AFP está sustentado en las Sentencias Constitucionales de los Amparos Constitucionales interpuestos por los Asegurados.*

  Por lo expuesto y de acuerdo al análisis técnico efectuado, no se han encontrado elementos técnicos de convicción que permitan revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de noviembre de 2011.

  En este sentido, se recomienda remitir el presente Informe Técnico a la Dirección Jurídica de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su revisión y consideración al momento de exponer su criterio legal para la emisión de la Resolución Administrativa que corresponda…"

- Auto de 19 de marzo de 2012, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó:

  "…***ÚNICO.-*** *Se pone a la vista el expediente correspondiente al proceso administrativo sancionatorio iniciado contra Futuro de Bolivia S.A. AFP, conformado por las actuaciones administrativas realizadas en el señalado proceso, cursantes en esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a fin de que el regulado revise el mismo y si correspondiere, formule sus alegatos sobre la prueba*…"

- Nota FUT.APS.AL 0341/2012 (con más la documentación que la misma refiere), presentada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** al ente regulador en fecha 16 de febrero de 2012, y que señala:

  "…*En atención al Auto de referencia emitido por su Autoridad dentro del recurso Administrativo de Revocatoria, interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, tenemos a bien presentar la siguiente documentación solicitada por su Autoridad:*

  a) Gregorio Arandia Nogales:
  - *Boletas de pago de los meses de noviembre y diciembre de 2012*
  - *Pantalla de consulta de pagos, donde se refleja el pago d* (sic) *enero de 2012, cuyo comprobante será remitido por la entidad pagadora hasta finales de febrero de 212* (sic)

  b) Sonia Valverde Mercado (sic)***:***
  - *Boletas de pago de los meses de noviembre y diciembre de 2012*

- *Pantalla de consulta de pagos, donde se refleja el pago d* (sic) *enero de 2012, cuyo comprobante será remitido por la entidad pagadora hasta finales de febrero de 212* (sic)

c) Jhonny Rene (sic) ***Ibañez Barriga:***

- *Boletas de pago de los meses de noviembre y diciembre de 2012*
- *Pantalla de consulta de pagos, donde se refleja el pago d* (sic) *enero de 2012, cuyo comprobante será remitido por la entidad pagadora hasta finales de febrero de 212* (sic)…"

- Auto de 30 de enero de 2012, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó:

"…***ÚNICO.-*** *Se determina la apertura de termino de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, conforme prevé el artículo 62 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, a efectos de que Futuro de Bolivia S.A. AFP remita a esta Autoridad copia de las boletas de pago o algún otro documento que evidencie el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny René Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, correspondientes a las pensiones por los meses de noviembre y diciembre/2011 y enero/2012*…"

- Memorial de fecha 4 de enero de 2012, de Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES "***contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC7N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011*", y que su otrosí 1° refiere que:

"…*Toda vez que hasta la fecha su Autoridad no se ha pronunciado sobre nuestro memorial de fecha 19 de diciembre de 2011 en el cual solicitamos el efecto suspensivo de la obligación, tengo a bien reiterar la misma por el hecho de que las obligaciones impuestas a nuestra AFP, no sólo son lesivas a nuestros intereses legítimos y derechos subjetivos, sino que nos ocasionarían un grave daño económico por cuanto una vez ingresado el dinero a la cuenta correspondiente, no existiría mecanismo alguno que permita la devolución a nuestra AFP en el evento, que autoridad administrativa o jurisdiccional determine, como en derecho corresponde, que nuestra AFF no debe correr con la obligación, que la ley les impone a los empleadores que ocasionan la perdida de una prestación por incurrir en mora; sin contar además que se nos estaría obligando a vulnerar nuestro propio contrato de prestación de servicios, el que en ninguna de sus cláusulas nos establece la obligación de pago de pensiones con nuestros recursos, aspecto concordante con lo establecido por el artículo 30 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1995 de Pensiones, su Decreto reglamentario y demás normativa conexa; marco normativo del cual fácilmente de puede colegir el hecho de que no se constituye en nuestra obligación, ni forma parte de nuestro Objeto Social Único, el financiar con recursos propios ningún tipo de pensión, y menos aquellas que se origina* (sic) *por recargo por mora de !os Empleadores.*

La negativa a nuestra solicitud, se constituirá en un nefasto precedente, que no solo causaría daño patrimonial inmediato a nuestra AFP afectando nuestros resultados y mermando nuestros ingresos, sino que peor aún, dejará abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, eludiendo sus cargas y obligaciones con el sistema de seguridad social de largo plazo…"

- Nota FUT.GG-2246/12/11 de 19 de diciembre de 2011, por el que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** por el que deja constancia al ente regulador, del "*pago de sanción determinada por la Resolución Administrativa AP/DJ/No. 422/2011*"y con constancia del correspondiente comprobante de Tesorería del Banco Central de Bolivia.

- Memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2011, por el que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** solicitó la "*Suspensión de la obligación establecida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011*" (ya relacionado en el numeral 4 supra).

- Auto de 21 de diciembre de 2011 por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió **rechazar** la solicitud presentada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** (ya relacionado en el numeral 5 supra).

- Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determina sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** (ya relacionado en el numeral 3 supra).

- Informe Legal APS/DJ/198/2011 de 15 de noviembre de 2012, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros concluye en que:

  "*…De la revisión exhaustiva del caso se concluye que los descargos* –se refiere a los presentados mediante nota FUT.PAS.AL. 1910/2011 de 31 de octubre de 2011- *no son suficientes para levantar el cargo imputado…*"

- Informe Técnico INF/APS/DPC/Nº 148 2011 de 14 de noviembre de 2011, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros recomienda y concluye que:

  "*…Por lo expuesto y de acuerdo al análisis técnico legal efectuado, no se han identificado elementos de convicción suficientes que permitan desestimar los cargos imputados a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por lo que se ratifican los mismos, recomendando a su Autoridad continuar con la prosecución del proceso administrativo sancionatorio contra Futuro de Bolivia S.A. AFP hasta la emisión de la Resolución Administrativa correspondiente…*"

- Nota FUT.APS.AL 1910/2011 de 31 de octubre de 2011, por la que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** respondió a los cargos de la nota APS/DJ/DPC/3539/2011 (ya relacionada en el numeral 2 supra).

- Nota APS/DJ/DPC/3539/2011 de 23 de septiembre de 2011, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** con cargos (ya relacionada en el numeral 1 supra).

- Informe /APS/DPC/053 2011 de 20 de junio de 2011, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros recomienda:

  "…*Dar a conocer el presente Informe Técnico a la Dirección Jurídica de la APS para su consideración y pronunciamiento respecto al inicio de proceso administrativo contra las AFP, considerando el incumplimiento o no a la normativa citada y tomando en cuenta que las decisiones de pago obedecen a órdenes judiciales.*

  ✓ *Solicitar a la Dirección Jurídica de la APS una propuesta sobre las acciones que debieran realizarse con respecto a casos de Recargo impagos con sentencias judiciales de pago, en contra de lo establecido por la normativa.*

  ✓ *Definir con la Dirección Jurídica de la APS, las AFP y el Viceministerio de Pensiones y Asuntos Financieros las acciones a seguirse con las instancias legales que correspondan tales como reuniones explicativas sobre las implicancias de estos fallos en la sostenibilidad financiera del Sistema Integral de Pensiones (SIP), a fin de evitar este tipo de situaciones a futuro*…"

Asimismo y por la misma nota, informa lo siguiente:

"…*a) Futuro de Bolivia S.A. AFP, fue notificada con Nota de Cargos APS/DJ/DPC/3539/2011 de 23 de septiembre de 2011 el 17 de octubre de 2011, en relación al incumplimiento a la normativa relativa a la utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.*

b) Luego de la evaluación integral de los descargos, la APS emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011 (R.A.422-2011), (…)

c) La AFP con nota FUT.GG-2246/12/11 de 19 de diciembre de 2011, remite como ***pago de la sanción*** *el Comprobante de Tesorería No. 872564 por el monto que asciende a Bs34.306,86 (TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SEIS 86/100 BOLIVIANOS).*

d) Con memorial presentado el 19 de diciembre de 2011, la AFP solicita la suspensión de las obligaciones establecidas en la R.A.422-2011; pretensión resuelta por esta Autoridad con ***Auto de 21 de diciembre de 2011*** *notificado el 03 de enero de 2012,*

por el cual de manera fundamentada y motivada se rechaza la solicitud, ratificando el cumplimiento de las obligaciones.

e) En fecha 04 de enero de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A.422-2011.

f) Mediante Auto de 30 de enero de 2012, la APS instruye a Futuro de Bolivia S.A. AFP remitir copia de las boletas de pago o documento que evidencie el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny René Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, correspondientes a las pensiones por los meses de noviembre y diciembre/2011 y enero 2012; requerimiento atendido por la AFP con nota FUT.APS.AL.0341/2012 de 16 de febrero de 2012.

g) Con Auto de 19 de marzo de 2012, la APS pone a la vista el expediente administrativo sancionatorio, para que la AFP formule sus alegatos, sin que el regulado se haya apersonado por esta Autoridad para dicho propósito.

h) Mediante Auto de 27 de abril de 2012 notificado a la AFP el 02 de mayo de 2012, la APS resuelve lo siguiente:

> ***"ÚNICO.-** I. Se determina la suspensión del presente proceso administrativo sancionatorio, hasta que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas comunique a esta Autoridad lo resuelto en instancia jerárquica en ocasión del recurso jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 09 de abril de 2012.*
>
> *II. Una vez notificada esta Autoridad con el pronunciamiento oficial del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, computará los plazos legales para emitir el pronunciamiento definitivo."*

*Por lo que se tiene que, el proceso administrativo sancionatorio detallado anteriormente, al presente se halla suspendido por Auto de 27 de abril de 2012; toda vez que como producto del rechazo por esta Autoridad a la solicitud de suspensión del cumplimiento de la obligación, con **Auto de 21 de diciembre de 2011** notificado el 03 de enero de 2012, la AFP con nota FUT.APS.AL 0024/2012 de 05 de enero de 2012 solicitó la consignación del señalado Auto en Resolución Administrativa, emitiéndose para tal propósito la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012 recurrida por el regulado y, de cuyo efecto se tiene la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 09 de abril de 2012, contra la cual Futuro de Bolivia S.A. AFP interpone Recurso Jerárquico el 26 de abril de 2012, enviándose obrados al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros con nota APS/DJ/3147/2012 de 27 de abril de 2012, para su resolución.*

En síntesis se puede concluir que, Futuro de Bolivia S.A. AFP al presente ha empozado la multa determinada por la R.A.422-2011, empero aun no ha dado cumplimiento a la obligación establecida en la señalada norma, en razón a que la misma se halla con

el proceso administrativo de consignación pendiente de resolución en firme, la cual será definida por la instancia jerárquica.

Finalmente se señala que con relación a la documentación correspondiente al proceso administrativo de consignación, la misma fue enviada con nota APS/DJ/3147/2012; remitiéndose al presente sólo los actuados del proceso administrativo sancionatorio…"

12. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 3 de agosto de 2012 a horas 10:30 a.m. se llevó a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos por parte de los señores Thomas Osvaldo Fuentes Orozco y Marcelo Saavedra Santoro, ambos en representación de la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en la que se ratificaron los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto conforme al registro magnetofónico que cursa en el expediente.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme señala el Ente Regulador en su informe APS/DPC/053 2011 de 20 de junio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, a tiempo de presentar el detalle de casos derivados en Recargo que le fuera solicitado en las notas AP/DPC/500/2011 y AP/DPC/504/2011, ha reportado **tres casos** de Asegurados sin cobertura por mora del empleador, conforme al inciso b) del artículo 33º de la Ley 1732, habiéndose generado el Recargo determinado por Ley, empero con pensión de invalidez en curso de pago, en función a determinaciones de la entonces Corte Superior de Justicia de Cochabamba, actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba.

Es así que, que los casos corresponden a:

- Asegurada Sonia Valverde Mercado, donde la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba emite pronunciamiento por el cual "*ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. proceda de manera inmediata al pago de la Pensión por invalidez que le corresponde*";

- Asegurado Johnny Ibañez Barriga, para la cual, la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba determina "*que AFP Futuro de Bolivia, proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible*", y,
- Asegurado Gregorio Arandia Nogales, donde la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba "*ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. califique como invalido a Gregorio Arandia Nogales, fije y le pague la pensión de invalidez y sea en el plazo de 30 días*".

Las sentencias referidas han compelido a la ahora recurrente, al pago de tales pensiones; en el caso de la Asegurada Sonia Valverde al pago inmediato, en el caso del asegurado Johnny Ibañez en lo inmediato posible, y en el caso del asegurado Gregorio Arandia Nogales, en el plazo de treinta días.

Dado el carácter obligatorio en cuanto al inexcusable cumplimiento que hace a tales Sentencias Constitucionales (Art. 8º, Ley Nº 027 de 06 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional), **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** ha hecho efectivo el pago de las pensiones de invalidez a los asegurados Sonia Valverde Mercado, Johnny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales.

Para ello, la Administradora de Fondos de Pensiones ha utilizado recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) en un monto -hasta el mes de febrero de la gestión 2011- de Bs 251.017,75 (DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DIECISIETE 75/100 BOLIVIANOS) entre los tres casos, no obstante -según anota la Entidad recurrida- que el artículo 22º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones) establece que "*los bienes que componen los fondos solo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley*", y que el numeral 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la Administradora de Fondos de Pensiones, compromete a la misma a pagar y cumplir con las prestaciones y beneficios "*según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias*", como que el uso de los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos), no se encuentra entre las permisiones establecidas por la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 109 de 07 de marzo de 2001.

Tales extremos han determinado que, sustanciada la nota de cargos de la forma señalada por los artículos 67º y 68º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, determinen el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, la que además de imponer la sanción de multa, determina las obligaciones siguientes:

> "…***PRIMERO.- I.*** (…)
>
> ***II.-*** *Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución,* ***reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado,***

Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente (…)

IV. *Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP* ***deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Contra tal Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/N° 422-2011) ha sido interpuesto, por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, el Recurso de Revocatoria de 4 de enero de 2012, el mismo que sin embargo no se halla resuelto a la fecha, por cuanto el procedimiento ha sido suspendido mediante Auto de 27 de abril de 2012, en razón al recurso jerárquico interpuesto por la misma recurrente empero contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 9 de abril de 2012, y que tiene que ver, exclusivamente, con la solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones, de que "*disponga la suspensión de la obligación de la reposición con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI) de los montos utilizados para el pago de pensiones a los Asegurados; así como la obligación de continuar con el pago de las mismas utilizando recursos de nuestra AFP*" (memorial presentado el 19 de diciembre de 2011).

De manera tal que del proceso sancionador han devenido dos Recursos de Revocatoria:

a. Contra la sancionadora Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/N° 422-2011), al presente en suspenso, conforme lo ha informado la entidad recurrida en su nota APS/DJ/3571/2012 de 17 de mayo de 2012.

b. Contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, recurso que habiendo merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 9 de abril de 2012, a su vez ha dado lugar al Recurso Jerárquico que por el presente se pasa a resolver.

Consiguientemente, el objeto de la controversia presente (al que se refiere la literal **b.** precedente), es **la negativa de la entidad recurrida, a suspender las obligaciones establecidas por el artículo primero, parágrafos II y IV, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011**, por lo que no corresponden sustanciarse ni resolverse, las cuestiones que hacen al fondo de la causa, por cuanto lo mismo es inherente a una oportunidad procesal distinta, aquella que tiene que ver con lo señalado en el inciso **a.** precedente.

Esta última precisión es pertinente, por cuanto la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su Recurso Jerárquico de fecha 26 de abril de 2012 e inclusive en oportunidad de la Audiencia de Exposición oral de fundamentos de fecha 3 de agosto de 2012, abunda en alegatos referidos al fondo de la causa (y que en la presente instancia, conforme lo establecido, resultan inatendibles), como ser:

"…su Autoridad, fue la que en el ámbito administrativo, sin tener competencia para ello, interpreta el contenido, alcance y obligatoriedad de las sentencias constitucionales, disponiendo en consecuencia que sea nuestra Administradora la que deba pagar con sus recursos propios las citadas pensiones (…) *el objeto social de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo a lo establecido por el artículo 30 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, no abarca la beneficencia; y nuestro contrato de prestación de servicios tampoco nos obliga a asumir cargas y responsabilidades social* (sic) *de terceros, como es el caso de empleadores morosos* (…)

…su Autoridad reconoce "...la obligatoriedad del cumplimiento del fallo de las Sentencias Constitucionales por el regulado..." Sin embargo de ello, pretende fundamentar su decisión en el hecho de que "...en ninguno de los tres casos en cuestión, el Tribunal de Amparo ha establecido expresamente que se pague las prestaciones con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ahora utilizada por la AFP, más aún considerando que dicha Cuenta sólo puede ser utilizada conforme a norma, para aquellos casos en los que los beneficiarios cumplan requisitos únicamente" (…)

…si bien es cierto que el Tribunal de Amparo no establece el pago expresamente con los recurso (sic) *de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; no es menos cierto que, tampoco ha establecido expresamente que deba ser nuestra Administradora quien pague las pensiones con cargo a sus recurso* (sic) *propios. Es más, en el último párrafo del primer considerando de la Sentencia Constitucional del Caso correspondiente a Gregorio Arandia Nogales, el recurrente (ahora accionante) se cita como hecho relevante la petición de que "...se declare procedente y en consecuencia disponga que Futuro de Bolivia S.A. AFP proceda al pago inmediato y de forma retroactiva de la prestación de invalidez calificada a partir del 21 de agosto del 2.008, con los fondos de la cuenta que correspondiere de las mencionadas en el contrato de servicios...". Este último aspecto señalado, guarda concordancia con los fundamentos establecido* (sic) *por el Tribunal de Amparo para los tres casos objeto de controversia…"* (…)

…tanto los jueces, tribunales y autoridades del país, tiene (sic) *la obligación de aplicar a sus decisiones, los fundamentos relevantes expresados en los considerandos de las Sentencias Constitucionales que se relacionan a un caso determinado, de lo cual se colige que su Autoridad debe considerar que en los tres casos, los Afiliados (ahora Asegurados) han cumplido con los requisitos de cobertura; y en consecuencia corresponde el pago de las pensiones con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad* (…)

…la disposición que determinó que nuestra AFP pague las pensiones de invalidez con recursos propios, no emana de la Autoridad Jurisdiccional, ya que el Tribunal de Amparo en apego a la protección de garantías constitucionales ordenó el pago de las pensiones con las cuentas que correspondan; siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales - que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- al determinar el pago con nuestros recursos, (…) *generando daño moral, ya que dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden*

indemnes, soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de Gestora Pública de la Seguridad Social…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Quedando claro que, tales fundamentos no corresponden ser resueltos en la oportunidad presente, como que en tanto se refieren al fondo de la controversia aún no sustanciado en el Recurso de Revocatoria que les sea inherente, tampoco hacen a la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2. DE LA SUSPENSIÓN (FUNDAMENTO NORMATIVO APLICABLE AL CASO).-

En primer término, corresponde traer a colación la normativa aplicable a la suspensión de las determinaciones dadas por la Autoridad Reguladora, conforme se procede a continuación:

El artículo 59º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), determina lo siguiente:

"…***ARTÍCULO 59º. (Criterios de Suspensión).***
I. La interposición de cualquier recurso ***no suspenderá la ejecución del acto impugnado****.*

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, ***podrá suspender*** *la ejecución del acto recurrido, de oficio o* ***a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece:

"…***Artículo 22.- (Efectos).*** *Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su notificación* (…)

Artículo 23.- (Efecto Devolutivo). *La interposición de cualquier recurso de impugnación, no suspende la ejecución y efectos de la resolución, salvo lo dispuesto por el Artículo 40 del presente Reglamento* (…)

Artículo 40.- (Efecto Devolutivo).

I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. ***No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa****. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión*

de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. ***La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros*** (…)

Artículo 62.- (Legalidad).

I. El proceso sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

3. ANÁLISIS DEL CASO.-

Conforme a la determinación del artículo 40º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, dos son las alternativas posibles para que se produzca la suspensión transitoria, total o parcial, cuya ocurrencia puede ser indistinta (el uso de la conjunción disyuntiva "***o***" da cuenta de ello):

a) "*…siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves* ***o****,*
b) *que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros*".

Se impone, entonces, el análisis de ambas alternativas en relación al caso concreto, para determinar si alguna de ellas o ambas pudiera determinar la procedencia de la solicitud expresada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

3.1. Posibilidad de irrogar a la recurrente daños graves.-

Toda vez que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 ha señalado que: *"la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno*", **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su Recurso Jerárquico, bajo el subtítulo "***DEL DAÑO QUE SE OCASIONARÍA A NUESTRA AFP***", tiene las expresiones siguientes:

"*…Llama la atención lo expresado ya que su Autoridad, fue la que en el ámbito administrativo, sin tener competencia para ello, interpreta el contenido, alcance y obligatoriedad de las sentencias constitucionales, disponiendo en consecuencia que sea nuestra Administradora la que deba pagar con sus recursos propios las citadas*

pensiones; aspecto, que sin mayor argumentación, ***demuestra el daño económico que se irroga a nuestra Administradora, por cuanto el objeto social de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo a lo establecido por el artículo 30 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, no abarca la beneficencia; y nuestro contrato de prestación de servicios tampoco nos obliga a asumir cargas y responsabilidades social*** (sic) ***de terceros, como es el caso de empleadores morosos*** (…)

…siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- ***al determinar el pago con nuestros recursos, quien nos causan*** (sic) ***daño económico mermando nuestros ingresos*** (…) ***generando daño moral, ya que dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de Gestora Pública de la Seguridad Social***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En la argumentación presentada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, refiere a "*la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves*" que exige la norma, se encuentra -automáticamente- demostrada en el pago con recursos propios, porque de resultarle favorable su impugnación contra la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DPC/N° 422-2011 (al presente en suspenso), habría sucedido un menoscabo en su capacidad patrimonial sobre el que "*no existiría mecanismo alguno que permita la devolución a nuestra AFP*" (memorial de fecha 19 de diciembre de 2011).

No obstante, los daños que en los términos de la norma pudieran suceder, no cuentan con una connotación general, sino más bien específica, es decir deben ser **graves**, es decir "*grande, importante*" (Cabanellas), extremo este último que exige su comprobación, por cuanto lo contrario importaría por razonamiento inverso, la inexistencia del daño al que se refiere el artículo 40º, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, dado que de resultar en un daño intrascendente lo mismo no requeriría de mayor prueba.

En el caso que se analiza, de resultar en un pago injusto aquel que se realice de las pensiones por invalidez con fondos propios, por efecto natural se constituiría en un daño, al entenderse como "*el deterioro, perjuicio o menoscabo*" (ídem) sea patrimonial o moral, no es a esta posición tan amplia y general a la que se refiere el precitado artículo 40º, Par. II, sino a la particularmente **grave**, circunstancia que exige su demostración: la recurrente debió haber demostrado que el eventual daño que le pudiera causar un fallo injusto, debe ser grave, dando razón a aquello señalado en la resolución recurrida, de que "*la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno*".

No obstante, y también fundamental dentro del presente proceso, es que ese daño que se ocasionaría por efecto del cumplimiento de la devolución del monto obtenido, además de ser demostrado, también debe ser desestimado por la Autoridad recurrida, misma que se limita a señalar:

> "…*llama la atención la conducta del regulado, quien señala en su impugnación que el cumplimiento de la obligación le ocasionaría grandes perjuicios económicos y dejaría abierta la posibilidad de que los empleadores soslayen sus cargas en cuanto al cumplimiento a las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo; al respecto, el regulado no considera que con su actuar ha causado daño patrimonial al fondo de siniestralidad el cual debe ser reparado por ser recursos que no son de la AFP y, por otro lado es obligación del regulado que el empleador pague las Contribuciones, para lo cual el regulado tiene los mecanismos legales para su accionar y lograr el cobro oportuno y eficiente. En ese entendido, los argumentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP no tienen asidero fáctico ni legal alguno...*"

Conforme se aprecia, los argumentos no rebaten la posición presentada por la AFP, en el entendido de que el Recurso de Revocatoria que da lugar a la Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/N° 214-2012) tiene por objeto concreto la "*suspensión del cumplimiento de la obligación dispuesta*"; es así que lo referido por la entidad recurrida adolece de argumentos sustanciales sobre la improcedencia de tal suspensión, en cuanto al daño grave que se estaría o no ocasionando a la recurrente, toda vez que se limita a las consideraciones generales señaladas, es decir, a aquellas que tienen que ver con el "*daño ya producido*", sin tomar en cuenta que el fallo final aún no ha sido ejecutado, empero no señala en concreto el cómo la reposición dispuesta con "*más su rentabilidad correspondiente*" (Art. primero, Par. II, Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011) no le genera daños a la recurrente, fundamentos que permitan respaldar su determinación dada respecto a que efectivamente es inviable la suspensión solicitada.

Por otra parte, es pertinente tener presente que dos de las tres Acciones de Amparo Constitucional involucradas en la controversia, aún no han merecido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional al que se refiere el artículo 64° de la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, extremo que a su vez ameritará sea valorado dentro de la solicitud de suspensión de la ordenada reposición de recursos a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI).

3.2. Imposibilidad de que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.-

La Administradora de Fondos de Pensiones, hoy recurrente en su recurso jerárquico expresa:

> "…*siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las Sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP-* (…) ***dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente también contra el***

> ***Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de Gestora Pública de la Seguridad Social***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La recurrente parece sugerir la posibilidad de "*una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros*" conforme lo señalado en el artículo 40º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera; no obstante, la recurrente no es clara con respecto a si también se pronuncia con respecto a la segunda alternativa de tal artículo, en el sentido de que la suspensión solicitada no vaya a derivar "*en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros*".

Quien sí se ha pronunciado es el Ente Regulador, por cuanto, en la resolución recurrida ha dicho:

> "*…Que finalmente se debe tener presente que, la suspensión de la obligación impuesta al regulado derivaría en una grave perturbación del interés general y de los derechos de terceros, quienes se verían en lo particular afectados directamente en los pagos ordenados por mandato del Tribunal de Amparo. Por otro lado, se suspendería la reposición de los recursos utilizados indebidamente por la AFP correspondientes a la Cuenta de Siniestralidad, los cuales generan además una rentabilidad diaria a favor del FCI…*"

En lo que en concreto se refiere a la obligación de "*continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios*" (artículo primero, parágrafo IV, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011), suspender su pago al presente como lo pretende la recurrente, ocasionaría un perjuicio y una desprotección que determinaría negar a los Asegurados el derecho que legítimamente han reclamado y que les ha sido otorgado, pues es importante señalar que no puede bajo ningún argumento, técnico o legal, suspenderse el pago cual se tiene pedido por la recurrente.

Asimismo, ni la Administradora de Fondos de Pensiones, ni la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pueden evitar su pago, toda vez que ello importaría ir en contra de lo determinado por los Tribunales de Garantías Constitucionales.

En definitiva, siendo aplicable la conclusión del numeral 3.1 supra al acápite presente, corresponde reproducir la misma, no sin antes dejar constancia que, si el criterio especial de *gravedad*, en oposición al criterio general de *lo normal*, resulta -como se ha dicho- en una particularidad que como tal exige probanza, entonces así como debió la recurrente demostrar esa característica en cuanto a la posibilidad de que se le irroguen daños graves, no puede el ente regulador presumir *iuris et de* iure, que la eventual suspensión vaya a derivar en una **grave** perturbación del interés general, sin haber antes para ello cumplido con el deber que el asigna el artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo:

> "*…La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil…*"

Sobre este extremo, sin embargo, no ha existido impugnación en concreto por lo que queda como una exhortación a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, a efectos del cumplimiento permanente de la norma señalada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **anular** la Resolución recurrida, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de 9 de abril de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 DE 17 DE ABRIL DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 049/2012 DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 049/2012

La Paz, 19 de septiembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 de 17 de abril de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº096/2012 de fecha 29 de agosto de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 10 de mayo de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 de 17 de abril de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011.

Que, en fecha 16 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 de 17 de abril de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 18 de mayo de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 25 de mayo de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DJ/DPNC/407/2011 de 16 de febrero de 2011, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

"1. ANTECEDENTES.

En el marco de la Resolución Administrativa SPVS N° 1029 de 30 de diciembre de 2008, Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009 y Circular/AP/DPNC/20.2009 de 31 de agosto de 2009, Futuro de Bolivia S.A. AFP transfirió a la Entidad Gestora, la documentación de los pagos de Renta Dignidad y Gastos Funerales, generada durante el plazo en que efectuó la gestión y pago de dichos beneficios.

De acuerdo al procedimiento establecido en la Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, en fecha 18 de enero de 2010, se procedió a la apertura de cajas de documentación de pagos de Renta Dignidad y Gastos Funerales realizados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, en presencia de funcionarios de dicha AFP, de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI y de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, levantando la respectiva Acta de Apertura, en la que se establecieron diferencias entre el contenido de las cajas y el inventario entregado por la Administradora a su cargo.

Asimismo, mediante notas AA.GG. - 0713/2010 de fecha 01 de febrero de 2010, AA.GG. - 6451/2010 de fecha 24 de agosto de 2010, AA.GG. -7281/2010 de fecha 21 de septiembre de 2010 y AA.GG. - 8856/2010 de fecha 26 de octubre de 2010, la Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI en cumplimiento del numeral 12 de la Circular/AP/DDNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, remite a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, Actas de la Apertura de cajas de documentación de

pagos de Renta Dignidad y Gastos Funerales realizados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, en las que establecieron diferencias entre el contenido de las cajas y el inventarlo entregado por la Administración a su cargo.

Las Actas de Apertura señaladas anteriormente, denotan indicios de incumplimiento a la normativa vigente por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP

2. IMPUTACIÓN DE CARGOS.

CARGO N° 1.

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el inciso b) del artículo 12, incisos b) y c) del artículo 19 e incisos a) y b) del numeral II. del artículo 20 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, y al inciso a) del punto 3 de la Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, al advertir la siguiente documentación faltante:

a) Documentación adicional de cuarenta y cinco (45) pagos de Renta Dignidad.

b) Boletas de pago de dieciocho (18) pagos de Renta Dignidad.

Los casos se detallan en los anexos A y 3, respectivamente.

CARGO N° 2.

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el inciso d) del artículo 22 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008 y al inciso a) del punto 3. de la Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, al advertir ciento veintiséis (126) Comprobantes de pago de Gastos Funerales faltantes, mismos que se detallan en el anexo C.

CARGO N° 3.

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el inciso c) del artículo 22 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008 y al inciso a) del punto 3. de la Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, al advertir trece (13) Solicitudes de pago de Gastos Funerales faltantes, mismos que se detallan en el anexo D.

3. NORMATIVA INFRINGIDA.

Las normas infringidas son:

• RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008.

"ARTÍCULO 12. (RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES). Es responsabilidad y obligación de la Entidad Gestora:...

b) Pagar correctamente al Beneficiario la Renta Dignidad."

"ARTÍCULO 19. (PROCEDIMIENTO DE PAGO NORMAL). ...

b) El Beneficiario presentará su documento de identidad original y entregará dos (2) fotocopias legibles de dicho documento y cuando corresponda, de los documentos adicionales requeridos (conforme el artículo siguiente). Dichos documentos deberán ser firmados por el Beneficiario al momento de cobro.

En caso que el Beneficiario esté impedido de firmar, deberá estampar su huella digital en los documentos correspondientes. En el caso de personas lisiadas sin dedos de la mano estamparán las huellas digitales de los pies.

c) Si los datos coinciden se imprimirá la boleta de pago, misma que también deberá contener la firma y huella digital del Beneficiario."

- ***"ARTÍCULO 20. (PROCEDIMIENTO DE PAGO A REGISTROS OBSERVADOS). ...***

II. A efectos del pago, el Beneficiario además de su Documento de Identidad, deberá presentar adicionalmente:

a) Certificado de Nacimiento o Certificado de Bautizo en el que se evidencie que el bautizo se celebró antes del 31 de diciembre de 2007, y
b) Certificado de Matrimonio, si es mujer registrada en la 3DRD con apellido del esposo."

- ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008. Anexo 1.***

"***ARTÍCULO 22.*** *(ARCHIVO FÍSICO).La AFP deberá contar con un archivo físico centralizado, en el cual, individualmente por cada pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, deberá incluirla siguiente documentación:*

a) Copia del Formulario del "Aviso de Fallecimiento".
b) Fotocopia de la documentación que respalde el alta o modificación del registro en la BDRD, cuando corresponda.
c) Copia del formulario de "Solicitud de Pago de Gastos Funerales".
d) Copia del Comprobante o Cheque de Paco de Gastos Funerales, con la firma o huella digital del solicitante.

Todos los documentos que acompañan a los formularios y al comprobante de pago."

- ***CIRCULAR/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009.***

"*...3. La transferencia de la documentación deberá ser realizada de acuerdo al procedimiento y condiciones estipuladas en los contratos suscritos por las AFP con la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, los que se enuncian a continuación:*

a) La AFP deberá entregar la totalidad de los comprobantes de pago de Renta Dignidad y Gastos Funerales cancelados por las entidades financieras y Fuerzas Armadas, Incluyendo los documentos que respaldan el pago."

Visto todo lo anterior, se le concede el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de su notificación con esta Nota

de Cargo, para que presente los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, información y justificativos que creyere útiles, para ejercitar su derecho de defensa.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.CR 1284/2011 de 1 de agosto de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta descargos alegando lo siguiente:

"…1.CARGO Nº 1

Sobre la observación realizada por su Autoridad, en la que refiere documentación faltante de documentación adicional de cuarenta y cinco (45) pagos de Renta Dignidad y dieciocho (18) Boletas de Pago de Renta Dignidad, le remitimos a usted documentación de descargo respectivo. Detalle se adjunta a la misma (Anexo I).

2. CARGO Nº 2

En cuanto a los indicios de incumplimiento de ciento veintiséis (sic) (126) comprobantes de pago de Gastos Funerales, le informamos, que revisados Los mismos se evidencian que existen casos que no corresponde tener un comprobante de pago, en virtud a que estos no fueron efectivizados, debido a que transcurrieron más de 12 meses de emitido el pago. Detalle que nos permitimos adjuntar a la misma. (Anexo 2)

Del restante de casos, y siendo que no existe una base de datos digitalizadas, para poder verificar la observación, procedimos a solicitar estos comprobantes a las Entidades Financieras, mismas que a la fecha están procediendo a dar respuesta, prueba de ello les remitimos parte de estos comprobantes faltantes (7). Una vez que estas entidades nos remitan los restantes, serán puestos en conocimiento de su Autoridad para su constancia respectiva.

3. CARGO Nº 3

En cuanto a los trece (13) casos, en la que se advierte que no cuentan Solicitudes de Gastos Funerales, remitimos a su Autoridad copia de 10 solicitudes, según detalle adjunto. (Anexo 3).

Finalmente, solicitamos cordialmente a su autoridad, que ha efectos de emitir criterio legal respecto al presente descargo e información proporcionada por nuestra parte, se considere el principio de la verdad material y de buena fe, tanto en la actuación de remisión de nuestra parte, así como en la actuación al momento de la apertura de las cajas con documentación de Renta Dignidad."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 DE 15 DE DICIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"…PRIMERO.- I. *Se desestima la sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP con respecto al Cargo Nº 1.*

II. *En virtud a lo que dispone el inciso 11. de la Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, esta Autoridad se reserva el derecho de iniciar acciones legales que correspondan.*

SEGUNDO.- I. *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo N° 2 con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.301,00 (CINCO MIL TRESCIENTOS UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el inciso d) del artículo 22 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008 y al inciso a) del numeral 3 de la Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, con respecto a:*

a) Cuarenta y cuatro (44) casos que no presentan Boletas de Pago y detallados en la parte considerativa.

b) Tres (3) casos que sólo presentan fotocopias simples de las Boletas de Pago, de Gastos Funerales correspondientes a las solicitudes NUB 400226708, 400181182 y 400227161.

II. *Con relación al inciso a) del parágrafo anterior, se impone a Futuro de Bolivia S.A. AFP la obligación de reponer, en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificado el presente acto, al Fondo de Renta Universal de Vejez la suma de Bs79.200,00 (SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS 00/ 100 BOLIVIANOS) correspondientes a los cuarenta y cuatro (44) casos de Pago de Gastos Funerales que no cuentan con las respectivas Boletas de Pago, de acuerdo al detalle de casos expuestos en la parte considerativa.*

La reposición del monto señalado debe hacerse con recursos propios de la AFP en la Cuenta N° 1-5979204 del Banco Unión y debe incluir el rendimiento por los intereses no devengados, conforme a norma.

Copia de la operación de reposición deberá ser enviada a esta Autoridad en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de vencido el plazo anterior.

III. *En virtud a lo que dispone el inciso 11 de la Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, esta Autoridad se reserva el derecho de iniciar acciones legales que correspondan.*

TERCERO.- I. *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo N° 3 con una multa en Bolivianos equivalente a $usl50,00 (CIENTO CINCUENTA-00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el inciso c) del artículo 22 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008 y al inciso a) del numeral 3 de la Circular/AP/DPNC/10-2009 de 06 de julio de 2009, con respecto a tres (3) casos que no presentan Solicitudes de Pago de Gastos Funerales.*

II. *Desestimar el cargo con respecto a diez (10) casos detallados en la parte considerativa.*

CUARTO.- I. *Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia,*

en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

II.*Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

QUINTO.- *Se instruye a Futuro de Bolivia S.A. AFP remitir a la Entidad Gestora (Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI), con nota y con copia a esta Autoridad, la documentación que tiene en su poder correspondiente a las fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago, que fueron presentadas en el proceso como descargo en fotocopias simples. Lo anterior en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles administrativos a partir del día siguiente a la notificación con la presente Resolución Administrativa…."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 13 de febrero de 2012, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 DE 17 DE ABRIL DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 de 17 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"PRIMERO.- *Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491 - 2011 de 15 de diciembre de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS.*

SEGUNDO.- I. *Sin perjuicio de la improcedencia del recurso planteado, en virtud a lo que en legalidad corresponde y con la presentación de la documentación que demuestra los pagos observados y pedidos que sean repuestos para treinta y un (31) casos de pago de Gastos Funerales, siendo correcto solamente veinticinco (25) dada la depuración de la documentación presentada, corresponde que la Entidad Gestora, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, disponga del Fondo de la Renta Universal de Vejez (FRUV), cuenta Nº 1-5979204 del Banco Unión, el monto de Bs59.799,52 (CINCUENTA Y NIEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE 52/100 BOLIVIANOS) que corresponde devolver a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por el valor de veinticinco (25) Boletas de Pago de Gastos Funerales e intereses de éstos que fueron calculados al momento de la reposición, impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N0 491-2011 de 15 de diciembre de 2011. El detalle de los pagos de Gastos Funerales por los cuales se realiza la devolución señalada es el siguiente:*

N°	N°DE SOLICITUD	NUB	N° C.I.	NOMBRES Y APELLIDOS	MOUTO PAGO GF (Bs.)	MONTO INTERESES (Bs.)	TOTAL (Bs.)
1	81539	200100332	2186077	MARÍA LUISA PEÑA PATÓN	1.800.00	742,94	2.542,94

2	82803	200230578	2434303	MARTHA ROJAS RAMOS MAMANI	1.800,00	709,36	2.509,36
3	84492	300424409	2899430	ABELINA.CADIZ SÁNCHEZ	1.800,00	698,90	2.498,90
4	84693	300032937	4464000	DAMIANA PIUCA CHAIRA	1.800,00	694,02	2.494,02
5	85329	220351338	2584035	ROSA ZARATE APA2A	1.800,00	689,75	2.489,75
6	85424	200039262	2380812	JULIA LUNA PACO	1.800,00	683,69	2.483,69
7	86410	220936255	556393	MODESTA MARCA CONDORI	1.300,00	645,71	2.445,71
8	89102	200108419	42G533	TEODORO CALLISAYA CALLISAYA	1.300,00	620,52	2.420,52
9	90773	400080238	585355	WALTER DOMINGO GUEVARA ARNEZ	1.800,00	584,95	2.384,95
10	90817	300584264	5929940	ANTONIO VERA LÓPEZ	1.300,00	552,60	2.352,60
11	90837	300051510	540081	ELDA ARCE VILLARROEL	1.800.00	543,91	2.343.91
12	90870	300104207	824279	IRENE CABRERA CARBALLO	1.800.00	548.26	2.348,26
13	90931	800106765	1938308	MIGUEL CHAVEZ URGEL	1.800.00	571,40	2.371,40
1-1	91028	200048899	6942433	LORENZA CHOQUEHUANCA QUISPE	1.800,00	538,20	2.338,20
15	91211	900193002	6934066	TOMASA CHAMBI HUANCA	1.800,00	529,71	2329,71
16	91212	40002G595	216/73	MARÍA ASEBEY LAFUENTE	1.800,00	553,84	2.353,84
17	91357	90013/195	40/3042	CALIXTO GONZALES RAFAEL	1.800.00	553,84	2.353,84
18	91456	300464542	528416	ROMULO ZUSIETÁ QUISPE	1.800,00	552,60	2.352.60
19	91544	300253152	562294	ISAAC RODRÍGUEZ MARTÍNEZ	1.800,00	541,43	2.341,43
20	91545	200105672	345534	DIONICIA MONTECÍNOS FLORES	1.800,00	539,50	2.339,50
21	91555	220732816	364131	ANTONIO CONDORI MACHUCADO	1800,00	536,89	2.335,89
22	91583	220933619	267559	REMIGIA PILLCO MAMAN!	1.800,00	531,57	2.331,67
23	91615	300189595	133043	DIONISIO MAMANI QUISPE	1.800,00	551,98	2.351,98
24	91Ü26	200080038	134019	MARTIN YAMPA CASAS	1.800,00	535,59	2.335,59
25	91629	300127292	777294	MARÍA JUANA REYNOSO ROSAS	1.800,00	548,26	2.348,26
TOTAL					45.000,00	14.799,52	59.799,52

II. Se dispone que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de la notificación con copia de esta Resolución Administrativa, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, proceda a devolver el monto de dinero reclamado por Futuro de Bolivia S.A. AFP en virtud a los pagos de Gastos Funerales que correspondieron a veinticinco (25) casos según detalle descargado por la AFP. Al mismo tiempo, se pide a la Entidad Gestora un informe documentado de su actuación para que sea remitido a esta Autoridad.

Los argumentos de la presente resolución son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo "Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si este estuviera interpuesto fuera de término, no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables, o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley".

Que de acuerdo al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Entidades Sectoriales del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

Que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme lo dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que a su vez, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece:

"I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión*** *del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil,* ***demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida,*** *salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento", (las negrillas son nuestras)*

Que de las normas transcritas se infiere que son cuatro los elementos que; "...deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

i. La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.

ii. Que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.
iii. Que se acredite el cumplimiento de la sanción,
iv. Que se demuestre el cumplimiento de la obligación.

Que con relación al ***primer elemento*** *para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, de la revisión del memorial de interposición del recurso de parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se evidencia que el recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera ha causado a sus derechos o intereses legítimos la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491 - 2011 de 15 de diciembre de 2011.*

Que para verificar el cumplimiento del ***segundo elemento*** *de procedencia, se tomó en cuenta el siguiente análisis:*

- *En fecha 15 de diciembre de 2011, se emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N0 491-2011.*

- *En fecha 22 de diciembre de 2011, se entrega la 1 Citación APS/DJ/5666/2011 de 15 de diciembre de 2011, teniendo la AFP plazo para notificarse hasta el 29 de diciembre de 2011, con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°491 -2011.*

- *En vista a la falta de apersonamiento para notificarse, se emite la 2a. Citación APS/DJ/264/2012 de 13 de enero de 2012, entregada el 13 de enero de 2012, teniendo plazo la AFP hasta el 20 de enero de 2012, para notificarse con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N0 491 -2011.*

El 20 de enero de 2012, se notifica al representante legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N⁰ 491-2011 de 15 de diciembre de 2011.

- *El plazo para interponer el recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N⁰ 491 - 2011 vencía el 13 de febrero de 2012 y es en esa misma fecha que Futuro de Bolivia S.A. AFP, presentó el Recurso de Revocatoria contra la mencionada Resolución; por lo tanto, cumple con el segundo requisito.*

*Que en relación al **tercer elemento**, la sanción impuesta por los Cargos N° 2 y N° 3, se han cumplido con el depósito bancario que correspondía.*

*Que en relación al **cuarto elemento**, se impuso dos tipos de obligaciones a Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491 -2011 de 15 de diciembre de 2011:*

1) Reposición de dinero, más intereses al Fondo de la Renta Universal de Vejez (FRUV). (Ver parte resolutiva II. SEGUNDO)

2)Documentación presentada en el proceso sancionatorio que fue aceptada en razón a que se afirmó que ésta era fotocopia de fotocopias legalizadas, pero que se hace imperioso sea transferida en esa misma condición a la Entidad Gestora: fotocopias legalizadas de la Boletas de Pago que estuvieron observadas. (Ver parte resolutiva QUINTO)

Que en atención a la obligación, arriba señalada 1), de reposición del dinero más los intereses correspondientes al rendimiento de la suma que señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°49 1-2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP procedió al traspaso de fondos de su cuenta bancaria a la que se le indica en la Resolución Administrativa que recurre, dando cumplimiento cabal a su obligación 1); este movimiento bancario fue reportado mediante nota FUT APS BEN 0261 - 2012 de 06 de febrero de 2012.

Que con respecto a la obligación señalada arriba 2), Futuro de Bolivia S.A. AFP debió en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos entregar a la Asociación Accidental La Vitalicia- BISA SAFI las fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago de Gastos Funerales que estaban en su poder y que durante el proceso sancionatorio solamente presentó en fotocopias simples; en virtud al principio de buena fe, esta Autoridad aceptó las fotocopias simples pues las consideró válidas para presentar sus descargos pero que en etapa de resolución corresponde archivar en original o fotocopia legalizada.

Que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI mediante nota AA.GG. -1636/2012 de 15 de febrero de 2012, devuelve la documentación a Futuro de Bolivia S.A. AFP y mediante copia dirigida a esta Autoridad señala:

"Mediante la presente, realizamos la devolución de la documentación remitida en nota FUT.GO.BS 0403/2012 las cuales son copias simples, en vista que de acuerdo a Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N" 491-2011 en el punto. Quinto índica: "se instruye a Futuro de Bolivia S.A. remitir a la Entidad Gestora, con nota y copia a la APS, la documentación que tiene en su poder correspondiente las fotocopias legalizadas de las

Boletas de Pago que fueron presentadas en el proceso como descargo en fotocopias simples."

Que en virtud al principio de oficiosidad, esta Autoridad dispuso la emisión de Auto de 07 de marzo de 2012, y que además en virtud al principio de verdad material se concedió la oportunidad a Futuro de Bolivia S.A. AFP para que pueda aclarar sobre la remisión a la Entidad Gestora, de fotocopias simples cuando su obligación era remitir fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago de Gastos Funerales que se estableció, estaban en su poder.

Que con el objeto de que Futuro de Bolivia S.A. AFP pudiera aclarar la situación de las fotocopias simples frente a las fotocopias legalizadas y su obligación resultante de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N0 491- 2011, la Entidad Reguladora emitió el Auto de 07 de marzo de 2012 que la AFP respondió con nota FUT.APS.BEN 0571/2012 de 19 de marzo de 2012, afirmando haber regularizado la situación.

Que para confirmar el cumplimiento de la obligación impuesta a Futuro de Bolivia S.A. AFP, se pidió mediante nota APS/DPNC/10267/2012 de 27 de marzo de 2012, que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI confirmará la recepción de las fotocopias legalizadas que le debió remitir la AFP y la Entidad Gestora respondió con nota AA.GG.-3272/2012 de 30 de marzo de 2012, lo que sigue:

"Mediante la presente, en respuesta a su nota APS/DPNC/10267/2012, tenemos a bien informar que Futuro de Bolivia S.A. — AFP emitió nota FUT.GO.EPI 00611/2012 de fecha 19 de marzo de 2012, la cual fue recepcionada por nuestra Asociación en fecha 20 de marzo del presente.

Sin embargo ponemos en su conocimiento que se procedió a la devolución de la documentación remitida debido a las observaciones detalladas a continuación:

- *48 (cuarenta y ocho) documentos adicionales de respaldo (Certificados de nacimiento, Certificados de Matrimonio, Tarjeta Prontuario, Certificado de Bautismo, certificados de la DNIP, documentos de Identidad), no coinciden con el detalle adjunto de beneficiarios descritos.*

- *10 (diez) Solicitudes de Gastos Funerales los cuales no coinciden con los detalles adjuntos de Beneficiarios o Solicitantes descritos.*

- *12 (doce) boletas de pago remitidas en copias simples de las boletas legalizadas."*

*Que en virtud a todo lo expuesto y al no haberse entregado las fotocopias legalizadas que es obligación por lo que dispuso la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491-2011 de 15 de diciembre de 2011, el **cuarto elemento** necesario para la presentación del Recurso de Revocatoria que planteó Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la antedicha Resolución, no se ha respetado.*

Que todos los elementos de procedibilidad, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si se ha pagado la multa, se ha presentado a tiempo el Recurso de Revocatoria, se ha demostrado la lesión al derecho, pero no se ha cumplido con todas las obligaciones establecidas por el regulador; por lo que el recurso no puede proceder.

Que habiéndose analizado los requisitos procedimentales que determinan la procedencia del Recurso de Revocatoria y ante la falta de demostración del cumplimiento fiel de las obligaciones impuestas, este Órgano de Fiscalización no puede abrir su competencia para conocer y resolver los aspectos de fondo, diferentes a los requisitos procedimentales.

Que a mayor referencia conceptual sobre el cumplimiento de la obligación, la Resolución Ministerial Jerárquica N° 012/2011, determinó lo siguiente:

"... es importante hacer hincapié en que el cumplimento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explícita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

***OBLIGACIÓN.-** La obligación es un precepto **de inexcusable cumplimiento;** más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que **impone una acción** o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es **constreñida hacia** otra a dar, **hacer** o a no hacer alguna cosa (...)" (las negrillas son nuestras)*

Que finalmente, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 9/05, 28/05, 17/06, 46/05, 78/06 entre otras, ha determinado la improcedencia en razón de que no se contaba con uno de los cuatro elementos que deben cumplirse, para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que en virtud al principio de la verdad material, en cuanto a la demostración fehaciente de que los pagos de la Renta Dignidad y de los Gastos Funerales han sido efectivizados por parte de la AFP y que para demostrarlos se ha permitido incluso presentar fotocopias legalizadas de las correspondientes boletas de Pago.

Que sin perjuicio de los actuados dentro del proceso y de manera contemporánea a la presentación del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se han recibido treinta y un (31) Boletas de Pago de Gastos Funerales y que en el memorial que presenta la AFP se reconoce la subsistencia de trece (13) pagos de Gastos Funerales que no tienen respaldo.

Que en un análisis pormenorizado de la documentación que presenta Futuro de Bolivia S.A. AFP, se ha observado que entre los treinta y un (31) casos de pago de Gastos Funerales, existen veinticinco (25) Boletas de Pago presentadas en fotocopias legalizadas pero, al mismo tiempo hay seis (6) expedientes de pago que adjuntan certificaciones y documentación adicional a los pagos de Gastos Funerales pero entre ellos no hay ni las Boletas de Pago originales ni fotocopias legalizadas de ellas.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha repuesto con recursos propios el monto que se le señaló en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N^{0} 491-2011 de 15 de diciembre de 2011, por cuarenta y cuatro (44) pagos de Gastos Funerales además del rendimiento por

intereses no percibidos pero, que se deben descontar los veinticinco (25) que se han demostrado plenamente en esta etapa del proceso.

Que el Recurso de Revocatoria de 13 de febrero de 2012, sin referirse a los Cargos formulados y sancionados, solamente centra sus argumentos en el cumplimiento de la reposición de fondos que se le imponía como, obligación y, que habiendo presentado respaldo de algunos pagos de los Gastos Funerales, pide revocatoria de la Resolución Administrativa.

Que considerando la presentación en esta instancia de las veinticinco (25) fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago observadas que estuvieron ausentes durante todo el proceso, aún persiste un faltante de diecinueve (19) Boletas de Pago, que la misma AFP ha reconocido y que la sanción que se le impone por el Cargo N° 2 es por el incumplimiento de lo dispuesto en el inciso d) del artículo 22 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008 y al inciso a) del numeral 3 de la Circular/AP/DPNC/ 10-2009 de 06 de julio de 2009, precisamente sobre la no presentación del Boletas de Pago de los Gastos Funerales y la entrega de documentación incluyendo esos mismos comprobantes de pago a la Entidad Gestora.

Que en cuanto a las veinticinco (25) Boletas de Pago de Gastos Funerales ahora presentadas que demuestran el pago efectivo del beneficio y que no hay duda de tal hecho, se debe reconocer el importe que representan esas Boletas para su devolución y le sea esa cantidad repuesta a la AFP.

CONSIDERANDO:

Que bajo ese orden normativo y lo expuesto, de la revisión del expediente administrativo se establece que, esta Autoridad no puede abrir la competencia, para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada, al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente ha presentado su petición de revocatoria sin cumplir plenamente una de las obligaciones que se le impuso. En consecuencia, debe emitirse la correspondiente Resolución Administrativa de Improcedencia, en el marco del inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 10 de mayo de 2012, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 232-2012 de fecha 17 de abril de 2012, con los siguientes argumentos:

"…ANTECEDENTES.-

Conforme a lo expresado por la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N⁰ 236-2012, nuestra Administradora no hubiera cumplido con la obligación de remitir las copias legalizadas de los comprobantes de pago a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI; sin embargo como cursa en el expediente, nuestra AFP remitió a la cita (sic) Entidad gestora, la documentación pertinente mediante nuestra nota FUT.GO.EPI.00611/2012 de fecha 19 de marzo de 2012, la misma que fue objeto de devolución por parte de la Entidad Gestora mediante nota AA.GG.3325/2012 de fecha 02 de abril y recibida por nuestra AFP el 3 del mismo mes; la misma que después de ser analizada, fue objeto de respuesta mediante nuestra nota FUT.GO.EPI.001325/2012 de fecha 26 de abril de 2012 y recibida por la Entidad Gestora el 10 de mayo de 2012 (se adjunta copia), mediante la cual nuevamente remitimos fotocopias legalizadas de la documentación junto a su respectivo detalle.

Como su Autoridad podrá colegir, nuestra administradora ha cumplido no solo con el cumplimiento del pago de la sanción, sino también con las obligaciones impuestas, por lo que solicitamos pueda pronunciarse sobre el fondo de nuestro recurso en atención a los siguientes fundamentos:

CON RELACIÓN AL CARGO N° 2.-

En el inciso d) que hace a los considerandos referidos al Cargo N° 2, su Autoridad ha expresado que "Cuarenta y cuatro (44) Pagos de Gastos Funerales, no cuentan con las Boletas de Pago "Formulario Único de Transacción - FML 001" y/o comprobante de pago del Beneficio, ni otra forma de descargo a lo que sostiene el Cargo, y además ante la ausencia de prueba de pago implica que el mismo no se ha realizado y con ello se ha producido daño económico al Fondo de la Renta Universal de Vejez".

Sin embargo de lo expresado conforme su Autoridad ha expresado en virtud a la legalidad de la documentación presentada, se ha instruido a la Asociación Accidental La Vitalicia la devolución de Bs. 45.000,00 más sus intereses, correspondientes a veinticinco pagos de Gastos funerales; quedando solo un saldo de diecinueve (19) comprobantes de pago que nuestra Administradora aun sigue gestionando para demostrar el correcto pago del beneficio de los Gastos Funerales financiados por el Fondo Universal de la Renta Dignidad y que corresponden a las siguientes solicitudes:

N°	N°DE SOLICITUD	NUB	C.I.	NOMBRES Y APELLIDOS	MON (Bs.)
1	81652	300684452	5160596	SEBASTIAN FLORES GRAGEDA	1.800,00
2	82551	220522762	131648	HÉCTOR SANTOS MARCA ALCONINI	1.800,00
3	85744	171779	1923898	JESÚS CUELLAR GUTIÉRREZ	. 1.800,00
4	89107	400091492	483155	PAULINA CHAVEZ FLORES TORREZ	1.800,00
5	90560	400110973	2358052	BASILIA VELIZ TERCEROS	- 1.800,00
6	91458	800092641	1938096	HORMANDO VACA JUSTINIANO	1.800,00
7	82236	800123510	1729200	ANA SALAS RADA VACA	1.800,00
8	82751	300355320	5314465	BRUNO DELGADILLO TORRICO	1.800,00

9	83201	200054517	414464	FRANCISCO PARRA PONCOPIÑA	1.800,00
10	85428	800017319	1720656	MODESTO RIVERO DURAN	1.800,00
11	85979	300664090	735216	NATALIO ORELLANA HERBAS	1.800,00
12	87104	300302390	517588	CONSTANTINO QUIÑONES FAJARDO	1.800,00
13	89152	300355359	3616455	LAUREANO VARGAS GARCÍA	1.800,00
14	89420	701013680	6220010	ROSA EMILIA ARAUZ PEÑA	1.800,00
15	90388	300687892	5171356	CRISTINA MENDOZA NAVIA	1.800,00
16	91280	400119715	2785761	GUILLERMINA LENIS VIRGO SEGURA	1.800,00
17	91510	300664492	5169106	CLARA CÉSPEDES QUINTEROS	1.800,00
18	91561	220105189	273285	JOSÉ LUIS PEÑARANDA MALDONADO	1.800,00
19	91595	300361508	8841057	MARÍA VILLARROEL HINOJOSA GARCÍA	1.800,00
TOTAL					34.200,00

Prueba de lo expresado, adjuntamos certificación del Banco Ganadero con Cite: SO/0511/2012 de fecha 14 de febrero de 2012, mediante la cual certifican la cancelación (pago) de Gastos Funerales correspondientes a doce (12) beneficiarios del Fondo Universal de la renta Dignidad

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, en atención al principio de congruencia y búsqueda de la verdad material; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N0 236-2012 de fecha 17 de abril de 2012; que declaro improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por nuestra AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N0 491-2011 de 15 de diciembre de 2011…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

La APS declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A., AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491 - 2011 de 15 de diciembre de 2011, en razón a que la Administradora de Fondos de Pensiones no habría cumplido con la obligación de remitir en el **plazo de diez (10) días hábiles administrativos** a la Asociación

Accidental La Vitalicia - BISA SAFI **fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago de Gastos Funerales,** obligación dispuesta en el resuelve **quinto** de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011.

Por lo que, corresponde el análisis de los argumentos planteados por la AFP recurrente, quien alega cumplimiento y manifiesta su desacuerdo con la determinación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (APS), conforme se tiene transcrito en el Considerando anterior.

1.2 Del cumplimiento de la Obligación.-

La recurrente señala que este habría cumplido con lo dispuesto en el numeral quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº491-2011 de 15 de diciembre de 2011, por lo que -a decir de la misma- el Recurso de Revocatoria debió ser admitido y posteriormente resuelto en el fondo.

Por lo que el presente control de legalidad sólo se circunscribirá a determinar si la APS al haber declarado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. ha actuado conforme a derecho.

Es así que corresponde, revisar en el expediente administrativo, si e4xiste la evidencia del cumplimiento de la obligación así tenemos los siguientes actuados:

- A fs. 311 se encuentra la Nota FUT.GO.BS 0403/2012 de fecha 6 de febrero de 2012, enviada a la APS, cuyo texto es el siguiente:

  *"…En cumplimiento al Punto **QUINTO** de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491/2011 notificada a nuestra entidad en fecha 20 de enero del presente, adjuntamos copias de boletas de pago que fueron presentadas en el proceso correspondiente como descargos a la Nota APS/DJ/DPNC/ 407/2011…"*

- A fs. 318 se tiene Nota AAGG 1636/2012 de 15 de febrero de 2012 de la Asociación Accidental la Vitalicia - BISA SAFI misma que informa lo siguiente:

  "…Realizamos la devolución de la documentación remitida en nota *FUT.GO. BS 0403/2012, las cuales son **copias simples**, en vista que de acuerdo a la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491/2011 en el punto Quinto indica "se instruye a Futuro de Bolivia S.A. remitir a la Entidad Gestora, con nota y copia a la APS, la documentación que tiene en su poder correspondiente a las **fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago** que fueron presentadas en el proceso como descargo en fotocopias simples…"*

- A fs. 328 se encuentra Auto de fecha 07 de marzo de 2012, emitido por la APS donde se dispone:

  *"…que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificado con el presente acto, aclare el motivo por el cual ha remitido a la Entidad Gestora **solamente fotocopias simples cuando su obligación le imponía entregar las fotocopias legalizadas,** conforme determina lo resuelto en el inciso QUINTO de la Resolución*

Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491-2011 *de 15 de diciembre de 2011."*

Ahora bien, Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota FUT. APS.BEN 0571/2012, **recepcionada el 20 de marzo de 2012 por la APS**, informó a la APS lo siguiente:

> *"Mediante la presente y en virtud al Auto de fecha 07 de marzo de 2012 donde nos instruyen aclarar el motivo por el cual nuestra Administradora remitió a la Entidad Gestora solamente fotocopias simples conforme determina lo resuelto en el inciso QUINTO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491-2011 de 15 de diciembre de 2011.*
>
> *Al respecto informamos a su Autoridad que mediante nota FUT GO BS 0403/2012 en fecha 06/02/2012 remitimos copias de la documentación en cumplimiento al punto QUINTO, sin embargo por tema de* ***interpretación remitimos copia de la copia legalizada,*** *regularizando este aspecto mediante nota FUT GO EPI 00611/2012, asimismo en la misma nota aclaramos que contabilizando los días hábiles administrativos desde la fecha del día siguiente de notificación y considerando el feriado nacional del 23/01/2012, la nota fue remitida dentro el plazo"*

De lo antecedentes cursantes y transcritos ut supra, se tiene las siguientes fechas relevantes, y que hacen al caso de autos:

- La Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491-2011 de 15 de diciembre de 2011, fue notificada a Futuro de Bolivia el 20 de enero de 2012.
- El plazo para remitir las fotocopias legalizadas vencía el 6 de febrero de 2012. (contabilizando el feriado del 23 de enero de 2012).
- La AFP entrega Fotocopias simples (pese a la determinación dada por la Autoridad de remitir fotocopias legalizadas) el 6 de febrero de 2012.
- La regularización fue realizada en fecha posterior al vencimiento de plazo.

Del análisis documental realizado, se tiene que la recurrente no **cumplió con la obligación de remitir la documentación en fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago de Gastos Funerales,** a la Asociación Accidental la Vitalicia – BISA SAFI, dentro del plazo establecido, hecho que a su vez es confirmado y aceptado por la misma AFP cuando refiere mediante nota FUT. APS.BEN 0571/2012, que *"por tema de* ***interpretación remitimos copia de la copia legalizada****…"*aspecto que de ninguna manera se puede considerar como eximente de responsabilidad o como cumplimiento de la obligación.

La regulada no debe olvidar que el cumplimiento de la obligación de presentar fotocopias legalizadas, quedó determinada en la **Resolución Administrativa/APS/DJ N° 225-2011 de 9 de agosto de 2011,** al expresar **la obligación** de remitir a la Asociación Accidental la Vitalicia - BISA SAFI, **fotocopias legalizadas** de las boletas de pago de la Renta Dignidad y gastos funerales, como respaldo del pago efectuado**.**

Por lo que, se evidencia que la AFP, al no haber cumplido con la obligación de remitir fotocopias legalizadas en el plazo determinado de diez días hábiles administrativos y al no existir suspensión de dicha determinación, ha dado lugar a que se tenga por incumplido lo determinado por el artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491-2011 de 15 de diciembre de 2011.

1.3. De la supuesta regularización por parte de la AFP.-

Se tiene que la AFP aduce que habría regularizado y remitido fotocopias legalizadas a través de nota FUT GO EPI 00611/2012 de fecha 19 de marzo 2012, recepcionada en fecha 20 de marzo por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, cumpliéndose así -según la recurrente- con el inciso quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491-2011 de 15 de diciembre de 2011.

Al respecto se tiene Nota AAGG-3325/2012 de fecha 2 de abril de 2012 de la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, dirigida a Futuro de Bolivia S.A, que dice:

"Mediante la presente, realizamos la devolución de la documentación remitida en nota FUT.GO.EPI 00611/2012 de fecha 19 de marzo de presente, debido a las observaciones detalladas a continuación:

- *48 (cuarenta y ocho) documentos adicionales de respaldo (Certificados de Nacimiento, Certificados de Matrimonio, Tarjeta Prontuario, Certificado de Bautismo, Certificados de la DNIP, Documentos de Identidad), no coinciden con el detalle adjunto de Beneficiarios descritos.*
- *10 (diez) Solicitudes de Gastos Funerales los cuales no coinciden con los detalles adjuntos de Beneficiarios o Solicitantes descritos.*
- ***12 (doce) boletas de pago remitidas en copias simples de las boletas legalizadas.***

Por todo lo expuesto se remite toda la documentación inicialmente entregada, para subsanar las observaciones."

Futuro de Bolivia S.A., en su Recurso Jerárquico adjunta prueba (Nota FUT.GO.EPI 001325/2012 de fecha 26 de abril de 2012), misma que demostraría haber cumplido con la remisión de fotocopias legalizadas de las boletas de pago de gastos funerales, que a la letra señala.

"…En atención a su nota AA.GG. 3325/2012, donde nos realizan la devolución de documentación correspondiente a las fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago y documentación complementaria, que fueron presentadas ante nuestro ente regulador la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, remitida mediante nota FUT GO EPI 00611/2012 de fecha 19 de marzo del presente.

*La **Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 491-2011** en el punto **QUINTO** instruye a nuestra Administradora remitir a su entidad la documentación correspondiente a la **fotocopias legalizadas de las Boletas de pago,** que fueron presentadas en el proceso como descargo en fotocopias simples.*

Al respecto, nuestra Administradora remitió todas las Boletas Legalizadas presentadas como descargos, asimismo se remitió una copia de la documentación adicional y de solicitudes de Gastos Funerales presentados a la APS. Finalmente, remitimos nuevamente fotocopias Legalizadas de Boletas de Pago, acuerdo a detalle adjunto."

Que, por dicha prueba, y en estricto cumplimiento al principio de verdad material, éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°50/2012, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, documentación

complementaria, concerniente al cumplimiento de la obligación, misma que fue atendida mediante nota APS/DJ/DPNC/5419/2012, informando lo siguiente:

"…Al punto 1, adjunto a la presente, nota de la Asociación Accidental La Vitalicia -BISA SAFI con cite AA.GG. - 3325 de 02 de abril de 2012 remitida a Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 03 de abril de 2012.

Al punto 2, al respecto informo que en virtud del numeral QUINTO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491 - 2011 de 15 de diciembre de 2011, notificada el 20 de enero de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP debió remitir a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI las fotocopias legalizadas que se fie instruyen en el plazo de diez (10) días hábiles y cuyo término vencía el 06 de febrero de 2012.

A la fecha y en virtud a la nota enviada por la Asociación Accidental La Vitalicia -"BISA SAFI, CITE: AA.GG. - 7209/2010 de 13 de julio de 2012, Futuro de Bolivia AFP S.A. ***no ha remitido todos los documentos*** *exigidos conforme lo instruye la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 236 - 2012 de 17 de abril de 2012.*

Por lo tanto, Futuro de Bolivia S.A. AFP ***no ha remitido la totalidad de las fotocopias legalizadas de las Boletas de Pago que fueron presentadas a la APS en fotocopias simples, quedando como faltantes las siguientes cinco (5) Boletas de Pago de Gastos Funerales:***

Cuadro de Boletas de Pago de Gastos Funerales pendientes

N°	N°DE CAJA	N°DE SOLICIT.	NUB	C.I.	NOMBRES Y APELLIDOS	BOLETA DE PAGO EN LA VITALICIA
1	FRUV1	81818	220906716	4856503	ANDREA ILLATARCO PAYE	Fotocopia Simple
2	FRUV8	88867	200277028	42235	SIXTO GUTIÉRREZ MAMANI	Fotocopia Simple
3	FRUV10	90852	900007072	1745663	JUAN BAUTISTA SÁNCHEZ	Fotocopia Simple
4	FRUV10	90897	200096690	1402	VALENTÍN RIVAS MAMANI	Fotocopia Simple
5	FRUV11	91506	200033207	2437361	EUSEBIA PAUCARA CHOQUE	Fotocopia Simple

Como se observa, se tiene que hasta el día de hoy Futuro de Bolivia S.A., no **habría cumplido con el numeral quinto** de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011, faltando así remitir cinco boletas de pago de gastos funerales pendientes.

Sin perjuicio de ello y fundamentalmente conforme se tiene analizado en el numeral 1.2 precedente y a cuya conclusión nos sujetamos, se tiene que de ninguna manera puede entenderse como cumplida la obligación, la remisión parcial de las fotocopias legalizadas de las boletas de gastos funerales o la remisión extemporánea de estas, conforme los extremos y documentación que presenta la propia AFP.

Quedando claro que para tenerse como cumplida con la obligación, la recurrente no sólo se debió presentar **todas las fotocopias legalizadas,** sino que las mismas debieron ser presentadas **en el plazo de diez días hábiles administrativos** como manda el resuelve **quinto** de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011. (Es decir a más tardar hasta 6 de febrero de 2012.)

Del análisis ut supra, se tiene que el Ente Regulador, ha actuado conforme a derecho al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia

S.A contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011.

Que bajo la misma línea este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se ha pronunciado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2011 de 30 de marzo de 2011, en cuanto a los requisitos para la admisión y posterior resolución del recurso de revocatoria determinó:

> *"…Los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento". (Negrillas y subrayado son nuestros).*
>
> *De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento ya sea de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo…"*
>
> *"...Que en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:*
>
> ***"OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa (…)"*

1.4 En cuanto a los demás argumentos y pruebas presentadas.-

La recurrente señala que habría sido sancionada por la APS por cuarenta y cuatro (44) casos por pagos de Gastos Funerales que no presentan Boletas de Pagos por lo que la AFP Futuro presenta como prueba certificación del Banco Ganadero con Cite SO/05111/2012 de fecha 14 de febrero de 2012, que demostraría la cancelación del pago de gastos funerales correspondientes a 12 beneficiarios del Fondo Universal de La Renta Dignidad.

Al respecto se tiene que este Ministerio, no puede entrar al análisis de fondo, ni hacer la valoración de la prueba (certificación del Banco Ganadero con CITE SO/05111/2012 de fecha 14 de febrero de 2012), presentada dentro del Recurso Jerárquico debido a que no tiene competencia, ya que, el presente Recurso versa sobre la improcedencia o procedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 de 17 de abril de 2012, y no así sobre los temas de fondo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia

S.A. contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 de 17 de abril de 2012, toda vez que la AFP, no ha cumplido de manera oportuna con lo señalado en el artículo 47 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 236-2012 de 17 de abril de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 491-2011 de 15 de diciembre de 2011.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ
ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 142/2012 DE 23 DE ABRIL DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPCF/Nº 050/2012 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPCF/N° 50/2012

La Paz, 21 de septiembre de 2012

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos, uno por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y otro por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**; la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha autoridad; y todo lo demás que convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 14 de mayo de 2012 se interpusieron dos Recursos Jerárquicos, uno por parte del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y el otro por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, ambos contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirma parcialmente y revoca parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, complementada por la Resolución Administrativa ASFI N° 870/2010 de 11 de octubre de 2010, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

Que, en fecha 25 de mayo de 2012 y mediante oficio ASFI/DAJ/R-59649/2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, los Recursos Jerárquicos interpuestos por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012.

Que, por auto de 30 de mayo de 2012, notificado al señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** en fecha 5 de junio de 2012 y a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 6 siguiente, se admitieron los Recursos Jerárquicos interpuestos por los mismos contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012.

Que, mediante memorial presentado en fecha 4 de junio de 2012, se apersona el señor Jaime José Antonio Trigo Flores en representación de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en mérito al testimonio de poder especial, amplio y suficiente, instrumento Nº 450/2010, otorgado en fecha 31 de diciembre de 2010 por ante la Notaria de Fe Pública Nº 34 de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Dra. Martha Ariane Antelo Cabruja.

Que, por Resolución Ministerial Nº 325 de 11 de junio de 2012, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba las excusas presentadas por el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, Ing. Mario Guillén Suárez, y por la Jefe de la Unidad de Recursos Jerárquicos del SIREFI, dependiente de ese Viceministerio, Abog. Ericka Marisol Balderrama Pérez, y designa al señor Viceministro de Presupuesto y Contabilidad Fiscal, Lic. Emilio Pinto Marín, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al primero nombrado en la tramitación del proceso recursivo, hasta su conclusión.

Que, mediante memorial presentado en fecha 25 de junio de 2012 se apersona el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, y mediante otro de fecha 26 siguiente, expresa su posición personal con respecto a la prueba literal que por el mismo adjunta.

Que, por nota ASFI/DAJ/R-78032/2012 de 27 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remite copia legalizada de la Resolución 085/2009 de 10 de agosto de 2009, dejando constancia que la misma fue anulada por Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 de 17 de marzo de 2010.

Que, en fecha 5 de julio de 2012 se llevan a efecto las audiencias de exposición oral de fundamentos, conforme fueran solicitadas por ambos recurrentes.

Que, mediante memorial presentado en la misma fecha con la suma "*Responde y solicita tenga presente*", **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** se pronuncia acerca del contenido del memorial presentado en fecha 25 de junio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.

Que, mediante memorial presentado en fecha 9 de julio de 2012, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** "*pide se considere en Resolución Jerárquica*" los argumentos que allí mismo señala y la documental que al efecto también adjunta; y por memorial presentado en fecha 13 de julio de 2012, responde a los alegatos referidos por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** en su escrito de fecha 5 de julio de 2012.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 203 de 27 de julio de 2012, notificada en fecha 30 siguiente, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas resolvió ampliar el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos para resolver los dos Recursos Jerárquicos.

Que, por memorial presentado en fecha 27 de julio de 2012, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** hace presente copia de la Resolución Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007, por la que en su entender, su persona como denunciante, tiene el derecho irrestricto de participar en todas las incidencias del procedimiento administrativo derivado del procedimiento sancionador seguido contra **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y reitera su solicitud para que se le notifique con el Recurso Jerárquico interpuesto por ésta última, habiendo correspondido a esto último el decreto de estarse a una providencia anterior (18 de julio de 2012, otrosí 1°), por la que se dispone la francatura a su favor, de copia del documento al que se refiere.

Que, mediante memorial presentado en fecha 8 de agosto de 2012, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** "*responde recurso jerárquico*" (en referencia al de la entidad aseguradora), en los términos de redacción que allí constan.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-96134/2012 presentada en fecha 8 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en atención a la nota MEFP/VPCF/No. 163/12 de 2 de agosto de 2012, informa haber remitido la documentación inherente al recurso a través de la nota ASFI/DAJ/R-59649/2012.

Que, mediante memorial presentado en fecha 23 de agosto de 2012, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** responde a los memoriales presentados por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** de fechas 9 de julio de 2012 y 27 de julio de 2012, y al de respuesta al Recurso Jerárquico (8 de agosto de 2012), en los términos de redacción que allí constan.

Que, mediante memorial de fecha 31 de agosto de 2012, **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** se pronuncia con referencia al memorial de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** de fecha 23 de agosto de 2012, en los términos de redacción que allí constan.

CONSIDERANDO:

Que, a los fines quede sentado el imprescindible cumplimiento de las fases inherentes al proceso administrativo sancionador, ahora recursivo, y considerando las varias Resoluciones Ministeriales Jerárquicas anulatorias -MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2010, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 17/2011 y MEFP/VPCF/N° 12/2012, según se mencionan en el tercer considerando de la resolución recurrida- en la sustanciación posterior a la Nota de Cargos SPVS/IP/AL N° 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008 (pronunciada por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros), se establece la sucesión de actos y actuaciones inherentes al mismo, y que en estado de Recurso Jerárquico corresponde ahora resolverse.

Que, consiguientemente, se relacionan las actuaciones administrativas, como los principales actos administrativos y las trascendentales actividades de los ahora recurrentes que constan en el expediente, conforme se procede a continuación:

- La precitada Nota de Cargos SPVS/IP/AL N° 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, emitida por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en referencia a nueve cargos que se imponen a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS**

SOCIEDAD ANÓNIMA, conforme se mencionan y en su caso, se analizan en el considerando siguiente de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

- La nota AV-No. 003/2009 de 3 de febrero de 2009, referida a los descargos presentados por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme se mencionan y en su caso, se analizan en el considerando siguiente de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

- La Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que resuelve:

  "***PRIMERO.- Desestimar la aplicación de sanción*** *por incumplimiento al inciso g) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 y el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 257 del 19 de junio de 2000, por inexistencia de la conducta punible en Reglamento de Sanciones No. 01/93.*

  SEGUNDO.- *Sancionar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a 60.000 UFV's (Sesenta Mil Unidades de Fomento a la Vivienda) por incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros No. 1883.*

  TERCERO.- *Desestimar los cargos 3, 5 y 9 al vulnerar el principio de congruencia, tipicidad e irretroactividad de la Ley contenidos en la Notificación de Cargos SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008*

  CUARTO.- *Declarar la prescripción de los cargos 4, 6 y 7 de conformidad a lo establecido en el artículo 79 de la ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002.*

  QUINTO.- *La multa deberá ser depositada en el Cuenta del Banco Central de Bolivia Nº 865 TGN – Cuenta Transitoria en Moneda Nacional, habilitada para tal efecto, en el plazo de quince (15) días que corren a partir de la notificación con la presente Resolución.*

  SEXTO.- *La Dirección de Supervisión de Seguros queda a cargo del cumplimiento de la presente Resolución.*"

- Por efecto de la solicitud de "*aclaración y complementación*" presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** en fecha 4 de octubre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronuncia la Resolución Administrativa ASFI Nº 870/2010 de 11 de octubre de 2010, por la que resuelve:

  "***PRIMERO.-*** *Complementar la Resolución con los argumentos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución.*

  SEGUNDO.- *Mantener inalterable la parte resolutiva de la Resolución ASFI No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010*".

- El Recurso de Revocatoria presentado en fecha 29 de octubre de 2010 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010, complementada -en sus argumentos- por la Resolución Administrativa ASFI Nº 870/2010.

- La consiguiente Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012, la que impugnada al presente, resulta ser el objeto de los Recursos Jerárquicos interpuestos -ambos- en fecha 14 de mayo de 2012, uno por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y el otro por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y que viene a disponer:

  "***PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE*** *el Resuelve Primero de la Resolución ASFI N° 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, imponiendo una sanción en Bolivianos equivalente a $us. 15.000.- (Quince Mil 00/100 Dólares Americanos), por incumplimiento al inciso g) del Artículo 12, inc. 9 de la Ley de Seguros No. 1883, por los cargos 1 y 2.*

  TERCERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE *el Resuelve Tercero de la Resolución ASFI N° 832/2010, desestimando los cargos 5 y 9.*

  CUARTO.- REVOCAR PARCIALMENTE *el Resuelve Tercero de la Resolución ASFI No. 832/2010, con respecto al cargo 3, sancionando a Alianza Seguros y Reaseguros S.A. con la suma de $us. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos).*

  QUINTO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE *el Resuelve Cuarto de la Resolución ASFI N° 832/2010, declarando la prescripción del cargo 4.*

  SEXTO.- REVOCAR PARCIALMENTE.- *el Resuelve Cuarto de la Resolución ASFI N° 832/2010, desestimando la prescripción de los cargos 6 y 7 e imponiéndoles la sanción de $us. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos), para el cargo 6 y $us. 10.001 (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos) para el cargo 7.*

  SÉPTIMO.- *La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 del BANCO UNIÓN S.A., a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado*".

- El Recurso Jerárquico presentado en fecha 14 de mayo de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012, ahora en estado de resolución.

- El Recurso Jerárquico presentado en fecha 14 de mayo de 2012 por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012, ahora en estado de resolución.

Que, se ha verificado en la relación precedente, el haberse dado cumplimiento inexcusable para el caso, de todas las etapas necesarias e imprescindibles al proceso administrativo sancionador y al consiguiente proceso recursivo, así como el cumplimiento satisfactorio de la generalidad de requisitos formales previos a efectos del pronunciamiento de la presente Resolución.

CONSIDERANDO:

Que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificar la

conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Principios que deben regir el proceso sancionatorio:

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

a. Principio de sometimiento pleno a la Ley

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

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

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

Ahora bien, en la doctrina del Derecho Administrativo la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos proyecta tanto en un procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI/RJ Nº04/2005 de 13 de enero de 2005)

b. Principio de verdad material y Principio de tipicidad

El principio de verdad material en oposición a la verdad formal, al que se refiere el inc. d) del artículo 4º de la Ley Nº2341, determina que el órgano de regulación investigará la verdad material del hecho; aspecto que no se limita solamente a la investigación de la infracción de la ley sino a la imposición de la sanción de acuerdo a la tipicidad en la que se encuentra enmarcada la conducta.

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

c. Principio de jerarquía normativa

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

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

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

d. Principio de congruencia

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

CONSIDERANDO:

Que, a efectos del pronunciamiento presente, **se han considerado <u>todos</u> los elementos que constituyen al expediente del proceso administrativo hasta el estado en que se encuentra actualmente**, **los que a continuación se citan y en su caso, por las razones que allí se señalen, se destacan**:

- Los Recursos Jerárquicos interpuestos en fecha 14 de mayo de 2012, uno por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y el otro por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**; **los contenidos de los mismos son referidos y considerados pertinentemente en el desarrollo de la presente Resolución Ministerial Jerárquica**.

- La generalidad de antecedentes remitidos con la nota ASFI/DAJ/R-59649/2012 de 16 de mayo de 2012, conforme a la relación que sale del anexo de la misma y que conforman al expediente de la causa.

- Los fundamentos señalados en el memorial presentado en fecha 25 de junio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, conforme a la transcripción siguiente:

"*En aplicación del Art. 46, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo, tengo a bien adjuntar documentación que demuestra las siguientes circunstancias:*

1. *Precedentes administrativos emitidos por la ex Superintendencia General del SIREFI e inclusive por la ex SPVS que demuestran que los órganos administrativos se encuentran facultados para determinar la existencia de daño o perjuicio a los fines de calificar las conductas infractoras y aplicar las sanciones correspondientes en la vía administrativa.*
2. *Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo emitido por la ex SPVS el cual dio origen a la nota de cargos con la cual se inicio el procedimiento sancionatorio contra Alianza Vida S.A., el mismo que demuestra la serie de actos ilícitos cometidos por la Entidad Aseguradora los cuales han generado un evidente perjuicio al menos en lo que respecta al haberse utilizado más de una versión de la Póliza No. 600055 sin estar ninguna de ellas registradas en la SPVS.*
3. *Versiones de la Póliza No. 600055 donde en una de ellas se menciona que los asegurados son los Prestatarios de Cartera y en la otra se menciona como asegurado al Banco Santa Cruz S.A. Claramente los actos administrativos emitidos por la ASFI y por la propia SPVS en su momento han señalado que los asegurados de la Póliza fueron siempre los Prestatarios de Cartera del Banco donde se encontraba mi persona y mi señora esposa fallecida. ¿No es perjudicial para un asegurado que la propia aseguradora le desconozca su calidad de tal?*
4. *Planillas mensuales de pago de primas remitidas por Alianza Vida a la SPVS donde se aprecia que durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000* ***no existió póliza de seguro de desgravamen hipotecario y*** *no obstante de ello,* ***el Banco cobro las primas de seguro por esos periodos en beneficio de la aseguradora.*** *Desde el 27 de octubre de 1999 la Póliza 600055 con vigencia desde el 1° de noviembre de 1999 al 1° de noviembre del 2000 fue recepcionada el* ***21 de marzo de 2000*** *contemplándose que existieron* ***cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento ni el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura,*** *y a pesar de ello, reitero,* ***sin existir póliza,*** *Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro,* ***cuyos montos de dinero eran descontados de mis cuentas bancarias.***"

Como quiera que se señala una conducta del entonces Banco Santa Cruz S.A., quien no es el sancionado dentro del presente proceso como que no participa del mismo, corresponde tenerse en cuenta que ninguno de los nueve cargos originales, está referido a que "*sin existir póliza, Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro*", por lo que se infiere que tal mención como la prueba aparejada, apuntan más bien al perjuicio que devendría de los montos de dinero del pago de las primas y que le eran descontados al señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** de sus cuentas bancarias, aspecto que debe remitirse a lo considerado y resuelto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, para los cargos N° 1 y N° 2, por las razones que allí se señalan.

Continúa el memorial presentado en fecha 25 de junio de 2012:

"***5.*** *Memorial de 10 de septiembre de 2003 donde se aprecia que* ***el representante legal del Banco Santa Cruz S.A.*** *utilizando una versión de la Póliza, señala en un acto judicial que mi persona no era asegurado; aspecto falso que ya fue esclarecido por las Autoridades Administrativas. Empero el hecho es claro, a raíz de las versiones indiscriminadas de la Póliza 600055 que manejaba Alianza Vida S.A. se me negaba la calidad de asegurado. ¿eso no genera un perjuicio? ¿no es perjudicial para un asegurado que se le niegue dicha condición utilizando una póliza no registrada?*

*Del mismo modo, y en el mismo sentido, adjunto copia memorial de 16 de enero de 2012 donde **HP Brokers SRL** presenta pruebas en el proceso arbitral aduciendo también que mi persona no era asegurado de la Póliza 600055, gracias a una de las versiones de dicha póliza emitidas por Alianza Vida S.A. para negarme mis derechos como asegurado y los derechos de mi señora esposa fallecida que igualmente era asegurada.*

En ambos casos, reitero, ya se encuentra abundantemente demostrado que mi señora esposa fallecida y mi persona siempre fuimos asegurados de la Póliza 600055 de lo cual se deduce que la Entidad Aseguradora utilizó una versión contraria de la Póliza para negar dicha calidad lo cual evidentemente genero un perjuicio a los asegurados para impedir el ejercicio de sus derechos."

No obstante, corresponde tenerse en cuenta que, ninguno de los nueve cargos originales está referido a haberse pretendido negar la calidad de asegurados a los señores **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga de Lucca**.

La omisión de entrega de los Certificados de Cobertura, que puede entenderse como su efecto, tiene que ver con la infracción señalada en los cargos Nº 1 y Nº 2, lo que sumado a las menciones "*¿eso no genera un perjuicio? ¿no es perjudicial para un asegurado que se le niegue dicha condición utilizando una póliza no registrada?*", permiten inferir que lo expresado y la prueba aparejada, apuntan más bien a la existencia de perjuicio, no obstante que se acusan conductas del entonces Banco Santa Cruz S.A. y de HP Brokers, responsables y presentantes de los memoriales de referencia -según les corresponda a cada uno-, quienes no son los sancionados dentro del presente proceso como que no participan del mismo.

En todo caso, este aspecto debe remitirse a lo considerado y resuelto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, para los cargos Nº 1 y Nº 2, por las razones que allí se señalan.

Continúa el memorial presentado en fecha 25 de junio de 2012:

"*Debo hacer notar que dicha documentación ya cursa en el expediente administrativo, no obstante se la presenta nuevamente para facilidad de referencia.*

En consecuencia, solicito a su Autoridad que a tiempo de emitirse Resolución Ministerial Jerárquica se evalúe y analice las literales antes mencionadas las cuales reafirman la existencia de daño económico así como perjuicio que ha sido propiciado por la conducta infractora de Alianza Vida S.A., lo cual determina la plena configuración de los elementos que conforman las Infracciones Insubsanables contenidas en el Art. 52 de la Ley de Seguros, debiéndose, en consecuencia, disponerse la revocatoria de la Autorización de funcionamiento de la mencionada Entidad Aseguradora".

- Los documentos adjuntos al memorial presentado en fecha 25 de junio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, conforme a la relación siguiente, son:

  - Resolución Administrativa IP No. 757 de 16 de septiembre de 2005 y -consiguiente- Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2006 de 31 de enero de 2006, las que se refieren a infracciones a los artículos 27º y 31º de la Ley No. 1732 (de **Pensiones**) y 32º del Decreto Supremo No. 27824 de 3 de noviembre de 2004 (sobre constitución y funcionamiento de la Entidad Encargada de Calificar las prestaciones de Invalidez o Fallecimiento), por lo que haciendo a la

materia de **pensiones** que determina una competencia distinta que la de **seguros**, **de la cual es propio y exclusivo el tratamiento al que se refiere el artículo 39º de la ley Nº 1883**, no corresponde sean tenidas en cuenta de la forma que señala el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.

Idéntica conclusión en lo que atañe a las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2006 de 18 de abril de 2006 (referida al incumplimiento de los Arts. 23º del Decreto Supremo No. 24469 -Reglamento a la Ley de **Pensiones**- y 6º de la Resolución Administrativa SPVS-IP-No. 353/2002 -Seguro Social Obligatorio a miembros de las Fuerzas Armadas-, y de la circular SPVS-IP-No. 056/2002 -Desclasificación NUA para personal militar de las FF.AA.-), y SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de abril de 2007 (referida al incumplimiento de los Arts. 23º y 31º de la Ley de **Pensiones**, 95º y 142º del Reglamento a la Ley de **Pensiones**, y otros de la misma naturaleza).

Similar conclusión en lo que hace a las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2007 de 31 de enero de 2007 (referida al incumplimiento del Art. 2º del Manual de Cuentas para Entidades de Depósitos de **Valores** y Compensación y Liquidación de **Valores**), SG SIREFI RJ 33/2007 de 2 de abril de 2007 (referida al incumplimiento del Art. 68º de la Ley Nº 1834, del Mercado de **Valores**), SG SIREFI RJ 61/2007 de 3 de julio de 2007 (referida al incumplimiento de los Arts. 68º y 75º de la Ley Nº 1834, del Mercado de **Valores**, 100º y 103º del Reglamento de Registro de Mercado de **Valores**), SG SIREFI RJ 13/2008 de 31 de enero de 2008 (referida al incumplimiento de los artículos 68º de la Ley del Mercado de **Valores**, 56º de la Regulación para las Entidades Calificadoras de Riesgo, y 103º del Reglamento de Registro de Mercado de **Valores**) y SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 (referida al incumplimiento del artículo 94º de la Ley Nº 1488, de **Bancos y Entidades Financieras**), por resultar de materias distintas a la de seguros.

- La Resolución Administrativa IS No. 903 de 23 de agosto de 2006, que amén de referirse a la sanción por infracciones leves, aquellas que según el artículo 52º de la Ley Nº 1883, de Seguros, no causan daño económico o perjuicios (entonces no son susceptibles de valoración), **se limita** a una controversia de carácter adjetivo, entonces de una competencia disciplinaria que no infringe la disposición del artículo 39º de la misma Ley Nº 1883, por lo que tampoco corresponde sea tenida en cuenta de la forma que señala el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, similar conclusión en lo referido a las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 11/2007 de 26 de enero de 2007 y SG SIREFI RJ 35/2008 de 10 de junio de 2008.

- El Informe SPVS/INF/Nº 01/2008 de 30 de mayo de 2008, emitido por la Comisión Especial SPVS, y referido a "*aspectos denunciados por el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez contra Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A. y H.P. Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL*", el que en relación a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, señala:

"De acuerdo a los resultados descritos en el presente informe y al objetivo general, la inspección técnica sobre los aspectos denunciados por Luis Artemio Lucca Suarez…, se concluye en los puntos que se detalla a continuación: (…)

VII. Al no emitir y entregar certificados o notas de coberturas de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez y Ana María Arteaga de Lucca, durante el periodo comprendido entre julio a diciembre del 2000 y enero a marzo del 2001, la entidad habría incumplido el inciso g) del artículo 12 de la Ley 1883 de fecha 25 de junio del 1998, que establece, "...emitir pólizas de seguros, certificados u notas de coberturas, claras y fácilmente legibles".

VIII. Asimismo durante el periodo comprendido de julio 2000 a marzo del 2001, la entidad aseguradora habría incumplido el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 257 del 19 de junio de 2000 (derogada por la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 172 del 16/4/01), que establece, "Es obligación de la entidad aseguradora que suscriba seguros colectivos emitir para cada asegurado, un certificado de Cobertura...", al no emitir y entregar durante este período los certificados o notas de coberturas de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez y Ana María Arteaga de Lucca.

IX. Durante el periodo de mayo de 2001 al 31 de diciembre de 2001, la entidad, no ha registrado en esta Superintendencia el Certificado de Cobertura de la póliza de seguros de desgravamen hipotecario, con código asignado N° 207-934801-1999 11 004, por tanto la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario con vigencia del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, emitida el 29 de enero de 2001, no cuenta con certificado de cobertura, incumpliendo lo establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 172 del 16 de abril de 2001, que indica en sus dos últimos párrafos, lo siguiente: "El texto de la póliza de seguros colectivo y el certificado de cobertura deberá ser objeto de registro en la SPVS, de forma previa a la comercialización del seguro, según la Resolución Administrativa SPVS- JS N° 070 de fecha 23 de abril de 1999. Es obligación de la entidad aseguradora hacer la entrega del Certificado de Cobertura al asegurado en los 10 (diez) días siguientes a la extensión de la cobertura".

X. Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., ha operado y suscrito un contrato de reaseguro con SCOR, dicha empresa no se encontraba registrado en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros durante el periodo de 1 de octubre de 2000 al 21 de enero de 2001. Por tanto, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., habría incumplido el reglamento de reaseguro pasivo aprobado con Resolución Administrativa SPVS- IS N° 032/98 del 30 de diciembre de 1998, en lo referente al punto 1.2 incisos i) y iii) que establece lo siguiente: "Las reaseguradoras extranjeras que operan en el mercado local deberán encontrase debidamente registradas en la SPVS", "El registro podrá ser efectuado por un representante legal de la aseguradora, por su representante acreditado en Bolivia o por la compañía de seguros cedente. Es obligación de la compañía de seguros cuidar que las reaseguradoras con las que opera directamente estén registradas en la SPVS", respectivamente.

XI. Se evidencia que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no ha remitido a esta Superintendencia los textos del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados por la SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS IS N° 321/99 del 9 de noviembre de 1999, de las pólizas Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934801-1999 11 003 y Desgravamen Hipotecario con código 207-934901-1999 11 004. Asimismo, se evidencia que el

condicionado particular de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario comercializado por la entidad no consigna el código asignado por la SPVS, por tanto Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., al no remitir a la Superintendencia en tres ejemplares los textos del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos de las pólizas Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934901-1999 11 003 y Desgravamen Hipotecario con código 207-934801-1999 11 004, habría incumplido la instrucción del artículo octavo de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 321/99 del 9 de noviembre de 1999, que establece; "La compañía debe enviar a esta Superintendencia tres ejemplares del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos, para su archivo".

XII. *La póliza N° 600055 de seguro de desgravamen hipotecario suscrita por el Banco Santa Cruz S.A. y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., con fechas de emisión el 29 de enero de 2001 y 27 de octubre de 1999, en cuanto al contrato de seguro en lo referente al condicionado particular otorga a través de cláusulas adicionales, coberturas, beneficios y otras características particulares, que difieren del condicionado particular registrado en la SPOVS, por tanto las cláusulas B) Límite de edad, C) Coberturas, E) Límite máximo de capital asegurado, G) Tasa total mensual compañía de créditos mancomunados y/o solidarios, H) En la misma que se incluyo, el siguiente párrafo; "Debiendo el Banco efectuar el pago respectivo máximo hasta los 30 días posteriores a la presentación de los listados", I) Codeudores, J) Créditos en mora, K) Participación de beneficios (comisión de utilidades), L) Derechos de emisión, en el apartado final del condicionado particular; "Forman parte integrante la de la póliza los siguientes documentos (condicionado particular, anexo de condiciones especiales, procedimiento en caso de siniestro, condicionado general, cláusula de 90 días FONVIS), así como también, de la póliza emitida el 27 de octubre de 1999, en cuanto a las siguientes cláusulas; K) Comisiones por cobranza mensual y J) Profit comission, cláusulas que fueron comercializados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., a través de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, en su condicionado particular, incumple el inciso f) de artículo 12 de la Ley N° 1883 que establece;" Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguro". Asimismo, incumplen el artículo 2 del Reglamento de Registro de pólizas," anexos y/o cláusulas adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS N° 70/99 del 23 de abril de 1999, que establece; "Las pólizas, anexos, o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización".*

XIII. *En cuanto al registro de los siguientes anexos; N° 2 (cartera, Fonvis, soluciones), N° 1, N° 2 y otros de declaración mensual de primas, condiciones especiales de asegurabilidad, procedimientos en caso de siniestros y calculo de comisión de utilidades, estos anexos no se encuentran registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, situación que fue confirmada con el informe SPVS/IS/DAD/ N° 519/2008 de fecha 6 de mayo de 2008, de la Dirección de Análisis y Desarrollo de la Intendencia de Seguros, en su punto 3 y el CITE SPVS-N° 210/2007 de fecha 21 de febrero del 2007. Anexos que fueron comercializados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., a través de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, incumpliendo el artículo 2 del Reglamento de Registro de pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS- IS N° 70/99 del 23 de abril de 1999, que establece; "Las pólizas, anexos, o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la Superintendencia de Pensiones,*

Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización". Asimismo, incumple el inciso f) de artículo 12 de la Ley N° 1883 que establece;" Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguro".

XIV. Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., al no presentar la documentación solicitada mediante nota SPVS-N° 528/2008 del 20/04/2008, en los puntos 1) y 4), al no cumplir con lo requerido por la comisión especial, en cuanto a la presentación de la documentación referente a las notas de débito 57624-01, 58245-01, 58636-01, las mismas que no tienen el mismo formato de la nota de débito No 58345-011, la entidad habría incumplido la instrucción emanada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota SPVS-N° 528/2008, siendo pasible a la aplicación del reglamento de sanciones del sector de seguros, la misma que fue aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS N° 602/03 del 24 de octubre de 2003. Asimismo, habría incumplido el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 del 25 de junio de 1998, que establece;" Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero", previo proceso administrativo (…)

Se recomienda a la máxima autoridad de la Superintendencia de Valores, Pensiones y Seguros, lo siguiente: (…)

R.3 En relación a las conclusiones VII al XIV sobre Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A., remitir el presente informe a la Dirección Legal, para que previo análisis técnico legal determine los efectos adicionales que pudieran generar las faltas a la normativa del mercado de seguros, e inicie las acciones administrativas previstas por Ley, previo proceso administrativo en contra de dicha entidad."

Al respecto, la valoración que se realiza a tal literal no debe perder de vista que, conforme a su propia recomendación de "*acciones administrativas… previo proceso administrativo*", es a la sustanciación del mismo que se han sucedido las etapas procesales ulteriores y correspondientes al proceso sancionador y, ahora, al recursivo; en el estado presente, la Resolución Ministerial Jerárquica no toma en cuenta etapas procesales -tales como informes preliminares- que, dado el estado del proceso, se infieren ya sustanciadas, sino que, conforme al artículo 52° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, se desarrolla sobre la base de "*la resolución,… que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos*".

- Las dos pólizas de Seguro de Desgravamen Hipotecario, ambas con el No. 600055 y ambas emitidas por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, una de las cuales refiere como *asegurado* a los "***Prestatarios de cartera FONVIS y Solución del Banco Santa Cruz***", empero la otra refiere como *asegurado* al "***Banco Santa Cruz S.A.***".

- Conforme se señala en la nota RCL. 017/03 de 20 de marzo de 2003 (que las precede), las "*planillas mensuales de pagos de primas desde el mes de Enero del 2000 hasta febrero del 2001, efectuadas por el Banco Santa Cruz S.A., que corresponde a los señores Lucca Arteaga*".

- El memorial presentado en fecha 10 de septiembre de 2003 por el **Banco Santa Cruz S.A.** al señor Juez Cuarto de Partido en Materia Civil Comercial de la ciudad de Santa Cruz

de la Sierra, que señala no reconocer al señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** la "*facultad*" para iniciar un procedimiento de auxilio judicial, además de acreditar su personería y la de su apoderado, ratificar los términos de otro memorial (de 19 de agosto de 2003) y pronunciarse sobre la inaplicabilidad de la cláusula compromisoria.

- El memorial presentado en fecha 17 de enero de 2012 por **HP Brokers SRL** al Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio, por el que ofrece prueba documental -de acuerdo al detalle que allí sale- e incluye diapositivas power point impresas, una de las cuales señala que el asegurado de la *Póliza inicial Banco Santa Cruz*, era el propio Banco.

A la literal así ofrecida, le son pertinentes también los fundamentos y observaciones que se han hecho constar supra, a tiempo de considerar el memorial de fecha 25 de junio de 2012 del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, por el que ha sido presentada y ofrecida.

- La Resolución Administrativa ASFI Nº 085/2009 de 10 de agosto de 2009, presentada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante la nota ASFI/DAJ/R-78032/2012 de 27 de junio de 2012, y que al tiempo advierte que tal Resolución Administrativa "***fue anulada*** *por Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 de 17 de marzo de 2010*".

  La Resolución Administrativa ASFI Nº 085/2009 resuelve:

  "***PRIMERO.-*** *Sancionar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros de Vida S.A., con la imposición de una multa de Bolivianos 260.397 (Doscientos Sesenta Mil Trescientos Noventa y Siete 00/100 Bolivianos) y con la prohibición de presentarse durante tres meses a licitaciones públicas y/o privadas, al haberse comprobado la comisión de infracciones graves a la normativa que regula el mercado de Seguros.*
  SEGUNDO.- *La multa deberá ser depositada en la Cuenta del Banco Central de Bolivia Nº 865 TGN – Cuenta Transitoria en Moneda Nacional, habilitada para tal efecto, en el plazo de quince (15) días que corren a partir de la notificación con la presente Resolución.*

  TERCERO.- *Desestimar el cargo Nº 9 contenido en la CITE: SPVS/IP/AL Nº 3183/2009 de 29 de diciembre de 2009.*

  CUARTO.- *La Dirección de Supervisión de Seguros queda a cargo del cumplimiento de la presente Resolución.*

  QUINTO.- *Disponer la publicación de la presente Resolución Administrativa, en un órgano de prensa de circulación nacional*".

- Lo expresado en fecha 5 de julio de 2012 por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en oportunidad de la audiencia de exposición oral de sus fundamentos, instalada a solicitud de la misma.

- Lo expresado en fecha 5 de julio de 2012 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, en oportunidad de la audiencia de exposición oral de sus fundamentos, instalada a solicitud del mismo.

- Los fundamentos señalados en el memorial presentado en fecha 5 de julio de 2012 por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, conforme a la transcripción siguiente:

"***2. Relación de Hecho y Derecho de contestación al memorial del 25 de junio de 2012***

Al respecto, en irrestricto uso de mi Derecho de Defensa y por el Derecho de Petición Administrativa, consagrado en el articulo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, con el objetivo de responder detalladamente a las erráticas aseveraciones de Luis Artemio Lucca Suarez, cumplo con responder al memorial del 25 de junio de 2012 y desvirtuarlas de acuerdo al siguiente contenido:

2.1. Sobre el Punto Nro. 1 del memorial del 25/06/2012

Se debe tomar en cuenta que dentro de las facultades regulatorias de las entidades que conformaban el SIREFI conforme los artículos 23 y 24 de la Ley Nro. 2427, todas ellas tienen la capacidad de establecer multas económicas, en el marco de sus potestades punitivo regulatorias.

Sin embargo, en el caso en particular se debe considerar que en ningún momento desde hace casi una década relativa a la problemática generada por Luis Artemio Lucca Suarez, ni la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS), o la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), u otras entidades convocadas, han determinado o identificado la existencia de daño o perjuicio, incluso en la Resolución ASFI 142/2012 de fecha 23 de abril de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, analizó e identificó la ***inexistencia absoluta de daño o perjuicio,*** *siendo que esta aseveración es absolutamente unilateral por parte del Sr. Luis Artemio Lucca Suarez, que pretende generar percepciones para que su autoridad ingrese en error esencial ya que ha quedado sustancialmente demostrada la inaplicabilidad de preceptos de insubsanabilidad del artículo 52 de la Ley Nro. 1883.*

En todo caso se adjunta la documentación suficiente, pertinente y competente por la cual, se demuestra que ningún órgano regulatorio, identifico daño o perjuicio, siendo que por el contrario, todos estos procesos han producido que incluso la entidad financiera (Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), haya dejado de cobrar los montos de dinero que fueron otorgados en calidad de préstamo al recurrente, aspecto que se puede evidenciar de la siguiente documentación, con lo cual se demuestra que en todo caso el único que ha sido beneficiado por esta serie de procesos es el ilegítimo recurrente.

En consecuencia, corresponde invocar la previsión legal contenida en el ***artículo 1283 del Código Civil,*** *por el cual a efectos de validar una postura jurídica dentro de proceso, corresponde que ésta sea* ***PROBADA,*** *por medios fehacientes y legales, ya que de lo contrario, son simplemente conjeturas que no tienen ningún valor legal dentro de la tasación de la prueba en procesos administrativos, por lo cual corresponde además de demostrar la existencia de daño, la concurrencia de dolo, condiciones jurídicas que a la fecha no han sido demostradas por Luis Artemio Lucca Suarez.*

> ***ARTICULO 1283.-. Quien pretende en juicio un derecho, debe probar el hecho o hechos que fundamentan su pretensión.***

2.2. Sobre el Punto Nro. 2 del memorial del 25/06/2012

En forma totalmente sugestiva Luis Artemio Lucca Suarez, manifiesta que el Informe SPVS/INF/Nro.01/2008 del 30 de mayo de 2008 que dio origen a la nota de Cargos, que

demuestra *una serie de actos ilícitos, respecto a haberse utilizado más de una versión de la Póliza Nro. 600055, sin estar registrada ninguna de ellas en la SPVS.*

Sobre el particular, en primera instancia corresponde realizar una corrección técnica:

"Una Notificación de Cargos", *no tiene ningún efecto definitivo y se constituye únicamente en la evidencia de* ***POSIBLES INDICIOS YPRESUNTOS RESPONSABLES****, por lo cual resulta absolutamente inadmisible que el recurrente pretenda presentar a una notificación de cargos como una* ***VERDAD JURIDICA****, aspecto que su autoridad podrá apreciar con absoluta nitidez en la lectura del artículo 82 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 26 del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175 que dispone:*

> ***ARTICULO 82º.- (Etapa de Infracción).-*** *La etapa de iniciación se formalizará con la notificación a los* ***PRESUNTOS INFRACTORES*** *con los cargos imputados, advirtiendo a los mismos que de no presentar pruebas de descargo o alegaciones en el termino previsto por esta Ley, se podrá emitir la resolución correspondiente.*

Sin perjuicio de lo mencionado, corresponde poner en su atención que en la Resolución Nro. ASFI/142/2012 de fecha 23 de abril de 2012, sobre la falta de registro de la Póliza aludida, se estableció una sanción la cual fue recurrida y que además se halla en el ámbito de la prescripción que operó por el transcurso del tiempo, aspecto que fue fundamentado en el memorial del recurso jerárquico interpuesto por la empresa que represento.

De igual forma corresponde poner en su atención que el Condicionado General de la Póliza de Desgravamen fue aprobado conforme antecedentes de la compañía hace varios años atrás, lo cual denota que la resolución aprobatoria existe y que en todo caso deberá ser solicitada a la autoridad competente.

2.3. En relación al Punto Nro. 3 del memorial del 25/06/2012

Luis Artemio Lucca Suarez, manifiesta en el punto 3 de su memorial del 25 de junio de 2012, que la supuesta existencia de versiones de la Póliza Nro. 600055, presuntamente genera perjuicio. Nuevamente se debe reiterar que dicha aseveración es únicamente una "conjetura" de Luis Artemio Lucca Suarez, toda vez que no existe ningún precedente administrativo o regulatorio que demuestre el perjuicio imaginario que conduce al ilegítimo peticionante.

En todo caso, todos estos aspectos que enuncia el peticionante, fueron resueltos, en las diferentes instancias del proceso administrativo sancionador, donde en ningún momento se pudo lograr evidencia alguna sobre perjuicio presuntamente causado.

De igual forma las supuestas diferencias fueron correcciones normales dentro del rubro asegurador, por ejemplo, Lucca menciona que en la primera manifestaba como asegurados: Banco de Santa Cruz, situación jurídica que es evidente que no puede estar bajo desgravamen hipotecario por ser una persona jurídica no sujeta a la posibilidad de fallecer, por lo que se corrige a lo que debió ser: asegurado: cartera de prestatarios.

En todo caso esta es una corrección elemental y esencial que incluso se halla respaldada, más allá de lo jurídico por el sentido común.

2.4. En relación al punto 4 del memorial del 25/06/2012

Luis Artemio Lucca Suarez, en el punto 4to. del memorial del 25 de junio de 2012, manifiesta que de acuerdo a las Planillas remitidas por Alianza Vida a la SPVS durante los meses de noviembre y diciembre de 2000 no existió póliza de seguro de desgravamen hipotecario y no obstante de ello

*el **Banco cobró las primas** de seguro por esos periodos en favor de la aseguradora y que además existieron 5 meses de cobro de primas sin tener conocimiento el Banco, ni el corredor y dichos montos serían **descontados de sus cuentas bancarias**.*

Al respecto, corresponde poner en atención de su Autoridad, que Luis Artemio Lucca Suarez, nuevamente intenta generar "confusión" sobre la esencia y límite del Recurso Jerárquico, lo cual respondemos de la siguiente forma:

1. *En su memorial del 25 de junio de 2012, Luis Artemio Lucca Suarez reclama sobre las acciones del **Banco** sobre **débitos de sus cuentas bancarias**, situación o hechos que están por fuera de la Notificación de Cargos efectuada por la SPVS el 30 de mayo de 2008 a través del Informe SPVS/INF/01/2008 donde se establecieron 9 presuntos incumplimientos, los cuales han sido definidos en su sustancia y su procedimiento, convirtiéndose estos en los límites de la controversia regulatoria, tal como lo establece el artículo 66 parágrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 21175, motivo por el cual el invocar situaciones nuevas como el débito de sus cuentas bancarias dentro de un procedimiento administrativo definido, está por fuera de la legalidad y en caso de ser admitidas por la autoridad pública se estaría generado un escenario puro y simple de indefensión.*
2. *Como fue manifestado el límite de la potestad sancionatoria se halla dentro de lo que fuera expresamente identificado por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros a través del Informe SPVS/INF/01/2008 del 30 de mayo de 2008 y en caso de que EL BANCO haya realizado alguna gestión o débito, es una aspecto donde la entidad financiera tiene el deber de rendir cuentas sobre el particular y no así nuestra empresa.*
3. *El hecho de invocar situaciones o actos realizados por el Banco, que no están dentro de la competencia y alcance del recurso jerárquico y menos de la notificación de cargos del 30 de mayo de 2008, deberán ser resueltas dentro del procedimiento sancionatorio o administrativo, entre el Banco y Luis Artemio Lucca Suarez, toda vez que dentro del recurso jerárquico que se está tramitando respecto a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., resulta absolutamente improcedente, debido al límite sancionatorio que se halla descrito en los cargos que fueran identificados mediante Informe SPVS/INF/01/2008 del 30 de mayo de 2008.*

2.5. En relación al punto 5.

Sobre el particular en el memorial del 25 de junio de 2012 en forma totalmente imprecisa, Luis Artemio Lucca Suarez realiza dos aseveraciones expresas e inequívocas:

1. ***"...el representante legal del Banco Santa Cruz S.A., utilizando una versión de la póliza señala en un acto judicial que mi persona no era asegurado..."***

2. ***"...el memorial de 16 de enero de 2012 donde HP BROKERS SRL presenta pruebas aduciendo también que mi persona no era asegurado...".***

*Sobre el particular, sin perjuicio de los detalles relativos a ambos procesos enunciados por Luis Artemio Lucca Suarez, corresponde ir a la raíz y origen de los antecedentes sobre la **condición de asegurado**.*

- *En fecha 17 de Abril del 2001_fallece Ana María Arteaga de Lucca, prestataria del ex Banco Santa Cruz, con saldo deudor de $us. 275.687,99, con 300 días de Mora.*
- *Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. analizada la documentación señala:*

"La prestataria Ana María Arteaga de Lucca ha incumplido con el pago de primas por seguros, no figurando en las declaraciones mensuales fijadas por el Banco. Por lo tanto, nos vemos imposibilitados de dar curso al siniestro por la suma de $us. 275.687,99 (saldo

deudor), toda vez que la póliza habría caducado (Art. 21 Numeral 2 Condicionado General Póliza de Desgravamen Hipotecario) situación por la cual declaramos el siniestro no susceptible de indemnización."

En ese sentido, como su Autoridad podrá apreciar resulta absolutamente inaudito que a la fecha se intente el reconocimiento de algún derecho en relación al recurrente, cuando ***él fue el primero en incumplir la obligación primaria de tener vigente una obligación de naturaleza de Seguros, violando flagrantemente lo previsto en el artículo 1019 del Código de Comercio****.*

Por ello que respetuosamente pongo en su consideración el pronunciamiento de Luis Artemio Lucca Suarez, hacía la entidad financiera que a la letra confiesa:

"La crisis que embarga a nuestro País y el repentino deterioro de la salud de mi Señora pilar fundamental de la empresa, ***ME FORZARON A NO SEGUIR HONRANDO MIS OBLIGACIONES.*** *Dicha situación llevo a vuestra entidad financiera entre otras, a excluirnos del listado mensual que reportan ante la empresa aseguradora para amparar los saldos deudores en caso de fallecimiento de vuestros clientes...*

En mérito a lo anterior y tomando en cuenta las garantías aportadas como fuente de repago que eran más que suficientes para cumplir estos gastos (pago de primas al seguro) en caso de llegar a ejecución de las mismas por mi ***INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO*** *y que estuviera definido en la cobertura de nuestro saldo deudor, a raíz del fallecimiento de mi Señora, le solicito realizar una gestión extraordinaria ante la empresa aseguradora para que se reconsidere el rechazo al reclamo, tal y como lo hicieren en anteriores ocasiones..."*

En ese sentido, como se podrá apreciar con absoluta nitidez, es el mismo recurrente que en forma expresa admitió el hecho de que no pudo cumplir con sus obligaciones relativas al pago de las pólizas que hoy en día las demanda y desconoce.

Queda demostrado que Luis Artemio Lucca Suarez, confeso explícitamente que no cumplió con sus obligaciones relativas a las obligaciones inherentes al contrato de seguro, motivo por el cual todo análisis debería partir de dicha condición fáctica ineludible y no basarse en apreciaciones totalmente subjetivas, con el único objetivo de constreñir a la entidad aseguradora.

3. En relación al perjuicio o beneficio de las operaciones observadas

Por otra parte, Luis Artemio Lucca Suarez, en todo el contenido del memorial del 25 de junio de 2012, pretende a través de conjeturas el "demostrar" un daño que nunca ha existido.

Por el contrario en la evaluación final, es importante que en una cabal aplicación del Principio de Verdad Material que rige el Procedimiento Administrativo, el cual se halla tipificado en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, se verifique si Luis Artemio Lucca Suarez, pagó al Banco, los montos de sus diferentes créditos que tenía, lo cual en caso de no haber sido cancelados denotan que la única persona que fue beneficiada con todos estos procesos regulatorios, sancionatorios, etc., fue dicha persona, por lo cual de ninguna manera puede invocar perjuicios, daños o lesiones de ninguna naturaleza.

4. Petitorio

Señor Viceministro, en merito a lo expuesto y en fiel amparo de lo previsto en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, solicito a su Autoridad, respetuosamente:

1. *Tenga presente los extremos expuestos en el contenido del presente memorial de respuesta a Luis Artemio Lucca Suarez y que estos extremos sean analizados para la emisión de ulterior resolución que resuelva el Recurso Jerárquico.*

2. *Sírvase verificar el incumplimiento primario y confesado del artículo 1019 del Código de Comercio, por parte de Luis Artemio Lucca Suarez.*

3. *Sírvase solicitar al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, a cargo del Dr. Mario Guillen la Resolución que resolvió el recursos jerárquico respecto a las controversias con el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*

4. *Por otra parte invocar ante su Autoridad como precedente del tratamiento de prescripciones la Resolución emitida por el Viceministerio a su cargo, donde se resolvieron las presuntas contravenciones en contra de HP Brokers SRL. donde se aprecia con nitidez los precedentes generados que respaldan este petitorio y principalmente la forma de computo de plazos sobre la prescripción.*

5. *Se tenga presente nuestra solicitud respetuosa a su Autoridad de que en las instancias Jerárquica, por preservación de la seguridad y limite de la potestad resolutoria de fin de vía administrativa, solo se pueden analizar aspectos que están dentro de la resolución de revocatoria que fuera emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y no así otros aspectos o elementos que se hallan en otro tipo de jurisdicciones, como está siendo promovido por el memorial del 25 de junio de 2012.*"

Se debe aquí tener presente que, el memorial de fecha 25 de junio de 2012 presentado por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, tiene por finalidad, como en el mismo señala, de que:

"*…las literales antes mencionadas las cuales reafirman la existencia de daño económico así como perjuicio que ha sido propiciado por la conducta infractora de Alianza Vida S.A., lo cual determina la plena configuración de los elementos que conforman las Infracciones Insubsanables contenidas en el Art. 52 de la Ley de Seguros, debiéndose, en consecuencia, disponerse la revocatoria de la Autorización de funcionamiento de la mencionada Entidad Aseguradora*".

Por lo que los extremos señalados, tanto por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** en fecha 25 de junio de 2012, como en su respuesta de fecha 5 de julio de 2012 por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, tienen que ver con los fundamentos del suscrito Ministro, a los cargos Nº 1 y Nº 2, tanto supra como también infra mencionados -dada su trascendencia repetitiva respecto del contenido de ambos recursos-, entonces con la determinación referida a los mismos, por lo que en todo caso, a tales pronunciamientos deberán remitirse los argumentos sobre ello expresados por ambos recurrentes.

No obstante ello, en mérito a lo señalado por la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** en los numerales 3 y 4 de su memorial de precedente referencia, y en la calidad que les corresponden, es decir cual precedentes administrativos, se tienen para la presente Resolución Ministerial Jerárquica las diversas Resoluciones Administrativas Jerárquicas de Regulación Financieras que han resultado de pertinente consideración.

- Los fundamentos señalados en el memorial presentado en fecha 9 de julio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, conforme a la transcripción siguiente:

"*Al amparo del Art. 90 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 aplicable supletoriamente al presente caso por determinación de la Disposición Adicional Segunda del mencionado texto normativo, y tal como se mencionó en la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos celebrada el 05 de julio de 2012; tengo a bien adjuntar en calidad de prueba copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 177-2012 de 23 de marzo por medio de la cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) dispuso* ***sancionar a Alianza Vida S.A.*** *con la suma de 39.186 UFV's* ***por infracción al Art. 12, literal f), de la Ley de Seguros*** *y al Art. 5 del Reglamento de Registro de Pólizas/Anexos y/o Cláusulas Adicionales aprobado por Resolución Administrativa IS/No. 070/99 de 23 de abril* ***por haber comercializado anexos de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario*** *No. 80072 del año 2009 emitida* ***a favor del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. SIN EXISTIR REGISTRO ANTE EL ORGANO REGULADOR****.*

El origen de dicha sanción se dio a partir del Informe ASFI/DVS/R-44852/2010 de 06 de mayo que fue emitido en las investigaciones preliminares realizadas por la ASFI en mi caso en particular donde se detectó que ***"El Banco Mercantil Santa Cruz S.A.****, ha tomado como beneficiario de la Póliza No. 80072 de* ***seguro de desgravamen hipotecario emitido por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.*** *(...) En cuyo condicionado particular se evidencia la existencia de una cláusula de comisión de beneficios* ***siendo que la misma fue también comercializada por esa entidad aseguradora en la póliza No. 600055****. Por lo que al amparo de proteger a los asegurados y beneficiarios de la Póliza 80072 de seguro de desgravamen hipotecario (...) se sugiere instruir al* ***Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*** *la suspensión de la contratación de la póliza de seguro de desgravamen hipotecario de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.* ***mientras dicha cláusula de 'comisión de beneficios' se encuentre debidamente registrada"***

A partir de lo anterior, por memorial de 18 de agosto de 2011 mi persona presentó ante la APS la correspondiente denuncia por este hecho habiéndose emitido posteriormente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 177-2012 de 23 de marzo antes mencionada que determine la aplicación de sanción contra la Aseguradora. ***Cabe destacar que según la nota CITE: APS/DJ/DS/4777/2012 de 29 de junio*** *(notificada a mi persona el 06 de julio de 2012) por la cual se me hace conocer la multa impuesta, claramente se menciona que la supra citada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 177-2012 de 23 de marzo* ***"no ha sido impugnada" en consecuencia la misma ha adquirido plena firmeza administrativa****.*

Ahora bien, con la explicación antes expuesta, se puede concluir que Alianza Vida S.A. incurrió en una conducta ***REINCIDENTE al operar nuevamente con Pólizas de Seguro de Desgravamen Hipotecario cuyos anexos y condicionados NO FUERON REGISTRADOS ante el órgano regulador,*** *lo cual demuestra que, hasta la actualidad, la Compañía Aseguradora mantiene una actitud ilícita en el manejo de sus Pólizas de Seguro de Desgravamen Hipotecario no solo en el tema atinente a mi persona sino en otros similares donde curiosamente (y al igual que en mi caso)* ***también se encuentra involucrado el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.,*** *aspecto que debe ser tomado en cuenta por su Autoridad a tiempo de valorar la conducta de la compañía infractora que en definitiva se adecua a la tipología de Infracciones Insubsanables.*

OTROSI 1°. *Adjunto al presente Informe ASFI/DVS/R-44852/2010 de 06 de mayo, nota CITE: APS/DJ/DS/4777/2012 de 29 de junio y Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 177-2012 de 23 de marzo.*

OTROSI 2°. *Debe observar el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que desde el inicio de mis denuncias ante la ex SPVS, nunca dicha entidad (en la cual se desempeño el Lic. Iván Rojas Yanguas como técnico y luego Intendente de Seguros y que ahora ostenta el cargo de Director de la APS) se dignó a sancionar en la medida correcta a Alianza Vida S.A. por el uso de pólizas y anexos sin registro, y ahora, después de tanto tiempo recién se obra conforme a derecho, situación que es inexplicable.*

OTROSI 3°. *En atención a lo antes mencionado, por cuestiones de orden e interés público así como de seguridad jurídica de los asegurados en general, la Resolución Ministerial Jerárquica deberá ordenar que la APS efectúe una auditoría especial a Alianza Vida S.A. para determinar si todas las Pólizas de Seguro de Desgravamen Hipotecario comercializadas por la Aseguradora se encuentran debidamente registradas ante el órgano regulador por cuanto dichas pólizas al asegurar la vida de las personas debe ser manejadas con la seriedad y responsabilidad necesaria para evitar nuevamente que se consumen las ilicitudes que se cometieron en mi caso en particular.*"

- Los documentos adjuntos al memorial presentado en fecha 9 de julio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, conforme a la relación siguiente:

  - Informe ASFI/DSV/R-44852/2010 de 6 de mayo de 2010, referido a "*los aspectos no considerados en el informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009, de las denuncias hechas por el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez en contra del ex Banco Santa Cruz S.A. actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A., mediante memorial del 19 de noviembre de 2009*".

    Al respecto, la valoración que se realiza a tal literal tiene presente que, si bien relacionado al tema del caso presente, el informe ASFI/DSV/R-44852/2010 está básicamente dirigido al accionar del **ex Banco Santa Cruz S.A.** y que por su naturaleza -informe- no constituye una posición de autoridad competente, sino que sus eventuales sustanciación y resolución (en cuanto corresponda en Derecho) debe observar el debido proceso administrativo, como el derecho a la defensa de tal entidad bancaria (ahora **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**).

    Por otra parte, la Resolución Ministerial Jerárquica no toma en cuenta etapas procesales -tales como informes preliminares- que, dado el estado del proceso, se infieren ya sustanciadas, sino que, conforme al artículo 52° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, se desarrolla sobre la base de "*la resolución,… que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos*".

  - El memorial presentado en fecha 18 de agosto de 2011 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sobre denuncia en contra de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** "*por incumplimiento al registro del condicionado relativo a "comisión de beneficios" inserto en la Póliza de seguro de desgravamen hipotecario No. 80072 cuyo beneficiario es el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*".

- La nota APS/DJ/DS/4777/2012 de 29 de junio de 2012 dirigida al señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la que se establece que:

  "*Atendiendo su solicitud contenida en el memorial presentado en fecha 25 de junio de 2012, cumplimos en informarle que esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha seguido el correspondiente procedimiento sancionatorio contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. que concluyó con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 177-2012 de 23 de marzo de 2012, misma que no ha sido impugnada.*"

- La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 177-2012 de 23 de marzo de 2012, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

  "***PRIMERO.- SANCIONAR a ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa en bolivianos equivalente a 39,186 UFV's (Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención al inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883, de 25 de junio de 1998 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999, por no haber registrado ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros la Cláusula de "Comisión de Beneficios" incluida en la Póliza de Desgravamen Hipotecario Nº 80072.*"

- Los fundamentos señalados en el memorial presentado en fecha 13 de julio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, conforme a la transcripción siguiente:

  "*Habiendo sido notificado en fecha 10 de julio de 2012 con el memorial presentado por Alianza Vida S.A. el 05 de julio de 2012 por el cual responden a mi memorial de 25 de junio del año en curso, tengo a bien efectuar las siguientes precisiones jurídicas:*

  1. *Señala la Entidad Aseguradora en el punto 2.1. de su memorial que "en ningún momento se ha determinado o identificado la existencia de daño o perjuicio habiendo señalado la ASFI la 'inexistencia absoluta de daño o perjuicio' y que mi persona estaría generando percepciones para inducir en error a la autoridad y que según la tasación de la prueba en procesos administrativos conforme al Art. 1283 del Código Civil no se ha demostrado lo insubsanable de las infracciones"*

     Al respecto, corresponde mencionar que el hecho de no haberse identificado, ***por el momento,*** *la existencia de daño económico* ***o*** *perjuicio ha sido simplemente por la falta de una adecuada valoración probatoria y jurídica por parte de la ASFI quien, negando su propia competencia, determinó erróneamente que la materialización de estos eventos (daño económico* ***o*** *perjuicio) debían ser determinados por "otras autoridades" en clara infracción a los Arts. 41-e) y 43-u) de la Ley de Seguros que disponen categóricamente que el órgano regulador debe cumplir con la mencionada norma y aplicar las sanciones previstas por ella, donde también el Art. 52 de la citada Ley de Seguros indica que el ente regulador deberá ejercer su poder sancionador en los tipos de infracciones y sanciones contenidas en dicho articulado donde se encuentran, también, las infracciones insubsanables en cuya descripción debe determinarse la concurrencia de daño económico* ***o*** *perjuicio y de dolo* ***o*** *culpa, entre otros extremos, que se encuentran debidamente probados por mi parte. Precisamente por ello, nos encontramos en etapa de impugnación jerárquica para que se corrijan los errores cometidos por la ASFI y en definitiva se aplique la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento de Alianza Vida S.A. al concurrir los requisitos*

de comisión de infracciones insubsanables. Resulta ser incorrecto que se señale que mi persona "pretende hacer incurrir en error a la autoridad a través de conjeturas unilaterales", por cuanto la prueba que ha sido adjuntada (en realidad reiterada) en mi memorial de 25 de junio de 2012 es por demás diáfana y comprueba que los órganos administrativos, en su labor de imponer sanciones, ***pueden identificar la existencia de daño económico o perjuicio para cumplir con su labor sancionatoria. (no ordenar resarcimiento)***

De otro lado, cabe aclarar a la Entidad Aseguradora que la cita que efectúa respecto del Código Civil y la, denominada por ellos, "tasación de la prueba en procesos administrativos" es inviable puesto que, primero a partir de la vigencia plena de la Ley de Procedimiento Administrativo dicha norma especial excluye la aplicación supletoria del los Códigos sustantivos o adjetivos civiles (como ocurría anteriormente), segundo, en materia administrativa no existe ninguna "tasación de pruebas" ya que la labor de valoración probatoria está restringida al ***principio de la sana critica*** *como indica el Art. 47-IV de la Ley de Procedimiento Administrativo y, tercero, en esta materia técnicamente no es correcto el uso del término "proceso" administrativo sino procedimiento administrativo, presentando ambos conceptos diferencias abismales.*

2. *En el punto 2.2. indica la Aseguradora que "se pretende asimilar a la notificación de cargos como una verdad jurídica y que la infracción por la falta de registro de la póliza se encontraría prescrita indicándose también que el Condicionado General de la Póliza fue aprobado hace varios años atrás"*

Respondiendo a estas argumentaciones, debo manifestar que: ***a)*** *En ninguna parte del procedimiento cursa alguna nota o escrito presentado por mi persona donde se mencione o se sugiera que la nota de cargos es una "Verdad jurídica",* ***b)*** *A lo largo de este tiempo se ha demostrado y comprobado de manera incontrovertible que Alianza Vida S.A, se valió de documentación* ***no registrada*** *en la ex SPVS situación que ha sido reiterada en múltiples actos administrativos y que no fueron desvirtuados por la Compañía,* ***c)*** *El registro del Condicionado General de la Póliza no se encuentra en discusión en el presente procedimiento sancionador por cuanto los cargos atribuidos contra Alianza Vida S.A.* ***fueron por la falta de registro de Certificados, Notas de Cobertura y Condicionados especiales (no generales) de la Póliza 600055,*** *entonces es impertinente que se haga mención a este aspecto (registro del Condicionado General);* ***d)*** *respecto a la prescripción, la ASFI ha sido clara y contundente al mencionar que la misma no ha operado aplicando fundamentadamente no solo jurisprudencia administrativa sino también la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 215/2001 y un análisis razonado de hechos que desvirtúan cualquier intento de argumento sobre prescripción alegado por la Compañía.*

3. *Según el punto 2.3. del memorial de Alianza Vida S.A. "no existe ningún precedente que demuestre el perjuicio provocado y que las supuestas diferencias en las versiones de la Póliza 600055 fueron correcciones normales dentro del rubro asegurador señalando también que la primera póliza señalaba como asegurado al Banco situación que al no ser correcta fue corregida siendo los asegurados los prestatarios de cartera"*

Sobre lo anterior me permito señalar que: ***a)*** *El Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo emitido por la ex SPVS (pág. 53, puntos XII y XIII) expreso que Alianza Vida S.A. no procedió al registro de la Póliza 600055 ni de sus anexos o cláusulas adicionales lo cual dio posterior origen a la nota de cargos correspondiente, entonces es falso decir que "no existe precedente sobre este tema",* ***b)*** *Si según la Compañía las modificaciones a la Póliza fueron supuestamente "correcciones normales dentro del rubro asegurador" provoca extrañeza que se hubiera desconocido que toda póliza, condicionado, anexo o cláusula* ***debe encontrarse registrado***

ante el regulador <u>previamente</u> *a su comercialización y según el Art. 5 del Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas Adicionales* ***"Toda póliza de seguros, <u>anexo o cláusula adicional</u>*** *que no se encuentre registrada en la SPVS,* ***<u>será considerada ilegal</u>"*** *entonces dicha actitud "normal" fue realizada al margen de las normas,* ***c)*** *Pretende astutamente Alianza Vida S.A. minimizar la falta de registro basándose en un solo punto (quien debía ser el que figure como asegurado) omitiendo deliberadamente mencionarse que la infracción fue más allá al haberse descubierto que los condicionados particulares, anexos e incluso certificados de cobertura* ***nunca fueron registrados*** *y precisamente por ello se sancionó a la Aseguradora, extremo corroborado en el Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo emitido por la ex SPVS y resoluciones sancionatorias de la ASFI,* ***d)*** *Resulta claro que al no contar el asegurado con una copia legal de la Póliza 600055 y menos aun con un certificado de cobertura, se genera una desinformación provocada adrede que impide conocer el alcance de la cobertura, el pago de primas y sus modalidades, etc., y en suma una desinformación que es perjudicial para el asegurado el cual al momento del siniestro no tiene los elementos de juicio necesarios para reclamar la cobertura e indominación del seguro.*

4. *En el punto 2.4. indica la Compañía que "lo relativo a los débitos que se efectuaron para el pago de primas en periodos en que la Póliza 600055 no se encontraba vigente es un hecho fuera de la notificación de cargos por lo que se estaría invocando situaciones nuevas y fuera del alcance del Recurso Jerárquico"*

Respondiendo a este punto, es prudente orientar a la Entidad Aseguradora haciéndole notar que la mención que mi persona ha efectuado respecto a la existencia de los débitos para pagos de primas las que cobro esa entidad en periodos de carencia de la Póliza ha sido presentado ***NO COMO UN CARGO ADICIONAL O AMPLIACION DE ALGUNO YA IMPUESTO*** *como desubicadamente se pretende forzar, sino que dicha prueba material fue entregada (hace mucho tiempo atrás) para demostrar la concurrencia de daño económico producido por Alianza Vida S.A. a los fines de la* ***imposición de la SANCIÓN*** *correcta (no calificación de infracción alguna) por haberse adecuado su conducta a la tipificación de infracciones insubsanables. En todo caso, la Compañía no puede intentar alegar el desconocimiento de estos elementos probatorios por cuanto los mismos siempre cursaron en el expediente administrativo y conforme ha señalado la jurisprudencia constitucional, aplicable a la materia, las partes "(...) tienen deberes procesales que cumplir, entre los que se encuentra el de hacer un seguimiento de la tramitación del proceso, a objeto de formular sus reclamos frente a las actuaciones, que a su juicio lesionan sus derechos; extremo que no aconteció (SC 376/2006) puesto que "el sujeto procesal tiene el deber de realizar el seguimiento debido a su proceso" (SC 1124/2003).*

Asimismo, debe apreciar su Respetable Autoridad que toda la documentación que se adjuntó <u>nuevamente</u> a mi memorial de 25 de junio de 2012 (ahora respondido por Alianza Vida S.A.) fue mencionada e identificada en un anterior Recurso Jerárquico (dentro del mismo caso) presentado por mi persona en fecha 15 de diciembre de 2010 y notificado a Alianza Vida S.A. quien respondió por memorial presentado el 10 de enero de 2011 que cursa en el expediente administrativo. Por ello, es irracional que se pretenda desconocer estos extremos*.*

5. *En el punto 2.5. del memorial de la Entidad Aseguradora, se argumenta que "mi persona incumplió una obligación primaria que era el pago de la deuda con el Banco y que reconocí expresamente esta situación mediante carta expresa haciéndose mención al Art. 1019 del Código de Comercio"*

Si bien ***no es parte del presente procedimiento*** *los temas relativos a los contratos de préstamo con el Banco, pago de primas o existencia de deuda, para mayor ilustración de Alianza Vida S.A. (que al parecer solo copia lo que le conviene) me permito expresar que:* ***a)*** *La Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Línea de Crédito contenida en el Testimonio No. 735/98 celebrada entre el Banco y mi persona señaló que "(...)el BANCO tomará por cuenta de los DEUDORES* ***una póliza de desgravamen hipotecario con vigencia por todo el tiempo que se mantengan saldos deudores*** *(...) por un monto equivalente al monto de la deuda insoluta" es decir, que el hecho de existir mora o deuda pendiente* ***no era óbice para que se mantuviera la vigencia de la Póliza; b)*** *La Póliza 600055 se mantuvo vigente entonces por más que hubiese existido mora o deuda y ello fue precisamente pactado por el Banco y de conocimiento específico de la Aseguradora la cual ilícitamente desconoció la indemnización del siniestro a favor del Banco;* ***c)*** *La señalada Cláusula Decimo Quinta del Contrato de Línea de Crédito indicó que* ***"La tasa destinada a cubrir la prima del seguro, será pagada*** *conforme al plan de pagos establecido en el contrato,* ***cancelándose las cuotas correspondientes de forma anticipada (...)"*** *aspecto concordante con el Art. 21-1 del Condicionado General de la Póliza 600055 que expresó que* ***"Las primas deben ser pagadas*** *por el Contratante* ***por adelantado*** *(...)" sin embargo, Alianza Vida S.A. gracias a su "normal práctica" de cambiar pólizas y sus anexos* ***sin registrarlos previamente,*** *hizo aparecer un condicionado (no registrado y por tanto ilegal) en el cual se daba a entender que las primas eran pagadas* ***por mes vencido*** *y no por mes adelantado, situación que la Aseguradora esgrimió y aun esgrime para negar la cobertura del seguro. Entonces, de haber contado mi persona con el* ***Certificado de Cobertura*** *de la Póliza 600055 donde se explicitan las modalidades y oportunidades de pago de las primas dicha situación no se habría generado al haber tenido los asegurados la certeza de cuál era la forma legal de pago de primas, ¿este hecho no es perjudicial? Recordemos que precisamente por la falta de entrega y registro de certificados de cobertura Alianza Vida S.A. fue sancionado;* ***d)*** *En cuanto a la cita del Art. 1019 del Código de Comercio que realiza la Compañía, dicho articulado evidentemente menciona que el contrato de seguro caduca si no se pagan las primas, empero el precepto aludido indica también que el pago de primas* ***debe ser en los términos convenidos*** *y de acuerdo a ello y lo antes expresado, el pago de primas* ***era por mes adelantado*** *según contrato de préstamo y Condicionado General de Póliza habiéndose también demostrado por mi parte que el Banco pudo haber debitado de mis cuentas los montos de dinero para el pago de primas bajo la facultad que tenía en la Cláusula Décimo Primera del Contrato de Línea de Crédito pero no lo hizo. Sin embargo de lo anterior, el Banco pago por su cuenta a Alianza Vida S.A. la prima en fecha 23 de marzo de 2001 y siendo que dicho pago era por mes adelantado coberturaba a los asegurados hasta el 23 de abril de 2001 donde en fecha 17 abril de 2001 es cuando fallece mi señora esposa, existiendo plena cobertura negada por la Compañía al usar un condicionado ilegal (por no estar registrado) que modificó la modalidad de pago de primas por mes vencido para rechazar indebidamente el siniestro;* ***e)*** *Debe observarse también que el señalado Art. 1019 del Código de Comercio es claro al señalar también que en los seguros de vida la caducidad no se produce de hecho sino "(…) después de trascurrido el plazo de treinta días de* ***la fecha de vencimiento para su pago*** *(...) Es decir, que inclusive utilizando el argumento ilegal de la Compañía que menciona que el pago era por mes vencido y que el último pago de la prima realizado el 23 de marzo de 2001 correspondió a febrero de 2001, el próximo vencimiento para el pago de la prima era el 23 de marzo de 2001 y si no se pagaba en esa fecha corrían los 30 días establecidos en la norma antes aludida, es decir la Póliza con plena vigencia al 23 de abril de 2001;* ***f)*** *En cuanto a la carta presentada por mi persona, cabe aclarar que de la simple revisión de la misma se podrá observar que en la fecha en la que fue elaborada* ***MI PERSONA NO TENIA CONOCIMIENTO DE LA POLIZA NI SUS CONDICIONADOS*** *los cuales me fueron posteriormente entregados cuando ya el siniestro fue rechazado. Entonces, esta carta de mi*

autoría no hace más que demostrar el desconocimiento que tuve en todo momento como asegurado de la Póliza 600055.

En suma, a partir de estos breves antecedentes es claro apreciar que efectivamente se me ha provocado un perjuicio al no haberse entregado a los asegurados ni registrado los Certificados de Cobertura los cuales al contener la modalidad de pago de primas hubiesen evitado este tipo de contratiempos.

6. *En cuanto al punto 3. del memorial de Alianza Vida S.A., nuevamente se debe insistir que los argumentos anotados por la Compañía no forman parte del presente procedimiento sancionatorio habiendo sido, además, desvirtuadas todas las falsas afirmaciones realizadas respecto a la no vigencia de la Póliza 600055.*

En consecuencia, solicito a su Autoridad evaluar adecuadamente los fundamentos antes expuestos y considerarlos a tiempo de emitir Resolución Ministerial Jerárquica y sea en aplicación del Art. 46-11 de la Ley de Procedimiento Administrativo."

Se debe hacer aquí renovada constancia que, los extremos a los que se refieren los memoriales de fechas 25 de junio de 2012 (presentado por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**), de 5 de julio de 2012 (por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**) y ahora de 13 de julio de 2002 (por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**), tienen que ver con los fundamentos a los cargos Nº 1 y Nº 2, tanto supra como también infra mencionados -dada su trascendencia repetitiva respecto del contenido de ambos recursos-, entonces con la determinación referida a los mismos que sigue más abajo, por lo que en todo caso, a tales pronunciamientos deberán remitirse los argumentos sobre ello expresados por ambos recurrentes.

- Los fundamentos señalados en el memorial presentado en fecha 30 de julio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, conforme a la transcripción siguiente:

"*Respetuosamente me permito hacer notar a su Probidad que a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre,* ***DICTADA DENTRO DE ESTE MISMO CASO,*** *la ex Superintendencia General del SIREFI determinó con meridiana claridad que mi persona como denunciante tiene el derecho irrestricto de participar en todas las incidencias del procedimiento administrativo derivados del procedimiento sancionador seguido contra Alianza Vida S.A. (legitimación).*

Es oportuno resaltar que la Resolución Jerárquica antes mencionada ***NO FUE IMPUGNADA NI DEJADA SIN EFECTO*** *por lo tanto al encontrarse subsistente ha alcanzado* ***plena firmeza administrativa*** *(lo equivalente a cosa juzgada en materia judicial) por lo que es de cumplimiento obligatorio según el Art. 28, parágrafo II, literal c), del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003. Por tanto, y con la finalidad de resguardar el debido proceso y principio de igualdad procesal, tengo a bien reiterar a su respetable Autoridad que se disponga mi notificación con el memorial de Recurso Jerárquico que fuera interpuesto por Alianza Vida S.A. contra la Resolución ASFI No. 142/2012.*"

La posición del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** resulta en un equívoco, porque está fundada en la falta de precisión y claridad de su contrario, toda vez que se constituye en respuesta al numeral 5.10 del Recurso Jerárquico de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, el que se subtitula "*Ilegitimidad de LUCCA* ***en el proceso sancionatorio***", sugiriendo estarse impugnando la legitimidad

del nombrado para actuar en el proceso, cuando conforme se establece en el numeral IV infra, la pretensión de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** no está referida a esa actuación dentro del proceso sancionatorio, ahora dentro del recursivo, sino **para participar de la relación comercial de seguros sobre la que pesaría la descobertura emergente del incumplimiento contractual**, determinando no corresponder ni los argumentos del memorial de fecha 30 de julio de 2012, ni la prueba adjunta al mismo señalada seguidamente, toda vez que el objeto de la impugnación de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, hace a un tema sustancial, que como tal, no puede ser conocido por el suscrito como tampoco puede hacer a la materia de la presente Resolución Ministerial Jerárquica (en ambos casos, en razón del contenido del artículo 39º de la Ley Nº 1883, de Seguros, tantas veces nombrado a lo largo de la presente Resolución Ministerial Jerárquica), remitiéndose el suscrito para ello, a lo establecido en el mencionado numeral IV infra.

- La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007, adjunta al memorial presentado en fecha 30 de julio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, que en lo que le interesa al presentante, señala:

  "*De la lectura e interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones normativas antes trascritas, se puede arribar a la conclusión de que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 reconocen a las personas - sean estas naturales o jurídicas - la posibilidad no solo de iniciar un procedimiento administrativo - sea este general o especifico como es el sancionatorio - sino también de intervenir en todas las instancias, etapas e incidencias del mismo, más aun si se toma en cuenta que la persona haya sido denunciante directo, pudiendo, asimismo, solicitar toda información documental de su trámite o denuncia misma que debe ser atendida con prontitud por el órgano regulatorio correspondiente. Este aspecto inherente a la participación de los interesados o denunciantes en el procedimiento administrativo, además, no solo se restringe a los actos emitidos dentro del procedimiento ya iniciado, sino que también la participación e intervención puede darse, inclusive, dentro de las diligencias preliminares establecidas por el órgano regulador a los fines de llegar a la verdad material de los hechos, como se ha apreciado anteriormente*".

- Los fundamentos señalados en el memorial presentado en fecha 8 de agosto de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, conforme a la transcripción siguiente:

  "***1. <u>Sobre la Supuesta Pérdida de Calidad de Asegurado e Inexistencia de Derecho de Indemnización</u>***

  Alianza Vida S.A., una vez más, pretendiendo deliberadamente distorsionar el objeto del presente procedimiento sancionatorio, insiste de manera permanente en mencionar que "mi persona incumplió obligaciones y por ello no corresponde el pago del seguro" mencionando a su vez que soy un "ilegítimo recurrente" por no haberse pagado la obligación principal"; ***EXTREMOS QUE NO TIENEN RELACIÓN ALGUNA CON EL PRESENTE CASO POR CUANTO LA EXISTENCIA DE DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN O PAGO DE LA PÓLIZA ES UNA CUESTIÓN QUE SE ENCUENTRA SIENDO DILUCIDADA EN UN ARBITRAJE*** *conforme lo señaló en su momento la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 37/2005 de 12 de septiembre de acuerdo al Art. 39 de la Ley de Seguros.*

El objeto de procedimiento sancionatorio actualmente tramitado radica en la verificación (ya comprobada) y sanción posterior (que debe ser correctamente aplicada) contra la Entidad Aseguradora por infracciones a la Ley de Seguros cometidas en el manejo doloso e indiscriminado de la Póliza 600055, aspectos que no tienen relación alguna con la existencia de "coberturas, pago de obligaciones, etc." al ser estos temas, reitero, materia de un procedimiento diferente como lo es el arbitraje. De manera hábil pretende Alianza Vida S.A. mezclar dos situaciones diferentes para eludir a toda costa la acción administrativa sancionatoria. Por otra parte, según la Aseguradora mi persona sería un "ilegítimo recurrente" argumento que no guarda ningún respaldo normativo y/o jurídico por cuanto ***mi legitimación*** *ha sido efectivamente reconocida a través de la* ***Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre, DICTADA DENTRO DE ESTE MISMO CASO*** *donde la ex Superintendencia General del SIREFI determinó con meridiana claridad que mi persona como denunciante tiene el derecho irrestricto de participar en todas las incidencias del procedimiento administrativo derivados del procedimiento sancionador seguido contra Alianza Vida S.A. (legitimación) fallo que* ***NO FUE IMPUGNADO NI DEJADO SIN EFECTO*** *por lo tanto al encontrarse subsistente ha alcanzado* ***plena firmeza administrativa*** *(lo equivalente a cosa juzgada en materia judicial) por lo que es de cumplimiento obligatorio según el Art. 28, parágrafo II, literal c), del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003.*

En otro orden de cosas, y respecto a la supuesta "confesión" contenida en una carta mía enviada al Banco que dice Alianza Vida S.A. "es una admisión de incumplimiento de mis obligaciones", debo remarcar nuevamente que de la simple revisión de dicha misiva se podrá observar que ***en la fecha en la que fue elaborada MI PERSONA NO TENIA CONOCIMIENTO DE LA POLIZA NI SUS CONDICIONADOS*** *los cuales me fueron posteriormente entregados cuando ya el siniestro fue ilegalmente rechazado. Entonces, esta carta de mi autoría no hace más que demostrar el desconocimiento que tuve en todo momento como asegurado de la Póliza 600055. Es una falta de ética que la Aseguradora utilice este argumento de manera incompleta para pretender deslindar sus responsabilidades por cuanto bien sabe esta Compañía que nunca se me entregó ni la Póliza y menos aun los Certificados de Cobertura, situaciones por las cuales se la está sancionando, entre otras cosas.*

Del mismo modo, dice Alianza Vida S.A. que "existen pronunciamientos expresos en sentido de la (obviamente supuesta) falta de vigencia de la Póliza 600055" citando para ello el "pronunciamiento técnico regulatorio No. SPVS IS DJ 1054 de 08 de abril de 2003"; pero debe notar el Señor Viceministro hasta donde llega la mala fe y temeridad de la Aseguradora por cuanto dicho "pronunciamiento" (como lo denomina Alianza Vida S.A.) ***FUE DECLARADO NULO POR LA RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI 37/2005 DE 12 DE SEPTIEMBRE Y EN CONSECUENCIA SIN NINGUN VALOR JURÍDICO*** *por cuanto el tema sobre existencia de cobertura debe ser resuelto en arbitraje conforme señala el Art. 39 de la Ley de Seguros.*

En consecuencia, las apreciaciones vertidas por Alianza Vida S.A. en los puntos 5.1, 5.2, y 5.3. de su Recurso Jerárquico carecen de asidero jurídico y veracidad.

2. Sobre las Infracciones Cometidas por Alianza Vida S.A.

Según sostiene Alianza Vida S.A. en el punto 5.4. de su memorial, la calificación de las infracciones como "graves" que ha realizado la ASFI no corresponderían por cuanto -según ellos- "no se habría demostrado la existencia de daño económico o perjuicio".

Al respecto, debo realizar dos (2) precisiones: ***a)*** *La calificación de infracciones como "graves" solo podría ser conceptualizada como errónea a partir de que la ASFI no ha considerado que la conducta de la Aseguradora ingresa dentro del campo de las* ***Infracciones Insubsanables*** *por cuanto en ningún momento o lugar el regulador ha señalado o explicado en qué medida las conductas infractoras de la Compañía pueden ser subsanables o enmendables, requisito sine quanon*

*para que una infracción sea determinada como "grave". **b)** Tomándose en cuenta que las infracciones son insubsanables (porque en el tiempo ya no pueden ser corregidas) además que también han provocado daño económico y perjuicio (o al menos uno solo de ellos) conforme a la abundante prueba que fue ofrecida de mi parte; entonces la tipificación administrativa correcta deriva en que las infracciones cometidas son **INSUBSANABLES** y por tanto amerita la sanción de **REVOCATORIA DE LA AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO**. Criterio también aplicable para el punto 5.5 del memorial de Recurso Jerárquico de la Compañía relativo a los Cargos 1 y 2 los cuales se encuentran plenamente comprobados quedando pendiente el establecimiento de existencia de daño económico o perjuicio para la aplicación de la sanción correcta (no para su indemnización).*

Así, Alianza Vida S.A. no ha presentado, a lo largo de estos años, ninguna prueba que enerve o desvirtúe las infracciones que le han sido atribuidas situación que no puede pasar desapercibida por las Autoridades Administrativas por cuanto obrar en contrario sería consentir y convalidar la serie de irregularidades cometidas por la Compañía que, inclusive, actualmente las sigue cometiendo.

3. Sobre el Cargo 3

En este punto señala la Entidad Aseguradora que se habría vulnerado el principio de irretroactividad ya que -según la Compañía- "al momento de la vigencia de la Póliza no estaba tipificada como infracción su falta de registro ni se encontraba vigente la Resolución Administrativa IS No. 172 de 16 de abril de 2001 emitida por la ex SPVS"

*Sobre lo anterior, cabe señalar que no existe ninguna infracción al principio de irretroactividad que pretende forzar Alianza Vida S.A. por cuanto: **a)** La nota de Cargos es clara al señalar que **durante el periodo** de **mayo 2001 a diciembre de 2001** la Compañía no ha registrado el Certificado de Cobertura de la Póliza 600055; y **b)** La normativa tenida por infringida es el Art. 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 172 de 16 de **abril de 2001**, es decir que la norma considerada vulnerada **se encontraba vigente en el periodo donde se dio el incumplimiento** de Alianza Vida S.A.*

*Entonces, es absurdo el siquiera pensar que se habría aplicado la mencionada Resolución Administrativa SPVS-IS No. 172/01 de manera retroactiva ya que la misma data de abril de 2001 y los **periodos** en incumplimiento detectados fueron desde mayo de 2001 a diciembre de 2001.*

En consecuencia, este argumento carece de veracidad y legalidad por lo que debe ser rechazado.

4. Sobre la Inexistencia de Prescripción

Alianza Vida S.A. no expone ningún fundamento objetivo que demuestre error en la declaratoria de inexistencia de prescripción y solo atina a señalar que "en la fecha de infracción no existía reglamentación relativa a prescripciones" y que "según la Ley de Procedimiento Administrativo el cómputo de la prescripción es de dos años"

*Al respecto, debemos considerar que: **a)** Al existir un evidente vacío jurídico en la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto al momento en que se interrumpe la prescripción, las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ No. 61/2006 de 08 de septiembre, 68/2006 de 28 de septiembre y 55/2006 de 29 de agosto, en cumplimiento al principio de inexcusabilidad, determinaron que dicha interrupción se produce cuando se presenta una denuncia, criterio complementado por Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 que determinó también que para la interrupción de la prescripción debe verificarse si la infracción es permanente y continuada donde se computará la prescripción a partir del día hábil siguiente en que el hecho fue descubierto. **b)** La presentación de mi denuncia data del 26 de febrero de 2003 seguido por una serie de escritos adicionales y correlativos en los cuales se puso en manifiesto las conductas ilegales de la*

aseguradora, actos que dieron origen al presente procedimiento sancionatorio dentro del plazo legal respectivo) sin que se hubiera materializado la prescripción. ***c)*** *Tampoco se puede dejar de lado que a partir del Informe SPVS/INF/No. 01/2008 se computaría, en todo caso, cualquier término para la prescripción por tratarse de infracciones permanentes y continuadas y al haber sido descubiertas las mismas en todo su alcance y magnitud. Entonces, el análisis efectuando por la ASFI, respecto a la inexistencia de prescripción, ha sido adecuado inclusive al aplicar la normativa vigente al momento de ocurridas las infracciones.*

5. Inexistencia de Violación del Principio de la No Reformatio in Pejus

Alianza Vida S.A. acusa en el encabezado del punto 5.8. de su memorial de Recurso Jerárquico una "omisión de fundamentación sobre el principio non bis in idem" empero, desorientadamente en el texto de dicho punto hace mención al principio de "no reformatio in pejus" aspecto que acredita la confusión absoluta de argumentos e ideas que tiene la Compañía.

De otro lado, y en lo que respecta a la supuesta lesión al principio de "no reformatio in pejus" debo expresar que dicha aseveración ***es inexistente*** *por cuanto:* ***a)*** *Todas las sanciones que en su momento fueron impuestas por los órganos reguladores de turno contra Alianza Vida S.A.* ***fueron anuladas*** *sistemáticamente a consecuencia de recursos jerárquicos presentados por mi persona y resueltos por la ex Superintendencia General del SIREFI e incluso por el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas;* ***b)*** *A raíz de dichas anulaciones y la prosecución del procedimiento sancionatorio,* ***la única sanción que existe y se mantiene vigente es la impuesta por la Resolución ASFI No. 142/2012*** *de 23 de abril que ha sido motivo de Recurso Jerárquico por mi parte;* ***c)*** *El verdadero alcance jurídico y doctrinal del principio "no reformatio in pejus" radica en que una persona no puede ver empeorada su situación* ***inicial a consecuencia exclusiva de su propio recurso****, aspecto que no se ha presentado por cuanto* ***Alianza Vida S.A. no es único recurrente en este procedimiento*** *al haber mi persona también impugnado no solo la Resolución ASFI No. 142/2012 sino todas las anteriores que no calificaron legalmente la sanción contra esta Compañía, entonces al agravarse o incrementarse la sanción bajo ningún momento se vulnera este principio ya que, reitero, la Entidad Aseguradora no es recurrente única y nunca lo fue. En ese sentido el Art. 63, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo (para ilustración de Alianza Vida S.A.) es claro cuando indica que "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial* ***como consecuencia exclusiva de su propio recurso****" y en el tema que nos ocupa, vuelvo a reiterar, Alianza Vida S.A. no es ni único ni exclusivo recurrente por lo que se puede, constitucionalmente, incrementar su sanción. En la misma línea, la Sentencia T-755/98 emitida por la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que "el principio de la no reformatio in pejus es siempre aplicable para el recurso de apelación,* ***cuando se ostente el carácter de apelante único****"*

En consecuencia no existe vulneración alguna al principio "no reformatio in pejus"

6. Inexistencia de Violación al Principio Non Bis In Idem

Encontrándose claro que en ningún momento ha existido lesión al principio "no reformatio in pejus" al no ser Alianza Vida S.A. único recurrente; en el punto 5.9. de su memorial de Recurso Jerárquico aduce la Compañía que también se habría conculcado el principio "non bis in idem" (no dos veces por lo mismo), situación falsa en virtud a que presente procedimiento sancionatorio ***es uno solo*** *y los hechos sometidos en el* ***no se encuentran siendo procesados más de una vez*** *y menos aun se ha impuesto más de una sanción por este hecho* ***que se encuentre con firmeza administrativa*** *(equivalente a cosa juzgada). Debe aclararse que las sanciones antes impuestas a la Compañía, por este mismo caso,* ***fueron anuladas*** *y por ende no existe ninguna que hubiera adquirido firmeza, por lo que no se configura violación a dicho principio desde ninguna perspectiva. De otro lado, en lo que respecta a la ejecución de las sanciones antes impuestas que señala Alianza Vida S.A., debe recordarse a esta entidad que bajo*

la previsión del Art. 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo "I: La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado" de lo que se extrae que el legislador a conferido un efecto devolutivo a los recursos que eventualmente pudieran presentar las partes en controversia lo cual deriva en que toda sanción impuesta debe ser cumplida hasta que se agote la vía recursiva en la instancia jerárquica, situación que de ninguna manera significa violación a principio alguno puesto que, como se explicó anteriormente, las anteriores sanciones impuestas a la Entidad Aseguradora fueron ***ANULADAS*** *en grado jerárquico. En todo caso, Alianza Vida S.A. siempre tuvo a su alcance la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución de los actos o sanciones anteriores facultado en el Art. 59, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo, situación a la cual no acudió debidamente.*

7. <u>Sobre la Inexistente Ilegitimidad</u>

En el punto 5.10 del memorial de Recurso Jerárquico de Alianza Vida S.A., se indica que "mi persona no tendría legitimidad en el presente procedimiento al no haber existido cobertura en la Póliza 600055" y que "se estaría definiendo la procedencia de una indemnización" señalando posteriormente que "es un acto ejecutoriado y estable que se puso fin a la vía administrativa con el acto administrativo técnico contenido en la CUE: SPVS IS DJ No 1054"

Respondiendo a los absurdos argumentos de la Compañía se tiene que:

- *Mi legitimación para intervenir en el presente procedimiento sancionatorio no deviene de la existencia de "cobertura" o no de la Póliza 600055 ya que dicho tema está siendo discutido en un arbitraje y no es objeto del presente trámite procedimental como ya se ha explicado hasta el cansancio a la Aseguradora. Mi capacidad surge a partir del Art. 11, parágrafo II, de la Ley Adjetiva Administrativa determina que "**cualquier persona podrá <u>intervenir</u> como denunciante**, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención" y en el mismo sentido, el Art. 16, literal b), de la citada Ley manifiesta que toda persona tiene derecho "**A iniciar el procedimiento** como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos", de igual manera, el Art. 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que "Los procedimientos Administrativos **podrán iniciarse** de oficio **o a solicitud de persona interesada**" precepto concordante con el Art. 41 de la mencionada Ley y aplicables a los procedimientos sancionatorios por previsión del Art. 80 de la supra citada norma jurídica. Así, el Art. 65 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 expresa que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio **o a denuncia**, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos **susceptibles de iniciación del procedimiento**"*

  *A lo anterior, y como se señaló anteriormente, debemos agregar que **mi legitimación** ha sido efectivamente reconocida a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre, **DICTADA DENTRO DE ESTE MISMO CASO** donde la ex Superintendencia General del SIREFI determinó con meridiana claridad que mi persona como denunciante tiene el derecho irrestricto de participar en todas las incidencias del procedimiento administrativo derivados del procedimiento sancionador seguido contra Alianza Vida S.A. (legitimación) fallo que **NO FUE IMPUGNADO NI DEJADO SIN EFECTO** por lo tanto al encontrarse subsistente ha alcanzado **plena firmeza administrativa** (lo equivalente a cosa juzgada en materia judicial) por lo que es de cumplimiento obligatorio según el Art. 28, parágrafo II, literal c), del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003.*

- *Por otra parte, llega a ser incoherente que Alianza Vida S.A. sugiera que en el presente procedimiento se estuviera pretendiendo una "indemnización", criterio ridículo puesto que lo que se*

está determinando es la concurrencia de infracciones (en este caso insubsanables) donde en ningún momento o lugar se ha solicitado "indemnización" alguna.

- *Otro de los aspectos cuestionados por Alianza Vida S.A. radica en que, según su parecer, la Nota de Cargos 3183/2008 "genera solo recomendaciones de control interno a objeto de evitar las mismas a futuro" y que "son normas de una autoridad extinta"*

  En cuanto a este iletrado argumento, solo puedo decir que la Nota de Cargos antes citada, bajo ningún concepto puede asimilarse a una "recomendación" como incultamente pretende la Compañía por cuanto este acto procedimental se encuentra previsto en el Art. 82 de la Ley de Procedimiento Administrativo como un acto del procedimiento sancionatorio y no como una "recomendación" y el hecho de que hubiera sido dictada la Nota de Cargos por la ex SPVS no desvirtúa su valor jurídico por cuanto fue emitida mientras la misma se encontraba vigente y una vez que las Superintendencias fueron eliminadas todos los casos radicaron en la ASFI y prosiguieron con su tramite manteniéndose su plena validez que nunca fue objetada en su momento por la Compañía.

- *Asimismo, sorprende que Alianza Vida S.A. falte nuevamente a la verdad estableciendo que "es un acto ejecutoriado y estable que se puso fin a la vía administrativa con el acto administrativo técnico contenido en la CUTE: SPVS IS DJ No 1054", primero porque, para ilustración de la Compañía la nota CITE: SPVS IS DJ No 1054 fue una simple misiva que no ingresa en la categoría de acto administrativo, y segundo dicha nota (mal llamada acto administrativo)* ***FUE EXPRESAMENTE DECLARADA NULA*** *por Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI* ***37/2005*** *de 12 de septiembre y como todos sabemos lo nulo no tiene ningún valor legal, por lo que es realmente una sandez descomunal pretender aferrarse a algo que jurídicamente no existe por efecto de una nulidad.*

8. Petitorio

Por tanto, y en merito a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito se rechace el Recurso Jerárquico presentado por Alianza Vida S.A."

- Los fundamentos señalados en el memorial presentado en fecha 23 de agosto de 2012 por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme a la transcripción siguiente:

"***2. Respuesta a ulteriores memoriales de LALS.***

2.1. En relación al memorial del 9 de julio de 2012

De la revisión y análisis de dicho documento, se puede evidenciar que LALS nuevamente intenta distorsionar la verdad histórica de los hechos y en todo caso pretende insertar situaciones y aspectos que en ningún momento fueron observadas durante el proceso administrativo.

Se debe tomar en cuenta que Luis Artemio Lucca Suarez, en el contenido del referido memorial, inserta el adjetivo calificativo de "reincidente" en contra de la empresa que represento y además involucra al Banco Mercantil Santa Cruz S.A, finalizando su petitorio forzando una vez más los hechos y tipificación a que las sanciones son de orden insubsanable, lo cual solo existe en la retorica jurídica del ilegitimo recurrente.

> ***"... aspecto que debe ser tomado en cuenta por su Autoridad a tiempo de valorar la conducta de la compañía infractora que en definitiva se adecúa a la tipología de Infracciones Insubsanables". (Copia textual del memorial del 9 de julio de 2012, presentado por LALS.)***

Al respecto, corresponde poner en atención del ilegitimo recurrente que desde el inicio de las acciones administrativas en ningún momento ninguna Autoridad con competencia en el rubro regulador de los Seguros; sea la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, la APS o incluso el propio Ministerio de Economía y Finanzas Pública, se acerco en lo más mínimo al concepto o tipificación de insubsanable o reincidente, aspecto procesal que debe ser tomado en cuenta por su Autoridad a objeto de evaluar la conducta y lealtad procesal de Luis Artemio Lucca Suárez.

A mayor abundamiento, corresponde poner en su atención que lo que se está absolviendo en la instancia jerárquica a cargo de su Autoridad como Viceministro de Presupuesto y Contabilidad Fiscal, es el contenido y alcance de la Resolución ASFI Nro. 142/2012 del 23 de abril de 2012, la cual en ningún momento identificó o tipificó la existencia de error insubsanable por parte de la empresa que represento, sino que estableció una serie de sanciones e interpretaciones sobre prescripciones, las cuales no pueden ser agravadas en la instancia jerárquica.

*El ilegitimo recurrente, intenta sorprender la Buena Fe- de su Autoridad y además fracturar el Principio Procesal Administrativo, del **NON REFORMATIO IN PEJUS**, que significa que los recursos de la instancia jerárquica, no pueden ser más graves que los establecidos en la resolución de primera instancia emitido por la Autoridad Sectorial, en este caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Por otra parte, resulta absolutamente estéril el hecho de que el ilegitimo recurrente manifieste que además está involucrado el Banco Mercantil Santa Cruz, aspecto que es totalmente impertinente en la tramitación del Recurso Jerárquico ya que dicha entidad regulada, no tiene participación alguna en la tramitación del presente Recurso Jerárquico, aspecto que su Autoridad sabrá valorar en términos de la sana critica y el prudente arbitrio.

CONCLUSION

De lo expuesto queda demostrado que el ilegitimo recurrente en el contenido del memorial de 9 de julio de 2012, fractura el principio de NON REFORMATIO IN PEJUS, intentando confundir a su Autoridad con la tipificación e inserción del concepto de error insubsanable, el cual que no ha sido identificado por ninguna autoridad regulatoria en todos estos años y menos en la ulterior Resolución Nro. ASFI 142/2012 del 23 de abril de 2012.

Sin perjuicio de aquello, Luis Artemio Lucca Suarez, CONFIESA que Alianza Vida S.A. fue sancionada con la suma de UFV's 39.186, lo cual fortalece nuestro argumento de que sobre este reclamo nuestra entidad ya fue sancionada, por lo cual no debería concurrir una nueva sanción, ya que esto implicaría violar el principio constitucional-administrativo del non bis in idem, aspecto que respetuosamente ponemos en su consideración.

2.2. Memorial del 27 de julio de 2012.

En el contenido del memorial del 27 de julio de 2012, Luis Artemio Lucca Suarez, manifiesta que mediante la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 104/2007 del 29 de noviembre de 2007, la ex Superintendencia General del SIREFI determinó que en calidad de denunciante tiene derecho a participar en todas las incidencias del procedimiento administrativo derivados del procedimiento sancionador.

*Además señala sin ninguna prudencia jurídica o escrúpulo de lealtad procesal que dicha Resolución **no fue impugnada y ha alcanzado plena firmeza administrativa**.*

*Sobre el particular, corresponde poner en su atención que LALS y la profesional abogada que lo patrocina, han incurrido en una **falsedad absoluta**, tipificada en el sustantivo penal, toda vez*

que la ilegal Resolución SG-SIREFI 104/2007 del 29 de noviembre de 2007 que fuera emitida por la Superintendencia General del SIREFI, en la gestión del Lic. Julio Rivero, como Superintendente ***y Julio César Paredes Gonzales, como Abogado del SIREFI (ACTUAL ABOGADO DE LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ),*** *si fue recurrida, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del expediente Nro. 147/2008 del 5 de marzo de 2008.*

Vea Ud. Señor Viceministro, como la defensa legal de LALS, incurre en falsedades para intentar desorientar a su Autoridad y procurar reconocimientos de derechos que no tiene.

CONCLUSION

Queda demostrado que Luis Artemio Lucca Suarez y la profesional abogada que lo patrocina, han incurrido en FALSEDAD, en el contenido del memorial del 27 de julio de 2012, aspecto que queda a merced del artículo 286 numeral 1) del adjetivo penal y el artículo 35 de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales.

2.3. Sobre el Memorial de Respuesta al Recurso Jerárquico.

Al respecto, luego de la lectura atenta del memorial del 8 de agosto de 2012, téngase presente los siguientes extremos del orden legal y administrativo.

2.3.1. Pérdida de calidad de Asegurados e Inexistencia de Derecho a Indemnización

Uno de los aspectos que durante el transcurso de estos años ha intentado ser convenientemente cubierto por Luis Artemio Lucca Suarez, es el hecho de que quien ahora pretende presentarse como "damnificado", en realidad incumplió la obligación primaria de un contrato de seguros.

Al respecto, debo poner en su atención los siguientes extremos de orden legal que refrescarán la memoria en relación a los acontecimientos suscitados desde 1996.

1. *En fecha 28 de Octubre de 1996, ex Banco Santa Cruz S.A. otorga línea de crédito a Luis Artemio Lucca (deudor) y Ana María Arteaga de Lucca (fiadora) por $us. 210.000,00, ampliada en 1998 hasta $us. 450.000,00.*

2. *El ex Banco Santa Cruz, contrata con la entidad aseguradora Alianza Seguros una Póliza de Desgravamen Hipotecario con vigencia del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre del 2001.*

3. *En fecha 17 de Abril del 2001fallece Ana María Arteaga de Lucca, prestataria del ex Banco Santa Cruz, con saldo deudor de $us. 275.687,99, con 300 días de Mora.*

4. *Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. analizada la documentación señala:*

"La prestataria Ana María Arteaga de Lucca ha incumplido con el pago de primas por seguros, no figurando en las declaraciones mensuales fijadas por el Banco. Por lo tanto, nos vemos imposibilitados de dar curso al siniestro por la suma de $us. 275.687,99 (saldo deudor), toda vez que la póliza habría caducado (Art. 21 Numeral 2 Condicionado General Póliza de Desgravamen Hipotecario) situación por la cual declaramos el siniestro no susceptible de indemnización."

En ese sentido, como su Autoridad podrá apreciar resulta absolutamente inaudito que a la fecha se intente el reconocimiento de algún derecho en relación al recurrente, cuando él fue el

primero en incumplir la obligación primaria de tener vigente una obligación de naturaleza de Seguros, violando flagrantemente lo previsto en el artículo 1019 del Código de Comercio.

Se debe tomar en cuenta que la obligación subyacente en la relación jurídica que se mantenía con la esposa del ilegitimo recurrente, es de carácter sinalagmático, lo cual implica que para solicitar el cumplimiento de la obligación principal, este también estaba en la obligación de cumplir con el mantenimiento de la vigencia de la póliza, (como contraprestación jurídica) a través del correspondiente pago de la prima, situación que no se dio en el presente caso y que en la actualidad no es mencionada por el recurrente, toda vez que partiendo de esta "verdad jurídica", resulta absolutamente nítido que el recurrente no tiene nada que reclamar.

2.3.2. Confesión Expresa de Luis Artemio Lucca Suarez, sobre lainexistencia de la vigencia de la Póliza.

A mayor abundamiento debo poner en su atención que el argumento referido a la inexistencia de la vigencia de la Póliza, no es unilateral, sino que por el contrario, existe evidencia documental expresa que demuestra tal extremo legal, suscrita por el propio recurrente.

Por ello que respetuosamente pongo en su consideración el pronunciamiento de Luis Artemio Lucca Suarez, hacía la entidad financiera que a la letra confiesa:

> *"La crisis que embarga a nuestro País y el repentino deterioro de la salud de mi Señora pilar fundamental de la empresa, ME FORZARON A NO SEGUIR HONRANDO MIS OBLIGACIONES. Dicha situación llevó a vuestra entidad financiera entre otras, a excluirnos del listado mensual que reportan ante la empresa aseguradora para amparar los saldos deudores en caso de fallecimiento de vuestros clientes...*
>
> *En merito a lo anterior y tomando en cuenta las garantías aportadas como fuente de repago que eran más que suficientes para cumplir estos gastos (pago de primas al seguro) en caso de llegar a ejecución de las mismas por mi INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO y que estuviera definido en la cobertura de nuestro saldo deudor, a raíz del fallecimiento de mi Señora, le solicito realizar una gestión extraordinaria ante la empresa aseguradora para que se reconsidere el rechazo al reclamo, tal y como lo hicieren en anteriores ocasiones..."*

En ese sentido, como se podrá apreciar con absoluta nitidez, es el mismo recurrente que en forma expresa admitió el hecho de que no pudo cumplir con sus obligaciones relativas al pago de las pólizas.

2.3.3. Ausencia de Subsunción

La definición de INFRACCIONES GRAVES conforme lo establece el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, tiene dos componentes; el primero la existencia de incumplimiento subsanable y segundo la existencia de daño económico o perjuicio, siendo que este último en ningún momento se ha demostrado en el transcurso de todo el proceso administrativo, motivo por el cual resulta totalmente improcedente el calificar los presuntos incumplimientos de la empresa como GRAVES, aspecto que fue ampliamente expuesto en el fundamento del Recurso Jerárquico presentado mediante memorial del 11 de mayo de 2012.

2.3.4. Inexistencia de presupuestos de calificación como Infracción Grave en relación a los cargos 1 y 2 de la Notificación de Cargos

***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,** demuestra ante su Autoridad que la determinación de las posibles infracciones dentro de los cargos 1 y 2 estos no pueden ser tipificados como GRAVES,*

toda vez que no concurren los presupuestos sancionatorios del artículo 52 de la Ley Nro. 1883, ni de los descritos en el artículo 12 de la Resolución Reglamentaria 01/93 del 11 de noviembre de 1993, en su artículo 8 parágrafo III de dicho cuerpo normativo.

2.3.5. En relación al cargo Nro. 3

En memorial de Recurso Jerárquico de 11 de mayo de 2012 se demostró que el cargo 3, quedo a merced de la aplicación de los principios irretroactividad, lo cual fue correctamente analizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de emitir la Resolución ASFI No. 993/2010 de 26 de noviembre de 2010, aspecto que hoy es desconocido por la Resolución ASFI Nro. 142/2012 del 23 de abril de 2012 por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aspecto que deberá ser reparado en la instancia jerárquica, toda vez que no puede existir sanción cuando esta no ha sido tipificada, tal como lo dispone el artículo 73 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

2.3.6. En relación a los cargos Nrs. 6 y 7 y la aplicación de la Interrupción de la Prescripción

Los cargos 6 y 7 de la Notificación de Cargos, han sido declarados prescritos al amparo del artículo 79 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, tal como fuera correctamente apreciado y analizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en la Resolución ASFI No. 993/2010 de 26 de noviembre de 2010, por lo cual no es admisible la existencia el argumento de la interrupción de la prescripción a partir de la denuncia de Luis Artemio Lucca Suarez que deviene del 23 de febrero de 2003.

Todo ello sin perjuicio de la multiplicidad de pronunciamientos de las diferentes instancias administrativas y jerárquicas, donde el computo de la prescripción es un aspecto que está totalmente confirmado y fue ratificado en cada una de las decisiones regulatorias que se fueron emitiendo en este irregular proceso auspiciado por Luis Artemio Lucca Suarez, quien en todo el procedimiento, no demostró su condición de regulado o regulador.

2.3.7. Omisión de fundamentación sobre el Principio de Non Bis in Idem

*En el presente caso, es **VERDAD MATERIAL** que **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, ya sufrió sanciones impuestas incluso antes de la Resolución ASFI No. 832/2010 del 23 de septiembre de 2010, por lo cual, tomando en cuenta el mandato del artículo 4 inciso d) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo en la actualidad corresponde en estricto apego a la Ley, el ratificar la Resolución ASFI No. 993/2010 del 26 de noviembre de 2010.*

2.3.8. Omisión de Pronunciamiento de la ASFI sobre la verdad material sobre las sanciones impuestas en contra de la empresa y violación del Principio del Non Bis in Idem

*En el presente caso, es **VERDAD MATERIAL** que **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, ya sufrió sanciones impuestas incluso antes de la Resolución ASFI No. 832/2010 del 23 de septiembre de 2010, por lo cual, tomando en cuenta el mandato del artículo 4 inciso d) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo en la actualidad corresponde en estricto apego a la Ley, lo cual implica que la hipótesis de una nueva sanción es atentatoria contra los Principios del Non Reformatio In Pejus y el Non Bis In Idem.*

2.3.9. Ilegitimidad de LUCCA en el proceso sancionatorio

Se debe dejar claramente establecido que en relación a la cobertura del seguro que reclama Luis Artemio Lucca Suarez y que es al mismo tiempo la motivación principal intrínseca de sus actos de recurrencia y otros, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en su calidad de órgano Rector del Sistema de Seguros en Bolivia, definió que no existía cobertura vigente, lo cual es un

acto administrativo estable y ejecutoriado que puso fin a la Sede Administrativa en dicha circunstancia, tal como se evidencia en el acto administrativo técnico y fundamentado contenido en la CITE: SPVS. IS. DJ. No. 1054.

3. <u>Petitorio</u>

Señor Viceministro, en merito a lo expuesto y en fiel amparo de lo previsto en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, solicito a su Autoridad, respetuosamente:

1. *Tenga presente los extremos expuestos en el contenido del presente memorial de respuesta a Luis Artemio Lucca Suarez y que estos extremos sean analizados para la emisión de ulterior resolución que resuelva el Recurso Jerárquico.*
2. *Tenga presente la previsión legal contenida en el artículo 35 de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales, concordante con el artículo 286 numeral 1) del adjetivo penal, en relación al memorial del 27 de julio de 2012, emitido por LALS y su abogada patrocinante.*
3. *Sírvase verificar el incumplimiento primario y confesado del artículo 1019 del Código de Comercio, por parte de Luis Artemio Lucca Suarez*".

- La carátula con fecha 5 de marzo de 2008, del expediente Nº 147/2008, referido al proceso contencioso administrativo a demanda de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera y por ante la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, actual Tribunal Supremo de Justicia (Expediente *147/2008; Resolución Impugnada: SG SIREFI RJ 104/2007 de 29-11-07*).

- Los fundamentos señalados en el memorial fechado en 31 de agosto de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, conforme a la transcripción siguiente:

"*Habiendo sido notificado en fecha 30 de agosto de 2012 con el memorial presentado por Alianza Vida S.A. en fecha* ***23 de agosto de 2012,*** *tengo a bien hacer presentes las siguientes consideraciones:*

1. *Según indica la Compañía en el punto* ***2.1.*** *no existiría ningún tipo de reincidencia y que los recursos de la instancia jerárquica no pueden ser más graves que los establecidos en la resolución "de primera instancia" ya que se "fractura" el principio no reformatio in pejus; concluyendo posteriormente al señalar que si Alianza Vida S.A. ya fue sancionada por la APS no debería concurrir una nueva sanción ya que se violaría el principio non bis in idem.*

Al respecto, se debe puntualizar que la reincidencia significa, en términos simples, la ***reiteración*** *de una misma conducta que produce consecuencias jurídicas y doctrinalmente es una agravante de la responsabilidad. En ese contexto, por memorial de 09 de julio de 2012 se ha demostrado a su Autoridad que Alianza Vida S.A. sigue utilizando el mismo modus operandi en el manejo de sus Pólizas de Seguro de Desgravamen Hipotecario y como prueba irrefutable de ello se adjuntó copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 177-2012 de 23 de marzo por medio de la cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) dispuso* ***sancionar*** *a* ***Alianza Vida S.A.*** *con fa suma de 39.186 UFV's* ***por infracción al Art. 12, literal f), de la Ley de Seguros***

Entonces, si revisamos detenidamente los antecedentes del presente caso (y el tema que fue sancionado por la APS) podemos advertir que Alianza Vida S.A. ha reiterado su conducta

maliciosa de operar con Pólizas cuyos textos, condicionados y cláusulas no se encontraban registrados ante el órgano regulador, situación que configura una conducta reincidente.

De otro lado, en lo respecta al insensato comentario de la Compañía que señala que en "la instancia jerárquica no pueden ser más graves que los establecidos en la resolución de 'primera Instancia' ya que ello 'fractura' el principio no reformatio in pejus", nuevamente cabe ilustrar a la Entidad Aseguradora señalando que el verdadero alcance jurídico y doctrinal del principio "no reformatio in pejus" radica en que una persona no puede ver empeorada su situation initial ***a consecuencia exclusiva de su propio recurso****, aspecto que no se ha presentado por cuanto* ***Alianza Vida S.A. no es único recurrente en este procedimiento*** *al haber mi persona también impugnado no solo la Resolución ASFI No. 142/2012 sino todas las anteriores que no calificaron legalmente la sanción contra esta Compañía, entonces al agravarse o incrementarse la sanción bajo ningún momento se vulnera este principio ya que, reitero, la Entidad Aseguradora* ***no es recurrente única*** *y nunca lo fue. En ese sentido el Art. 63, parágrafo II, de la Ley de Procedimiento Administrativo (para información de Alianza Vida S.A.) es claro cuando indica que "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial* ***como consecuencia exclusiva de su propio recurso"*** *y en el tema que nos ocupa, vuelvo a reiterar, Alianza Vida S.A.* ***no es ni único ni exclusive recurrente*** *por lo que se puede, constitucionalmente, incrementar o agravar su sanción. En la misma línea, la Sentencia T-755/98 emitida por la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que "el principio de la no reformatio in pejus es siempre aplicable para el recurso de apelación,* ***cuando se ostente el carácter de apelante único"***

Por último, y dentro de la astucia malintencionada con la que se maneja esta Compañía es inconcebible que ahora se indique que al haber sancionado la APS a la entidad Aseguradora ya no puede concurrir una nueva sanción por que se lesionaría el principio non bis in idem. En efecto, la demostración de absoluta falta de formación en derecho que saca a relucir la Compañía es una muestra de la desesperación que tiene para deslindar su responsabilidad con argumentos execrables y fuera de contexto por cuanto para que exista una posible lesión al principio non bis in idem deben concurrir tres (3) elementos indispensables: ***a)*** *identidad de objeto,* ***b)*** *Identidad de sujeto,* ***c)*** *identidad de causa. De no coexistir todos ellos al mismo tiempo no existe lesión al mencionado principio. En el caso que nos ocupa no existe esta triple identidad por cuanto la sanción en este tema fue aplicada por la ASFI y la otra sanción por la APS además que en el primer caso mi persona actuó como denunciante y en el segundo (ante la APS) lo hizo de oficio el órgano regulador, por ello no existe identidad de sujeto. Tampoco existe identidad de causa puesto que la sanción impuesta por la ASFI surge (a denuncia mía) por irregularidades cometidas en la Póliza 600055 a diferencia del tema sancionado por la APS que se origina por irregularidades presentadas en la Póliza 80072. Por ello, sería inaudito pensar que se está procesando o sancionando "dos veces" por lo mismo.*

En consecuencia, quedan desvirtuadas las incoherentes argumentaciones de la Entidad Aseguradora.

2. *Según indica Alianza Vida S.A. en el punto* **2.2.***, mi persona habría incurrido en una "falsedad absoluta" mencionando la Compañía que la Resolución SG-SIREFI PJ 104/2007 si fue recurrida a través de un proceso contencioso administrativo ante la ex Corte Suprema de Justicia.*

En primer lugar se debe aclarar a la Compañía que mi persona afirmó que la indicada Resolución SG-SIREFI RJ 104/2007 ha adquirido plena ***firmeza administrativa*** *por cuanto, en esta vía (administrativa) no existe posibilidad de ser modificada o impugnada. Ahora bien, según indica*

Alianza Vida S.A. se habría presentado un proceso contencioso administrativo contra dicha Resolución, empero ***la misma no ha sido de mi conocimiento y menos aun se me ha notificado con actuación judicial alguna emergente del señalado proceso contencioso administrativo,*** *situación que, de todas formas, no invalida la eficacia plena que tiene la Resolución SG-SIREFI RJ 104/2007 por cuanto ningún proceso judicial puede suspender los efectos de los actos administrativos. En consecuencia, no existe ninguna "falsedad" en mis fundamentos como pretende hacer creer la Entidad Aseguradora.*

En todo caso, debo recordar a la Compañía que más falso e inclusive reprochable penalmente viene a ser pretender aducir que no se puede agravar la sanción inicial cuando el sancionado ***no es único recurrente,*** *ya que eso viene a constituir el insertar datos falsos a contrario de lo expresado en la Ley de Procedimiento Administrativo y nuestra abundante jurisprudencia judicial e inclusive constitucional, como se expuso anteriormente.*

3. *En el punto* ***2.3.1.*** *y* ***2.3.2.*** *la Compañía insiste en señalar que mi persona perdió su calidad de asegurado y no tiene derecho a indemnización y que confesó la inexistencia de vigencia de la Póliza 600055.*

Sobre estos aspectos, nuevamente me permito indicar que dichas aseveraciones ***NO TIENEN RELACION ALGUNA CON EL PRESENTE CASO POR CUANTO LA EXISTENCIA DE DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN O PAGO DE LA PÓLIZA ES UNA CUESTIÓN QUE SE ENCUENTRA SIENDO DILUCIDADA EN UN ARBITRAJE*** *conforme al Art. 39 de la Ley de Seguros, por lo que es una necedad que se mencionen situaciones alejadas al objeto del procedimiento administrativo sancionador ya que el tema en debate se circunscribe a la verificación (ya comprobada) y sanción posterior (que debe ser correctamente aplicada) contra la Entidad Aseguradora por infracciones a la Ley de Seguros cometidas en el manejo doloso e indiscriminado de la Póliza 600055, aspectos que no tienen relación alguna con la existencia de "coberturas, pago de obligaciones, etc." al ser estos temas, reitero, materia de un procedimiento diferente como lo es el arbitraje. De manera hábil pretende Alianza Vida S.A. mezclar dos situaciones diferentes para eludir a toda costa la acción administrativa sancionatoria.*

Por otra parte, y respecto a la supuesta "confesión" contenida en una carta mía enviada al Banco que dice Alianza Vida S.A. "es una admisión de incumplimiento de mis obligaciones", debo remarcar nuevamente que de la simple revisión de dicha misiva se podrá observar que ***en la fecha en la que fue elaborada MI PERSONA NO TENIA CONOCIMIENTO DE LA POLIZA NI SUS CON DICIONADOS*** *los cuales me fueron* ***posteriormente*** *entregados cuando ya el siniestro fue ilegalmente rechazado. Entonces, esta carta de mi autoría no hace más que demostrar el desconocimiento que tuve en todo momento como asegurado de la Póliza 600055. Es una falta de ética que la Aseguradora utilice este argumento de manera incompleta para pretender deslindar sus responsabilidades por cuanto bien sabe esta Compañía que nunca se me entregó ni la Póliza y menos aun los Certificados de Cobertura, situaciones por las cuales se la está sancionando, entre otras cosas.*

4. *En los puntos* ***2.3.3.*** *y* ***2.3.4,*** *señala la Entidad Aseguradora que existiría una ausencia de subsunción ya que no se habría demostrado el daño económico o perjuicio ocasionado.*

Al respecto, debo reiterar que: ***a)*** *La calificación de infracciones como "graves" solo podría ser conceptualizada como errónea a partir de que la ASFI no ha considerado que la conducta de la Aseguradora ingresa dentro del campo de las* ***Infracciones Insubsanables*** *por cuanto en ningún momento o lugar el regulador ha señalado o explicado en qué medida las conductas infractoras de la Compañía pueden ser subsanables o enmendables, requisito sine quanon para que una infracción sea determinada como "grave",* ***b)*** *Tomándose en cuenta que las*

infracciones son insubsanables (porque en el tiempo ya no pueden ser corregidas) además que también han provocado daño económico y perjuicio (o al menos uno solo de ellos) conforme a la abundante prueba que fue ofrecida de mi parte; entonces la tipificación administrativa correcta deriva en que las infracciones cometidas son ***INSUBSANABLES*** *y por tanto amerita la sanción de* ***REVOCATORIA DE LA AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO.***

5. *En el punto* ***2.3.5.*** *las aseveraciones de la Compañía son endebles ya que* ***a)*** *La nota de Cargos es clara al señalar que* ***durante el periodo*** *de* ***mayo 2001 a diciembre de 2001*** *la Compañía no ha registrado el Certificado de Cobertura de la Póliza 600055; y* ***b)*** *La normativa tenida por infringida es el Art. 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 172 de 16 de* ***abril de 2001,*** *es decir que la norma considerada vulnerada* ***se encontraba vigente en el periodo donde se dio el incumplimiento*** *de Alianza Vida S.A. Por ello es absurdo el siquiera pensar que se habría aplicado la mencionada Resolución Administrativa SPVS-IS No. 172/01 de manera retroactiva ya que la misma data de abril de 2001 y los* ***periodos*** *en incumplimiento detectados fueron desde mayo de 2001 a diciembre de 2001.*

6. *Sobre el puntos* ***2.3.6.*** *en el que se alega la supuesta existencia de prescripción, nuevamente debo remarcar que:* ***a)*** *Al existir un evidente vacío jurídico en la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto al momento en que se interrumpe la prescripción, las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI R] No. 61/2006 de 08 de septiembre, 68/2006 de 28 de septiembre y 55/2006 de 29 de agosto, en cumplimiento al principio de inexcusabilidad, determinaron que dicha Interrupción se produce cuando se presenta una denuncia, criterio complementado por Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 que determinó también que para la interrupción de la prescripción debe verificarse si la infracción es permanente y continuada done se computará la prescripción a partir del día hábil siguiente en que el hecho fue descubierto.* ***b)*** *La presentación de mi denuncia data del 26 de febrero de 2003 seguido por una serie de escritos adicionales y correlativos en los cuales se puso en manifiesto las conductas ilegales de la aseguradora, actos que dieron origen al presente procedimiento sancionatorio dentro del plazo legal respectivo sin que se hubiera materializado la prescripción.* ***c)*** *Tampoco se puede dejar de lado que a partir del Informe SPVS/INF/No. 01/2008 se computaría, en todo caso, cualquier término para la prescripción por tratarse de infracciones permanentes y continuadas y al haber sido descubiertas las mismas en todo su alcance y magnitud.*

7. *En los puntos* ***2.3.7.*** *y* ***2.3.8.*** *insiste la Entidad Aseguradora en una supuesta infracción al principio non bis in idem porque -según ellos- ya sufrieron sanciones. Empero, dicho criterio es erróneo por cuanto:* ***a)*** *Todas las sanciones que en su momento fueron impuestas por los órganos reguladores de turno contra Alianza Vida S.A.* ***fueron anuladas*** *sistemáticamente a consecuencia de recursos jerárquicos presentados por mi persona y resueltos por la ex Superintendencia General del SIREFI e incluso por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas;* ***b)*** *A raíz de dichas anulaciones y la prosecución del procedimiento sancionatorio,* ***la única sanción que existe y se mantiene vigente es la impuesta por la Resolución ASFI No. 142/2012*** *de 23 de abril que ha sido motivo de Recurso Jerárquico por mi parte. En consecuencia no existe vulneración alguna al principio non bis in idem.*

8. *Finalmente, en el punto 2,3.9. Alianza Vida S.A. indica que mi persona "carece de legitimidad" en el presente procedimiento. Sobre dicha sandez, me permito fundamentar que:*

   - *Mi legitimación para intervenir en el presente procedimiento sancionatorio no deviene de la existencia de "cobertura" o no de la Póliza 600055 ya que dicho tema está siendo discutido en un arbitraje y no es objeto del presente tramite procedimental como ya se ha explicado hasta el cansancio a la Aseguradora, mi capacidad surge a partir del Art. 11, parágrafo II, de la Ley Adjetiva Administrativa determina que* ***"cualquier persona podrá***

intervenir* como denunciante,** *sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención" en el mismo sentido, el Art. 16, literal b), de la citada Ley manifiesta que toda persona tiene derecho* ***"A iniciar el procedimiento *como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos" de igual manera, el Art. 39 de la ley de Procedimiento Administrativo indica que "Los procedimientos Administrativos* ***podrán iniciarse*** *de oficio* ***o a solicitud de persona interesada"*** *precepto concordante con el Art. 41 de la mencionada Ley y aplicables a los procedimientos sancionatorios por previsión del Art. 80 de la supra citada norma jurídica. Así, el Art. 65 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 expresa que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio* ***o a denuncia,*** *investigaran la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas presuntamente responsables de los hechos* ***susceptibles de iniciación del procedimiento"***

A lo anterior, y como se señaló anteriormente, debemos agregar que ***mi legitimación*** *ha sido efectivamente reconocida a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre,* ***DICTADA DENTRO DE ESTE MISMO CASO*** *donde la ex Superintendencia General del SIREFI determinó con meridiana claridad que mi persona como denunciante (y cualquier ciudadano denunciante) tiene el derecho irrestricto de participar en todas las incidencias del procedimiento administrativo derivados del procedimiento sancionador seguido contra Alianza Vida S.A. (legitimación) fallo que se encuentra subsistente en sede administrativa por lo que es de cumplimiento obligatorio según el Art. 28, parágrafo II, literal c), del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003.*

- *Del mismo modo, es un hecho irrefutable que mi persona se encuentra dentro de las previsiones de la Póliza 600055 como asegurado al ser prestatario de cartera, situación que fue ampliamente corroborada por la ASFI e inclusive por la ex SPVS.*
- *Asimismo, sorprende que Alianza Vida S.A. falte nuevamente a la verdad escudándose en la nota CITE: SPVS IS DJ No 1054 de la ex SPVS, primero porque, para ilustración de la Compañía la nota CITE: SPVS IS DJ No 1054 fue una simple misiva que no ingresa en la categoría de acto administrativo, y segundo dicha nota (mal llamada acto administrativo)* ***FUE EXPRESAMENTE DECLARADA NULA*** *por Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI* ***37/2005*** *de 12 de septiembre y como todos sabemos lo nulo no tiene ningún valor legal, por lo que es realmente una sandez descomunal pretender aferrarse a algo que jurídicamente no existe por efecto de una nulidad.*

Petitorio

Por tanto, y en merito a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito se consideren los fundamentos antes expuestos a tiempo de emitirse Resolución Jerárquica."

CONSIDERANDO:

Que, toda vez que por disposición del artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, "*la resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*", corresponde que el análisis se circunscriba a los extremos y elementos propuestos en los dos Recursos Jerárquicos, interpuestos ambos mediante memoriales de coincidente fecha 14 de mayo de 2012.

Que, en tal sentido y de los alegatos de ambos recurrentes, se deben establecer cuáles de ellos resultan en **generales y absolutos contra la integridad de la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012**, y cuáles resultan **específicos contra determinaciones precisas y concretas de la misma**.

Que de ello y de la compulsa de ambos recursos, se evidencia que el recurrente **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** no ha expresado alegatos generales y absolutos, sino específicos, precisos y concretos contra las últimas determinaciones (las que salen de los resuelves primero y tercero de la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012) referidas a los **cargos Nros. 1, 2, 5, y 9** de la Nota de Cargos SPVS/IP/AL N° 3183/2008.

Que, en cambio, la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, además de alegatos específicos, precisos y concretos contra los **cargos Nros. 1, 2, 3, 6, y 7** (correspondientes a los numerales **del 5.5 al 5.7** de su recurso, y a los resuelves primero, cuarto y sexto de la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012), e inclusive contra el **cargo N° 8** -en función de determinada mención sobre la cuantía de la sanción que sale del numeral 5.9 de su recurso-, también ha expresado otros alegatos, esta vez generales, amplios y absolutos a la integridad de la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012, conforme se explican en el inciso **d)** infra.

Que, en cuanto al cargo **N° 8** (determinación que sale en el resuelve segundo de la Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010), no obstante no existir mención concreta especial en ninguno de los dos recursos, queda sin embargo sujeto a lo señalado en el numeral III infra, en relación al Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en razón a determinada mención sobre la cuantía de la sanción que sale del numeral 5.9 del mismo recurso.

Que, de la relación anterior, corresponden las conclusiones siguientes:

a) En cuanto a los alegatos **específicos contra determinaciones precisas y concretas de la resolución impugnada, no existe impugnación <u>en concreto</u>** por ninguna de las partes, contra las determinaciones referidas al cargo **N° 4** (determinación que sale en el resuelve quinto de la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012).

Por consiguiente, dada la inexistencia de fundamento alguno para la impugnación sobre el cargo N° 4 en los Recursos Jerárquicos, y en observancia del artículo 58° de la Ley N° 2341, de 23 de abril de 2002 que establece que "*los recursos se presentarán de manera fundada*", a efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica debe inferirse la inexistencia de afectación o lesión que, en concreto, acuse alguno de los recurrentes con referencia al cargo N° 4, determinando que para ésta instancia, tal cargo no irrogue ningún perjuicio específico, sea en cuanto a la ocurrencia de la infracciones, o sea en las emergentes sanciones impuestas.

b) Por el contrario, **todavía en cuanto a los alegatos específicos contra determinaciones precisas y concretas de la resolución impugnada,** constituyen a la controversia subsistente en los Recursos Jerárquicos (según sean mencionados por el recurrente al que le correspondan) los -restantes- cargos: **Nros. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9** e inclusive el **cargo**

Nº 8 (en función de determinada mención sobre la cuantía de la sanción que sale del numeral 5.9 del recurso de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**).

c) En cuanto a **los alegatos absolutos contra la resolución impugnada, únicamente por parte de la recurrente ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, los mismos **también constituyen a la controversia subsistente según su Recurso Jerárquico**.

d) No obstante, **no todos los alegatos absolutos contra la resolución impugnada** señalados por la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, **pueden hacer a la materia del presente fallo**, por cuanto, por imperio del artículo 39º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), "***las controversias de hecho** sobre las características técnicas de un seguro, **serán resueltas a través del peritaje**, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas **deberán definirse por la vía del arbitraje***" y "***las controversias de derecho** suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, **serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje**, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje)*".

Determinando ello no se pueda por el presente, pasar a conocer cuestiones sustanciales, sean de fondo (en los dos presupuestos del precitado artículo 39º) o de forma (en la segunda posición), cuando las mismas adolecerían de la competencia a la que se refiere el artículo 28º, inciso a), de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), sino que corresponde a la suscrita Autoridad Jerárquica, pasar a resolver únicamente las controversias de carácter adjetivo, quedando reservada para las demás la vía del arbitraje, o si corresponde, la de la previa tentativa de peritaje, en ambos casos conforme a la Ley Nº 1770, de 10 de marzo de 1997 (de Conciliación y Arbitraje).

Por pertinente, se transcribe el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/Nº 22/2012 de 18 de abril de 2012:

"*1. No obstante su forma, en tanto se requieran la mismas características propias de un contrato, el juicio arbitral no puede entenderse como una forma de jurisdicción, sino como un medio alternativo a la misma, para la solución de controversias de interés jurídico (artículo 1 de la Ley Nº 1770, de Arbitraje y Conciliación).*

*Tal precepto debiera considerar el carácter **facultativo** que debe hacer al juicio de arbitraje, extremo que no condice con el implementado para la materia de seguros, toda vez que para ésta, ese carácter no existe, y más bien lo caracteriza su **obligatoriedad**, inclusive para determinadas controversias de hecho sobre las que no se llegue a un acuerdo en base a un peritaje.*

Entonces, superado el carácter facultativo e investido de la taxatividad y obligatoriedad emergente de no admitir la elección voluntaria de otra vía para su conocimiento y sustanciación, el juicio arbitral en materia de seguros adquiere la calidad de proceso

jurisdiccional porque resulta en una facultad legal y única de quienes se constituyan en árbitros de la contienda: lo son porque la ley lo dice para ellos ***con exclusividad*** *y no porque hubiera sopesado un convenio específico de las partes.*

2. En tal sentido, el juicio arbitral en materia de seguros, comparte determinadas características con la jurisdicción ordinaria; una de ellas está referida a la subordinación que la materia administrativa debe observar frente a la jurisdiccional, por cuanto el control jurisdiccional de los actos de la administración hace al principio de la División de poderes (aquí diríamos División de órganos) y a la teoría constitucional de los Pesos y Contrapesos, establecidos para evitar excesos en el ejercicio de la administración.

3. Consiguientemente y aún quedaran claras las funciones, atribuciones y competencias de la administración así como las de la jurisdicción, de suceder una controversia que resulte de interés objetivo común, tanto de la jurisdicción como de la administración, está última se habrá de subordinar a la primera y a limitar sus actuaciones y actividad a las disposiciones jurisdiccionales, en este caso del Tribunal Arbitral; lo contrario importaría un riesgo constitucional, toda vez que por disposición del artículo 117, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, "Nadie será procesado… más de una vez por el mismo hecho".

Desde luego, constituiría un sin razón que, habiéndose abierto la competencia del Tribunal Arbitral para conocer determinados extremos que hacen a la controversia, pretenda ahora la administración pronunciarse y resolver sobre los mismos extremos.

(…) la Autoridad… sin ingresar a dilucidar -por cuanto la competencia privativa para ello es del Tribunal Arbitral- las controversias de hecho sobre las características técnicas del seguro, o las de derecho suscitadas entre las partes (directa interesada y tercera legítima interesada) sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, ha ejercido su facultad sancionadora administrativa, como emergencia de la denuncia interpuesta por el señor ***LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ****… sin embargo, existen determinados temas…que, haciendo al legítimo interés administrativo son al mismo tiempo, objeto del litigio por ante proceso arbitral, por hacer a la controversia de derecho suscitadas entre las mismas partes.*

Por tanto, no le corresponde a la sede administrativa pasar a conocer y resolver esos extremos, sobre los cuales en caso de asumir una decisión, aún fuera plenamente coincidente con la que vaya a expresar el Tribunal Arbitral, quedaría relegada a lo que esta última señalara, por el simple ejercicio de lo que la disposición legal establece."

Consiguientemente, corresponde determinar **cuáles de los alegatos generales y absolutos** contra la resolución impugnada señalados por la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, pueden hacer a la materia del presente fallo, y **cuáles quedan sujetos a la competencia de un Tribunal Arbitral o en su caso, a la de un peritaje previo, y sobre las cuales a la presente Resolución Ministerial Jerárquica no le corresponde mayor consideración, menos aún decisión**; así:

I. No obstante que en su recurso **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta la diferenciación de numerales expresada en sus acápites **5.1**, **5.2** y **5.3**, cual si resultaran objetos de alegato distintos, de la lectura de los mismos se establece que resultan en un objeto común, referido a **la pérdida de la calidad de asegurados de los señores LUIS ARTEMIO LUCCA**

SUÁREZ y **Ana María Arteaga de Lucca** por la mora en el pago de las primas de seguro (numeral 5.1 del recurso), con la -consiguiente- inexistencia del derecho a la indemnización (numeral 5.1), extremo que hubiera sido "*confesado expresamente*" por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** (numeral 5.2) y sobre lo que existirían los "*pronunciamientos*" de las restantes entidades involucradas en la operación (numeral 5.3).

Desde luego que **la pérdida de la calidad de asegurados** hace a un tema sustancial que como tal y por lo arriba fundamentado, **no puede ser conocido por el suscrito y tampoco puede hacer a la materia de la presente Resolución Ministerial Jerárquica**.

II. **La inaplicabilidad -al caso- del criterio jurídico referido a la infracción grave por inexistencia de la misma** (numeral **5.4**), tema sobre el que hay que advertir que, conforme sale de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, no hace a un tema abstracto y general (como lo ha planteado la recurrente) toda vez que la sanción grave -entonces a la que se refiere el numeral 5.4. del recurso de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**- está aplicada con especificidad a los cargos Nº 1, Nº 2, Nº 3, Nº 6 y Nº 7 (no se incluye al cargo Nº 8 por cuanto para el caso, la Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010 ha tipificado a la infracción como leve).

No obstante, tampoco puede dárseles la consideración concreta que ello importaría, por cuanto, por idéntico fundamento expresado más arriba (el que tiene que ver con la imposibilidad presente para conocer cuestiones sustanciales sino únicamente las controversias de carácter adjetivo) y de la lectura de los alegatos del numeral 5.4 del recurso de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, resulta que los mismos no tienen que ver con la facultad disciplinaria administrativa de la entidad recurrida, sino con:

> "*La definición de INFRACIONES GRAVES conforme lo establece el artículo 52 de la ley Nro. 1883 de Seguros, tiene dos componentes; el primero la existencia de incumplimiento subsanable y segundo la existencia de daño económico o perjuicio, siendo que este último en ningún momento se ha demostrado en el transcurso de todo el proceso administrativo, motivo por el cual resulta totalmente improcedente el calificar los presuntos incumplimientos de la empresa como GRAVES*".

Más allá de que lo afirmado por la recurrente pueda o no ser correcto, o que sea o no aplicable a las imputaciones de los cargos Nº 1, Nº 2, Nº 3, Nº 6 y Nº 7, debe quedar claro que **la existencia de incumplimiento subsanable** y **la existencia de daño económico o perjuicio** hacen a temas sustanciales que, como tales y por lo arriba fundamentado, **no pueden ser conocidos por el suscrito y tampoco pueden hacer a la materia de la presente Resolución Ministerial Jerárquica**.

Sin perjuicio de ello, se hace notar que el mismo Recurso Jerárquico (el de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**), en su numeral

5.5, va a ser específico al alegar "*inexistencia de presupuesto de calificación como Infracción Grave en relación a los cargos 1 y 2 de la Notificación de Cargos*"; entonces en cuanto a los mismos y con ese carácter -específico- se pronuncia también la suscrita Autoridad Jerárquica, en el numeral 1 infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

III. Amén de la diferenciación de numerales expresada en los acápites **5.8** y **5.9** del recurso de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, **ambos tratan conjunta e interrelacionadamente los extremos referidos a los principios, de Derecho sancionatorio *non bis in ídem*, y de Derecho Administrativo de verdad material**.

De hecho, el contenido de la redacción del numeral 5.8 es prácticamente idéntico al del numeral 5.9; no obstante, si el tenor de este último es más amplio, no lo es en función de mayores elementos de valoración, sino según expresa la recurrente, porque "*a mayor abundamiento y con el objetivo de ilustrar lo anteriormente manifestado*" se refieren elementos con los que se pretenden demostrar los alegatos ya expuestos.

Aun así, hay que advertir que en el caso del numeral 5.9 del Recurso, así como hace a un tema abstracto y general respecto a la Resolución impugnada (como lo ha planteado la recurrente), también sugiere hacer a uno específico, toda vez que en su cuadro *4to. Proceso Administrativo*, hace mención concreta a la sanción de multa en bolivianos, equivalente a 60.000 Unidades de Fomento a la Vivienda, cuantía que a la sanción del resuelve segundo de la Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010: "*por incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros No. 1883*", la que al compulsarla con la Notificación de Cargos SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, determina que de los nueve cargos, tal infracción le corresponda al Nº 8, aquel impuesto en razón de:

"***Cargo 8*** *Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. al no presentar la documentación solicitada mediante nota SPVS N° 528/2008 del 20/04/2008, en los puntos 1) y 4), al no cumplir con lo requerido por la comisión especial, en cuanto a la presentación de la documentación referente a las notas de débito 57624-01, 58245-01, 58636-01, las mismas que no tienen el mismo formato de la nota de débito N° 58345-011, la entidad habría incumplido la instrucción emanada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota SPVS-N° 528/2008, siendo pasible a la aplicación del reglamento de sanciones del sector de seguros, la misma que fue aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IS N° 602/03 del 24 de octubre de 2003. Asimismo, habría incumplido el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 del 25 de junio de 1998, que establece: "Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero", previo proceso administrativo.*"

No obstante que el cargo Nº 8 ha sido sancionado en la Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010-, sobre el mismo se ha pronunciado también

la recurrida Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, en sentido que:

"…*al no haberse interpuesto recurso de Revocatoria contra el artículo segundo de la Resolución ASFI Nº 832/2010 que sanciona a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a 60.000 UFV´s (Sesenta Mil Unidades de Fomento a la Vivienda) por incumplimiento al artículo 12 inciso J) de la Ley de Seguros No. 1883, no corresponde efectuar mayor valoración sobre dicho cargo y la sanción impuesta, manteniéndose firme y subsistente la misma*".

Debe inferirse que es esa la decisión contra la que en concreto se impugna en el numeral **5.9** del recurso de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, amén de la falta de claridad con la que se expone y que determina se refiera también con carácter general a toda la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, así como que el numeral que le precede -**5.8**- resulta evidentemente general a toda la resolución impugnada.

Entonces, corresponde señalar que **los extremos referidos a los principios de Derecho sancionatorio *non bis in ídem*, y de Derecho Administrativo de verdad material, se constituyen en temas adjetivos que tienen que ver con la facultad disciplinaria administrativa de la entidad recurrida** dispuesta por el artículo 43º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), por cuanto la función reguladora ejercida por el Ente Regulador obedece al carácter técnico, sectorial y progresivo en la medida que tiene por fundamento las especiales características del mercado, y se desarrolla atendiendo las necesidades específicas del sector regulado, y cumpliendo y haciendo cumplir la ley y los reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Desde luego que la relación entre el ente regulador y la regulada **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** obedece a la tuición que uno ejerce sobre la otra en razón de la común materia jurídica, que puede hacerse manifiesta mediante una notificación de cargos que, a su vez, dé origen a un proceso administrativo sancionador como el presente; en este sentido y a los fines aclaratorios, conviene transcribir el mencionado artículo 43º de la Ley Nº 1883 (de Seguros), acerca de las atribuciones del ente regulador:

> "…***ARTICULO 43. - ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-*** *La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:* (…)
>
> *c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción* (…)
>
> *t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.*
> *u) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley*…"

En definitiva, en tanto la controversia inherente a los principios de *non bis in ídem* y de verdad material, se limiten a la facultad disciplinaria administrativa de la entidad recurrida, **sí hacen a la competencia de la sede administrativa**

como que sí deben constituir al fallo presente, con el añadido que el considerando pertinente infra (numeral 6) del suscrito, hace a la generalidad de la Resolución impugnada en razón de haberse interpuesto con carácter abstracto en los numerales 5.8 y 5.9 del Recurso Jerárquico de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, empero también hace en concreto al cargo N° 8 en consideración a la mención que, sobre la cuantía de la multa, sale en el numeral 5.9, conforme al extremo sobre ello referido en supra del presente acápite.

IV. Ilegitimidad del otro recurrente, señor LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ, para actuar dentro del proceso sancionatorio; así propuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** (numeral **5.10**), sin embargo no se circunscribe a la actuación del contrario dentro del proceso administrativo (algo que bien se puede calificar como accesorio) y a la que se ha referido el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** en su memorial de 27 de julio de 2012 (con la literal arrimada a tal extremo), sino **a la situación misma del señor LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ dentro de la relación jurídico contractual -la póliza- que da origen a la controversia** en su sentido más amplio.

En efecto, al Recurso Jerárquico de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** le corresponden las expresiones siguientes:

"***5.10. Ilegitimidad de LUCCA en el proceso sancionatorio.***

A lo largo de todo el proceso sancionador, el recurrente ha intentado generar la percepción de que las acciones de ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, como sujeto regulado en el Sector de Seguros, presuntamente habrían sido nocivas a un interés privado, específicamente a los del Sr. Luis Artemio Lucca Suarez, quien argumenta que se habrían lesionado sus derechos y se le estaría generando serios daños de diversa índole.*

Sin embargo, bajo un principio general jurídico, ***el Derecho de una persona puede ser ejercitado, en la medida en que cumpla de igual forma sus obligaciones****, por lo cual, luego de todo el procedimiento ejecutado, el recurrente intenta ocultar, que existen pronunciamientos expresos y definitivos por parte de la entonces SPVS, que dilucidaron su problemática respecto a la cobertura del Seguro, donde* ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, demostró que el Sr. Luis Artemio Lucca Suarez,* ***no estaba coberturado*** *para ser beneficiado con la indemnización.*

Entonces la pregunta lógica que emerge sería: ***Qué es lo que se está resolviendo en el fondo, la procedencia de una indemnización o en todo caso un aspecto estrictamente administrativo en el marco de la relación regulado y regulador?.***

Tengo la fiel convicción y la certeza absoluta de que lo que se dilucida en el fondo, son únicamente cargos administrativos que involucran específicamente a la ASFI como Regulador y a ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *como Regulado, motivo por el cual, esta relación bilateral debe ser nítidamente establecida y reconocida como tal, para que el proceso no se distorsione o se confunda con respecto al objeto principal del Recurso Jerárquico. De igual forma es importante poner en su atención que el ahora recurrente fue acreditado como parte*

interesada, no obstante de no tener en lo absoluto la legitimación activa ya que no cumple ni la condición de regulado o regulador, donde resulta curioso que dicho reconocimiento irregular fue cometido por la Superintendencia General del SIREFI, donde ejercía funciones el actual Abogado patrocinante de Luis Artemio Lucca Suarez, lo cual exacerba aún más el hecho de que esta relación observable y nos preguntamos nuevamente desde cuando realmente tenia vínculo jurídico con el irregular recurrente.

A mayor abundamiento, debo manifestar que dentro de la Notificación de Cargos realizada a través de la Nota No. CITE: SPVS/IP/AL/3183/2008 del 10 del 29 de diciembre de 2009, corresponde poner en su atención que los actos y omisiones imputadas, no necesariamente conllevan a sanciones administrativas, por lo que por su carácter leve o inexistente pueden generar únicamente "recomendaciones de control interno", a objeto evitar las mismas en un futuro, más aún cuando las normas que se aplican son normas de una entidad que en la actualidad es extinta.

Asimismo, el 8 de abril de 2003 la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, luego de todo un proceso de investigación, manifiesta a través de un pronunciamiento técnico y fundamentado contenido en la CITE: SPVS. IS. DJ. NRO. 1054, lo siguiente:

"1.- Las primas del Seguro de Desgravamen Hipotecario Nro. 600055 emitido por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. para los prestatarios del Banco de Santa Cruz, no fueron cancelados por los prestatarios Luis Artemio Lucca Suarez y Ana Maria Arteaga de Lucca en los términos convenidos" y

2.- Consecuentemente a la fecha del fallecimiento de la Sra. Ana María Arteaga (17/04/01) las coberturas de la Póliza de Desgravamen Hipotecarlo para los esposos Lucca,-Arteaga entraron en Caducidad por falta de pago de primas puesto que fueron canceladas solo hasta el mes de febrero de 2001, por el Banco de Santa Cruz pese a que los créditos se encontraban en mora. Por tanto, al 17/04/2001 técnicamente dicha póliza se encontraba sin cobertura para los esposos Lucca - Arteaga, prestatarios del Banco de Santa Cruz."

CONCLUSION

Se debe dejar claramente establecido que en relación a la cobertura del seguro que reclama Luis Artemio Lucca Suarez y que es al mismo tiempo la motivación principal intrínseca de sus actos de recurrencia y otros, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en su calidad de órgano Rector del Sistema de Seguros en Bolivia, definió que no exista cobertura vigente, lo cual es un acto administrativo estable y ejecutoriado que puso fin a la Sede Administrativa en dicha circunstancia, tal como se evidencia en el acto administrativo técnico y fundamentado contenido en la CITE: SPVS. IS. DJ. No. 1054."

Cabe aclarar que cualquier relación jurídica conlleva una naturaleza sustantiva entre sus partícipes y que tiene que ver con el objeto mismo de tal relación, que no es la misma que la relación jurídica procesal que, si bien puede recaer sobre la cuestión sustantiva, en cambio es una relación de naturaleza adjetiva.

En tal sentido, está claro que el carácter sustancial de las controversias, sean éstas de hecho o de derecho, impiden puedan ser de conocimiento de la sede administrativa por disposición expresa del artículo Nº 39 de la Ley Nº 1883, de Seguros, y que el proceso administrativo sancionador presente no está referido (no puede estar referido, en realidad) a cualesquier cuestión sustancial como la señalada por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, sino simplemente a la legítima facultad sancionadora del ente regulador, en tanto y en cuanto lo mismo recaiga sobre aspectos verificables empero generales -de lo que precisamente se ha tratado el proceso- pero de ninguna manera sobre la relación contractual en concreto, extremo sobre el que de alegar agravio algún legítimo interesado, queda para conocimiento de competencia distinta a la presente.

Amén de ello, la cualidad de denunciante no es la misma que la de legítimo interesado (sea directamente o como tercero) para participar de un proceso administrativo sancionador, empero más allá de que bien puedan o no coincidir, al tratarse de un proceso de naturaleza administrativa, le está dado a "*toda persona individual o colectiva*" (Ley Nº 2341, Art. 11º, Par. I), a "*cualquier persona*" (ídem, Par. II) u "*otras*" (Art. 12º, misma Ley), la legitimidad de actuar dentro de los márgenes que importa esa adjetividad -como ha estado sucediendo hasta el presente- criterio de legitimidad netamente administrativo que no importa per se, reconocer una calidad de agraviado a la alguna de las partes, como que tampoco deba ser observado necesariamente por el ente pericial, el arbitral o la sede jurisdiccional, los que en todo caso darán aplicación al criterio jurídico que al efecto les corresponda, por cuanto el criterio administrativo presente surge de las normas que le son exclusivas a la materia y de ninguna manera importa imponer legitimidad para competencias distintas.

En definitiva, **la pretensión de ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA, al referirse a la ilegitimidad del señor LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ, no para actuar dentro del proceso sancionatorio -como mal sugiere- sino para participar de la relación comercial de seguros sobre la que pesaría una descobertura emergente de su incumplimiento contractual, hace a un tema sustancial que como tal, no puede ser conocido por el suscrito como tampoco puede hacer a la materia de la presente Resolución Ministerial Jerárquica**.

e) Por todo lo dicho en los incisos precedentes, la presente Resolución Ministerial Jerárquica delimita su pronunciamiento a los objetos siguientes:

1. Sobre los alegatos (del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**) referidos a los cargos Nº 1 y Nº 2.
2. Sobre los alegatos de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** referidos al cargo Nº 3.
3. Sobre los alegatos del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** referidos al cargo Nº 5.

4. Sobre los alegatos de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** referidos a los cargos Nº 6 y Nº 7.
5. Sobre los alegatos del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** referidos al cargo Nº 9.
6. Acerca de la sugerida inobservancia de los principios *non bis in ídem* y de verdad material, alegadas por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, cual observaciones generales a toda la resolución impugnada, como también al cargo Nº 8 en específico, en consideración a determinada mención sobre la cuantía de la multa.

Sobre cualquier otro extremo general que resultare haber sido impugnado, los recurrentes deberán estar a lo señalado por el artículo 39º de la Ley Nº 1883, de Seguros, no correspondiendo al suscrito y en la presente oportunidad, mayor consideración ni determinación al respecto.

En cuanto a las impugnaciones específicas que, sin embrago, tengan que ver con lo mismo (fundamentalmente en el caso de los cargos Nº 1 y Nº 2), aun se les da al presente un tratamiento también específico empero fundado, en tanto corresponda, en igual precepto legal, conforme se establece a continuación.

1. SOBRE LOS ALEGATOS REFERIDOS A LOS CARGOS Nº 1 Y Nº 2:

Los cargos de referencia señalan:

> "***Cargo 1*** *Al no emitir y entregar certificados o notas de coberturas de la Póliza Nº 600055 de seguro de desgravamen hipotecario al Sr. Luis Artemio Lucca Suárez y Ana María Arteaga de Lucca, durante el periodo comprendido entre julio a diciembre de 2000 y enero a marzo del 2001, la entidad habría incumplido el inciso g) del artículo 12 de la Ley 1883 de fecha 25 de junio de 1998, que establece, "…emitir pólizas de seguros, certificados o notas de coberturas, claras y fácilmente legibles…".*
>
> ***Cargo 2*** *Durante el periodo comprendido de julio de 2000 a marzo del 2001, la entidad aseguradora habría incumplido el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS Nº 257 del 19 de junio de 2000 (derogada por la Resolución Administrativa SPVS-IS Nº 172 del 16/4/01), que establece, "Es obligación de la entidad aseguradora que suscriba seguros colectivos emitir para cada asegurado, un certificado de Cobertura…", al no emitir y entregar durante este período los certificados o notas de coberturas de la póliza Nº 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, al Sr. Luis Artemio Lucca Suárez y Ana María Arteaga de Lucca…*"

Al respecto, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresada en el artículo primero de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, es la de imponer una sanción en bolivianos equivalente a $us. 15.000.- (Quince Mil 00/100 Dólares Americanos) "*por incumplimiento al inciso g) del Artículo 12, inc. 9 de la Ley de Seguros No. 1883, por los cargos 1 y 2*", decisión que se funda en:
"*Que, la naturaleza del certificado de cobertura radica en otorgar al asegurado la constancia de que ha contratado y transferido un riesgo a la Compañía Aseguradora, mientras se haga la entrega efectiva de la Póliza.*

Que, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., argumenta que se vio imposibilitada de cumplir con la ley por causa no imputable a la Compañía, debido a la negativa del Banco Santa Cruz S.A. a

proporcionar una planilla nominada en virtud a que los esposos Lucca – Arteaga no levantaron el secreto bancario.

Que, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., manifiesta que ante la constante negativa de levantar el secreto bancario, no sólo por el Banco Santa Cruz S.A. sino por las entidades financieras en general, el 2 de julio de 2002, mediante Resolución No. SB 075/2002, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras aclara la correcta interpretación de la norma de la siguiente manera: "(…) b) el reporte de los datos de su préstamo a la entidad aseguradora a fin de que ésta cuente con toda la información necesaria para la emisión de los certificados de cobertura individual, cuando se requiera de una Póliza de Seguros de Desgravamen Hipotecario".

Que, resulta necesario referirse a lo establecido en el Condicionado Particular del Contrato de Seguros suscrito entre el Banco Santa Cruz S.A. y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., mismo que en el Título a), Materia del Seguro establece lo siguiente: "Prestatarios del Banco Santa Cruz, que ***figuren en las planillas mensuales de saldo insoluto de capital, según nombres y números de crédito que serán proporcionados por el banco mensualmente"****.(resaltado nuestro).*

Que, del análisis del párrafo anterior se puede determinar que no existía secreto bancario, por lo que el Banco Santa Cruz S.A. tenía la obligación de entregar a la entidad aseguradora las planillas nominadas, para que ésta emita y entregue el correspondiente Certificado de Cobertura; planillas, que de acuerdo al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en su nota BMSC/GAL/249/2010 fueron enviadas por el Banco Santa Cruz S.A. vía electrónica, considerando que esta forma de remisión de información constituía una práctica común en cuanto a la operativa de seguros colectivos, donde se consignaba periodo de amortización, número de préstamo, saldo del crédito y monto de la prima para el cobro correspondiente por parte de la entidad aseguradora, información que permitía individualizar a un asegurado a través de un número de cliente y un número de operación de crédito, por lo que estas planillas se encontraban debidamente individualizadas.

Que, la Resolución ASFI N° 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, con referencia a los cargos señalados, menciona: "… existe una vulneración por parte de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. a la normativa de seguros, debido a que ***no emitió los certificados de cobertura****, sin embargo, esta infracción no es pasible de una sanción por indeterminación normativa", resolviendo en el artículo primero "desestimar la aplicación de sanción por incumplimiento al inciso g) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 (…) por inexistencia de la conducta punible en el Reglamento de Sanciones No. 01/93".*

Que, conforme a los criterios de configuración referente al Principio de Tipicidad expuesto en la Resolución SG SIREFI RJ 07/2008 de 14 de enero de 2008, complementada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 6 de febrero de 2007, que dice:

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

Que, dicho criterio fue complementado por Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero, misma que señaló:

Asimismo, corresponde aclarar que el principio de tipicidad no tiene en el derecho administrativo sancionatorio la misma connotación que se presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. ***En el derecho administrativo sancionador, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición.*** *Así lo ha entendido también la jurisprudencia comparada cuando explicó que 'No obstante, no se desconoce el principio de tipicidad cuando el legislador incorpora al sistema jurídico preceptos que no señalan expresamente al sujeto activo de la falta o de la infracción, si de la configuración de la norma se infiere con claridad quién es el destinatario de la misma, dado que en la estructuración del precepto se admite la referencia a sujetos activos de manera tácita, genérica o indeterminada'. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-099/03)".*

Que, el principio de tipicidad fue desarrollado a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 15 de abril de 2002 y considerando que conforme el artículo 10 del Reglamento de Sanciones 01/93 se encontraban dentro del ámbito de su aplicación: a) Las empresas de seguro y reaseguro sujetas al régimen de la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros; b) Las personas y empresas que, sin estar comprometidas en el inciso anterior, incurran en acciones u omisiones contrarias a lo impuesto o prohibido por la Ley de Entidades Aseguradoras y que por tales hechos sean sujetos pasibles a sanción por la Superintendencia y c) Las personas y empresas que actúan como intermediarios y/o auxiliares del seguro, sin perjuicio de las normas específicas de sus respectivos reglamentos. Por lo tanto se consideraba infracción a toda vulneración de la Ley de Seguros, siempre que cumpla las condiciones del artículo 52 de la Ley de Seguros.

Que, la potestad sancionadora en materia administrativa, es una manifestación del ius puniendi del Estado, la misma que se encuentra constreñida a los principios jurídicos generales que limitan su ejercicio, por lo que se establece que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. habría vulnerado la normativa de seguros, incumpliendo la emisión y entrega de los certificados o notas de cobertura (cargos 1 y 2) de la póliza Nº 600055 del seguro de desgravamen hipotecario, la Ley de Seguros No. 1883 y a la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.

Que el recurrente con referencia a los cargos 1 y 2 manifiesta que las infracciones son insubsanables como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

Que, el artículo 52 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998, establece los tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia, entre los cuales se encuentran las infracciones insubsanables, que corresponde al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

Que, toda vez que la Ley de Seguros, referida anteriormente, deja establecido que los elementos configurativos o presupuestos para la determinación de la sanción deben conjuncionarse íntegramente, es decir que deben participar todos y cada uno de los elementos contemplados en la norma para que la infracción sea calificada en forma precisa.

Que, para que se considere como infracciones insubsanables, deben concurrir como presupuesto necesario: ***"el daño económico o perjuicio al asegurado"****, elemento ausente en el presente caso, al no existir pronunciamiento de autoridad competente que determine la existencia de daño o perjuicio*

a los asegurados, determinación que indudablemente estará acompañada de la cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil.

Que, el artículo 12 de la ***Resolución Reglamentaria 01/93*** *de 11 de noviembre de 1993, en su Artículo 8, Parágrafo III, dispone que el monto de cada multa en particular no puede pasar del 1%. Asimismo, en su Artículo 5 establece que el Superintendente tiene la potestad de elegir en la escala de sanciones a que su juicio sea la más apropiada para la infracción que la motivó.*

Que, en base a las disposiciones citadas, se tiene que en la elección de la escala de sanciones, ésta Autoridad opta la que a su juicio más se asemeja a los cargos infringidos, respetando el límite máximo del 1% que dispone la Resolución 01/93. Por tanto, las infracciones cometidas para los cargos 1 y 2, constituyen una infracción GRAVE, tal cual lo establece el artículo 52 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que, con el fin de establecer una adecuada gradación de la multa a imponer, como referencia corresponde recordar que el Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el Sector de Seguros N° 153 disponía que a infracciones graves aplicará una sanción entre diez mil uno ($us. 10.001) y cincuenta mil ($us. 50.000) dólares de Estados Unidos de América.

Que, en relación a lo expuesto precedentemente para los cargos 1 y 2, se ha considerado que dicha sanción no ha sido reincidente, situación que atenúan los presentes cargos, por lo que esta Autoridad estima que el monto a sancionarse debe ser de $us. 10.000.-, por no emitir el certificado de cobertura (cargo 1) y con $us. 5.000.- por la infracción de la segunda parte, que es el de no entregar el certificado de cobertura (cargo 2), haciendo la suma de $us. 15.000.- por los cargos mencionados".

Ahora, en las distintas impugnaciones, se tienen las posiciones siguientes:

1.1. Los alegatos del recurrente LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ:

Según el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, "*la ASFI no ha valorado en su integridad los fundamentos que le han sido expuestos en el Recurso de Revocatoria y ha violado flagrantemente las disposiciones de la Ley de Seguros… al no haber efectuado un análisis sobre la existencia de daño* ***o*** *perjuicio* ***para determinarse la existencia de Infracciones Insubsanables***"; tal conclusión se basa en los fundamentos siguientes:

"***1. SOBRE LOS CARGOS 1 Y 2***

La ASFI de manera correcta ha establecido la existencia plena de las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. en lo que respecta a los Cargos 1 y 2. ***Sin embargo, a tiempo de determinar la sanción a ser aplicable no ha observado ni cumplido con las normas jurídicas aplicables****.*

En efecto, según menciona el regulador "el elemento daño económico o perjuicio al asegurado no se encontraría presente en este caso al no existir pronunciamiento de autoridad competente que determine la existencia de daño o perjuicio a los asegurados que deberá estar acompañada de la cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil".

*Sobre esta aseveración, la ASFI no ha tomado en cuenta que el Art. 41, literal e), de la Ley de Seguros establece como Funciones y Objetivos del órgano regulador "****Cumplir*** *y hacer cumplir* ***la presente ley*** *y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos", y tampoco ha considerado que el Art. 43, literal u), del mencionado texto legal indica que el regulador tiene atribuciones para "****Aplicar*** *las sanciones* ***contenidas*** *en la presente Ley" y si nos remitimos al Art. 52 de la Ley de Seguros la misma claramente establece que "Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones* ***aplicables por la Superintendencia****"; preceptos que desde una correcta interpretación*

sistemática y teleológica indican que el legislador ha conferido al órgano regulatorio administrativo la potestad de establecer sanciones y así cumplir con el texto de la Ley de Seguros, de donde se extrae que la ASFI ***no puede alegar que el "daño económico o perjuicio" (que forma parte de la calificación de las infracciones insubsanables) debe ser establecido por "autoridad competente" además de existir una "cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil", POR CUANTO LA FACULTAD DE IMPONER LAS SANCIONES Y VERIFICAR SI LAS CONDUCTAS DE LOS REGULADOS SE ADECUAN A LOS TIPOS DE INFRACCIÓN CORRESPONDE ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA****. Además que debe quedar en claro que NO se ha solicitado al órgano administrativo que ordene "resarcimiento económico" alguno, sino simplemente que establezca si la conducta de la Aseguradora ocasionó o no algún tipo de daño* ***o*** *perjuicio al* ***asegurado para que así pueda establecerse si se reúnen los requisitos para que las infracciones sean declaradas insubsanables****, aspecto que no ha sido analizado debidamente por la ASFI habiéndose incurrido en violación directa de los Arts. 41, literal e), y 43, literal u), y 52 de la Ley de Seguros antes mencionados.*

En el mismo sentido, la ASFI también vulnera el Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte relativa a las ***Infracciones Insubsanables****, por cuanto se pretende inadecuadamente supeditar la labor de análisis de los elementos "daño o perjuicio" correspondientes a las referidas Infracciones Insubsanables anteponiéndose la existencia previa de un "fallo" que ordene un "resarcimiento económico", aspecto también erróneo por cuanto, en el caso del* ***PERJUICIO****, esta situación no es exigible (fallo de autoridad competente) ya que en el Derecho de Seguros la doctrina especializada ilustra que la connotación* ***que la falta de información sobre el contrato de seguro y sus características básicas o generales produce en el asegurado es eminentemente colocarlo en una situación de perjuicio*** *al impedírsele conocimiento debido acerca de un acuerdo jurídico que sobre él recae, con lo que se disminuye la posibilidad y certeza del asegurado de realizar cualquier tipo de gestión ante la compañía de seguros que el acto contractual del seguro sea modificado irracionalmente sin noticia de las partes del contrato de seguro donde se encuentra individualizado el asegurado, figura que se da más aun en los seguros colectivos o de masas como los de vida en grupo donde existe un contrato prácticamente de adhesión redactado y presentado por una compañía de seguros que naturalmente detenta el predominio, campo donde el asegurado o consumidor se encuentra desprotegido y sin base mínima de respeto a la seguridad jurídica, hechos reclamables y sancionables por vía de supervisión administrativa creada por el estado" (Lambert-Faivre, Ivonne, "Protección de los consumidores de seguros" "Droit des Assurances", Editorial Dalloz, 10º edición, París 1998) Entonces a partir de la confirmación de existencia de las infracciones a los Cargos 1 y 2 ha quedado palmariamente demostrado que* ***NO SE EMITIERON NI ENTREGARON LOS CERTIFICADOS DE COBERTURA A LOS PRESTATARIOS-ASEGURADOS (ESPOSOS LUCCA-ARTEAGA)*** *con lo cual se restringió ilícitamente nuestro derecho a conocer los alcances de la Póliza, los riesgos asegurables, las condiciones de pago de primas y las coberturas otorgadas que derivó posteriormente en una serie de interpretaciones sobre la vigencia de la Póliza 600055. Además, no se puede dejar de lado que el perjuicio contra los asegurados se vio agravado en virtud a que* ***la Entidad Aseguradora emitió y modificó ilegalmente en varias oportunidades el contenido de la Póliza y sus anexos llegando a manejarse hasta cuatro versiones de la misma SIN EXISTIR REGISTRO DE LAS MISMAS EN LA EX SPVS****, obrando en detrimento a la seguridad jurídica y al principio de buena fe que debe regir en el Derecho de Seguros.*

Asimismo, y en el caso de la existencia de daño, (encontrándose aclarado que mi persona no pretende resarcimiento de daño alguno sino la verificación de su existencia o no para determinarse si las infracciones son insubsanables) conforme expresé en mi Recurso de Revocatoria y de acuerdo a las abundantes pruebas entregadas a la ASFI, se ha logrado comprobar la existencia de dicho extremo debido a que existieron muchos periodos en los cuales la Póliza No. 600055 no se encontraba vigente y menos había sido entregada al Banco empero ***la entidad financiera procedía ilícitamente a descontar montos de dinero por pago de primas por periodos que no se encontraban con cobertura y Alianza Vida S.A. recibió dichos pagos sin objeción alguna****, situación que tampoco fue valorada ni considerada.*

De otro lado, la ASFI actúa de manera ***CONTRADICTORIA*** *por cuanto, primero señala desacertadamente que "para verificarse la existencia de daño o perjuicio debe existir un pronunciamiento de autoridad competente y un fallo que determine la cuantificación para la reparación civil" y posteriormente (cuando le conviene a la ASFI) utiliza la jurisprudencia administrativa contenida en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre para "sustentar" la aplicación de la sanción pecuniaria inobservando que dicha jurisprudencia claramente ha señalado que a tiempo de efectuar la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada debe apreciarse también a) La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b) La naturaleza de los perjuicios causados*** *y c) La reincidencia en la comisión". Entonces, y no obstante que la propia ASFI señala que "ha cumplido con sus potestades sancionatorias" aplicando inclusive la línea de jurisprudencia administrativa que señala que las Autoridades Administrativas* ***deben*** *verificar (para aplicar sanciones)* ***LA EXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS****; de manera extraña e insólita (además de contradictoria) la ASFI cambia su discurso indicando que esta situación (verificación del perjuicio) sería materia de otros ámbitos y competencias legales, extremo lesivo también de la seguridad jurídica al no tener el acto administrativo la coherencia debida. En ese contexto, se debe ilustrar a la ASFI señalándole que la doctrina administrativa ha expresado que el Principio de Proporcionalidad debe ser tendente a "adecuar la sanción administrativa a la realidad* ***del perjuicio causado*** *de modo tal que nunca le resulta beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras aplicables a la actividad de que se trate" (Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ministerio de Justicia, España)*

Como corolario de lo anterior, y para comprobar tal extremo, los órganos administrativos del SIREFI a través de varias resoluciones administrativas y jerárquicas inclusive han determinado si la conducta de los infractores provocaron o no un daño o un perjuicio a los fines de calificar adecuadamente las infracciones y sanciones administrativas a ser establecidas, aspecto que no ha sido investigado ni valorado por la ASFI.

En otro orden de cosas, la ASFI califica la infracción como ***GRAVE****, empero si acudimos al Art. 52 de la Ley de Seguros, podemos apreciar que para la configuración de este tipo de infracciones el incumplimiento, entre otras cosas, debe ser enmendable o subsanable, situación que en el caso presente no se da por cuanto la Entidad Aseguradora, a la fecha, no puede subsanar o enmendar el hecho de no haber emitido ni entregado Certificados de Cobertura de la Póliza 600055 a los asegurados (esposos Lucca-Arteaga), situación que hasta la actualidad y durante muchos tiempo la ASFI se rehúsa fundamentar ya que a pesar de mi insistencia no ha expresado el órgano regulador* ***COMO PODRIA ALIANZA VIDA S.A. ENMENDAR O SUBSANAR EL NO HABER HECHO ENTREGA EFECTIVA DE LOS MENCIONADOS CERTIFICADOS DE COBERTURA****. Por ello, calificar la conducta de la aseguradora como "grave" vulnera también el mencionado Art. 52 de la Ley de Seguros.*

Entonces, ha quedado demostrado que la ASFI no ha valorado en su integridad los fundamentos que le han sido expuestos en el Recurso de Revocatoria y ha violado flagrantemente las disposiciones de la Ley de Seguros antes trascritas y explicadas al no haber efectuado un análisis sobre la existencia de daño o perjuicio para determinarse la existencia de Infracciones Insubsanables".

Al tema, recuérdense además los fundamentos señalados por el mismo recurrente en su memorial presentado en 25 de junio de 2012, referidos a los precedentes administrativos de la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (que adjunta al memorial de referencia) y que a su entender, demostrarían que los órganos administrativos, entonces el ente sancionador y ahora la Autoridad Jerárquica, se encuentran facultados para determinar la existencia de daño o perjuicio a los fines de calificar las conductas infractoras y aplicar las sanciones correspondientes en la vía administrativa.

No obstante se evidencia que tales precedentes no importan haberse ejercido competencia por parte de la sede administrativa en el conocimiento de las controversias pese a la facultad que le concede a la entidad sancionadora la normativa de la materia.

Asimismo y por el mismo memorial, se han presentado dos pólizas de Seguro de Desgravamen Hipotecario, ambas con el No. 600055 y ambas emitidas por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, una de las cuales refiere como *asegurado* a los "***Prestatarios de cartera FONVIS y Solución del Banco Santa Cruz***", empero la otra refiere como *asegurado* al "***Banco Santa Cruz S.A.***", señalando de ellas el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, que "*Claramente los actos administrativos emitidos por la ASFI y por la propia SPVS en su momento han señalado que los asegurados de la Póliza fueron siempre Prestatarios de Cartera del Banco donde se encontraba mi persona y mi señora esposa fallecida. ¿No es perjudicial para un asegurado que la propia aseguradora le desconozca su calidad de tal?*"

En definitiva, el recurrente persigue la determinación de un "*perjuicio para determinarse la existencia de Infracciones Insubsanables*".

Al tenor del artículo 52º -*Infracciones y sanciones*- de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros, referirse a las infracciones insubsanables (aquellas que corresponden al "*incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales*" (detalle que las diferencia de las infracciones leves o de las graves), es referirse a la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento.

En tal lógica y siempre siguiendo al recurso, se atribuye al ente sancionador la vulneración del artículo 52º de la Ley de Seguros "***en la parte relativa a las Infracciones Insubsanables***" por cuanto, se habría supeditado inadecuadamente la labor de análisis de los elementos daño o perjuicio correspondientes a las referidas infracciones cuando para la configuración de las infracciones como simplemente graves, el incumplimiento debe ser enmendable o subsanable, situación que en el caso presente -según el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**- no se da, por cuanto la entidad aseguradora no podría "*subsanar o enmendar el hecho*" de no haber emitido y entregado los certificados o notas de coberturas de la Póliza Nº 600055 "*durante el período comprendido entre julio a diciembre de 2000 y enero a marzo del 2001*" en el cargo Nº 1, y "*durante el periodo comprendido de julio de 2000 a marzo del 2001*" en el cargo Nº 2, no habiendo en definitiva expresado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -siempre en el entender del recurrente-, cómo podría **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** "***ENMENDAR O SUBSANAR*** *EL NO HABER HECHO ENTREGA EFECTIVA DE LOS MENCIONADOS CERTIFICADOS DE COBERTURA*".

A este respecto, y para precisar su diferenciación ya sea por la connotación directa al caso de autos (conforme sale de su tenor) o por el carácter de válido precedente administrativo que le inviste, es pertinente traer a colación lo señalado por esta Autoridad Jerárquica, en su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/Nº 22/2012 de 18 de abril de 2012, cuando en lo que interesa, ha señalado:

> "…*la controversia del presente proceso -sobre la que va a recaer la decisión definitiva de la Autoridad Jerárquica- radica en determinar si las infracciones determinadas* (…) *corresponden (o no) a la calidad de insubsanables, y si por tanto, debió sancionarse* (…) *con la revocatoria de su autorización de funcionamiento, o si mas bien, deben mantenerse las sanciones impuestas* (…)

…para el recurrente la cualidad de insubsanable deviene del efecto inmediato de las infracciones cometidas (…), referidas a no poder (…) regresar la situación jurídica al estado necesario para el cumplimiento de las normas ahora infringidas, dando por plenamente existente el incumplimiento (de allí su carácter axiomático) cual realidad material, con base a lo cual determina la serie de fundamentos que constan en sus escritos, todos apuntalados hacia el fin de que se revoque la autorización de funcionamiento de la entidad (…)

No obstante y iuris tantum*, no es admisible pretender que hubiera quedado comprobada la naturaleza insubsanable de las faltas (…) en la simple afirmación del recurrente de que las mismas no son corregibles en función temporal inmediata y sin mayor análisis; la controversia jurídica no puede consistir -como pretende el recurrente- en el cómo se podría subsanar una falta que él considera insubsanable, sino si esa falta es en verdad fácticamente insubsanable (no únicamente librada al criterio interpretativo del recurrente) porque a ello obliga el artículo 4, inciso d) de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo.*

En este sentido e inclusive, es rescatable lo afirmado por el propio recurrente a tiempo del Recurso de Revocatoria, cuando ha definido lo insubsanable como "todo aquello que ***no puede repararse o enmendarse*** *y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad o alguno de sus miembros"; acorde con ello, el Diccionario define Subsanar como a "Disculpar, excusar una falta o desacierto.* ***Reparar un daño, o enmendar un error****", y luego define Enmendar como a "Corregir, quitar defectos.* ***Resarcir, subsanar los daños***".

Entonces y contrariamente al axioma propuesto por el recurrente, la cualidad de insubsanable no deviene del no poderse regresar la situación jurídica al estado necesario para el cumplimiento de las normas infringidas (Reponerse se dice en Derecho, y a ello no se refiere la parte pertinente del artículo 52 de la Ley Nº 1883), sino que ***consiste en no poderse resarcir o reparar el daño emergente del incumplimiento*** (…)

Entonces resulta que en la pretensión axiomática del recurrente, así como el carácter insubsanable de las infracciones existe a simple afirmación y sin necesidad de mayor comprobación, el perjuicio ocasionado **(...)** *lo asume como algo evidente, lógico, notorio, forzoso y de ocurrencia necesaria.*

No obstante y ante una evidente falta de concretización hacia el o los perjuicios ocasionados **(...)**, *el recurrente tiene a bien sacar a relucir la naturaleza de los negocios* **(...)**, *en función de los intereses que se hallan en controversia.*

Tal realidad determina la existencia de varias relaciones jurídicas, empero todas integradas por la función del objeto de las mismas:

- *Los señores* ***LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ*** *y* ***Ana María Arteaga de Lucca*** *(asegurados en la lógica del seguro) contrataron del Banco Santa Cruz S.A. (tomador y beneficiario) tres créditos o mutuos de dinero.*

- *El Banco Santa Cruz S.A. contrató, por cuenta de su grupo prestatario -en el que se encontraban los señores* ***LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ*** *y* ***Ana María Arteaga de Lucca****- un seguro de desgravamen colectivo, con* ***Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. (la aseguradora)*** *a los efectos del pago de los créditos en caso de la contingencia de defunción de tales prestatarios; no obstante* ***tal contrato de seguro experimentó las irregularidades que se han conocido en la sustanciación del proceso****.*

- *El Banco Santa Cruz S.A. -no pudo serlo la aseguradora por prohibición del artículo 22 de la Ley Nº 1883, ni tampoco lo hicieron los asegurados conforme se infiere de la denuncia de fecha 12 de febrero de 2003- contrató los servicios de HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. (la corredora) a los fines de la intermediación del seguro de desgravamen hipotecario entre sus prestatarios -entre los que se encontraban los señores* ***LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ*** *y* ***Ana María Arteaga de Lucca****- y la aseguradora.*

Por consiguiente, el carácter subsanable o insubsanable de la controversia suscitada (...), está determinado en la posibilidad o imposibilidad de resarcir o reparar el daño emergente de las irregularidades suscitadas en la contratación y perfeccionamiento del contrato de seguro de desgravamen colectivo, suscrito por el tomador y beneficiario Banco Santa Cruz S.A. con la aseguradora ***Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.***

Ello desde luego, no importa inhibir el procesamiento por ocurrencia de infracciones ***de orden administrativo*** *y que sean susceptibles de sanción, conforme consta en las actuaciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro del caso de autos, que hacen a otra relación jurídica totalmente distinta (la del ente regulador con la generalidad de operadores* ***en materia de seguros****).*

Ahora, si se ha hecho énfasis en cierto carácter axiomático de la propuesta del recurrente, es porque si bien en el expediente abundan las pruebas acerca de que "durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000 NO EXISTIÓ POLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO y no obstante de ello, EL BANCO COBRÓ LAS PRIMAS DE SEGURO POR LOS PERIODOS", o que "existieron cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento ni el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura, y a pesar de ello… ***Alianza Vida S.A.*** *se beneficiaba con el pago de las primas del seguro, CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS DE MIS CUENTAS BANCARIAS", o que "HP Brokers SRL… no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones legales, no asistió, asesoró ni ilustró a los asegurados acerca del contenido y alcance de la Póliza No. 600055", no existen evidencias del perjuicio causado por tales actuaciones u omisiones, y en concreto, por aquellas que correspondieron a HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., resultando ello atribuible (la falta de evidencia) al recurrente, toda vez que si el Derecho ha reconocido la existencia de hechos que no requieren de prueba, los que surgen como emergencia del planteamiento del recurrente (referidos al sugerido carácter insubsanable de las infracciones cometidas...) no constituyen hechos notorios o evidentes a los que corresponde tal doctrina.*

Se debe entender que el régimen de sanciones establecido por el artículo 52 de la Ley Nº 1883, está dirigido en general a la actividad aseguradora y no únicamente a algunos de los operadores (aseguradoras, reaseguradoras, corredoras y agentes de seguros), por lo que sin negar su pertinencia al caso en concreto, corresponde aplicarse en el contexto integral al que se ha hecho referencia supra, máxime cuando como en el caso, del extremo contencioso participan varios operadores con objeto distinto, y sobre el que está consciente el recurrente, cuando conforme se evidencia de la copia del memorial presentado por ante la Cámara Nacional de Comercio en fecha 11 de mayo de 2005, tiene interpuesto un proceso de naturaleza arbitral contra el Banco Santa Cruz S.A., ***Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.*** *y HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., resultando de ello que en función de su correspondencia en derecho, las infracciones cometidas por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. conforme se han conocido en el proceso sancionador, resulten eventualmente subsanables.*

En definitiva, no se ha demostrado el carácter insubsanable de las infracciones cometidas…"

Desde luego que tal razonamiento es plenamente aplicable, firme, vigente y subsistente a la impugnación presente del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, por cuanto, ahora se reitera que el régimen de sanciones establecido por el artículo 52º de la Ley Nº 1883, está dirigido en general a las infracciones administrativas respecto a la actividad aseguradora que rodea al caso de autos, y no únicamente a la actividad particular de alguno o algunos de los operadores (aseguradoras, reaseguradoras, corredoras y agentes de seguros), por lo que sin negar su pertinencia al caso en concreto, corresponde aplicarse en el contexto integral referido y aludido en la cita precedente, máxime si, como en el caso de autos, del extremo contencioso participan varios operadores con objeto distinto y sobre lo que está consciente el recurrente, cuando conforme consta del expediente, que tiene interpuesto un proceso de naturaleza arbitral contra **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, el Banco Santa Cruz S.A., y HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., resultando de ello que **en función de su correspondencia en derecho**, las infracciones cometidas por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, conforme se han conocido en el proceso sancionador, **requieren de un pronunciamiento por parte del ente sancionador de la gravedad de la infracción para conocer la sanción a imponerse en el marco de sus facultades y competencias.**

Así entendida la diferencia de objetos de conocimiento según le corresponda resolver a la sede administrativa o al tribunal arbitral, aún debe establecerse que la imposición de sanciones en materia de seguros, debe estar determinada previa valoración de la gravedad pudiendo ser leve, grave o insubsanable, situación que definitivamente le exige al órgano de supervisión la debida fundamentación.

Para ello, se parte del hecho incontrovertido de que, el no haberse emitido y entregado los certificados o notas de coberturas de la Póliza Nº 600055 a los esposos Lucca, durante los periodos comprendidos entre julio a diciembre de 2000, enero a marzo del 2001, y de julio de 2000 a marzo del 2001, no importa una conducta referida a cuestiones sustanciales en la relación comercial entre los ahora recurrentes, sino mas bien y fundamentalmente, un ilícito típicamente administrativo: resulta en una infracción a la norma administrativa.

Entonces y dando razón al recurrente, corresponde a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su papel de sancionadora, establecer la calificación de gravedad de la infracción entre las alternativas que le ha provisto la norma, sin que ello importe pasar a conocer los temas de la existencia o no de la cobertura y de su consiguiente resarcimiento, si esto posible, temas sustanciales que corresponden, como se tiene explicado, a conocimiento de jurisdicción distinta.

Por tanto, se extraña en los pronunciamientos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la motivación y fundamento que la ley le exige, sobre el porqué la infracción cometida por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** se constituye como grave como tiene anotado y no así una insubsanable, conforme lo ha solicitado el otro recurrente, extremo que en definitiva justifica el fallo de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

1.2. Los alegatos de la recurrente ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA:

Por su parte, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** impugna la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por cuanto "*éstos* -se

refiere a los cargos Nº 1 y Nº 2- *no pueden ser tipificados como GRAVES, toda vez que no concurren los presupuestos sancionatorios del artículo 52 de la Ley Nro. 1883, ni de los descritos en el artículo 12 de la Resolución Reglamentaria 01/93 de 11 de noviembre de 1993, en artículo 8 parágrafo III*".

Como en los términos del artículo 58º de la Ley Nº 2341, de 23 de abril de 2002, los recursos deben presentarse de manera fundada, debe concluirse que en la presente oportunidad de resolver el Recurso Jerárquico, en lo específico, no es materia de impugnación alguna la sustancia de los cargos Nº 1 y Nº 2, o sea la comisión de las infracciones por parte de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, sino simplemente la calificación de las mismas y la consiguiente imposición de las sanciones.

Consiguientemente, en observancia al mencionado artículo 58º de la Ley Nº 2341, de 23 de abril de 2002 y en atención a lo que dice el Recurso Jerárquico de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limita en cuanto a la consideración de los cargos Nº 1 y Nº 2, únicamente en lo referido a la calificación de las infracciones y a la consiguiente imposición de las sanciones que les correspondan.

En tal sentido, la posición expresada por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, se fundamenta en:

"***5.5. Inexistencia de presupuestos de calificación como Infracción Grave en relación a los cargos 1 y 2 de la Notificación de Cargos.***

En relación a los Cargos 1 y 2 la ASFI en la Resolución ASFI Nro. 142/2012 del 23 de abril de 2012, dispone:

"Que en base a las disposiciones citadas se tiene que en la elección de la escala de sanciones, esta Autoridad opta la que a su juicio más se asemeja a los cargos infringidos, respetando el límite máximo del 1% que dispone la Resolución 01/93, por tanto las infracciones cometidas para los cargos 1 y 2 constituyen una Infracción grave, tal cual lo establece el artículo 52 de la Ley de Seguros Nro. 1883 del 25 de junio de 1998.

Que con el fin de establecer una adecuada gradación de la multa a imponer, como referencia corresponde recordar que el Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el Sector de Seguros Nro. 153 disponía que a infracciones graves aplicará una sanción entre diez mil uno ($us. 10.001) y cincuenta mil ($us.50.000) dólares de Estados Unidos de América".

Que, en relación a lo expuesto precedentemente para los cargos 1 y 2 se ha considerado que dicha sanción no ha sido reincidente, situación que atenúan los presentes cargos".

Al respecto, se debe tomar en cuenta que la ***tipicidad y la subsunción*** *son Principios elementales del Derecho Administrativo Sancionador, que se hallan claramente expuestos en el artículo 73 parágrafos I, II, y III de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.*

En ese sentido en plena congruencia con lo contextualizado en el punto anterior que existe un vinculo jurídico exclusivo entre regulador y regulado (strictu sensu), donde subyace la obligación de verificar cuales fueron los niveles de infracción que presuntamente habría cometido ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, limitando su capacidad sancionadora a los hechos descritos en la Notificación de*

Cargos de la CITE: SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, que básicamente revelan infracciones por la falta de remisión de información al Órgano Regulador.

> ***1. El artículo 7, párrafo tercero del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros dispone que la gravedad de la comisión de un acto u omisión, de acuerdo a las categorías establecidas, podrá ser estimada por el Órgano Regulador.***

*Lo expuesto robustece el argumento de que la aplicación de una sanción obedece a la administración de la **SANA CRITICA** y el **PRUDENTE ARBITRIO** de la autoridad facultada con el ius puniendi administrativo, donde será únicamente la interpretación exegética de la norma la cual permita dimensionar la gravedad de los actos que están bajo procedimiento sancionador, basados estrictamente en los mandatos expuestos en el reglamento sancionador.*

En esta discrecionalidad debe existir siempre una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó conformándose así los Principios de Racionalidad, Justicia, Equidad, Igualdad, Proporcionalidad y Finalidad. La Ley de Procedimiento Administrativo en el articulo 4 inciso p) establece en forma expresa el Principio de Proporcionalidad, que señala que: la administración pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".

Lo dicho anteriormente, se halla nítidamente establecido en las siguientes Sentencias Constitucionales:

> ***SSCC. Nrs. 1464/04-r del 13 de septiembre de 2004, 908/05-r del 8 de agosto de 2005 y 95/01 del 21 de diciembre de 2001.***

*En ese sentido, no obstante de quedar claramente establecido de que no existe ninguna posibilidad de que la posible contravención tenga el nivel de insubsanable, tal como fuera correctamente apreciado por el regulador, no es menos cierto que la tipificación de la sanción **como GRAVE resulta exorbitante**, por lo cual corresponde que en uso del Principio de Equilibro que debe existir en el IUS PUNIENDI administrativo del Estado, esta debe ser realizada por la instancia jerárquica*".

Desde luego que, calificar a la sanción de *exorbitante* determina que en el entender de la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, la calificación que correspondía aplicarse a las infracciones establecidas en los cargos Nº 1 y Nº 2, debió haber sido más bien la de leve, único tipo tenue en los términos del artículo 52º de la Ley Nº 1883 (de Seguros) con relación al de las infracciones graves, es decir, el único tipo que bajo esa lógica resulta no *exorbitante* y que es sancionable entonces, con una amonestación o una multa pecuniaria, al tenor del mismo artículo.

Esto obliga a establecer la diferenciación entre los tipos de infracción *leve* y *grave* dispuestos por el artículo 52º de la Ley Nº 1883 (de Pensiones), el que señala:

"*INFRACCIONES LEVES. Corresponderán al incumplimiento… como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio* (…)

INFRACCIONES GRAVES. Corresponderán al incumplimiento… como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio…"

Entonces y en un sentido general, existe una primera diferencia entre las infracciones leves que resultan exclusivamente de una conducta culpable -sea por negligencia o sea por imprudencia-, y las infracciones graves que, siendo excluyentes en su determinación con respecto a las primeras, pueden resultar de una conducta culpable o de una dolosa, dualidad que en el caso de autos, no permite sea por ésta característica que se pueda concluir en la aplicabilidad del tipo infracción grave, en detrimento del tipo de infracción leve, y esto porque no existen en el cuaderno de autos, elementos de análisis que permitan concluir que la sancionada **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** actuó dolosamente (criterio propio de la gravedad) en la comisión de las infracciones señaladas en los cargos Nº 1 y Nº 2, infiriéndose entonces, haber actuado culposamente **(criterio común a la levedad o a la gravedad)**.

Consiguientemente, es necesario extraer de los presupuestos del artículo 52º de la Ley Nº 1883 (de Seguros), en cuanto a los tipos de infracción entre leve y grave, sus diferencias particulares:

- Subjetivamente, las infracciones leves sólo pueden corresponder a conductas de los sujetos que no se constituyen en representantes legales de la entidad, al contrario de **las infracciones graves** que ***iuris et*** *de* ***iure*****, sólo pueden corresponder a conductas de sujetos que sí se constituyen en representantes legales de la entidad**.

  Es de hacer notar que el artículo 63º, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, hace referencia a que "*las infracciones y sus respectivas sanciones serán clasificadas según su naturaleza y gravedad*"; el mismo Reglamento en su artículo 64º establece una clasificación -entre *personales* e *institucionales*- pero sólo para las sanciones.

  Se debiera entender que el primero de los artículos nombrados (63º) encuentra su materialización en el tantas veces nombrado artículo 52º de la Ley Nº 1883 (de Seguros), por cuanto es allí donde se encuentra la clasificación (bien conocida en el desarrollo precedente de la presente Resolución), entre infracciones *leves*, *graves* e *insubsanables*, empero ésta clasificación está determinada por la sugerida distinción -entre los *representantes legales de la entidad* y quienes no lo son- que sale precisamente del artículo 52º y que conforme se ha visto, no toma en cuenta la cualidad en la autoría de la infracción, por lo que en definitiva y al caso de autos, se impone el análisis jurídico siguiente:

  Desde el inicio mismo del proceso sancionador se ha actuado en función a la responsabilidad institucional de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y la propia entidad de seguros ha asumido el proceso de esa manera, como que sus descargos y alegatos no se refieren a responsabilidades personales y ajenas a quien o quienes no resulten en sus representantes legales, sino que por el contrario, quienes han suscrito la defensa de sus intereses siempre han sido sus representantes legales y en función de una responsabilidad institucional, haciendo relación de actos impersonales, de manera tal que, no existe elemento que al menos sugiera, que las responsabilidades que se conocen (no emitir y entregar certificados o notas de coberturas de la Póliza Nº 600055, *durante el periodo comprendido entre julio a diciembre de 2000 y enero a marzo de 2001* en el cargo Nº 1, y *durante el*

periodo comprendido de julio de 2000 a marzo de 2001 en el cargo Nº 2), no sean imputables al representante legal o a los representantes legales de la entidad aseguradora sancionada.

Entonces subjetivamente, las infracciones de la sancionada **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** en los cargos Nº 1 y Nº 2, sí se acomodarían al criterio de grave y no así al de leve.

- Objetivamente, las infracciones son leves cuando no causan daño económico o perjuicio, y **las infracciones son graves cuando**, *contrario sensu*, **sí causan daño económico o perjuicio**.

Con respecto a esto, toda vez que en un principio (resuelve primero de la Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010) la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero desestimó sancionar los cargos Nº 1 y Nº 2, el fundamento de la sanción debió encontrarse en la posterior Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012; en concreto, debió allí quedar justificada la existencia del daño económico o perjuicio que fundamente la sanción.

Sin embargo, de la revisión minuciosa de la precitada Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, e inclusive de la Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010, se establece que las mismas no hacen referencia alguna a las consecuencias de la infracción, menos aún a un daño económico o perjuicio, requerido a los efectos del artículo 52º de la Ley Nº 1883 (de Seguros); tal es así que inclusive y en ese sentido, se ha pronunciado el recurrente, señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, cuando en su memorial de 13 de julio de 2012, también ha acusado "*el hecho de no haberse identificado, **por el momento**, la existencia de daño económico **o** perjuicio*…"

Tal expresión tiene relación con lo establecido por el ente sancionador, cuando en su ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, señala:

"*Que, para que se considere como infracciones insubsanables, deben concurrir como presupuesto necesario: "**el daño económico o perjuicio al asegurado**", **elemento ausente en el presente caso**, al no existir pronunciamiento de autoridad competente que determine la existencia de daño o perjuicio a los asegurados, determinación que indudablemente estará acompañada de la cuantificación determinada o determinable a los efecto de la reparación civil.*"

Posición que resulta contradictoria con las restantes de la autoridad recurrida, por cuanto:

- La existencia positiva del elemento o presupuesto *daño económico o perjuicio a la entidad o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiario u otros terceros* (no sólo al asegurado, como mal señala la recurrida) que establece el artículo 52º de la Ley Nº 1883, no está limitada a la determinación de las infracciones insubsanables, sino que le es también común a las infracciones graves.
  Entonces, si tal elemento está *ausente* en la determinación de infracciones insubsanables, necesariamente también lo está en la determinación de

infracciones graves; siendo así, no pudo calificarse a las infracciones de los cargos Nº 1 y Nº 2 cual si fueran graves.

- Empero más fundamental, si el ente sancionador se conoce incompetente para determinar la existencia de daño o perjuicio a la entidad o a los asegurados, tomadores del seguro, entonces no podría calificar la infracción como grave y ejercer la facultad sancionadora situación que no se ajusta a las determinaciones normativas sancionatorias en materia de seguros como ya se ha señalado en el numeral anterior.

  Recuérdese que el artículo 120º, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado, refiere que "*toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente*", y que el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003), en su artículo 62º, parágrafo I, establece que "*el procedimiento sancionador debe respetar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos*".

Hace mal además el ente sancionador, en limitarse a lo expresado en el párrafo transcrito de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, y no identificar la competencia a la que se refiere para negarse a sí misma los atributos necesarios para asumir el pleno conocimiento sobre el tema; en este sentido se ha pronunciado el anterior Tribunal Constitucional en su Sentencia SC 0130/2010-R de 17 de mayo de 2010, cuando ha señalado que "*los jueces y autoridades administrativas no pueden disponer que se acuda a la autoridad llamada por ley sin precisarla*".

Con ello queda claro (inclusive para la recurrida en función a su propia mención acerca de la competencia aplicable) que en materia de seguros, a la sede administrativa no le está dado el conocer de cuestiones sustanciales, sean de fondo pero si cuenta con la facultad sancionadora con todas sus prerrogativas.

En el caso presente, ninguna de las partes ha puesto en tela de juicio -en lo concreto- la efectiva ocurrencia de las infracciones que hacen a los cargos Nº 1 y Nº 2, por lo que no es ello lo que hace a la discusión actual, sino la calificación que deben corresponderles.

En tal sentido, corresponde la conclusión arribada ya en numeral 1.1 que a su vez aplica al caso de autos.

1.3. Imprecisión del fundamento normativo de la sanción:

Amén de lo anterior, llama la atención y la suscrita Autoridad Jerárquica no puede dejar pasar por alto, que el resuelve primero de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, se pronuncie por imponer una sanción pecuniaria "***por incumplimiento al inciso g) del Artículo 12, inc. 9*** *de la Ley de Seguros No. 1883,* ***por los cargos 1 y 2***", cuando si bien hace al cargo Nº 1 el acusado incumplimiento del inciso g) del artículo 12º, no es el mismo para el cargo Nº 2, para el que el incumplimiento que debió señalarse, es al **artículo 4º de la Resolución Administrativa SPVS-IS Nº 257 de 19 de junio de 2000**, norma que no ha sido mencionada en el referido resuelve primero, resultando por tanto, que se viene a sancionar tanto el cargo Nº 1 como el cargo Nº 2 por el mismo inciso g) del artículo 12º,

cuando incongruentemente, la norma que justifica el cargo Nº 2 -la conducta sancionable, entonces- debió ser otra distinta.

Asimismo, se sanciona ambos cargos por un "*inc. 9*" sin que se precise a qué cuerpo legal o normativo corresponde, empero que en todo caso, tampoco se halla mencionado en la notificación de cargos en base a la cual le correspondió a la sancionada ejercer su derecho a la defensa.

Sin bien estos extremos pierden trascendencia visto lo señalado en los numerales 1.1 y 1.2 precedentes y atendiendo al principio de economía, debe dejarse constancia que los mismos pudieron haber determinado una infracción a la garantía del derecho a la defensa y una violación al debido proceso administrativo en cuanto al principio de tipicidad, por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; para concluir en ello, basta referirse al precedente de regulación financiera (*SG SIREFI RJ 07/2008 de 14 de enero de 2008, complementada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 6 de febrero de 2007*) señalado por la propia autoridad ahora recurrida, en su Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, y que dice:

"*…La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria…*"

2. SOBRE LOS ALEGATOS DE ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA REFERIDOS AL CARGO Nº 3:

El cargo de referencia señala:

"…***Cargo 3*** *Durante el periodo de mayo de 2001 al 31 de diciembre de 2001, la entidad, no ha registrado en esta Superintendencia el Certificado de Cobertura de la póliza de seguros de desgravamen hipotecario, con código asignado Nº 207-934801-1999 11 004, por tanto la póliza Nº 600055 de seguros de desgravamen hipotecario con vigencia del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, emitida el 29 de enero de 2001, no cuenta con certificado de cobertura, incumpliendo lo establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IS Nº 172 del 16 de abril de 2001, que indica en sus dos últimos párrafos, lo siguiente: "El texto de la póliza de seguros colectivo y el certificado de cobertura deberá ser objeto de registro de la SPVS, de forma previa a la comercialización del seguro, según la Resolución Administrativa SPVS-IS Nº 070 de fecha 23 de abril de 1999. Es obligación de la entidad aseguradora hacer la entrega del Certificado de Cobertura al asegurado en los 10 (diez) días siguientes a la extensión de la cobertura".*

Al respecto, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresada en el artículo cuarto de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, es la de imponer la sanción de $us 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos), fundando lo mismo en los extremos siguientes:

"…*Que, con relación al cargo 3, referido a que la Entidad Aseguradora no hubiera registrado en la ex SPVS el certificado de Cobertura con código asignado No. 207-934801-1999 11 004, incumpliendo lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS – IS No. 172 de 16 de abril de 2001, la Entidad Aseguradora señala que la Resolución Administrativa SPVS – IS No. 257 de 19 de junio de 2000 que reglamenta los seguros colectivos era una normativa confusa y de ambigua aplicabilidad, por lo que*

en el mes de agosto de 2001 presentó el contenido del certificado individual de cobertura para los seguros, el mismo que fue debidamente aprobado y registrado por la SPVS el 18 de septiembre de 2001, mediante Resolución Administrativa No. 412/2001.

Que, la Resolución Sancionatoria ASFI No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, menciona que no se habría valorado los descargos de la compañía aseguradora, debido a que se ha evidencia que la imputación del cargo posee elementos que han sido erróneamente consignados, vulnerando el principio de congruencia (de los hechos denunciados y sancionados), desestimando el cargo.

Que, el recurrente, señor Artemio Lucca Suárez, con respecto al presente cargo, hace referencia a que la Entidad Aseguradora utilizó dolosamente más de una versión de la Póliza 600055 de las cuales una de ellas contenía el código 207-934802-1999 1 004.

Que, la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril 1999, en su artículo 2 disponía el registro de pólizas, anexos o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras, las que deberían ser presentadas para su registro de manera previa a su comercialización.

Que, la Resolución Administrativa IS N° 172 de 16 de abril de 2001, en su artículo tercero, dispone: "El texto de la póliza de seguro colectivo y del Certificado de Cobertura deberá ser objeto de registro en la SPVS, de forma previa a la comercialización del seguro, según la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999".

Que, de los antecedentes de la referida Resolución, que dieron lugar a la modificación de la Resolución 257 de 19 de junio de 2000, se observa que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tuvo la necesidad de modificar el Reglamento de Seguro Colectivo, con el objeto de proteger a las personas individuales y colectivas que tomen los servicios de una entidad financiera, dejando claramente establecido los alcances y conceptos del asegurado, tomador y beneficiario, considerando adicionalmente que la póliza de seguros colectivos cubre a múltiples asegurados a través del tomador de seguros (Entidad Financiera) cuyos asegurados conocen la cobertura otorgada por la póliza a través del certificado de cobertura, partir del 16 de abril de 2001.

Que, bajo el contexto de la norma legal antes analizada, la infracción imputada en el cargo 3 encuadra cabalmente a la descripción del tipo de conductas sancionables que se describen en los incisos f) y h) del artículo 12 del Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el Sector de Seguros, aprobado por Resolución Administrativa N° 153 de 4 de abril de 2001, las que por disposición de la misma norma (Art. 8) se encuadra dentro de la MULTA GRAVE. Por tanto, el artículo 8 de la citada norma, contiene la precalificación de la sanción grave que corresponde a un monto entre $us. 10.001 a $us. 50.000, considerándose además que el infractor no ha sido reincidente, situación que atenúa el presente cargo, correspondiendo sancionar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con un monto de $us. 10.001.-, por el cargo mencionado…"

La recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, en Recurso Jerárquico, señala que "*el cargo 3, quedó a merced de la aplicación de los principios de irretroactividad, lo cual fue correctamente analizado… al momento de emitir la Resolución ASFI No. 993/2010 de 26 de noviembre de 2010, aspecto que hoy es desconocido por la Resolución ASFI Nro. 142/2012 del 23 de abril de 2012…, aspecto que deberá ser reparado en la instancia jerárquica, toda vez que no puede existir sanción cuando está no ha sido tipificada, tal como lo dispone el artículo 73 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo*"; tal conclusión se basa en los fundamentos siguientes:

"***5.6. En relación al cargo Nro. 3***

En relación al cargo Nro. 3 de ASFI en su Resolución Nro. 142/2012 del 23 de abril de 2012, dispone:

"Se observa que la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, tuvo la necesidad de modificar el Reglamento de Seguro Colectivo, con el objeto de proteger a las personas individuales y colectivas que tomen los servicios de una entidad financiera, dejando claramente establecido los alcances y conceptos del asegurado, tomador y beneficiario, considerando adicionalmente que la Póliza de Seguros colectivos cubre múltiples asegurados a través del tomador de seguros (Entidad Financiera) cuyos asegurados conocen la cobertura por la póliza a través del Certificado de cobertura a partir del 16 de abril de 2001.

Que bajo el contexto de la norma legal antes analizada, la infracción imputada en el cargo Nro. 3 encuadra cabalmente a la descripción del tipo de conductas sancionables que se describen en los incisos f) y h) del artículo 12 del Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas del Sector Seguros, aprobado por Resolución Administrativa Nro. 153 del 4 de abril de 2001. Las que por disposición de la misma norma (art. 8) se encuentra dentro de la multa GRAVE. Por tanto el artículo 8 de la citada norma, contiene la precalificación de la sanción grave que corresponden a un monto entre $us. 10.001 a $us. 50.000, considerándose además que el infractora no ha sido reincidente, situación que atenúa en el presente cargo correspondiendo sancionar a Alianzas Vida Seguros y Reaseguros S.A. con un monto de $us. 10.001 por el cargo mencionado".

Sobre el particular, corresponde reiterar ante su autoridad que el análisis efectuado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero contenido en la Resolución ASFI No. 993/2010 de 26 de noviembre de 2010, se debe dejar claramente establecido que la Póliza Nro. 600055 tenía en el presente caso una vigencia comprendida desde el 1ro. de noviembre de 1999 al 1ro. de noviembre de 2000 y del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, cuando aún no estaba en vigencia la Resolución Administrativa IS No. 172 de 16 de abril de 2001 emitida por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS).

Sobre el particular corresponde invocar el Principio de Irretroactividad de la norma, establecida en el artículo 33 de la Constitución Política del Estado (Ley No. 2650) vigente al momento de la operación que establecía:

> ***ARTICULO 33.- La Ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente.***

En consecuencia, ninguna autoridad administrativa o judicial puede sancionar a la empresa aseguradora por una omisión que al momento de la vigencia y emisión de la Póliza de Desgravamen Hipotecario, no estaba tipificada como una infracción de la norma sustantiva y en todo caso la mencionada resolución establece que el Registro se debía realizar según la Resolución No. 070/99 de 22 de noviembre de 1999.

En ese sentido, corresponde que la Autoridad Jerárquica se pronuncie sobre los siguientes aspectos fundamentales, en relación al cargo Nro. 3:

1. *Tomar en cuenta que mediante la Nota ALV-SG 213/2001 del 14 de agosto de 2001, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. solicitó el registro del Certificado de Cobertura de desgravamen hipotecario de la póliza de desgravamen hipotecario renovable, solicitud que le fue concedida por la ex SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS IS N° 412/01 del 18 de septiembre de 2001, resolviendo registrar el Certificado de Cobertura de desgravamen hipotecario con Código 207-934901-1999 11 003-4001.*

2. *En todo caso que en evidencia que la póliza de desgravamen hipotecario Nro. 600055 tenía una vigencia del 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001 y al momento de la emisión del misma, el 29 de enero de 2001 aun no se emitía la Resolución Administrativa IS N° 172 del 16 de abril de 2001, lo cual implica que debido a la aplicación del Principio de*

Irretroactividad de la norma, por lo cual no se puede sancionar a la compañía por una omisión que al momento de la vigencia y emisión de la póliza de desgravamen hipotecario no constituía infracción o incumplimiento de la norma regulatoria."

2.1. Aplicabilidad de la sanción impuesta por vigencia de la norma a tiempo de la comisión de la infracción.

Cabe dejar constancia en principio, que según el propio Recurso de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Resolución Administrativa que menciona como precedente, la ASFI Nº 993/2010 de 26 de noviembre de 2010, ha sido recurrida en Jerárquico por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y revocada en los límites del *no reformatio in pejus*; consiguientemente, no corresponde sea tenida en cuenta al presente y de la forma que la recurrente señala, quien en todo caso debió hacer valer el contenido sustancial de la misma -si así le convenía- de la forma que se lo exige el artículo 38º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003: *Los recursos se presentarán… de manera fundamentada*, determinando que la suscrita Autoridad Jerárquica proceda ahora al análisis de la impugnación, prescindiendo del elemento así propuesto.

En tal sentido, el cargo Nº 3 está referido a la falta de registro del Certificado de Cobertura de la póliza de seguros de desgravamen hipotecario, con código asignado Nº 207-934801-1999 11 004 "*durante el periodo de mayo de 2001 al 31 de diciembre de 2001*"; tal periodo corresponde al transcurrido entre el mes siguiente al de la Resolución Administrativa IS Nº 172 de 16 de abril de 2001 y la fecha de caducidad de la vigencia de la póliza Nº 600055 (31 de diciembre de 2001).

Mediante la Resolución Administrativa (IS Nº 172), en su artículo tercero, la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dispuso que los textos, de la póliza de seguro colectivo y del Certificado de Cobertura, sean registrados por ante ella, de forma previa a la comercialización del seguro "*según la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999*".

De manera tal que, desde fecha 16 de abril de 2011 corresponde el registro del texto de la póliza de seguro colectivo (referido a la cobertura de múltiples asegurados en razón a ser la tomadora una entidad financiera de la que son sus prestatarios) y de su Certificado de Cobertura, en ambos casos previamente a su comercialización, determinando que **es a tiempo de la comercialización de la póliza** que ésta y su Certificado de Cobertura, deban encontrarse registrados.

No obstante, por el cargo Nº 3, se pretende que el Certificado de Cobertura correspondiente a la póliza Nº 600055, debió haber sido registrado en forma inmediata al pronunciamiento de la Resolución Administrativa IS Nº 172 de 16 de abril de 2001, cuando la misma había sido contratada (entonces comercializada) el 29 de enero de 2001, más de dos meses antes y por lo tanto, no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de tal norma.

El ente sancionador justifica su posición en que el artículo tercero de la Resolución Administrativa IS Nº 172 hace referencia a la mención "*según la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999*", empero tal expresión está también referida en la segunda norma, al registro de manera previa a la comercialización, en este caso, de pólizas, anexos

o cláusulas adicionales, es decir, de **la generalidad de previsiones del contrato de seguros** por encontrarse en ellos plasmados el objeto del contrato de seguro que es el objeto del registro, resultando implícito en ello los Certificados de Cobertura de la póliza.

Entonces, la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999 cuando se refiere al registro obligatorio de los documentos que hacen al **contrato** de seguro, importa también el mismo deber con respecto a los Certificados de Cobertura.

Por lo tanto, cuando en interés del contrato de seguro colectivo se pronuncia la Resolución Administrativa IS Nº 172 (*Reglamento de **Seguros Colectivos***) en fecha16 de abril de 2001, hace extensible la aplicación de la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999, determinando el deber de registro de los Certificados de Cobertura, máxime cuando la obligación incumplida –ahora sancionada- había sido dispuesta también por la Resolución Administrativa IS Nº 257 de 19 de junio de 2000, con similar sino idéntica redacción, resultando que la IS Nº 172 de 19 de abril de 2001 (incumplida), no modifica la realidad jurídica existente en ese momento.

Se concluye entonces en la aplicabilidad de la sanción impuesta en referencia a una exigencia normativa sobre la que no pesa irretroactividad por cuanto a tiempo de la comisión de la infracción, se encontraba plenamente vigente, dando ello razón a la decisión de la autoridad recurrida.

2.2. Consignación inapropiada de la sanción:

La impugnada Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, ha determinado:

"***CUARTO.- REVOCAR PARCIALMENTE*** *el Resuelve Tercero de la Resolución ASFI No. 832/2010, con respecto al cargo 3, sancionando a Alianza Seguros y Reaseguros S.A. con la suma de $US. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos)*".

En su oportunidad, la mencionada Resolución Administrativa ASFI No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, dispuso:

"***TERCERO.-*** *Desestimar los cargos 3, 5 y 9 al vulnerar el principio de congruencia, tipicidad e irretroactividad de la Ley contenidos en la Notificación de Cargos SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008*".

Consiguientemente, al no haber sido la Resolución Administrativa ASFI No. 832/2010 la que ha dispuesto sanción alguna por la infracción que importa el cargo Nº 3, debió ser en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 cuando, a tiempo de sancionarla, **se debió precisar la infracción cometida** conforme lo ordena el artículo 68º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175.

La omisión anterior ha determinado que los necesarios datos inherentes a la infracción debieran ser relevados suficientemente del tenor mismo de la Resolución impugnada, sin lugar a mayor observación por cuanto ello no ha evitado que la presente actuación administrativa logre su finalidad legal en conformidad a lo señalado por el artículo 36º, parágrafo II, del mismo Reglamento.

No obstante, la suscrita autoridad jerárquica no puede dejar de llamar la atención de la entidad recurrida por el extremo ahora señalado, sin lugar a mayor determinación al respecto.

3. SOBRE LOS ALEGATOS DEL SEÑOR LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ REFERIDOS AL CARGO Nº 5:

El cargo de referencia señala:

"***Cargo 5*** *Se evidencia que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no ha remitido a esta Superintendencia los textos de condicionados general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados por la SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS IS N° 321/99 del 9 de noviembre de 1999, de las pólizas Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934801-1999 11 003 y Desgravamen Hipotecario con código 207-934901-1999 11 004. Asimismo, se evidencia que el condicionado particular de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario comercializado por la entidad no consigna el código asignado por la SPVS, por tanto Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. al no remitir a la Superintendencia en tres ejemplares los textos del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos de las pólizas Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934901-1999 11 003 y Desgravamen Hipotecario con código 207-934801-1999 11 004 habría incumplido la instrucción del artículo octavo de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 321/99 del 9 de noviembre de 1999, que establece: "La compañía debe enviar a esta Superintendencia tres ejemplares del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos, para su archivo".*

Al respecto, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresada en el resuelve tercero de la Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, y confirmada por el resuelve tercero de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, es la de desestimar el cargo por "*vulnerar el principio de congruencia, tipicidad e irretroactividad de la Ley*", fundando lo mismo en los extremos siguientes:

- **Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010:**

"*Que, **con relación al cargo 5** referido a que no se ha remitido a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros los textos de los condicionados general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados con la SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS - IS No. 321/99 de 9 de noviembre de 1999 de las P6lizas de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934801-1999 11 003 y de Desgravamen Hipotecario con código 207-934901-1999 11 004, incumpliendo la instrucción del artículo octavo de la Resolución Administrativa SPVS No. 321/99, la Entidad Aseguradora señala que ésta omisión, acusada de haber sido cometida en el mes de noviembre de 1999, se encontraría prescrita.*

*Que, previamente se debe señalar que en el conocimiento y tramitación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes **respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación de los hechos imputados y la resolución final.***

Que, consiguientemente, revisado el presente caso de examen se llega a la conclusión que no se valorará la prescripción alegada por la Compañía de Seguros debido a que se ha evidenciado en los archivos de la ex SPVS la existencia de la nota ALV-SG 010/2000 con fecha y sello de recepción del 17 de enero de 2000, por la cual Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. remiten para el registro y archivo

correspondiente tres ejemplares impresos de los Condicionados Generales de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario y la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable, no obstante de ello sólo se tiene la nota y no así los documentos adjuntos.

Que, por lo evidenciado, se desestima el cargo."

- **Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012:**

"*…Que, con relación al cargo 5, referido a que no se ha remitido a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros los textos de los condicionados general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados con la SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS – IS No. 321/99 de 9 de noviembre de 1999 de las Pólizas de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934801-1999 11 003 y de Desgravamen Hipotecario con código 207-934901-1999 11 004, incumpliendo la instrucción del artículo octavo de la Resolución Administrativa SPVS No. 321/99.*

Que, previamente se debe señalar que en el conocimiento y tramitación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación de los hechos imputados y la resolución final.

Que, consiguientemente, revisado el presente caso se ha evidenciado en los archivos de la ex SPVS existe la nota ALV-SG 010/2000 con fecha y sello de recepción de 17 de enero de 2000, por la cual Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. remiten para el registro y archivo correspondientes tres (3) ejemplares impresos de los Condicionados Generales de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario y la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable, no obstante de ello sólo se tiene la nota y no así los documentos adjuntos.

Que, el cargo de recepción de la nota ALV-SG 010/2000, acredita de manera suficiente la presentación de la misma y sus anexos, correspondiendo, por la ausencia de los documentos adjuntos, establecer responsabilidades en el orden administrativo de manera independiente a lo determinado en la presente resolución…"

El señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ,** en Recurso Jerárquico, señala que "*la ASFI no ha considerado adecuadamente el Cargo antes mencionado el mismo que debió ameritar la aplicación de sanción*", y justifica tal posición en los fundamentos siguientes:

"**2. *SOBRE EL CARGO 5***

En este punto, corresponde reiterar que el Cargo atribuido por la nota CITE: SPVS/IP/AL No. 3183/2008 señala que Alianza Vida S.A. ***no remitió*** *a la ex SPVS "****los textos del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados*** *por la SPVS" ni "de las pólizas Desgravamen Hipotecario Anual Renovable (...) y Desgravamen Hipotecario", mencionándose además que "el condicionado particular de la póliza Nº 600055 de seguros de desgravamen hipotecario comercializado por la entidad no consigna el código asignado por la SPVS"*

De acuerdo a la Resolución impugnada ""'se ha evidenciado en los archivos de la ex SPVS la existencia de la nota ALV-SG 010/2000 con fecha y sello de recepción del 17 de enero de 2000, por el cual Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. remiten para el registro y archivo correspondiente tres ejemplares impresos de los Condicionados Generales de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable, ***no obstante de ello sólo se tiene la nota y no así los documentos adjuntos"*** *declaración con la que la ASFI dice que dicha nota "acredita de manera suficiente la presentación de la misma y sus anexos"*

Sobre el particular, Este argumento es completamente inmotivado y contradictorio primero porque el Cargo es absolutamente claro y no solo se refiere a que la Entidad Aseguradora no ha remitido "Condicionados Generales" sino que Alianza Vida S.A. ***no ha presentado tampoco en la ex SPVS los textos del condicionado particular y formularios con los respectivos*** *códigos asignados* ***ni de las pólizas Desgravamen Hipotecario Anual Renovable y Desgravamen Hipotecario,*** *mencionando además la Nota de Cargos que el condicionado particular de la Póliza No 600055 de seguros de desgravamen hipotecario comercializado por la Entidad* ***no consigna*** *el código asignado por la SPVS. Entonces, a todas luces se puede observar que la ASFI, en una actuación censurable, solo se aferra a señalar que se habrían entregado a la ex SPVS los Condicionados Generales,* ***empero omite deliberadamente considerar que no solo esta documentación no fue proporcionada por la Aseguradora lo cual motivó el Cargo****. En segundo lugar, es contraproducente que la ASFI indique que los textos de los Condicionados Generales "fueron presentados" a la ex SPVS, cuando la nota de remisión de dichos documentos (como bien confiesa la ASFI)* ***no tiene la documentación adjunta (¿?).*** *Entonces, ¿cómo es posible que la ASFI asevere que los referidos Condicionados Generales hubieran sido presentados si físicamente la documentación no existe en los archivos?"*

En principio, el cargo conlleva en sí mismo la responsabilidad indiciaria sobre dos infracciones:

1°. La de no haberse remitido "*los textos de condicionados general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados por la SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS IS N° 321/99 del 9 de noviembre de 1999*" en relación a las pólizas de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable con código 207-934801-1999 11 003 y Desgravamen Hipotecario con código 207-934901-1999 11 004.

2°. La de no haberse consignado el código asignado por la SPVS en el condicionado particular de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario comercializado por la entidad.

Para ambas, la Nota de Cargos refiere la infracción del artículo octavo de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 321/99 de 9 de noviembre de 1999, el que, conforme se ha visto, establece el deber de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** de "*enviar… tres ejemplares del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos, para su archivo*".

La sustanciación posterior de la Nota de Cargos, determina el deber de la autoridad competente (la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dada su designación emergente de la excusa de la Autoridad de de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), de pronunciarse "*imponiendo o desestimando la sanción*" conforme se lo exige el artículo 68° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, entonces para el caso, desestimándola por cuanto "*se ha evidenciado en los archivos de la ex SPVS la existencia de la nota ALV-SG 010/2000 con fecha y sello de recepción del 17 de enero de 2000, por la cual… remiten para el registro y archivo correspondiente tres ejemplares impresos de los Condicionados Generales de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario y la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable, no obstante de ello sólo se tiene la nota y no así los documentos adjuntos*" (Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010; extremo plenamente ratificado en la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012).

Ahora, en los términos de la impugnación del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, el ente sancionador ha prescindido de considerar los tres elementos siguientes:

- Habiéndose observado la no remisión de *los textos de condicionados general, particular y formularios*, solo existe constancia de la presentación de los condicionados generales, no así de los particulares ni de los formularios (el Recurso Jerárquico habla también de las pólizas como no presentadas, empero las mismas - en el alcance material que importa el artículo 1006º del Código de Comercio- no hacen al cargo).

- Se señalan presentados documentos en cuanto se refieren a la póliza de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable y a la póliza de Desgravamen Hipotecario, empero el cargo no se limita a ello, sino que extraña también el no haberse consignado el código asignado por la SPVS en el condicionado particular de la póliza N° 600055 "*de seguros de desgravamen hipotecario comercializado por la entidad*".

- Se acusa recepción de la nota ALV-SG 010/2000 sobre remisión para registro y archivo, de los tres ejemplares de los condicionados generales de la póliza de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable (entonces la de código 207-934801-1999 11 003) y de la póliza de Desgravamen Hipotecario (entonces la de código 207-934901-1999 11 004), empero se aclara no tener "*los documentos adjuntos*".

Sin embargo de los cuales, en el reclamo del señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, la autoridad sancionadora desestimó el cargo cuando, por el incumplimiento que importan, debió más bien proceder a su sanción.

No obstante, se debe recordar que en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 2341 (Arts. 4º, Inc. j), 17º y 52º, Par. II) de Procedimiento Administrativo, el ente sancionador ha cumplido con su obligación de resolver el Recurso de Revocatoria que fuera interpuesto por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**; en particular su artículo 52º, parágrafo II, que establece que "*la Administración Pública no podrá dejar de resolver el asunto sometido a su conocimiento aduciendo falta, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables*", recordatorio pertinente si se enfrenta de la manera que señala el artículo 4º, inciso d), la realidad que entraña la existencia de un comprobante de recepción como la de la nota ALV-SG 010/2000 de 17 de enero de 2000, que "***acredita de manera suficiente la presentación de la misma* -se refiere a los Condicionados Generales de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario y de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable- *y sus anexos***" (Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012; el extremo además corresponde a la póliza N° 600055 dado que la misma hace a las pólizas codificadas controvertidas).

De manera tal que, el ente sancionador ha estado frente a una constancia de recepción de la que devienen dos extremos inciertos, no verificables ni averiguables en tanto y en cuanto se limitan a la realidad que surge de tal constancia:

- La nota ALV-SG 010/2000 refiere la presentación por parte de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, de determinada documentación que, sin embargo y a tiempo de

resolverse el Recurso de Revocatoria, no se encontraba adjunta a tal nota, de manera tal que no se conoce cuál la suerte o destino de esa documentación, inclusive si efectivamente fue adjunta o no; lo cierto es que bien pudo haberse adjuntado la documentación extrañada en el cargo Nº 5.

- Conforme a la recurrida Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, el comprobante de recepción -entonces a conformidad- de la nota ALV-SG 010/2000, acredita la presentación por parte de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, de los condicionados generales, y de sus "*anexos*", sin que por la misma razón anterior, se pueda conocer en qué consistían tales anexos. Lo cierto es que bien pudieron tratarse de todos los documentos (*condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos*) extrañados por el cargo Nº 5.

En tales circunstancias, no se puede establecer una verdad (material o jurídica) que a su vez pueda servir de base para la imposición de una sanción, por cuanto para la misma, es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente, implicando que contrariamente y por defecto, la incertidumbre, la duda, la falta de certeza, vayan a determinar un fallo favorable al imputado.

Recuérdese que en cuanto a ese estado de incertidumbre, en materia administrativa rige el principio *in dubio pro administrado*, definido por la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza -República Argentina- en una sentencia de 19 de agosto de 1988, como aquel que "*crea una presunción de inocencia en favor del administrado. En consecuencia, las sospechas que se tengan a su respecto deben ser suficientemente graves y concordantes como para destruir la duda y hacer pasible al administrado de una sanción*".

Tal es la trascendencia jurídica del *in dubio pro administrado*, que está referido directamente con el Derecho a la Defensa como garantía del Debido Proceso Administrativo a la que se refiere el artículo 116º de la Constitución Política del Estado, cuando en su parágrafo I señala, que "*se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado*", determinando la necesidad de que se pruebe concluyente e irrefutablemente su culpabilidad, extremo que en el caso presente no se da por el estado de incertidumbre referido.

A este respecto se refieren también los siguientes artículos de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), cuando señala:

"*Artículo 71° (Principios Sancionadores)*

Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad*, tipicidad,* ***presunción de inocencia****, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad* (…)

Artículo 74° (Principio de Presunción de Inocencia)

En concordancia con la prescripción constitucional, ***se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo***…"

Y es que, como señala Calvo Suárez en *Presunción de Inocencia*, "*para el Juez la duda y/o probabilidad impiden la condena, y acarrea la absolución*", conclusión a la que llega porque "*el imputado es sólo eso, un sospechoso, el sujeto pasivo del proceso y únicamente la prueba puede definir su situación. Así es* ***como la presunción de inocencia se afirma claramente en el momento de la decisión, ya que la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente***…"

Por consiguiente, no existiendo mayores elementos de valoración, se debe concluir en que desde el momento que la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dio constancia de recepcionar los condicionados generales de las pólizas *y sus anexos* (que bien pueden ser sus condicionados particulares y sus formularios), no es imputable a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** la no presentación "*los textos de condicionados general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados por la SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS IS N° 321/99 del 9 de noviembre de 1999*" como establece el cargo N° 5, como tampoco le es imputable el no encontrarse la documentación (de la que existe constancia de recepción) a tiempo de la desestimatoria Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010, como pretende el recurrente **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.

En ese orden de cosas y más allá de la falta de propiedad al utilizar el adjetivo *ausente*, está en lo correcto el ente sancionador, cuando en la resolución recurrida, señala corresponder: "*por la ausencia* -se presume que quiso decir *inexistencia actual- de los documentos adjuntos, establecer responsabilidades* ***en el orden administrativo*** *de manera independiente*".

4. SOBRE LOS ALEGATOS DE ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA REFERIDOS A LOS CARGOS N° 6 Y N° 7:

Los cargos de referencia señalan:

"***Cargo 6*** *La póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario suscrita por el Banco Santa Cruz S.A. y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con fechas de emisión el 29 de enero de 2001 y 27 de octubre de 1999, en cuanto al contrato de seguro en lo referente al condicionado particular otorga a través de cláusulas adicionales, coberturas, beneficios y otras características particulares, que difieren del condicionado particular registrado en la SPVS, por tanto las cláusulas B) Límite de edad, C) Coberturas, E) Límite máximo de capital asegurado, G) Tasa total mensual compañía de créditos mancomunados y/o solidarios, H) En la misma que se incluyó el siguiente párrafo; "Debiendo el Banco efectuar el pago respectivo máximo hasta los 30 días posteriores a la presentación de los listados", I) Codeudores, J) Crédito en mora, K) Participación de beneficios (comisión de utilidades), L) Derechos de emisión, en el apartado final del condicionado particular; "Forman parte integrante de la póliza los siguientes documentos (condicionado particular, anexo de condiciones especiales, procedimiento en caso de siniestro, condicional general, cláusula de 90 días FONVIS), así como también, de la póliza emitida el 27 de octubre de 1999, en cuanto a las siguientes cláusulas; K) Comisiones por cobranza mensual y J) Profit comisión, cláusulas que fueron comercializados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. a través de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, en su condicionado particular, incumple el inciso f) de artículo 12 de la Ley N° 1883 que establece: "Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguro". Asimismo, incumplen el artículo 2 del Reglamento de Registro de Pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS 70/99 del 23 de abril de 1999, que establece:*

"Las pólizas, anexos o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización.

***Cargo 7** En cuanto al registro de los siguiente anexos: N° 2 (Cartera, Fonvis, soluciones), N° 1, N° 2 y otros de declaración mensual de primas, condiciones especiales de asegurabilidad, procedimientos en caso de siniestros y cálculo de comisión de utilidades, estos anexos no se encuentran registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, situación que fue confirmada con el informe SPVS/IS/DAD/ N° 519/2008 de fecha 6 de mayo de 2008, de la Dirección de Análisis y Desarrollo de la Intendencia de Seguros, en su punto 3 y el CITE SPVS-N° 210/2007 de fecha 21 de febrero del 2007. Anexos que fueron comercializados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. a través de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, incumpliendo el artículo 2 del Reglamento de Registro de pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS- IS N° 70/99 del 23 de abril de 1999, que establece, "Las pólizas, anexos o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización". Asimismo, incumple el inciso f) de artículo 12 de la Ley N° 1883 que establece; "Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguro".*

Al respecto, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresada en el resuelve sexto de la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012, es la de desestimar *"la prescripción de los cargos 6 y 7 e imponiéndoles la sanción de $us. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos), para el cargo 6 $us. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos) para el cargo 7"*, fundando lo mismo en los extremos siguientes:

Sobre el cargo N° 6:

"Que, con relación al cargo 6 referido al incumplimiento del inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 concordante con el artículo 2 de la Resolución Administrativa No. 070/99 de 23 de abril de 1999, sobre el no registro ante la SPVS de todo el servicio, seguro o plan de seguros, la Resolución ASFI No. 832/2010 resolvió declarar la prescripción invocada por la entidad aseguradora, en virtud a que la conducta de la Aseguradora es una infracción instantánea. Asimismo, manifiesta que la Resolución Administrativa Sancionatoria 470 de 2 de mayo de 2006 sancionó el incumplimiento al Registro de Pólizas y Anexos y/o Cláusulas Adicionales comercializadas por la Compañía, por lo que cualquier procesamiento constituiría la vulneración del principio non bis in ídem.

Que, de la lectura de la referida Resolución Administrativa IS No. 470, a la que hace alusión la entidad aseguradora, se observa que la misma resuelve sancionar con una multa de Bs38.178.- a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por incumplimiento a lo establecido por los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS No. 70/99 referidos a una variedad de pólizas.

*Que, de la revisión del acto administrativo se puede evidenciar que dicha Resolución Sancionatoria no establece incumplimiento por registro de pólizas de seguro de desgravamen hipotecario, condicionado particular, cláusulas adicionales, coberturas, beneficios y otras características del contrato de seguro, sobre pólizas de seguro de desgravamen hipotecario que hubiera suscrito Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con el Banco Santa Cruz S.A. Por tanto, se establece la **no existencia de vulneración al principio del non bis in ídem, por no existir identidad de sujeto, hecho y fundamento**, tal como se grafica en el siguiente cuadro:*

ELEMENTO	RESOLUCIÓN SPVS 470/2006	NOTA DE CARGOS SPVS 3183/2008
SUJETO	ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.
HECHO	Comercialización de Cláusulas y otros sin registro previo en la Superintendencia, con un contenido de información mínima y la falta de entrega del Certificado de Cobertura con los requisitos mínimos establecidos en la norma.	Comercialización de Cláusulas sin que se encuentren registradas en al SPVS. Registro Nº 207-93481-1999 004 y Registro Nº 207-93491-1999 11 003
FUNDAMENTO	Incumplimiento de la R.A. 70/1999 Arts. 2 y 5.	Incumplimiento a la Ley de Seguros, inciso f), Art. 12 y a la R.A. 70/1999 Art. 2.

Que, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en sus descargos no presentó evidencia documentaria que demuestre que las Cláusulas Adicionales que otorgan coberturas y beneficios particulares (que difieren del Condicionado Particular de la Póliza No. 600055 de Seguro de Desgravamen Hipotecario), se hubieran registrado en la ex SPVS previo a su comercialización. Por lo tanto, existe incumplimiento al inciso f) del artículo 12 de la Ley No. 1883 y al artículo 2 del Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas Adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS No. 70/99 de 23 de abril de 1999.

Que, la Resolución ASFI No. 832/2010 manifiesta que la infracción de este cargo es instantánea ya que la consumación de la misma se agota en el momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, en el presente caso comercializar sin registro previo cláusulas adicionales que modifican el condicionado particular, estableciéndose que si bien esta infracción es descubierta en el Informe SPVS/INF No. 01/2008, no puede atribuirse como una infracción permanente siendo que la comercialización de estas cláusulas sin el previo registro en la ex SPVS se consumó el 31 de diciembre de 2000, por lo que dicho cargo es declarado prescrito.

Que, la institución de la prescripción de la sanción a la infracción, no se encontraba prevista en norma expresa, sino a partir del primer Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros SPVS-IS 215 de 24 de mayo de 2001 que dispone: "(Prescripción).- La acción de la Superintendencia para interponer sanciones prescribe en el plazo de tres (3) años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción", que fue regulada.

Que, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, sobre la interrupción de la prescripción, menciona: "como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interactivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción".

Que, la prescripción alegada para el presente cargo fue interrumpida con la presentación de la denuncia por parte del señor Luis Artemio Lucca en fecha 26 de febrero de 2003 y desde esa fecha, el mencionado recurrente no ha cesado en su intención de esclarecer toda esta situación, motivo por el cual la prescripción de la sanción de las infracciones queda interrumpida.

Que, el inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 determina como parte de las obligaciones de las aseguradoras registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros. Bajo el contexto la infracción imputada en el cargo 6 encuadra cabalmente a la descripción del tipo de conductas sancionables.

*Que, el artículo 12 de la **Resolución Reglamentaria 01/93** de 11 de noviembre de 1993, Artículo 5 establece que el Superintendente tiene la potestad de elegir en la escala de sanciones que su juicio sea la más apropiada para la infracción que la motivó. Asimismo, en su Artículo 8, Parágrafo III, dispone que el monto de cada multa en particular no puede pasar del 1%.*

Que, en base a las disposiciones citadas, se tiene que en la elección de la escala de sanciones, ésta Autoridad opta la que a su juicio más se asemeja a los cargos infringidos, respetando el límite máximo del 1% que dispone la Resolución 01/93. Por tanto, la infracción cometida para el cargo 6, constituye una infracción GRAVE.

Que, con el fin de establecer una adecuada gradación de la multa a imponer, como referencia, corresponde recordar que el Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el Sector de Seguros N° 153 disponía que a infracciones graves aplicará una sanción entre diez mil uno ($us. 10.001) y cincuenta mil ($us. 50.000) dólares de Estados Unidos de América.

Que, en relación a lo expuesto precedentemente para el cargo 6, se ha considerado que el infractor no ha sido reincidente, situación que atenúa el presente cargo, por lo que esta Autoridad estima que el monto a sancionarse debe ser de $us. 10.000.-, por no registro ante la SPVS de todo el servicio, seguro o plan de seguros.

Que, por todo lo expuesto se Revoca Parcialmente el Artículo Cuarto de la Resolución ASFI N° 832/2010, declarando la interrupción de la prescripción del cargo 6 y sancionando con la multa de $us. 10.001".

Sobre el cargo N° 7:

"Que, con referencia al cargo 7, referido a que no se registraron anexos, condiciones especiales de asegurabilidad, procedimientos en caso de siniestros y cálculo de comisión de utilidades antes de la comercialización, la entidad aseguradora responde el cargo manifestando que las infracciones imputadas se encontrarían prescritas.

Que, la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 70/99 de 23 de abril de 1999, modificada por la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 78/99 de 7 de mayo de 1999, establece que el registro previo a la comercialización es de carácter obligatorio e imperativo no admitiendo excepción alguna. Es así que la mencionada Resolución Administrativa No. 070/99 señala en el artículo 2; "… Las Pólizas, Anexos o Cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las Entidades Aseguradoras, deberán ser presentadas a la superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización…".

Que, Alianza Vida S.A. manifiesta que la infracción a la que hace referencia es instantánea ya que la consumación de la misma se agota en el momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, en el presente caso comercializar sin registro previo anexos al Registro N° 207-93481-1999 004.Para el presente cargo, se debe establecer que si bien esta infracción es descubierta en el Informe SPVS/INF No. 01/2008, no puede atribuirse como una infracción permanente siendo que la comercialización de estos anexos, sin el previo registro en la ex SPVS, se consumó el 31 de diciembre de 2000.

Que, con relación a este punto, el recurrente alega lo siguiente: I) la conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerarse una infracción instantánea debido a que la entidad Aseguradora mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho, es decir con la emisión del Informe SPVS/INF/No. 01/2008. II. ASFI de forma contradictoria señala que el cómputo de la prescripción se toma desde la fecha en que se notificó a Alianza Vida S.A. con la

denuncia, cuando el cómputo de la prescripción se efectúa desde que el hecho ha sido descubierto si se trata de infracciones permanentes (Resolución Jerárquica SG SIREFI 61/2006).

Que, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en sus descargos no presentó evidencia documentaria que demuestre los registros en la ex SPVS de anexos, condiciones especiales de asegurabilidad, procedimientos en caso de siniestros y cálculo de comisión de utilidades, previo a su comercialización. Por lo tanto, existe incumplimiento al inciso j) del artículo 12 de la Ley No. 1883 y al artículo 2 del Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas Adicionales, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS No. 70/99 de 23 de abril de 1999.

Que, de acuerdo a lo expuesto por las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 76/2008 de 18 de diciembre de 2008 y SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, referidas en el cargo 6 y el primer Reglamento de Sanciones aprobado por la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 215 de 24 de mayo de 2001, que establece que la prescripción es de 3 años computables a partir de la fecha en que se concreta en la realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, se tiene que la prescripción alegada por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., fue interrumpida con la presentación de la denuncia por parte del señor Luis Artemio Lucca en fecha 26 de febrero de 2003, motivo por el cual el cargo 7 fue interrumpido a los 2 años, 2 meses y 26 días.

Que, el Reglamento 01/93, considera como infracción a toda vulneración de la Ley de Seguros, que sin estar comprendidas en el inciso a) del artículo 1° del mencionado Reglamento, incurran en acciones u omisiones contrarias a lo impuesto o prohibido por la Ley.

Que, en base a las disposiciones citadas, se tiene que en la elección de la escala de sanciones, ésta Autoridad opta la que a su juicio más se asemeja a los cargos infringidos, respetando el límite máximo del 1% que dispone la Resolución 01/93. Por tanto, la infracción cometida para el cargo 7, constituye una infracción GRAVE.

Que, con el fin de establecer una adecuada gradación de la multa a imponer, como referencia, corresponde recordar que el Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el Sector de Seguros N° 153 disponía que a infracciones graves aplicará una sanción entre diez mil uno ($us. 10.001) y cincuenta mil ($us. 50.000) dólares de los Estados Unidos de América, por lo que considerando la infracción cometida por la Aseguradora, se sanciona a la misma con una multa de $us. 10.001.

Que, por todo lo expuesto corresponde Revocar Parcialmente el Artículo Cuarto de la Resolución ASFI N° 832/2010, declarando la interrupción de la prescripción del cargo 7 y procediendo con su sanción".

Sobre el tema de la falta de registro, en fecha 25 de junio de 2012, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** ha hecho presente en calidad de prueba el Informe SPVS/INF/No. 01/2008 emitido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que en el decir de su presentante, "*demuestra la serie de actos ilícitos cometidos por la Entidad Aseguradora los cuales han generado un evidente perjuicio al menos en lo que respecta al haberse utilizado más de una versión de la Póliza No. 600055 sin estar ninguna de ellas registradas en la SPVS*".

A este respecto, se ha señalado oportuna y pertinentemente supra, que la valoración que se realiza a tal literal no debe perder de vista que, conforme a su propia recomendación de "*acciones administrativas… previo proceso administrativo*", es a la sustanciación del mismo que se han sucedido las etapas procesales ulteriores inherentes al proceso sancionador y, ahora, al recursivo, de manera tal que no le corresponde a la presente Resolución Ministerial Jerárquica considerar etapas procesales -tales como informes preliminares- que, dado el

estado del proceso, se infieren ya sustanciadas, sino que, conforme al artículo 52º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, se desarrolla sobre la base de "*la resolución,… que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos*", debiendo considerarse en función de ello los fundamentos señalados en el memorial presentado en fecha 25 de junio de 2012 por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, así como el adjunto Informe SPVS/INF/No. 01/2008 de 30 de mayo de 2008.

Debe tenerse en cuenta además, que los extremos que hacen a los cargos Nº 6 y Nº 7 no han sido recurridos en Jerárquico por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, debiéndose inferir de tal conducta, que el contenido del resuelve sexto de la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, *ha satisfecho su pretensión o derechos*, refiriéndose la impugnación **de su contrario** y que justifica -como limita- su tratamiento presente, únicamente a la concurrencia o no de la prescripción de las infracciones, entonces no tiene que ver con una "*serie de actos ilícitos cometidos por la Entidad Aseguradora los cuales han generado un evidente perjuicio al menos en lo que respecta al haberse utilizado más de una versión de la Póliza No. 600055 sin estar ninguna de ellas registradas en la SPVS*"; la mención sobre "*un evidente perjuicio*" debe remitirse a lo considerado y resuelto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, para los cargos Nº y Nº 2, por las razones que allí se señalan.

Ello determina deba concluirse que, en la presente oportunidad de resolver el Recurso Jerárquico en lo específico, no es materia de impugnación alguna la sustancia de los cargos Nº 6 y Nº 7, o sea la comisión de las infracciones por parte de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, sino **la sugerida ocurrencia de la prescripción de las mismas** con la consiguiente improcedencia de las sanciones, no así a otros extremos impertinentes que en memoriales posteriores ha señalado e intentado hacer valer tal recurrente, y que inclusive ha tendido a generar una controversia con el otro, que resulta ajena al caso que se analiza.

Consiguientemente, en observancia al mencionado artículo 58º de la Ley Nº 2341, de 23 de abril de 2002 y en atención a lo que dice el Recurso Jerárquico de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limita a la consideración de las infracciones referidas por los cargos Nº 6 y Nº 7, **únicamente en cuanto a la OCURRENCIA O NO, DE SU PRESCRIPCIÓN**.

Entonces, concretizada la impugnación a la pretendida prescripción de las infracciones de los cargos Nº 6 y Nº 7, **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en su Recurso Jerárquico, señala que:

"*Los cargos 6 y 7 de la Notificación de Cargos, han sido declarados prescritos al amparo del artículo 79 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, tal como fuera correctamente apreciado y analizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en la Resolución ASFI No. 993/2010 de 26 de noviembre de 2010, por lo cual es admisible la existencia el argumento de la interrupción de la prescripción a partir de la denuncia de Luis Artemio Lucca Suárez que deviene del 23 de febrero de 2003*".

Se debe dejar constancia que, conforme al propio Recurso Jerárquico de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Resolución Administrativa que menciona

como precedente (ASFI Nº 993/2010 de 26 de noviembre de 2010) ha sido recurrida en Jerárquico por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **revocada** en los límites del *no reformatio in pejus*; consiguientemente, no corresponde sea tenida en cuenta al presente y de la forma que la recurrente señala, quien en todo caso debió hacer valer el contenido sustancial de la misma, de la forma que se lo exigen los artículos 58º de la Ley Nº 2341, de 23 de abril de 2002 y 38º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003: *Los recursos se presentarán… de manera fundamentada*.

En tal sentido, la posición expresada por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, se fundamenta en:

"***5.7. En relación los cargos Nrs. 6 y 7 y la aplicación de la Interrupción de la Prescripción***

En relación al Cargo Nro. 6 referido al incumplimiento del inc. f) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nro. 1883 concordante con el artículo 2 de la Resolución Administrativa 070/99 del 23 de abril de 1999, sobre el no registro ante la SPVS de todo el servicio seguro o plan de seguros, la ASFI en su ulterior resolución invoca la Resolución Jerárquica SG/SIREFI/RJ 09/2008 del 23 de enero de 2008 y apoyándose en ella manifiesta que la prescripción alegada fue interrumpida con la presentación de la denuncia por parte de Luis Artemio Lucca Suarez, en fecha 23 de febrero de 2003 y la consumación de la presunta infracción sería del 31 de diciembre de 2001.

Asimismo, la ASFI ingresa en un error de aplicación normativa, cuando define el término de la prescripción en un periodo de tres años, tal como lo dispondría el primer Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros SPVS-IS-215 del 24 de mayo de 2001 que dispone:

> ***"Prescripción: La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de tres años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, acciones u omisiones constitutivas de la infracción".***

Al respecto con el objetivo de desvirtuar la apreciación de la ASFI, corresponde poner en atención de la Autoridad Jerárquica, que la aplicación del Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros SPVS-IS-215 del 24 de mayo de 2001 es totalmente improcedente, debido a los siguientes motivos:

1. *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aplica el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros SPVS-IS-215 del 24 de mayo de 2001, no obstante de admitir expresamente que en la fecha de la infracción que deviene de la gestión 2001, en cuya oportunidad no existía reglamentación o normatividad relativa a prescripciones.*

2. *Corresponde reiterar que la previsión legal contenida en el artículo 79 de La Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, que es clara al definir que el cómputo de la prescripción está asociada a un plazo de dos años, desde cometida la infracción, en forma pura y simple.*

   ARTICULO 79°.- (PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES).-

   Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley".

4.1. Inaplicabilidad del criterio referido a la prescripción de la infracción:

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 ahora recurrida, ha evitado precisar cuál el fundamento legal o normativo a la existencia del instituto jurídico *prescripción* que le sea aplicable a los cargos Nº 6 y Nº 7.

En efecto, con una ambigüedad impropia para la materia administrativa (Constitución Política del Estado: Art. 24º; Ley Nº 2341: Arts. 28º, Incs. 'b' y 'c', 30º, Inc. 'a', y 63º, Par. I; Reglamento aprobado por el DS Nº 27175: Arts. 17º, Par. II, Incs. 'd' y 'e'68º, Par. I; Reglamento aprobado por el DS Nº 27113: Arts. 28º, Par. II, Inc. 'd', 29º, Par. I, Incs. 'c' y 'd', 31º, Pars. I y II), se ha limitado en el caso del cargo Nº 6, a transcribir el criterio sobre la prescripción señalado por el Reglamento de Sanciones para el Sector Seguros SPVS-IS 215 de 24 de mayo de 2001, como sugiriendo ser el término de tiempo allí señalado (tres años) el aplicable a efectos de la prescripción, cuando en el mismo párrafo había advertido con que "*la institución de la prescripción de la sanción a la infracción, no se encontraba prevista… sino a partir del primer Reglamento… de 24 de mayo de 2001*"; en el caso del cargo Nº 7 se ha limitado a su lacónica mención sin mayor fundamento.

Tales extremos, desde luego, han llevado a la confusión a la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, cuando en su Recurso Jerárquico afirma -erróneamente, como se ha visto- que "*la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aplica el Reglamento de Sanciones para el Sector de Seguros SPVS-IS-215 del 24 de mayo de 2001*", siendo que el ente sancionador, en la realidad extraída de la resolución recurrida, no ha aplicado ninguna norma de la naturaleza señalada; simplemente ha hecho las menciones precitadas, no obstante de lo cual, igual ha concluido en la inexistencia de la prescripción para ambos cargos.

Resulta pertinente se considere el precedente de la Resolución Jerárquica de Resolución Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, el que por ello se transcribe a continuación:

"…***Sobre la Prescripción Declarada por la SPVS.***

Siguiendo los fundamentos contenidos en los puntos ***IV.1.*** *y* ***IV.2.*** *del presente fallo jerárquico, se tiene que Luis Artemio Lucca Suárez mediante memorial recepcionado por la SPVS en fecha* ***17 de febrero de 2003*** *presentó una denuncia contra la compañía HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros SRL y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con lo que se dio inicio al procedimiento administrativo respecto del tema en cuestión y que a raíz de una serie de sucesos ya detallados en el punto* ***IV.4.*** *originó que la SPVS imputara cargos en contra de HP Brokers SRL.*

Siguiendo los lineamientos señalados precedentemente, se ha podido advertir que el órgano regulador no ha efectuado una correcta aplicación de la normativa administrativa y no ha dado una cabal interpretación a la misma, por cuanto de la revisión de antecedentes cursantes en el expediente administrativo se tiene que HP Brokers SRL en su memorial presentado en fecha 30 de enero de 2006 a la SPVS por medio del cual opuso excepción de prescripción, sostuvo que "(...) ha quedado demostrado que desde la fecha en que ocurrió el último supuesto hecho, que data del 17 de abril de 2001, hasta la fecha en que se dio inicio al presente proceso sancionatorio es decir el 12 de Enero del año 2006, han transcurrido más de CUATRO AÑOS" (sic), y bajo el análisis expresado en el punto ***IV.3.*** *la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con* ***la presentación de la denuncia*** *correspondiente ante el órgano regulador respectivo. En los hechos,*

*siendo que la denuncia de Luis Artemio Lucca Suárez fue presentada el **17 de febrero de 2003** y el cómputo de la prescripción se inició el **17 de abril de 2001** -como además afirma HP Brokers SRL-, la misma quedó interrumpida al haberse presentado dicha denuncia antes de los dos (2) años a los que hace referencia el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

*Por otra parte, el argumento de HP Brokers SRL en sentido de que hasta la fecha de notificación con los cargos por parte de la SPVS ya habrían transcurrido cuatro años, no es atendible ni evidente puesto que, como ya se ha expuesto, por un lado si bien el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)", esta previsión normativa, **se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas** a consecuencia de un procedimiento sancionatorio **que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción** y por otro, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre ha sido pronunciada como parte del procedimiento administrativo iniciado en fecha 17 de febrero de 2003 a denuncia de Luis Artemio Lucca Suárez del cual también siguen formando parte los acontecimientos que motivan la presente Resolución Jerárquica…*"

Aplicado tal razonamiento al caso de autos y contrariando a la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, una vez que en fecha 26 de febrero de 2003 presentara su denuncia el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, no ha dejando de impulsar el proceso sancionador en contra de la aseguradora (hablando de ello el extenso expediente), de manera tal que no ha existido oportunidad a que opere prescripción alguna, no habiendo lugar a mayor consideración de las referidas en sus alegatos.

4.2. Imposibilidad jurídica de valoración presente a la reincidencia acusada.

Tanto en oportunidad de su audiencia de exposición oral de fundamentos de fecha 5 de julio de 2012, como en el memorial presentado en fecha 9 siguiente por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, el mismo ha dejado constancia de que:

"*Alianza Vida S.A. incurrió en una conducta **REINCIDENTE al operar nuevamente con Pólizas de Seguro de Desgravamen Hipotecario cuyos anexos y condicionados NO FUERON REGISTRADOS ante el órgano regulador,** lo cual demuestra que, hasta la actualidad, la Compañía Aseguradora mantiene una actitud ilícita en el manejo de sus Pólizas de Seguro de Desgravamen Hipotecario no solo en el tema atinente a mi persona sino en otros similares donde curiosamente (y al igual que en mi caso) **también se encuentra involucrado el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.,** aspecto que debe ser tomado en cuenta por su Autoridad a tiempo de valorar la conducta de la compañía infractora que en definitiva se adecua a la tipología de Infracciones Insubsanables.*"

En relación a ello, la literal adjunta por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, referida a la póliza de seguro de desgravamen hipotecario No. 80072 (denuncia de fecha 18 de agosto de 2011, nota APS/DJ/DS/4777/2012 de 29 de junio de 2012, Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 177-2012 de 23 de marzo de 2012 que resuelve:

"***PRIMERO.- SANCIONAR a ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** con una multa en bolivianos equivalente a 39,186 UFV's (Treinta y Nueve Mil Cuento Ochenta y Seis Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención al inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883, de 25 de junio de 1998 y al artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999, por no haber registrado ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros la Cláusula de "Comisión de Beneficios" incluida en la Póliza de Desgravamen Hipotecario Nº 80072.*"

A efectos se tenga una correcta aproximación a este instituto jurídico, se señala el precedente de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 13/2005 de 16 de marzo de 2006:

"***III.3. Principio de Prohibición de Reforma en Perjuicio (No Reformatio in Pejus).***

La no "reformatio in pejus" es un principio general de derecho y una garantía constitucional del debido proceso es aplicable a todas las actividades del Estado donde ejercite su poder sancionatorio. La prohibición de la reformatio in pejus tiene plena aplicabilidad en materia administrativa, logrando de esta manera hacer efectivos los demás principios y derechos constitucionales que guardan correspondencia con dicha institución jurídica. De suerte que la congruencia y la prohibición de la no reformatio in pejus, limitan la actuación de la Administración en aras de la transparencia, legalidad y garantía en la actuación administrativa".

Así, la no reformatio in pejus es un principio emergente del principio de legalidad constitucional - derivado del apotegma tantum devolutum quantum apellatum- de plena aplicación en el ámbito del Derecho Administrativo, según el cual la Autoridad que conoce un recurso administrativo no tiene más facultades que las que caben dentro de los límites de los recursos deducidos y que veda la posibilidad de agravar, perjudicar o empeorar objetivamente la situación del recurrente, e impide que se prive a la impugnación de su finalidad específica de obtener una ventaja o un resultado más favorable.

Es decir, que la vulneración a la interdicción de la reforma en perjuicio tiene origen cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso produce un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar la sanción sufrida con el acto administrativo objeto de impugnación.

En ese contexto, el Artículo 63 parágrafo II. de la Ley de Procedimiento Administrativo "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso".

Cabe recordar, que en el caso de la impugnación presente referida a los cargos Nº 6 y Nº 7, el recurrente no es el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, sino que la recurrente -quien por el recurso no puede agravar su situación- es **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA.**

De manera tal que, habiendo impuesto el ente sancionador, la multa "*de $us. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos), para el cargo 6*" y "*$us. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos) para el cargo 7*", no se puede en la presente oportunidad pretender agravar la misma, así sea por la reincidencia acusada en fecha 5 de julio de 2012; el principio "*non reformatio in pejus*" determina que ésta instancia jerárquica no pueda retrotraer el procedimiento, en estricta aplicación al debido proceso del que el principio forma parte.

Para determinar ello además, se recurre a la prueba presentada por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** (solicitante del criterio de reincidencia, FUERA DE SU PROPIO RECURSO JERÁRQUICO), concretamente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 177-2012 de 23 de marzo de 2012, que dado haber sido notificada a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** en fecha 3 de abril de 2012 y no haber sido impugnada (según la nota APS/DJ/DS/4777/2012), ha ganado en efectividad e inmodificabilidad en fecha **25 de abril**

de 2012, conforme al plazo previsto por el artículo 48º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Entonces, a fecha 25 de abril de 2012 el proceso sancionador correspondiente a la Nota de Cargos SPVS/IP/AL Nº 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, ya se encontraban suficientemente avanzado, de manera no permitir la consideración de una *reincidencia* como la acusada en los alcances del "*non reformatio in pejus*"; de hecho, la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de **23 de abril de 2012**, ya había sido pronunciada sobre cargos sobre las que acusada reincidencia no existía cuando se han ido sustanciando conforme a procedimiento.

Se entiende entonces que el criterio de reincidencia recién ahora expresado por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, es inadmisible, correspondiendo hacérselo valer si acaso aún oportuno, en el trámite sancionador emergente de la póliza 80072 a la que ha hecho referencia el solicitante.

4.3. Consignación inapropiada de la sanción:

La impugnada Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012, ha determinado:

"***SEXTO.- REVOCAR PARCIALMENTE.-*** *el Resuelve Cuarto de la Resolución ASFI No. 832/2010, desestimando la prescripción de los cargos 6 y 7 e imponiéndoles la sanción de $US. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos), para el cargo 6 y $US. 10.001.- (Diez Mil Uno 00/100 Dólares Americanos), para el cargo 7*".

En su oportunidad, la mencionada Resolución Administrativa ASFI No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, dispuso:

"***CUARTO.-*** *Declarar la prescripción de los cargos... 6 y 7 de conformidad a lo establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002*".

Consiguientemente, al no haber sido la Resolución Administrativa ASFI No. 832/2010 la que ha dispuesto sanción alguna por las infracciones que importan los cargos Nº 6 y Nº 7, debió ser en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 cuando, a tiempo de sancionarlas, **se debieron precisar las infracciones cometidas** conforme lo ordena el artículo 68º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175.

La omisión anterior ha determinado que los necesarios datos inherentes a la infracción debieran ser relevados suficientemente del tenor mismo de la Resolución impugnada, sin lugar a mayor observación por cuanto ello no ha evitado que la presente actuación administrativa logre su finalidad legal en conformidad a lo señalado por el artículo 36º, parágrafo II, del mismo Reglamento.

No obstante, la suscrita autoridad jerárquica no puede dejar de llamar la atención de la entidad recurrida por el extremo ahora señalado, sin lugar a mayor determinación al respecto.

5. SOBRE LOS ALEGATOS DEL SEÑOR LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ REFERIDOS AL CARGO N° 9:

El cargo de referencia señala:

"…***Cargo 9*** *"Si el rechazo del siniestro no fue aceptado por el o los beneficiarios, se debería pasar a la instancia de conciliación y arbitraje y el siniestro debería ser registrado como controvertido en el mismo periodo",… "el siniestro de la Sra. Ana María Arteaga de Lucca, amerita que sea registrado en los estados financieros de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., como siniestro controvertido". Así, esta omisión podría constituir una infracción a la Resolución Administrativa /SPVS/IS/N° 180 de 27 de febrero de 2008, que aprueba modificaciones al Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, para su adecuación a las normas de contabilidad N° 3 y 6*".

Al respecto, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresada en el resuelve tercero de la Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, y confirmada por el resuelve tercero de la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012, es la de desestimar el cargo por "*vulnerar el principio de congruencia, tipicidad e irretroactividad de la Ley*", fundando lo mismo en los extremos siguientes:

- **Resolución Administrativa ASFI/No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010:**

"*Que, **con relación al cargo 9,** referido al registro del siniestro como controvertido, se tiene que el Informe SPVS INF/01/2008 de 30 de mayo de 2008, señala que previo informe técnico contable de la Dirección de Control y Fiscalización, la Intendencia de Seguros, evalúe y determine, que el siniestro de la señora Ana María Arteaga de Lucca, sea nuevamente registrado en los estados financieros de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. como siniestro controvertido.*

Que, en mérito a dicho informe se emite la nota de cargos SPVS/IP/AL N° 3183/2008, que en el cargo 9 establece que si el rechazo del siniestro no fue aceptado por el o los beneficiarios, se debería pasar a la instancia de conciliación y arbitraje y el siniestro ser registrado como controvertido, el siniestro de la señora Ana María Arteaga de Lucca, amerita sea registrado en los estados financieros de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. como siniestro controvertido, así esta omisión podría constituir una infracción a la Resolución Administrativa SPVS IS No. 180 de 27 de febrero de 2008, nótese que el cargo 9 no se configura en sí como una infracción toda vez que en la nota SPVS/IP/AL No. 3183/2008 se habla de que se debería pasar a otra instancia, que el siniestro debería ser registrado y que en caso de incumplimiento podría constituir una infracción.

Que, al respecto es importante referirse a la jurisprudencia administrativa, propiamente a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto, la que señala: "(...) el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto (...)"

Que, bajo este parámetro, se puede establecer que el precepto se encuentra conformado por las normas legales y administrativas que, de infringirse tienen como consecuencia lógica la sanción, aplicado esto al cargo en examen se establece que no se han configurado los elementos necesarios para considerarlo como un cargo, porque no establece la existencia de una norma infringida y cuál sería la sanción a aplicarse, por lo que de acuerdo con el informe ASFI/DSS/R-87125 de 30 de agosto de 2010 el cargo debe ser desestimado".

- **Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012 de 23 de abril de 2012:**

"…*Que, en mérito al informe SPVS INF/01/2008 se emite la nota de cargos SPVS/IP/AL N° 3183/2008 que en el cargo 9 establece que si el rechazo del siniestro no fuera aceptado por él o los beneficiarios, se debería pasar a la instancia de conciliación y arbitraje y el siniestro ser registrado como controvertido. En este, sentido correspondía que el siniestro de la señora Ana María Arteaga de Lucca sea registrado en los estados financieros de Alianza Vida como siniestro controvertido, y en caso de haberse constituido una infracción a la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 180 de 27 de febrero de 2008, nótese que el cargo 9 no se configura en sí como una infracción toda vez que la nota SPVS/IP/AL No. 3183/2008 se habla de que se debería pasar a otra instancia, que el siniestro debería ser registrado y que en caso de incumplimiento podría constituir una infracción.*

Que, el señor Luis Artemio Lucca Suárez alega que el registro del siniestro de Alianza Vida S.A. en el mes de abril de 2009 de ninguna manera desvirtúa la existencia de la comisión de la infracción, por cuando en el año 2003 la entidad aseguradora tuvo conocimiento de la demanda arbitral interpuesta en la CAINCO.

Que conforme se advierte de los antecedentes, la demanda arbitral interpuesta por el señor Luis Artemio Lucca Suárez ante la CAINCO en el año 2003, concluyó por Auto de Vista de 15 de abril de 2004, declarando la declinatoria de competencia en esa ciudad (Santa Cruz), situación que no fue notificada a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

Que, en una segunda instancia, el señor Lucca Suárez presentó su demanda arbitral ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio (La Paz) el 29 de enero de 2009 y se registró el siniestro en la Compañía Aseguradora Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. el mes de abril de 2009 por la suma de Bs1.387.030,00 de los cuales Bs346.757,00 se exponen en reservas técnicas y el resto en cuentas de orden, conforme lo establecido en el Plan Único de Cuentas y el Manual de Contabilidad para el Sector de Seguros.

Que, la infracción de una norma legal tiene como consecuencia lógica la sanción, aplicando este razonamiento al cargo en examen se establece que no se han configurado los elementos necesarios para considerarlo como un cargo, que la misma estaba sujeta a una condición de cumplimiento y como la misma fue cumplida, la infracción es desestimada…"

El recurrente **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, en Recurso Jerárquico, señala que "*los argumentos vertidos por la ASFI no son reales, debiendo hacer notar que la conducta de la aseguradora se configura en infracción a la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 180 de 27 de febrero de 2008 que aprueba modificaciones al Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad para su adecuación a las normas de contabilidad Nº 3 y , al no haber realizado las previsiones contables de la demanda arbitral iniciada el año 2003*"; tal conclusión se basa en los fundamentos siguientes:

"***3. SOBRE EL CARGO 9***

En este punto la ASFI, cambiando una vez más sus argumentos iniciales, ahora señala que "la demanda arbitral interpuesta ante la CAINCO en el año 2003 concluyó por Auto de Vista de 15 de abril de 2004 declarando declinatoria de competencia en esa ciudad y que 'en segunda instancia' se presentó la demanda arbitral ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de comercio en La Paz"

*Respecto a lo anterior, la ASFI no ha valorado ni analizado los elementos probatorios existentes por cuanto se tiene demostrado que en fecha **05 de mayo de 2003** instauré una Demanda Arbitral contra Alianza Vida S.A., entre otros; por lo cual el proceso arbitral fue **iniciado** en dicha data y no el 29 de enero de 2009; debiendo notarse que desde el inicio de la demanda arbitral el 2003 la Entidad Aseguradora tuvo efectivo*

conocimiento de la misma e inclusive participó en ella. Este proceso arbitral ***ES UNO SOLO y que se inició en fecha 05 de mayo de 2003*** *y si bien el mismo no fue tramitado en la ciudad de Santa Cruz (CAINCO) esto obedeció a una declinatoria de competencia* ***Y NO PORQUE EL PROCESO HUBIERA SIDO DESESTIMADO EN EL FONDO DE LA CAUSA O CONCLUIDO****. Entonces, es obvio que la aseguradora tenía la obligación de efectuar las previsiones del caso desde ese año,* ***MÁS AUN CUANDO, REITERO, CONOCIÓ PERFECTAMENTE LA EXISTENCIA DE DICHO PROCESO ARBITRAL DESDE EL AÑO 2003 E INCLUSIVE PARTICIPÓ Y AUN PARTICIPA DEL MISMO. NÓTESE QUE EL EFECTO DE UNA DECLINATORIA ES SIMPLEMENTE TRASLADAR UN PROCESO DE UNA PLAZA O DISTRITO A OTRO PARA QUE SE PROSIGA SU TRAMITACIÓN.***

Solo por cuestiones procedimentales, debe aclararse que cuando el expediente arbitral es remitido a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz al tenerse como órgano competente, mi persona el 29 de enero de 2009 ***FORMALIZA*** ***LA DEMANDA YA INICIADA*** *y presentada el 05 de mayo de 2003 (Art. 44 Ley de Arbitraje y Conciliación), lo cual no implica bajo ninguna circunstancia que dicha demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 hubiera sido anulada o dejada sin efecto o se hubiera presentado una "nueva demanda" recién el 29 de enero de 2009* ***Y MENOS PUEDE ENTENDERSE QUE LA DEMANDA DE 05 DE MAYO DE 2003 "CONCLUYÓ" PUESTO QUE LA MISMA PROSIGUE EN TRÁMITE SOLO QUE AHORA EN LA CIUDAD DE LA PAZ POR UNA DECLINATORIA****. Asimismo y para evitar confusiones, si bien es cierto que la* ***formalización*** *de mi demanda arbitral de 29 de enero de 2009 contiene aspectos diferentes a la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003, ello se dio porque mi persona al amparo del Art. 44, parágrafo II, de la Ley 1770* ***MODIFICÓ Y AMPLIO*** *la misma, situación procesalmente permitida inclusive por el Art. 332 del Código de Procedimiento Civil, lo que demuestra que* ***NUNCA EXISTIERON DOS DEMANDAS ARBITRALES*** *si no una sola (del 05 de mayo de 2003) que posteriormente es formalizada y modificada de acuerdo a procedimiento (el 29 de enero de 2009)*

Entonces queda claro que los argumentos vertidos por la ASFI no son reales, debiendo hacer notar que la conducta de la aseguradora se configura en infracción a la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 180 de 27 de febrero de 2008 que aprueba modificaciones al Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad para su adecuación a las normas de contabilidad N° 3 y 6, al no haberse realizado las previsiones contables de la demanda arbitral iniciada el año 2003.

En consecuencia, el Cargo antes mencionado debió ameritar la aplicación de una sanción y no su desestimatoria."

En principio y no obstante el valedero criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en sentido que "*no se han configurado los elementos necesarios para considerarlo como un cargo, que la misma estaba sujeta a una condición de cumplimiento y como la misma fue cumplida…*" (Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012), no deja de ser controvertido el que, habiéndose implementado formalmente el procedimiento sancionador para investigar la comisión de infracciones y la identificación de personas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento sancionador (Ley N° 2341, Art. 65°, Par. I), resulte que en este caso, por la **nota de cargos** SPVS/IP/AL No. 3183/2008, la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros venga a **recomendar** que "*el siniestro de la Sra. Ana María Arteaga de Lucca,… sea registrado en los estados financieros de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., como siniestro controvertido*" porque si no, "*esta omisión podría constituir una infracción a la Resolución Administrativa /SPVS/IS/N° 180 de 27 de febrero de 2008, que aprueba modificaciones al Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, para su adecuación a las normas de contabilidad N° 3 y 6*".

Un cargo es, en la primera definición del Diccionario de Cabanellas, la "*Responsabilidad que se atribuye a alguien*", y también la "*Culpa o falta que se acusa a alguno por el*

indebido desempeño de sus funciones", consistiendo entonces en ello la razón y naturaleza sustantiva de la figura de la notificación de cargos a la que se refiere el artículo 66º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, empero lo que es igual de trascendental, ahora en lo adjetivo, determina que la notificación con cargos venga a constituir una fase procesal de obligatorio e inexcusable cumplimiento, conforme lo señala el artículo 80º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), cuando dice que "*los procedimientos administrativos sancionadores… deberán considerar inexcusablemente las sucesivas etapas de iniciación, tramitación y terminación previstas…*", y más allá de que la lógica ya señale que la necesaria notificación con cargos constituye a la etapa de iniciación del procedimiento sancionador, el artículo 82º de la misma Ley se encarga de confirmar concluyentemente tal extremo: "*la etapa de iniciación se formalizará con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados*".

De manera tal que, de lo que debió tratar la nota de cargos SPVS/IP/AL No. 3183/2008 en lo que se refiere al cargo Nº 9, era de imputar responsabilidades a manera de indicios objetivos sobre infracciones de efectiva existencia presunta (el *qué se habría cometido*) en razón subjetiva (el *quién habría cometido*), de ninguna manera de recomendar *que un siniestro sea registrado en los estados financieros para evitar una infracción*; puede que la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros hubiera tenido facultades para algo así, empero vista la normativa señalada, definitivamente **no dentro de una nota de cargos**.

Ahora pretende el recurrente **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, "*la aplicación de una sanción*" a **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** porque "*la conducta de la aseguradora se configura en infracción a la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 180 de 27 de febrero de 2008*", empero ello no es posible si, más allá del calificativo que se le imponga a la notificación de cargos SPVS/IP/AL No. 3183/2008, en la realidad no se ha cumplido con la *inexcusable* -dice la Ley- etapa de la notificación de cargos, al no hacer referencia concreta a cargo alguno como parte de un procedimiento adjetivo necesario para ello, sino que el mal llamado cargo Nº 9 constituye una advertencia y de ninguna manera hace a etapa alguna de un procedimiento sancionador, entonces en inobservancia de los principios de legalidad (Art. 72º de la Ley Nº 2341; en el mismo sentido, Art. 62º del Reglamento aprobado por el D.S. 27175), de presunción de inocencia (Ley Nº 2341, Art. 74) y de procedimiento punitivo (ídem, Art. 76).

Por lo tanto, en lo que hace al (pseudo) cargo Nº 9, nunca se inició proceso sancionador alguno que pueda dar lugar a una sanción, habiendo obrado correctamente el órgano sancionador, por cuanto no existe justificativo a la falta de procedimiento previo que hubiera dado lugar a la imposición de la multa: la notificación de cargos SPVS/IP/AL No. 3183/2008, en cuanto al cargo Nº 9, no tiene sino una existencia formal insuficiente y no importa un procedimiento administrativo válido por responsabilidad de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, cuando era ella la compelida a regir "*sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso*" (Ley Nº 2341, Art. 4º, Inc. 'c'), a "*impulsar el procedimiento*" (ídem, inciso 'n'), y "*a dar una respuesta oportuna y pertinente*" (Art. 4º, Reglamento aprobado por D.S. No. 27113 de 23 de julio de 2003).

Por pertinente, se invoca la Constitución Política del Estado en sus artículos 115º, parágrafo II (*El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa*), 116º, parágrafo I (*Se garantiza la presunción de inocencia*), 117º, parágrafo I (*Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada*), 119º (*I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan… II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa*) y 120º, parágrafo I (*Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente*), así como vale remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, que ha establecido que:

"… *el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse*…"

Asimismo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, señala que:

"…*a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);* (…)

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

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso…"

De manera que, se está aquí frente a una simple recomendación del ente regulador en función a una probable infracción que no se conoce si era presente -o sea sancionable- o era eventualmente posible a futuro; por tanto no se tiene un cargo al que puedan conocer y sustanciar, ni la autoridad recurrida, ni ahora la Autoridad Jerárquica.

Empero, la presunción acerca de la comisión de una conducta sancionable (no contabilización oportuna de la contingencia en infracción a la Resolución Administrativa

SPVS/IS/N° 180 de 27 de febrero de 2008, que aprueba modificaciones al Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, para su adecuación a las normas de contabilidad N° 3 y 6), ha generado un status expectante que ni puede quedar ni indefinido, ni puede quedar irresoluto, por cuanto, así como citado en la Nota de Cargos SPVS/IP/AL N° 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008 y referido en el resuelve tercero de la Resolución Administrativa ASFI N° 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, entonces su desestimación constituye legítimamente un hecho susceptible de impugnación, como ha sucedido y viene sucediendo al presente, ante la confirmación del extremo por la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012.

Desde luego que no se puede al presente tampoco, pretender dar por sucedida la infracción, como mal pretende el recurrente **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, por cuanto, sino ha existido Notificación de Cargos valedera, tampoco entonces se han otorgado a la presunta infractora, las necesarias y debidas garantías de defensa que permitan confirmarla o desestimarla, conforme dicta el procedimiento.

Por lo tanto, no queda aquí mayor alternativa jurídica que la de dar inicio a las Diligencias Preliminares respectivas, con observancia del objetivo del proceso administrativo sancionador, de sus inexcusables etapas y de las garantías que le son inherentes, respecto a la presunta infracción que importa el denominado *cargo N° 9*, denominación cuyo uso actual -en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica fundamentalmente- obedece a la necesidad metodológica que hace a la técnica normativa, de identificar el criterio conforme ha sido presentado en la notificación de cargos original, dado quedar claro no haber existido un *cargo N° 9* en el sentido técnico jurídico que ello importa, conforme ha sido expuesto supra.

6. ACERCA DE LA SUGERIDA INOBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS *NON BIS IN ÍDEM* Y DE VERDAD MATERIAL, ALEGADA POR ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA:

Por los numerales 5.8 y 5.9 del Recurso Jerárquico de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, tal entidad concluye que, es **verdad material** el que ha sido sancionada con anterioridad "*incluso antes de la Resolución ASFI No. 832/2010 del 23 de septiembre de 2010*", por lo que tomando en cuenta el artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), correspondería "*ratificar la Resolución ASFI No. 993/2010 del 26 de noviembre de 2010*" (numeral 5.8), por cuanto "*implica que la hipótesis de una nueva sanción es atentatoria contra los Principios del Non Reformatio In Pejus y en Non Bis In Idem*" (numeral 5.9), fundando lo mismo en los alegatos siguientes:

Numeral 5.8:

"***5.8. <u>Omisión de fundamentación sobre el Principio de Non Bis in Idem</u>***

A lo largo de la tramitación del proceso administrativo, que tiene su origen desde la gestión 2001 en las competencias de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) y luego, en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, fue inicialmente sancionada con una multa que de* ***Bs. 1.802.- (Mil Ochocientos Dos 00/100 Bolivianos),*** *tal como se evidencia en la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 143 de 16 de febrero de 2006, la cual en forma posterior fue reducida en el monto de Bs. 901.- conservando reglas del non reformatio in pejus.*

La "Non Reformatio in Pejus" o "Prohibición del Acrecimiento en Instancia Superior", se concibe como garantía del derecho al Debido Proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; en virtud a ello, no se puede empeorar la situación del administrado, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, la prohibición de empeorar la situación del administrado único, se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, la segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el recurrente resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.

Por lo expuesto, no obstante lo fundamentado en Audiencia Pública del 6 de septiembre de 2011 y debidamente documentado no se tomó en cuenta lo dispuesto por el Principio Procesal del ***NON REFORMATIO IN PEJUS****, situación que se deberá tratar con absoluta prudencia y cuidado, por cuanto esta situación se halla en el marco de los Principios Generales del Derecho Administrativo, a cuyo efecto solicito expresamente el iniciar el análisis a partir de la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 143 de 16 de febrero de 2006.*

Cuando se emitió la Resolución ASFI No. 085/2009 de 11 de agosto de 2009, (rectificada mediante Resolución ASFI No. 101/2009 de 17 de agosto de 2009), fuimos sancionados pecuniariamente, publicaciones en prensa; e inhabilitaciones por un periodo de tres meses para presentarse a procesos licitatorios en el sector público, lo cual como conocemos actualmente está anulada, pero luego de un año de la emisión de la ilegal Resolución ASFI No. 085/2009 de 11 de agosto de 2009 (Anulada), nuestra empresa estuvo incluso en primeras planas de periódicos de circulación nacional, limitados de presentarnos a procesos licitatorios del sector público, en base a una resolución plagada de vicios procedimentales.

Corresponde poner nuevamente en su atención lo previsto en el artículo 4 inciso d) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

> ***"Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil"****.*

Lo expuesto anteriormente halla pertinencia en el contenido de la presente Recurso Jerárquico toda vez que la ***VERDAD MATERIAL*** *obliga a la administración, el trascender la rigurosidad de la prueba documental y verificar en los hechos y la forma como se suscitaron los mismos, para que de esta manera se pueda lograr una administración de justicia equitativa y no limitada a las pruebas documentales, que debido al "informalismo" del Derecho Administrativo, no son las que definen los derechos y situaciones en controversia.*"

Numeral 5.9:

"***5.9. <u>Omisión de Pronunciamiento de la ASFI sobre la verdad material sobre las sanciones impuestas en contra de la empresa y violación del Principio del Non Bis in Idem.</u>***

A lo largo de la tramitación del proceso administrativo, que tiene su origen desde la gestión 2001 en las competencias de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) y luego, en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, fue inicialmente sancionada con una multa que de Bs****. 1.802.- (Mil Ochocientos Dos 00/100 Bolivianos),*** *tal como se evidencia en la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 143 de 16 de febrero de 2006, la cual en forma posterior fue reducida en el monto de Bs. 901.- conservando reglas del non reformatio in pejus.*

La "Non Reformatio in Pejus" o "Prohibición del Acrecimiento en Instancia Superior", se concibe como garantía del derecho al Debido Proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; en virtud a ello, no se puede empeorar la

situación del administrado, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, la prohibición de empeorar la situación del administrado único, se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, la segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el recurrente resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.

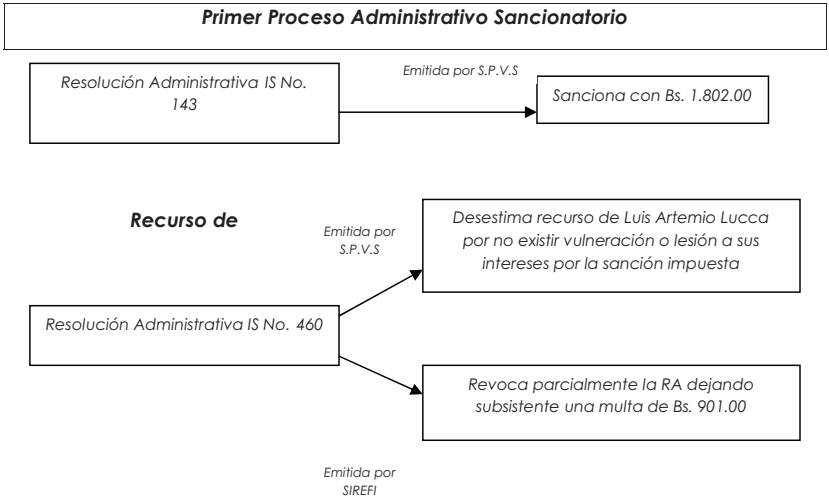
Por lo expuesto, no obstante lo fundamentado en ninguno de los pronunciamientos de la ASFI sea tomado en cuenta el Principio Procesal Administrativo del ***NON REFORMATIO IN PEJUS****, ni el de* ***NON BIS IN IDEM*** *situación que se deberá tratar con absoluta prudencia y cuidado, por cuanto esta situación se halla en el marco de los Principios Generales del Derecho Administrativo, a cuyo efecto solicito expresamente el iniciar el análisis a partir de la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 143 de 16 de febrero de 2006.*

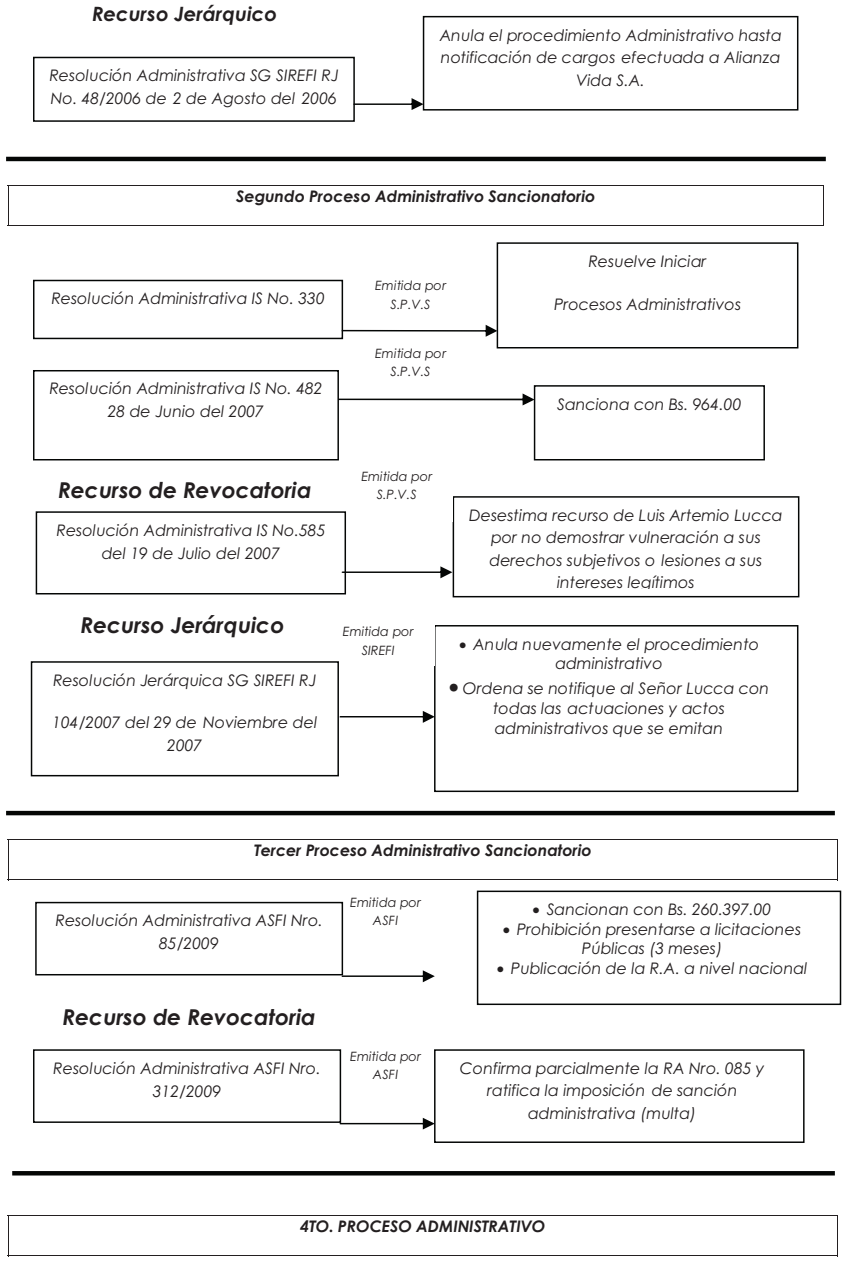
Cuando se emitió la Resolución ASFI No. 085/2009 de 11 de agosto de 2009, (rectificada mediante Resolución ASFI No. 101/2009 de 17 de agosto de 2009), fuimos sancionados pecuniariamente, publicaciones en prensa; e inhabilitaciones por un periodo de tres meses para presentarse a procesos licitatorios en el sector público, lo cual como conocemos actualmente está anulado, pero luego de un año de la emisión de la ilegal Resolución ASFI No. 085/2009 de 11 de agosto de 2009 (Anulada), nuestra empresa estuvo incluso en primeras planas de periódicos de circulación nacional, limitados de presentarnos a procesos licitatorios del sector público, en base a una resolución plagada de vicios procedimentales (…)

"Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil".

Lo expuesto anteriormente halla pertinencia en el contenido de la presente respuesta al Recurso Jerárquico toda vez que la ***VERDAD MATERIAL*** *obliga a la administración, el trascender la rigurosidad de la prueba documental y verificar en los hechos y la forma cómo se suscitaron los mismos, para que de esta manera se pueda lograr una administración de justicia equitativa y no limitada a las pruebas documentales, que debido al "informalismo" del Derecho Administrativo, no son las que definen los derechos y situaciones en controversia.*

A mayor abundamiento y con el objetivo de ilustrar lo anteriormente manifestado, en los siguientes cuadros tendrán la posibilidad de apreciar lo expuesto anteriormente:




Recurso Jerárquico
Resolución Administrativa SG SIREFI RJ No. 48/2006 de 2 de Agosto del 2006
Anula el procedimiento Administrativo hasta notificación de cargos efectuada a Alianza Vida S.A.
Segundo Proceso Administrativo Sancionatorio
Resolución Administrativa IS No. 330
Emitida por S.P.V.S
Resuelve Iniciar
Procesos Administrativos
Emitida por S.P.V.S
Resolución Administrativa IS No. 482 28 de Junio del 2007
Sanciona con Bs. 964.00
Recurso de Revocatoria
Emitida por S.P.V.S
Resolución Administrativa IS No.585 del 19 de Julio del 2007
Desestima recurso de Luis Artemio Lucca por no demostrar vulneración a sus derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos
Recurso Jerárquico
Emitida por SIREFI
Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 104/2007 del 29 de Noviembre del 2007
• Anula nuevamente el procedimiento administrativo
• Ordena se notifique al Señor Lucca con todas las actuaciones y actos administrativos que se emitan
Tercer Proceso Administrativo Sancionatorio
Resolución Administrativa ASFI Nro. 85/2009
Emitida por ASFI
• Sancionan con Bs. 260.397.00
• Prohibición presentarse a licitaciones Públicas (3 meses)
• Publicación de la R.A. a nivel nacional
Recurso de Revocatoria
Resolución Administrativa ASFI Nro. 312/2009
Emitida por ASFI
Confirma parcialmente la RA Nro. 085 y ratifica la imposición de sanción administrativa (multa)
4TO. PROCESO ADMINISTRATIVO

- *Resolución ASFI/ Nro. 832/2010 del 23 de Septiembre de 2010 que impone una sanción de 60.000 UFV's por incumplimiento al art. 12 inciso j) de la Ley Nro. 1883.*
- *Desestima cargos y declara la prescripción de otros cargos. (SOLICITA EJECUTORIA).*
- *LALS presenta Revocatoria.*
- *La ASFI emite la Resolución 993/2010 del 26 de noviembre de 2010 que ratifica la anterior resolución.*
- *LALS presenta Jerárquico sin ser parte.*
- *El Viceministro de Presupuesto y Contabilidad Fiscal anula hasta la instancia de emisión de resolución de revocatoria, en los límites del <<non reformatio in pejus>>.*

Como Ud., podrá apreciar las anteriores Resoluciones Regulatorias que se han emitido desde la gestión 2006, se han pronunciado sobre todos los cargos inicialmente imputados en contra de la empresa que represento, donde las sanciones establecidas en la gestión del Sr. Ernesto Rivero, Ex Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emergentes de la Resolución ASFI Nro. 085/2009 del 10 de febrero de 2009, en la cual se nos estableció las sanciones de; multa de Bs. 260.397.00 (DOSCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE 00/100 BOLIVIANOS), la prohibición de presentamos en Licitaciones del Sector Público y la Publicación en un medio de circulación nacional, fueron ***EJECUTADAS****.*

Cabe resaltar que los nueve cargos que fueron objeto de la imputación regulatoria, tienen ya su SANCION correspondiente, pero lamentablemente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, omite este aspecto y sanciona en forma REITERADA a la Empresa con lo cual se conculca lo dispuesto el principio del non bis in idem, cuya protección es incluso constitucional, la cual no está descartada de ser ejecutada.

En mérito a lo expuesto, se deben tener en cuenta las Sentencias Constitucionales Nos. 883/05 de 29 de julio de 2.005 y 506/05 de 10 de mayo de 2.005, cuyas ratios decidendi tienen fuerza vinculante por imperio del art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional, y que textualmente señalan: "...implica en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad.

En este sentido, existirá vulneración al principio non bis in idem, no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho."

Se hace pertinente aclarar que la imputación de cargos no importa automáticamente la imposición de la sanción, dado lo conocido que a diferencia de lo señalado por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, de los nueve cargos que corresponden a la Nota de Cargos SPVS/IP/AL Nº 3183/2008, no todos ellos a su sustanciación han ameritado sanción alguna.

En lo fundamental, la recurrente **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** pretende se hagan valer varias resoluciones administrativas anteriores, empero sin señalar en concreto que se infiere obtener de ello; en todo caso, las sugeridas omisiones a los principios del *non bis in ídem* y de la verdad material no van a resultar en ello, por cuanto:

- Según el cuadro *Primer Proceso Administrativo Sancionatorio* propuesto por la propia recurrente, la Resolución Administrativa IS No. 143 de 16 de febrero de 2006 y la Resolución Administrativa IS No. 460 de 21 de abril febrero de 2006, corresponden a un proceso administrativo sancionador que ha sido **anulado** "*hasta la notificación de cargos*" por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ No. 48/2006 de 2 de agosto de 2006, determinando que tales resoluciones no puedan ser tenidas en cuenta al presente -ni a favor ni en contra de la recurrente- como que no han importado efecto jurídico alguno tal como una sanción.
- Según el cuadro *Segundo Proceso Administrativo Sancionatorio* propuesto por la propia recurrente, la Resolución Administrativa IS No. 330 de 8 de mayo de 2007, la Resolución Administrativa IS Nro. 482 de 28 de junio de 2007 y la Resolución Administrativa IS No. 585 de 19 de julio de 2007, corresponden a un proceso administrativo sancionador que ha sido **anulado** por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007, determinando que tales resoluciones no puedan ser tenidas en cuenta al presente -ni a favor ni en contra de la recurrente- como que no han importado efecto jurídico alguno tal como una sanción.
- Según el cuadro *Tercer Proceso Administrativo Sancionatorio* propuesto por la propia recurrente, la Resolución Administrativa ASFI Nro. 085/2009 de 10 de agosto de 2009, ha sido confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa ASFI Nro. 312/2009 de 6 de octubre de 2009.

Al respecto dice la recurrente:

"*…las sanciones establecidas en la gestión del Sr. Ernesto Rivero, Ex Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emergentes de la Resolución ASFI Nro. 085/2009 del 10 de febrero de 2009, en la cual se nos estableció las sanciones de multa de Bs. 260.397.00 (DOSCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE 00/100 BOLIVIANOS), la prohibición de presentarnos en Licitaciones del Sector Público y la Publicación en un medio de circulación nacional, fueron* ***EJECUTADAS***".

No obstante, no señala la recurrente y sí lo hace la -recurrida- Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, que:

"*…a través de la* ***Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2010*** *de 17 de marzo de 2010, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en su artículo único dispuso:* ***"ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 085 de fecha 11 de agosto de 2009*** *inclusive, disponiendo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emita nueva Resolución Administrativa pronunciándose sobre todos los aspectos alegados por los recurrentes y tomando en cuenta la parte considerativa de la presente Resolución Ministerial*".

El extremo también consta en la nota ASFI/DAJ/R-78032/2012 de 27 de junio de 2012 remitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuando a solicitud de la recurrente, remite copia legalizada de la Resolución 085/2009 de 10 de agosto de 2009.

Por consiguiente, la Resolución Administrativa ASFI Nro. 085/2009 de 10 de agosto de 2009 y la Resolución Administrativa ASFI Nro. 312/2009 de 6 de octubre de 2009,

corresponden a un proceso administrativo sancionador que ha sido **anulado** por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 010/2010 de 17 de marzo de 2010, determinando que tales resoluciones no puedan ser tenidas en cuenta al presente -ni a favor ni en contra de la recurrente-.

Asimismo y por el mismo motivo, debe importar la inexistencia formal de sanciones como las señaladas por la recurrente, empero en todo caso, la constatación y consideración de lo mismo (en función a la no suspensión de la ejecución del acto impugnado prevista por el Art. 59º, Par. I, de la Ley Nº 2341, lo que parece ser a lo que se refiere la recurrente, dado no señalarlo claramente al efecto), queda sujeto a trámite distinto del presente y que vaya a ser impulsado por quien resulte interesada o interesado en ello, no correspondiendo al suscrito mayor pronunciamiento al respecto.

- Según el cuadro *4to. Proceso Administrativo Sancionatorio* propuesto por la propia recurrente y conforme se ha señalado en el numeral 2 supra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, la Resolución Administrativa ASFI Nro. 993/2010 de 26 de noviembre de 2010 septiembre de 2010, ha sido recurrida en Jerárquico por el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y revocada en los límites del *no reformatio in pejus*; consiguientemente, no corresponde sea tenida en cuenta al presente.

Extremos todos estos que, determinan que hasta el presente no hubiera existido una sanción definitiva en los términos del artículo 69º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, que fuera emergente de la Nota de Cargos SPVS/IP/AL Nº 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, en el caso que se analiza no se puede declarar haber existido infracción al principio del *non bis in ídem* por parte de la autoridad recurrida, como tampoco, al encontrase planteado interrelacionadamente a lo mismo, no ha existido inobservancia o incumplimiento al principio de verdad material, toda vez que el cumplimiento necesario de una sanción eventualmente revocable -como ha sucedido en el caso presente- no importa darle existencia jurídica a la misma, sino sólo cuando adquiera la calidad de inmodificable.

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con el artículo 43º, parágrafo I, incisos 'a' y 'b', y parágrafo II, del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar o revocar la resolución impugnada, o declarar la improcedencia de los Recursos Jerárquicos interpuestos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, de 23 de abril de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó y revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010, de 23 de septiembre de 2010,

complementada por la Resolución Administrativa ASFI Nº 870/2010. de 11 de octubre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmando sus artículos tercero (referido a los cargos Nº 5 y Nº 9), cuarto (al cargo Nº 3), quinto (al cargo Nº 4) y sexto (a los cargos Nº 6 y Nº 7), y **declarando firme, vigente y subsistente** la sanción impuesta por el artículo segundo de la Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, y referido al cargo Nº 8, que no fuera considerado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012, de 23 de abril de 2012 inclusive, respecto a su artículo primero (referido a los cargos Nº 1 y Nº 2).

ARTÍCULO TERCERO.- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deberá remitir obrados a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a efectos de iniciar Diligencias Preliminares respecto a la denuncia presentada sobre la presunta no contabilización oportuna de la contingencia, en infracción a la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 180, de 27 de febrero de 2008 (que aprobó las modificaciones al Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad para su adecuación a las normas de contabilidad Nº 3 y 6), a efectos de la determinación del inicio o no del proceso administrativo sancionatorio.

ARTÍCULO CUARTO.- Se exhorta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dar cumplimiento al procedimiento administrativo y principios de derecho administrativo, en cuanto a la Resolución de los actos administrativos que emite, evitando la confusión del administrado y la ausencia de artículos como se procedió en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 142/2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.
LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 336-2012 DE 23 DE MAYO DE 2012
APS/DJ/DS/Nº 337-2012 DE 23 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 051/2012 DE 02 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 051/2012

La Paz, 02 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 336-2012 de 23 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012.

El Recurso Jerárquico interpuesto por **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 337-2012 de 23 de mayo de 2012, (enmendada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 383-2012 de 1° de junio de 2012), que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012.

Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 025 de 28 de junio de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 097 de 30 de agosto de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 12 de junio de 2012, **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.**, representada legalmente por su Vicepresidente Ejecutivo Sr. Robin Gabriel Barragán Ibargüen, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0078/2010, de 20 de enero de 2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 069 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Carlos Huanca Ayaviri, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 336-2012 de 23 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012.

Que, por memorial presentado el 13 de junio de 2012, **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** representada legalmente por los señores Jorge Mauricio Álvarez Pol (Apoderado) y Hugo Vía Escalante (Gerente Jurídico y de Compliance), tal como lo acreditan los Testimonios Poderes N° 0673/2004 de fecha 7 de julio 2004 y N° 855/2007 de fecha 13 de diciembre de 2007, otorgado ante Notarías de Fe Pública a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán y la Dra. Diomar Ovando Polo del Distrito Judicial de La Paz, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 337-2012 de 23 de mayo de 2012, enmendada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 383-2012 de 1° de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 22 de junio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 337-2012 de 23 de mayo de 2012, mismo que fue notificado el 27 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 20 de junio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 336-2012 de 23 de mayo de 2012, mismo que fue notificado el 27 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 22 de junio de 2012, se dispuso notificar, a través de un órgano de prensa de circulación nacional, a todos los terceros interesados Operadoras de Seguros para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos.

Que, en fecha 30 de junio de 2012, se notificó a través de un diario de circulación nacional, La Razón, a todos los operadores de Seguros, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos.

Que, en fecha 26 de junio de 2012, mediante Auto de Acumulación, se acumularon los Recursos Jerárquicos presentados por **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.** y **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** contra las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/ N° 336-2012 y APS/DJ/DS/N° 337-2012, ambas de 23 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmaron totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012.

Que, el 6 de julio de 2012, a horas 10:30 am se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.**

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012, resolvió aprobar el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o usuarios del Mercado Asegurador, conforme el siguiente texto:

"REGLAMENTO DE HORARIOS DE ATENCIÓN A CLIENTES Y/O USUARIOS DEL MERCADO DE SEGUROS

PRIMERO.- (OBJETO) *El presente Reglamento tiene por objeto establecer el tiempo de atención a clientes y/o usuarios, que deben cumplir todos los operadores del mercado de seguros.*

SEGUNDO.- (HORARIOS DE ATENCIÓN) *Los operadores del mercado de seguros deberán prestar sus servicios a clientes y/o usuarios en todas sus oficinas centrales, sucursales, agencias y oficinas ubicadas en el territorio nacional como mínimo cinco días a la semana, entre lunes y viernes por un lapso de tiempo mayor o igual a 8 horas cada día, entre 8:30 a 12:30 horas y 14:30 a 18:30 horas.*

Durante este horario los operadores del mercado de seguros que se encuentren debidamente autorizados, deberán prestar todos los productos y servicios para los que se encuentran autorizados, así como para la atención del público en general y en especial a usuarios, beneficiarios, asegurados y Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS.

TERCERO.- (OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN) *Los operadores del mercado de seguros tienen la obligación de informar por escrito a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, hasta el 31 de marzo de 2012 los horarios de atención en todas sus oficinas centrales, sucursales, agencias y oficinas en el territorio nacional, así como remitir copia de los instructivos realizados a sus dependencias.*

Los operadores del mercado de seguros deberán publicar en un órgano de circulación nacional durante el mes de enero de cada año, los horarios de atención de sus oficinas centrales, sucursales, agencias y oficinas, así como fijar en ellas carteles que establezcan los mismos.

En caso que algún operador del mercado de seguros considere la necesidad de modificar los horarios establecidos en el punto segundo del presente Reglamento, deberá solicitar una autorización expresa de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones - APS, misma que será evaluada y en su caso autorizada de forma escrita.

La solicitud para ser analizada deberá ser realizada cuando menos con quince días administrativos de anticipación.

CUARTO.- (SUSPENSIÓN DE LA ATENCIÓN) *Los operadores del mercado de seguros sólo podrán suspender la atención a clientes y/o usuarios o disponer) horarios especiales en las siguientes situaciones:*

a) *Feriados Nacionales y Departamentales*
b) *Celebración del Día Intercontinental del Seguro*
c) *Disposiciones del Ministerio de Trabajo, Gobiernos Autónomos Departamentales y Gobiernos Autónomos Municipales*
d) *Cualquier otro hecho relevante que sea puesto a consideración de la APS para su respectiva evaluación y pronunciamiento.*
e) *Desastres Naturales*

En el caso de los incisos a), b), c) y d), los operadores del mercado de seguros deberán comunicar estas circunstancias a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, por lo menos con tres días de anticipación y al público en general, usuarios, beneficiarios y asegurados a través de una publicación en un órgano de prensa de circulación nacional con cinco días hábiles de anticipación.

En el caso del inciso e) dicho aviso o comunicación no será necesaria mientras dure el estado de emergencia, sin embargo, pasada la misma y durante la primera semana se deberá comunicar a la APS la regularización de las actividades."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 23 de abril de 2012, **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012, argumentando lo siguiente:

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tendría competencia para regular los horarios de atención de las compañías de seguros, en razón a que ni la Ley de Seguros, ni la Constitución Política del Estado le dan esa competencia. Que en el presente caso, la autoridad facultada es el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, quien tiene la competencia de regular los horarios de trabajo de las entidades privadas conforme lo establece el Decreto Supremo Nº 29894.

Por lo que, la APS, habría emitido un acto sin competencia, debiendo en consecuencia revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012, misma que aprueba el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o usuarios del Mercado Asegurador.

Que, en fecha 25 de abril de 2012, **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012, argumentando lo siguiente:

La APS habría emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012, misma que resuelve aprobar el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o usuarios del Mercado Asegurador, sin embargo, la misma seria nula de puro derecho en razón a que fue dictada sin competencia, conforme lo señala el artículo 31 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

Por otro lado, la recurrente, refiere que el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado de Seguros, específicamente en el numeral cuatro incisos a) b), c) y d), serían de imposible cumplimiento ya que las aseguradoras no pueden prever casos de fuerza mayor, conflictos sociales que hacen que el Ministerio de Trabajo dictamine horario continuo o en su caso la suspensión de las actividades laborales. Por lo que es inadmisible pretender que las aseguradoras tengan que notificar con cinco días hábiles administrativos de anticipación la suspensión de actividades al público en general y tres días hábiles administrativos de anticipación al órgano de regulación.

Por otra parte, señalan que la comunicación así como la publicación a través de un diario de circulación nacional en caso del numeral cuatro inc. a), c) y d) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012, se constituyen en gastos innecesarios en los que tendrán que erogar las aseguradoras.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 336-2012 DE 23 DE MAYO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 336-2012 de 23 de mayo de 2012, correspondiente a Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A., la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012.

Los fundamentos expuestos en la citada Resolución, son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que los argumentos de la parte recurrente radican en una supuesta falta de competencia por parte de la APS para dictar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/194 - 2012 de 2 de abril de 2012, que aprueba el "Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado de Seguros", estableciendo de esta manera un horario de trabajo para las entidades reguladas, en especial para Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. Este argumento considerado principal, puede ser individualizado en relación a sus fundamentos de la siguiente forma:

1. El recurrente considera que la administración pública debe someter sus actuaciones a los principios que rigen la Ley del Procedimiento Administrativo No. 2341; en especial al contenido en el inciso c) del citado artículo, cuyo nomen juris es: "Principio de sometimiento pleno a la ley" que señala:

"La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso"

Aspecto que el recurrente considera no cumplido por la APS al momento de emitir la resolución administrativa que aprueba el reglamento de horarios.

Esta afirmación no mantiene sustento, si partimos de la premisa que la autoridad de supervisión emitió una resolución administrativa y aprobó un reglamento en base a la Ley de Seguros No. 1883, normativa especial promulgada para regular la actividad

aseguradora y reaseguradora, concretamente en aplicación a los incisos d) y s) del artículo 43; sometiendo de esta manera sus actos a ley, en cumplimiento a lo exigido por el recurrente.

De la misma manera señala que, estas actuaciones deberán estar sometidas también a la Constitución, las Leyes u otras normas análogas, de esta manera su proceder será legal y en consecuencia competente, tal como lo exige el artículo 5 de la Ley del Procedimiento Administrativo, que dispone:

"I. Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando este emane de la ley, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias "

Si partimos del concepto referido a la competencia, citado por el recurrente, que señala: "...la competencia es un concepto que se refiere a la titularidad de una determinada potestad que sobre una materia posee un órgano administrativo", se puede concluir que la APS se considera plenamente competente para emitir la resolución administrativa que aprobó el Reglamento de Horarios y Atención de Clientes y/o Usuarios del Mercado Asegurador, partiendo del entendido que el entonces "Poder Legislativo", investido de las facultades constitucionales otorgadas por la Carta Magna aprobada en el año de 1967 y modificada por última vez el año 2004, sancionó la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, en uso de la atribución que le confería el artículo 59, numeral 1 del abrogado texto constitucional. De esta manera se otorgó titularidad a la Ex - Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y en consecuencia potestad para regular la actividad aseguradora y reaseguradora en Bolivia, señalando el artículo 40, sobre el particular, lo siguiente:

"Articulo 40.- (Jurisdicción y Domicilio).- Las Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, es una institución autárquica de derecho público, de duración indefinida con jurisdicción nacional y competencia privativa e indelegable que forma parte del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI). Tiene domicilio principal en la ciudad de La Paz, pudiendo establecer oficinas o Intendencias en otros lugares del territorio nacional. Se rige por las disposiciones de la presente Ley y sus reglamentos.

Quedan sujetas a la jurisdicción de la Superintendencia las personas y entidades que realicen las actividades normadas en la presente Ley."

Además es necesario precisar que el Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009 que modifica la "Estructura Organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia", en el artículo 137 crea la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, la cual asume funciones y atribuciones en materia de seguros. Posteriormente la Ley de Pensiones No. 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 167, crea la Autoridad de Supervisión Fiscalización de Pensiones y Seguros - APS, que asume las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la ASFI.

3. Finalmente indican que el titular de la potestad es competente cuando esta nace de la Ley y debiendo ser expresa, concreta y determinada, siendo imposible entender ese poder como indeterminado.

En base a este acápite debemos recordar lo citado en la presente resolución, sobre las atribuciones constitucionales otorgadas por la Carta Magna del año 1967 a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, las cuales al presente fueron asumidas por ésta autoridad de fiscalización.

Ahora bien, refiriéndonos a la competencia otorgada por ley a la APS, para haber dictado la resolución administrativa impugnada, esta atribución tiene su origen en la Ley de Seguros en los incisos d) y s) del artículo 43, que señalan:

"d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por al (sic) entidades bajo su jurisdicción."

s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos."

En la primera de las facultades conferidas por la ley a la autoridad de supervisión, está la de supervisar las actividades de las entidades bajo su jurisdicción, entendiéndose tal tarea como la de ejercer una inspección superior al trabajo realizada por estas, en la cual (tal como lo explica la parte considerativa de la resolución impugnada) se pudo evidenciar que los horarios de trabajo no estaban acorde con los fines que pretende alcanzar la APS, dentro de estos, la protección de los derechos de los asegurados.

En relación a la segunda de las facultades de la APS, referida a emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la Ley de Seguros y sus reglamentos; ofrece la potestad de establecer un horario de trabajo a los regulados, destinado a que tanto en el ente fiscalizador pueda ejercer sus funciones de manera efectiva, acorde con los plazos procesales y horarios establecidos por el órgano ejecutivo…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 337-2012 DE 23 DE MAYO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 337-2012 de 23 de mayo de 2012, correspondiente a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012.

Los fundamentos expuestos en la citada Resolución son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que es necesario ir por partes para resolver el presente recurso. Para ello servirán algunas digresiones (sic) en torno a precisiones conceptuales y a fin de no confundir categorías administrativas íntimamente relacionadas con la actuación de la Administración Pública.

*Que es de rigor manifestar que la **Competencia** en materia jurisdiccional (mutatis mutandis en el campo administrativo), es la capacidad o incumbencia para conocer de un juicio o una causa; la capacidad o incumbencia de la Administración para conocer y resolver un asunto (Guillermo Cabanellas). El término Potestad significa poderío, soberanía o facultad, que en el ámbito administrativo sirve para justificar la autonomía administrativa ya que en el fondo, no existirían las potestades administrativas (Roberto Dromi) constituyendo solamente aspectos del poder que por antonomasia, lo tiene el Estado.*

*Que la **Competencia** es la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinados por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico (Roberto Dromi). En cuanto a la **Facultad,** la noción señala que es el derecho o la autoridad que se tiene para hacer algo.*

Que se puede fácilmente inferir que todos los conceptos administrativos precedentes configuran el soporte sobre el cual, la Administración Pública concibe, emite y ejecuta y manda ejecutar sus propios actos.

*Que si bien la doctrina es clara cuando señala que la competencia administrativa debe ser expresa, concreta y devenir del órgano y norma pre determinadas; en otras palabras, sus atribuciones deben ser limitadas **(numerus clausus)**, no menos cierto es que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales.** El Acto Discrecional es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la "satisfacción del interés público", aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia.*

*Que el Acto Discrecional se caracteriza porque la Administración tiene la facultad de elegir entre varias opciones, la más conveniente; es un acto que revela valoración de los hechos en el marco de beneficio del interés público; es un acto en el que se realiza un juicio de oportunidad en relación a normas o criterios de diversa naturaleza; es un acto en el que se da una libertad de acción por parte de la autoridad, que aunque parte de la norma y se ampara en ella, no se encuentra constreñida por ésta. En otras palabras y en la lectura del maestro Marienhoff: **"las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos".** Añade este autor que la existencia de normas y procedimientos para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el acto sea discrecional; por ello es que la redacción literal que señala la posibilidad de un acto discrecional puede decir: "facúltese", "autorízace" (sic), etc.*

CONSIDERANDO:

Que es en el marco conceptual anteriormente descrito en el que el legislador ha elaborado y estructurado las atribuciones y competencias de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS):

Que la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, establece atribuciones a favor de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS), como las siguientes:

s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.
t) Todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

En este mismo contexto, el artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010-de Pensiones:

c) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros, que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).
n) Todas aquellas atribuciones que sean conferidas por la presente Ley y sus reglamentos, o necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que luego, no es difícil entender que la APS tiene como atribuciones, todas aquellas que en su criterio, son convenientes por oportunidad y por su finalidad. Obsérvese que el acto discrecional de la Administración no es arbitrario ni abusivo, sino que se ampara en la legalidad descrita y en una posibilidad amplia que el propio legislador ha juzgado conveniente, otorgar a esta Autoridad de Fiscalización.

Que es evidente que este estado de situación jurídica en el que se desenvuelven la Administración y los administrados, no es del agrado de la recurrente, o por lo menos, no lo ha entendido. En ambos supuestos, LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. tiene, como sujeto de derecho, todas las facultades que el derecho subjetivo le otorga para denunciar y enervar aquellas facultades discrecionales de la APS. Resulta de Perogrullo (sic) manifestar que en pos de ello, plantear recursos de revocatoria invocando incompetencias para anular aquellas, no es el camino adecuado.

CONSIDERANDO:

Que corresponde ahora analizar la argumentada libertad de la recurrente de imponer el horario de trabajo, basándose en disposiciones de la Ley General de Trabajo vigente.

Que revisado el articulado pertinente es evidente que no existe ninguna disposición que otorgue "libertad" a personas como la recurrente, a determinar su horario de trabajo, así como tampoco se legisla en sentido contrario; simplemente, el legislador, ha omitido este aspecto. Otra cosa es que frente a este vacío, los sujetos de la Ley hayan optado por auto otorgarse "libertades", pero aun así, en esta situación de auto complacencia, la Ley General de Trabajo prevé que acuerdos entre patronos y trabajadores, deben estar refrendados en convenios o contratos de trabajo. La recurrente no ha acreditado que su pretendido horario de 9:00 a 18:00 esté establecido en acuerdo de voluntades alguno.

Que en este mismo contexto, la APS no está "creando" ni "inventando" el horario de 8:30 am a 12:30, y de 14:30 a 18:00. Tal disposición tiene su antecedente inmediato en el Decreto Supremo N° 29000 de 2 de enero de 2007, por lo que argumentar que estamos usurpando funciones no tiene asidero fáctico ni legal. Esta Autoridad de Fiscalización reproduce una disposición emanada de autoridad competente con el único añadido de uniformizar lo que ya ha determinado aquella norma y circunscrito estrictamente, a los sujetos de la Ley de Seguros.

Que en efecto, muchas aseguradoras tienen horarios variados en términos de tiempo. Los hay quienes tienen horario de 8:00 a 12:00 y de 14:00 a 18:00; otros, como la recurrente, tienen horario de 9:00 a 18:00, y otros, de 8:30 a 14:30 a 18:30. El común denominador de justificación es que todas y cada una de las aseguradoras argumentan que tal horario les reporta mayores beneficios, tanto en la captación de clientes/usuarios como de sus propios empleados. Resulta obvio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros debe uniformizar este variopinto horario.

Que como colofón de este análisis diremos que el horario de trabajo es la distribución de la jornada en periodos de trabajo y periodos de descanso que concreta el momento inicial y el momento final. Distribución que como hemos comprobado, no está limitado o reglado a algún sujeto en particular.

CONSIDERANDO:

Que otro argumento de la pretensión de revocatoria es la insinuación de que teniendo la APS (en tanto que Administración), atribuciones, facultades potestades expresas, concretas y diferenciadas, las mismas no tendrían nada que ver con las de otras entidades de la Administración, conformando así compartimientos estancos, "islas" separadas unas de otras; v.gr. (sic) las atribuciones: y competencias de la APS nada tendrían que ver con las atribuciones del Ministerio de Trabajo.

Que nada más alejado de la realidad en la que vivimos. Una muestra fehaciente de que las atribuciones, facultades y potestades de las entidades de la Administración no son compartimientos estancos, son las relaciones y complementariedades que existen entre ellas, nutriéndose y retroalimentándose unas de otras (de ahí, el fenómeno de las "concordancias" entre disposiciones normativas de distinta índole y materia, de los "antecedentes jurisprudenciales" donde las sentencias recaídas en casos pasados iluminan el camino a seguir en la aplicación normativa concreta). En otras palabras, las disciplinas jurídicas y sus atribuciones no son "químicamente puras"; o sea, que aunque diferentes en su naturaleza y fines, no existen atribuciones puramente civiles, atribuciones puramente penales, atribuciones puramente administrativas, etc. Las disciplinas jurídicas interactúan entre sí, se nutren unas de otras, conformando un estado de derecho armónico, lógico y válido para todos.

Que en este sentido, la APS (en el campo del derecho administrativo) se sirve de disposiciones emanadas de otras jurisdicciones distintas a ella para el cumplimiento de sus fines. Ergo, dictar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194 de 2 de abril de 2012, es un acto que reproduce (no niega, no desconoce ni usurpa) lo ya dispuesto por el Ministerio de Trabajo, citando expresamente además en aquél instrumento

normativo, el origen del horario que se uniformiza (una vez más, el Ministerio de Trabajo), por lo que supuestas usurpaciones de atribuciones o "sobre regulaciones" carecen de asidero legal, toda vez que se ha demostrado (y la recurrente sabe muy bien) que en el ámbito del Seguro, 'las entidades tienen distintos horarios, cada una de ellas -invocando las bondades de "su" horario.

CONSIDERANDO:

Que en cuanto a circunstancias como la costumbre horaria de 9:00 am a 18:00, sus manifestadas ventajas, gastos inútiles en el cumplimiento de la resolución impugnada, imposibilidad de anticipar cambios de horario y cumplimiento obvio de suspensión de los horarios por causa de feriados, la recurrente tiene en la resolución impugnada, el camino para solicitar la modificación del horario establecido, tal cual prevé el parágrafo tercero del artículo tercero de la resolución administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012 con los fundamentos del caso, prueba clara de que la Resolución no constituye un instrumento rígido…"

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 383-2012 de 1º de junio de 2012 la APS, resuelve modificar parcialmente el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 337-2012 de 23 de mayo de 2012 concluyendo, el último considerando, que por todo lo analizado en la misma "*…no existe mérito suficiente para estimar el recurso de revocatoria…*" de LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 12 de junio de 2012, Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 336-2012 de 23 de mayo de 2012, argumentado lo siguiente:

"…III.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en el quinto Considerando de la R.A. 336-2012, realiza su fundamentación para la confirmación de la Resolución Administrativa Nº 194-2012, por lo que, corresponde desvirtuar todos y cada uno de los argumentos señalados en el citado considerando:

1.*Como señalamos en nuestro Recurso de Revocatoria, la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 5 establece que la competencia de un órgano administrativo, es decir, la facultad para conocer y resolver de un asunto, emana, deriva o resulta expresamente de la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; y, en su artículo 4 inciso c) establece el principio de sometimiento pleno, disponiendo que la Administración Pública debe regir su actividad con sometimiento pleno a la ley.*

Nuestro ordenamiento jurídico prevé que: i) La norma jurídica opera, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa, sólo cuando la

Administración Pública cuenta con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima; ii) La legalidad atribuye potestades a la Administración Pública, le otorga facultades de actuación definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos, con lo cual, toda actuación administrativa se presenta como ejercicio de un poder atribuido previamente por la norma jurídica y por ella delimitado y construido; es decir, como un ejercicio de potestad, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo; y, iii) la actividad jurídico-administrativa que ejecuta la Administración se traduce en una actividad de ejecución legal, lo que significa que el contenido de los actos administrativos que dicta la Administración deben sujetarse a la Ley, con lo cual, el contenido de la decisión o juicio que emite la Administración debe circunscribirse, como ya se conoce y precisa el artículo 4 inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, es preciso reiterar conceptos y puntualizaciones que efectuamos anteriore4ment, (sic) las vuales (sic) no fueron desvirtuadas por la R.A. 336, en este sentido, la competencia es un concepto que se refiere a la titularidad de una determinada potestad que sobre una materia posee un órgano administrativo. Se trata pues, de una circunstancia subjetiva del órgano, de manera que cuando éste sea titular de los intereses y potestades públicas será competente.

Debemos nuevamente citar a los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sobre la competencia en su obra "Curso de Derecho Administrativo" señalan: "La competencia se construye ratione materiae, ratione loci y ratione temporis. Por razón de la materia se define en favor de un órgano un tipo de asuntos caracterizados por su objeto y contenido;...Por razón del lugar, los órganos tienen una competencia territorial determinada; ...Por razón del tiempo, bien en términos absolutos, bien relativos..." los citados autores señalan además: "...Según lo expuesto, en un órgano deben confluir todos los criterios de competencia (material, territorial y temporal) para que, en ejercicio de la misma, pueda dictar válidamente el acto administrativo que dicha competencia autorice. Veremos que cuando no se observa tales criterios se incurre en un vicio legal, que afecta la validez del acto"

La declaración de competencia en materia administrativa, surge como efecto de una declaración normativa, en nuestra legislación llámese Constitución Política del Estado, Ley o Reglamento, el ejercicio de la competencia en ausencia de dicha declaración normativa, implica que dicho acto sea ilegal en virtud a que no cuenta con respaldo legal.

La administración pública, no tiene facultad, en este caso competencia, fuera de los que la ley le confiere, es decir, que esa competencia debe estar establecida con precisión en el ordenamiento jurídico vigente, entonces podemos concluir de manera contundente que la competencia debe ser expresa.

Ahora bien, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señala en el numeral 1) del quinto Considerando que sometieron su accionar al amparo de lo previsto por el Artículo 43, Incisos d) y s) de la Ley de Seguros, por lo que, nuevamente debemos analizar estos incisos.

La atribución establecida en el inciso d) se limita a supervisar las actividades, pólizas de seguros y contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

La APS sobre esta atribución señala que supervisar las actividades de las entidades bajo su jurisdicción, implica ejercer una inspección superior al trabajo realizada por estas, en la cual se pudo evidenciar que los horarios de trabajo no estaban acorde a los fines que pretende la APS.

Como manifestamos precedentemente, la competencia debe ser expresa, en el presente caso, de la lectura in extenso del inciso d) del Artículo 43 de la Ley de Seguros, se evidencia claramente que no faculta a la APS a implementar o imponer horarios de trabajo a las entidades aseguradoras, limitándose su atribución a supervisar las actividades, pólizas de seguros y contratos, en consecuencia, mal puede afirmar la APS que puede ejercer una inspección superior al trabajo de las compañías, confirmando y aceptando que están sobre limitándose a sus atribuciones.

En segunda instancia, la APS pretende justificar su accionar al amparo de lo dispuesto por el inciso s) del artículo 43 de la Ley de Seguros, en este sentido, el citado inciso señala que es atribución emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley.

Ahora bien, evidentemente y no negamos que la APS tiene facultad de emitir disposiciones para el mercado asegurador, pero estas disposiciones deben y tiene que ser enmarcadas en su competencia, por lo que, del análisis efectuado precedentemente, se desprende que la APS no tiene facultades para normar o regular horarios de de (sic) atención de las compañías de seguros.

Finalmente, debemos precisar que el poder que emana de la Constitución Política del Estado, las leyes y reglamentos, y se atribuye a la administración pública debe ser, en cuanto se refiere a su contenido, concreto y determinado, es decir, no es posible entender a ese poder como un poder indeterminado, absoluto, ilimitado, lo que implicaría obviamente una aberración jurídica puesto que nos encontraríamos ante una vulneración a todos los demás derechos. Por lo tanto, no existen poderes administrativos ilimitados, indeterminados, debiendo ser expresos, concretos y específicos.

En este sentido, está claro que la Administración Pública en general y la APS como parte de la misma, debe actuar dentro de su competencia, y por tanto, todos los actos administrativos que emita deben estar también dentro del marco de su competencia, este (sic) competencia, como señalamos y justificamos a lo largo del presente recurso, emana de la Constitución, la ley o Reglamentos. Asimismo, esta competencia necesariamente debe ser expresa y específica, es decir, que la atribución de una competencia se debe efectuar en concreto y determinado, puesto que no es concebible la existencia de poderes amplios o indeterminados. Ahora bien, si por cualquier circunstancia o desconocimiento de la norma, la administración pública emite un acto administrativo en ausencia de la atribución de competencia, automáticamente representa la emisión de un acto administrativo no respaldable por nuestro ordenamiento jurídico y consecuentemente estaríamos ante una evidente

"usurpación de funciones", lo que implicaría una nulidad del acto administrativo emitido. Por todos los fundamentos de derechos expuestos, la R.A N° 336-2012 y consecuentemente la R.A. N° 194-2012 son ilegales, por lo que, corresponde su revocatoria.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38,52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175

2. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 336-2012 de 23 de mayo de 2012, y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012. *dejando (sic) sin efecto el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado Asegurador…."*

A través del memorial de 13 de junio de 2012, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. presentó el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 337-2012 de 23 de mayo de 2012, enmendada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 383-2012 de 1° de junio de 2012, argumentando lo siguiente:

"…III. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 337-2012

3.1. La RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 337-2012 de 23 de mayo de 2012 y notificada el 29 de mayo de 2012 a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. basa su análisis principalmente en el aspecto referido a que: "... la APS tiene como atribuciones, todas aquellas que en su criterio, son convenientes por oportunidad y por su finalidad." Resolviendo, confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012.

3.2. Lo que no se comprendió bajo ninguna circunstancia, es que nuestra empresa no centró la reclamación en base a la costumbre horaria y sus ventajas, los gastos inútiles en el cumplimiento de la resolución APS/DJ/DS/N° 194-2012, imposibilidad de anticipar cambios de horarios y el cumplimiento obvio de la suspensión de horarios por causa de feriados, aspectos señalados por la APS y que evidentemente es urgente tomarlos en cuenta; debiendo el órgano de regulación darse cuenta de la necesidad de atender estos aspectos a la brevedad.

3.3. El parágrafo tercero del artículo TERCERO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012, establece la solicitud que debe presentar un operador de seguros en caso de necesidad de modificar horarios a fin de recibir una autorización escrita y expresa de la APS. Sin embargo, se aclara que no es el camino para corregir las imprecisiones del Reglamento aprobado mediante Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/N0 194-2012 como señala la Resolución Administrativa objeto de recurso. ¿Cómo se podría, por ejemplo, presentar una solicitud con 15 días de anticipación por problemas sociales que surgen en el día a día? ¿Cómo ayuda ese punto con relación a la obligatoriedad establecida de comunicar al público en un órgano de prensa de circulación nacional que no se atenderá un día establecido oficialmente como feriado?

3.4. En ese contexto, nuestra empresa ni el resto de los operadores de seguros puede ser obligada, por ejemplo, a asumir gastos que no corresponden como publicar en un órgano de prensa de circulación nacional que no se atenderá un día establecido oficialmente como feriado porque se entiende que por ley nadie trabaja en días declarados feriados en nuestro país; lastimosamente el ente regulador a pesar de ser advertido de esta clase de daños al mercado tampoco estableció las medidas necesarias para evitar estos hechos irregulares, tal como se ha demostrado en el presente caso.

IV. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO

Nuestra solicitud se basa en los fundamentos legales señalados a continuación y que su autoridad sabrá valorar adecuadamente:

5.1. NULIDAD ABSOLUTA POR AUSENCIA DE COMPETENCIA

5.1.1 La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 consagra los principios generales de la actividad administrativa. Uno de estos principios es precisamente el de sometimiento pleno a la ley, que está previsto en el inciso c) del citado artículo, lo que conlleva la obligación de la Administración Pública de circunscribir su actuación estrictamente a la ley.

Esta Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 5.I., al normar la competencia de los órganos públicos, dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.
Por lo tanto, la Administración Pública si pretende circunscribir su actuación a la legalidad, de acuerdo a lo previsto por el inciso c) del artículo 4 de la LPA, para dictar actos administrativos debe ser competente tal como lo exige el artículo 5.1 de la citada Ley y esta competencia o atribución de potestad debe atribuirse por la Constitución, la ley o el reglamento.

5.1.2 En la atribución de competencia concurren dos elementos, primero, la declaración de competencia que siempre será efecto de una declaración normativa (Constitución, ley o reglamento) y, segundo, el ejercicio de la atribución en defecto o ausencia de dicha declaración implica una acción administrativa de facto no respaldable por el ordenamiento jurídico o una usurpación de funciones, en cualquiera de los dos casos se está en presencia una actuación por órgano manifiestamente incompetente.

5.1.3 La atribución de potestades a la Administración Pública tiene que ser, en primer término, expresa. El segundo requisito de la atribución de potestad es que ésta ha de ser específica. Todo poder atribuido por la Constitución, la ley y el decreto ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro del sistema conceptual de Estado de Derecho. Desde el punto de vista abstracto un poder jurídico indeterminado es una contradicción con el sistema de derecho, para el cual es consustancial la existencia de límites, un derecho ilimitado pondría en cuestión la totalidad del ordenamiento, porque esa limitación destruiría todos los demás derechos, los haría imposibles.

El principio de la tasa o mensurabilidad de toda y de cualquier competencia pública señala que no hay poderes administrativos ilimitados o globales, todos son y no pueden dejar de ser, específicos y concretos, tasados, con un ámbito de ejercicio lícito, tras de cuyos límites la potestad desaparece pura y simplemente.

5.1.4 Finalmente, la Ley de Procedimiento Administrativo al normar el acto administrativo incluyó, en su artículo 31, las causales de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Uno de las causas o supuestos de nulidad de pleno derecho es la ausencia de competencia; es decir, que son nulos los actos administrativos que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia.

5.1.5 El artículo 43 en su inciso t) de la Ley de Seguros N° 1883, establece como atribución de la Autoridad de Fiscalización: todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

El artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece como atribución de la Autoridad de Fiscalización en el inc. n): todas aquellas atribuciones que sean conferidas por la presente ley y sus reglamentos, o necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, ambos acápites no deberían ser entendidos por la Autoridad fiscalizadora como autorización para pretender regular sin límites o más bien, fuera de ellos. Dentro de las funciones del ente supervisor, la Ley 1883 en su Art. 41 a), establece el velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro. Es decir, que la regulación está encaminada a temas técnicos que garanticen la solvencia y seguridad del mercado de seguros, de ningún modo el de establecer horarios ni nombrar personal, ni determinar los productos que venderá la entidad aseguradora. En este entendido, la facultad discrecional del ente regulador va paralela a los fines dispuestos en la norma pero no implica reglamentar sin competencia, debiéndose tomar en cuenta que la nulidad por vicio de incompetencia es el primero de los vicios de orden público de los actos administrativos. La falta de potestad es el supuesto máximo de incompetencia, el más grave y manifiesto de todos.

***5.1.6** El artículo 43 en sus incisos d) y s) de la Ley de Seguros N° 1883, establece que la Autoridad de Fiscalización tiene entre sus atribuciones supervisar las actividades de las entidades bajo su jurisdicción, así como emitir disposiciones operativas para el*

cumplimiento de la Ley y de sus reglamentos, consideramos que la Autoridad Supervisora está excediendo sus atribuciones al pretender determinar el horario laboral de los operadores del mercado.

Evidentemente la Autoridad Supervisora de Pensiones y Seguros puede emitir disposiciones esencialmente técnicas relativas a la materia sobre la que regulan. Sin embargo, en Bolivia, todas las relaciones laborales se rigen por la Constitución Política del Estado, la Ley General del Trabajo de 1942, el Código de Seguridad Social, La Ley de Pensiones y su Reglamento y un sin número de Decretos Supremos que se aplican a enmiendas específicas al Código de Seguridad Social y a la Ley General del Trabajo sobre distintas materias; en ese contexto, el sector privado está obligado a respetar los derechos que la Ley General del Trabajo reconoce a los trabajadores y con relación a la jornada efectiva de trabajo se establece que no excederá de 8 horas por día y de 48 por semana, sin embargo, deja en libertad a las empresas privadas para determinar libremente el horario de su jornada laboral. Paralelamente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene como atribución la protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro, en ese entendido consideramos lógico que se establezcan ciertos criterios de atención al cliente como por ejemplo, la atención al público los cinco días a la semana o la publicación de los horarios de atención, entendiendo la regulación de estos aspectos en la perspectiva de la información deseable y necesaria para el asegurado. Sin embargo, determinar el horario de la jornada constituye un claro ejemplo de *lo que se entiende como sobrerregulación o "regulación excesiva" que impide el desarrollo natural del trabajo de nuestro mercado.*

5.1.7 *La APS señala como antecedente de su decisión relativa al horario el Decreto Supremo N° 29000 de 2 de enero de 2007, sin tomar en cuenta, que ese antecedente rige para la Administración Pública y que inclusive en ese caso, nuestro Presidente Constitucional de la República Evo Morales Ayma respetó la libertad para fijar el horario de los particulares. Por lo tanto no tiene ningún sustento reproducir una disposición emanada para el sector público cuando la misma autoridad que dispuso ese acto respetó la libertad del sector privado para determinar su horario de trabajo.*

5.1.8 *De acuerdo a lo señalado, se ha establecido lo siguiente:*

Primero, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debe actuar y dictar actos administrativos en el ámbito de su competencia, si pretende actuar legalmente.

Que la competencia sólo puede ser atribuida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a través de la ley, en forma concreta y determinada, porque no caben poderes inespecíficos, indeterminados o totales.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dicta un acto administrativo en ausencia de la atribución de competencia en forma expresa y específica, lo que implica una acción administrativa de facto no respaldable por el ordenamiento jurídico y una usurpación de funciones, con lo cual, se está en presencia

de una actuación por órgano manifiestamente incompetente, porque todas las relaciones laborales se rigen por la Constitución Política del Estado, la Ley General del Trabajo de 1942, el Código de Seguridad Social, La Ley de Pensiones y su Reglamento y un sin número de Decretos Supremos que se aplican a enmiendas específicas al Código de Seguridad Social y a la Ley General del Trabajo sobre distintas materias; sin embargo, la normativa señalada NO FACULTA a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a fijar horarios de entidades aseguradoras; al contrario, claramente se establece la obligación que tienen las empresas privadas de actuar dentro de los parámetros establecidos legalmente y dejando en libertad el aspecto relativo a horarios, siempre y cuando la jornada laboral no sobrepase las ocho horas.

Al dictar la R.A. N° 194/2012 aprobando el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado de Seguros y señalando el horario de atención de los operadores del mercado de seguros, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se está atribuyendo facultades reglamentarias atribuidas al Ministerio de Trabajo por el Decreto Supremo N° 29894, independientemente de que ésta forma parte del Órgano Ejecutivo.

Si bien es evidente que el artículo 43 en sus incisos d) y s) de la Ley de Seguros N° 1883, establece que la Autoridad de Fiscalización tiene entre sus atribuciones supervisar las actividades de las entidades bajo su jurisdicción, así como emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la Ley y de sus reglamentos, consideramos que la Autoridad Supervisora está excediendo sus atribuciones al pretender determinar el horario laboral de los operadores del mercado.

Evidentemente la Autoridad Supervisora de Pensiones y Seguros puede emitir disposiciones relativas a la materia sobre la que regulan. Sin embargo, en Bolivia, todas las relaciones laborales se rigen por la Constitución Política del Estado, la Ley General del Trabajo de 1942, el Código de Seguridad Social, La Ley de Pensiones y su Reglamento y un sin número de Decretos Supremos que se aplican a enmiendas específicas al Código de Seguridad Social y a la Ley General del Trabajo sobre distintas materias; en ese contexto, el sector privado está obligado a respetar los derechos que la Ley General del Trabajo reconoce a los trabajadores y con relación a la jornada efectiva de trabajo se establece que no excederá de 8 horas por día y de 48 por semana, sin embargo, deja en libertad a las empresas privadas para determinar libremente el horario de su jornada laboral. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene como atribución la protección de los asegurados tomadores y beneficiarios del seguro, en ese entendido puede establecer criterios de atención al cliente. Sin embargo, determinar el horario de la jornada constituye un claro ejemplo de lo que se entiende como sobrerregulación o "regulación excesiva" que impide el desarrollo natural del trabajo de nuestro mercado.

5.2 Sin embargo, todavía más serio, si cabe, es que se vulnere el principio de legalidad ya que pese a que la Constitución política del Estado garantiza el derecho al trabajo, al establecer el horario de la jornada laboral, se atenta contra nuestro derecho al trabajo y específicamente el regulador se está atribuyendo una competencia que no tiene atentando contra nuestros derechos reconocidos por la Constitución y las leyes.

En un Estado Democrático y de Derecho, toda norma que limite los derechos debe ser modificada o derogada.

En conclusión, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. es víctima de un hecho irregular, ya que la APS actúo y dictó la R.A. N° 194/2012 sin tener una competencia, función o facultad atribuida por la Constitución, la Ley o el reglamento, con lo cual, no actuó legalmente, incumpliendo lo dispuesto por el inciso c) del artículo 4 de la LPA y el artículo 5.1 de la citada disposición, por lo tanto, se está en presencia de una actuación realizada por un órgano manifiestamente incompetente.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 337-2012 de 23 de mayo de 2012, mediante la cual se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 194-2012 de 2 de abril de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS.

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, correspondiente del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esa autoridad:

1) *Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.*

2) *Reconozca la legitimidad de nuestra compañía para actuar dentro de este proceso.*

3) *Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando totalmente la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N⁰ 337-2012…"*

Mediante memorial presentado el 11 de julio de 2012, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., complementa su Recurso Jerárquico y refiere lo siguiente:

"(…)

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., *sociedad legalmente registrada conforme a las normas vigentes, con Matrícula de Registro de Comercio N° 0012867, NIT 1007017028, domiciliado en calle Colon N° 288, dentro del Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 337-2012 de 23 de mayo de 2012 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS 194/2012 presentado en su oportunidad, a fin de dotar a esa Unidad con mayores elementos para la resolución del Recurso, tenemos a bien señalar lo siguiente:*

1.- Es de conocimiento de toda empresa que se deben respetar las normas laborales que reconocen que la jornada laboral no excederá las 8 horas, se entiende jornada de ocho horas como jornada máxima, no como jornada obligatoria, por lo que LA

BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. que mantenía un horario de atención a clientes continuo, justamente accesible a quienes trabajan en horario discontinuo y sólo podían apersonarse a las oficinas al mediodía, ahora se ve obligada a cerrar las puertas en ese horario porque internamente nuestro personal debe retornar a sus labores a las 14:30 hasta las 18:30, situación que tampoco ha sido considerada por el ente regulador quien simplemente señala: "...la APS no está creando ni inventando el horario....Tal disposición tiene su antecedente inmediato en el Decreto Supremo N°29000 de 2 de enero de 2007, por lo que argumentar que estamos usurpando funciones no tiene asidero táctico ni legal." Tampoco explica obviamente porque no estaría usurpando funciones aunque si señala que la APS debe (¿¿??) uniformizar el variopinto horario de las aseguradoras.

Con relación al antecedente mencionado y que rige para la Administración Pública, consideramos que no tiene ningún sustento reproducir una disposición emanada para el sector público cuando la misma autoridad que dispuso ese acto respetó la libertad del sector privado para determinar su horario de trabajo.

2.- Insistimos que no se puede dejar en situación de indefensión a los operadores de seguros, al establecer aspectos imposibles de cumplir como comunicar por lo menos con tres días de anticipación a la APS y al público en general con cinco días de anticipación a través de una publicación en un órgano de prensa de circulación nacional que no se atenderá al público por disposiciones emanadas del Ministerio del Trabajo, Gobiernos Autónomos Departamentales y Gobiernos Autónomos Municipales, ¿Qué podremos hacer, por ejemplo, cuando el Ministerio de Trabajo como emergencia de una situación social muy específica y de un momento a otro, defina la jornada de trabajo en horario continuo? Por otra parte, en una ciudad como la nuestra, estos hechos no son raros y es imposible preverlos con tanta anticipación, de hecho esta clase de determinaciones surgen al calor de lo complicado de las demandas sociales del momento y por tanto es imposible que nuestra compañía pueda conocer con una anticipación de cinco días los eventos que precisamente tienen carácter de fuerza mayor. Precisamente estos hechos NO SE PUEDEN PREEVER (sic).

3.- De igual modo, un día establecido oficialmente como feriado se entiende como aquel en el que por ley nadie trabaja, justamente porque son días en los que se suspenden las actividades por diversos motivos y que son de conocimiento público en nuestro país; lastimosamente el ente regulador establece la obligatoriedad de comunicar al público en un órgano de prensa de circulación nacional que no se atenderá un día establecido feriado, generando un gasto económico a todas luces innecesario y en consecuencia, un daño a nuestro mercado al obligarlo a realizar gastos injustificados desde todo punto de vista. Entiéndase que ni siquiera las entidades públicas que prestan un servicio de mayor alcance que los seguros, publican y avisan que no trabajaran en un día feriado. Por otro lado también puede resultar imposible de cumplir, por ejemplo, como pasó el viernes 27 de abril de este año, cuando el ministro de Trabajo Daniel Santalla, comunicó que adicionalmente al feriado del primero de mayo, por el Día del Trabajo, a partir de la presente gestión se declara feriado con suspensión de actividades públicas y privadas en todo el territorio del Estado

Plurinacional de Bolivia, el día lunes inmediato anterior al 1 de mayo en caso de que esta fecha sea en día martes. Este hecho hubiera sido imposible de comunicar con la anticipación requerida por el ente regulador.

Las causales anteriormente explicadas, son una muestra de algunos aspectos que a pesar de haberlos mencionado en su oportunidad ni siquiera fueron tomados en cuenta y, en consecuencia, no se corrigió la norma; sin embargo, al margen de lo señalado, mantenemos y ratificamos nuestra posición en sentido de que el órgano regulador se está atribuyendo competencias que no tiene asignadas al pretender establecer el horario de trabajo del mercado de seguros…"

6. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Que, en fecha 22 de junio de 2012, se dispuso notificar a través de un órgano de prensa de circulación nacional a todos los terceros interesados, Operadoras de Seguros, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos; no habiéndose apersonado ningún tercer interesado, no siendo este un impedimento para dictar Resolución, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se pronuncia.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012, resuelve aprobar el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado Asegurador, disponiendo que los operadores deben prestar sus servicios, a clientes y/o usuarios, en los horarios comprendidos entre 8:30 a 12:30 horas y 14:30 a 18:30 horas, en todas sus oficinas centrales, sucursales, agencias y demás oficinas ubicadas en el territorio nacional.

Reglamento que es impugnado por dos Entidades Aseguradoras, conforme los argumentos expuestos en el considerando anterior.

1.2. Competencia de la APS.-

Las entidades aseguradoras presentan como uno de sus fundamentos, **la falta de competencia** de la AFP para emitir el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado Asegurador, por lo cual corresponde revisar dicha figura, y aplicarla al caso de autos.

Roberto Dromi en su obra titulada *"Derecho Administrativo"*, refiriéndose a la competencia expresa que:

> *"...la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos."*

Por su parte, la entonces Superintendencia General del SIREFI en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005 de 12 de septiembre de 2005, precisó sobre la competencia, lo siguiente:

> *"(…) Competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas (…) "Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo.*
>
> *Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia (norma Fundamental dispone en su artículo 122. La sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley"*

Ahora bien, subsumiendo al caso de autos, corresponde verificar si la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, cuenta con competencia, para emitir el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado Asegurador.

Para este efecto, corresponde traer a colación lo determinado por la normativa aplicable, en materia Seguros, en cuanto a la Competencia del Ente Regulador.

Es así que la Ley de Seguros N° 1883 en su artículo 41 establece:

> ***"…ARTICULO 41.- FUNCIONES y OBJETIVOS**.- La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:*

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

Que, siguiendo la Ley de Seguros Nº 1883, en su artículo 43 incisos d) y s) determina:

"ARTICULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.- *La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:*

…d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo…
s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos."

Congruente con la normativa transcrita, la Ley Nº 3076 de 20 de junio de 2005, en su artículo 1 parágrafo v), señala:

"…La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tiene competencia privativa e indelegable ***para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar*** *las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora.."* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Quedando claro, que en término generales, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene la facultad de Regulación, que conforme se ha pronunciado, la Superintendencia General del SIREFI, mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006, constituye:

"(…)La regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la ***adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican, en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económico respectivo****. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/93 de 25 de febrero)*

Que, en síntesis, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, tiene como objeto de su existencia la de regular la actividad aseguradora, emitiendo para ello normativa prudencial para que las compañías de seguros cuenten con la suficiente credibilidad, solvencia y transparencia ante los asegurados, tomadores y beneficiarios, asegurando, para ello, el acceso y la atención oportuna a los servicios que prestan.

Que, en este sentido, la APS, envestida de su competencia emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012, misma que aprobó el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o usuarios del Mercado Asegurador, bajo la fundamentación de no existir **uniformidad en los horarios de Trabajo y recepción de documentación, impidiendo, en algunos casos, que el cliente y los usuarios puedan ejercer su derecho a la petición, información y atención oportuna.**

Por lo que, en el presente caso, y congruentemente con lo desarrollado se tiene que el órgano de regulación, sí cuenta con la competencia para la emisión del Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o usuarios del Mercado Asegurador, y más aún cuando es deber de esta institución pública es el de proteger y velar por los usuarios o clientes del mercado de seguros, que en el caso que nos ocupa refiere a la atención y continuidad de los servicios prestados, así como la oportunidad y necesidad de los clientes a momento de que éstos sean atendidos por las aseguradoras, no existiendo, por ende, ninguna vulneración al principio de legalidad ni causa para dar lugar a la nulidad absoluta solicitada por las recurrentes.

1.3. De la regulación excesiva.-

La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., refiere que, por razones de competencia, le corresponde al Ministerio de Trabajo normar las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores del sector privado **y determinar la jornada laboral**, conforme establece la Ley General del Trabajo y normativa conexa, por lo que el hecho de que la Autoridad Fiscalizadora, haya emitido un horario específico de jornada laboral, se constituye en una regulación excesiva.

Sobre dicha argumentación, corresponde precisar que si bien el Ministerio de Trabajo es la institución competente para regular la jornada laboral y las relaciones entre empleadores y trabajadores, se olvida que las entidades aseguradoras al ser reguladas por la APS, éstas no sólo se encuentran sometidas al Ministerio de Trabajo y demás disposiciones laborales, sino también a las disposiciones emitidas por el ente regulador quien tiene la competencia especial. Por lo que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012, se constituye obligatoria y no constituye un exceso de regulación, sino por el contrario la determinación dada por Autoridad competente en materia de seguros.

Asimismo y no menos trascendente, es que el horario fijado por la APS, (como se dijo líneas atrás) responde a la necesidad de establecer una atención oportuna por parte de las Entidades Aseguradoras con sus clientes y el público general.

Por otra parte, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. consideraría que se estaría perjudicando a sus clientes, toda vez que el horario que ofrecía era justamente accesible a los

mismos, quienes trabajan en horario discontinuo y sólo podían apersonarse a las oficinas a medio día.

Que, en este punto, olvida la recurrente que el horario de atención, fijado por la APS, no es absoluto ni limita a las aseguradoras a modificar los horarios de atención fijados, (8:30 a 12:30 y de 14:30 a 18:30), ya que conforme lo establece la misma Resolución Administrativa Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012, (en el punto tercero parágrafo tres), existe la viabilidad de modificación del horario al señalar que:

> "…*En caso que algún* ***operador del mercado de seguros considere la necesidad de modificar los horarios establecidos*** *en el punto segundo del presente Reglamento,* ***deberá solicitar una autorización expresa*** *de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones - APS, misma que será* ***evaluada y en su caso autorizada de forma escrita***…"

Que, por lo anteriormente expuesto, se concluye y demuestra que no existe ninguna regulación excesiva por parte de la APS, conforme expone la recurrente, sino por el contrario, la normativa fija los lineamientos para el horario y atención del público, otorgando la posibilidad a las entidades aseguradoras de modificar los horarios fijados, esto justamente, para un mejor desenvolvimiento del mercado, así como para favorecer sus estrategias de negocios.

1.4. De la aplicación del Decreto Supremo Nº 29000 de 2 de enero de 2007.-

La recurrente señala que la APS, habría fundamentado la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria, en las determinaciones del Decreto Supremo Nº 29000 de 2 de enero de 2007, cuando dicha norma legal sólo sería aplicable para el sector público y no así para el privado.

Que, sobre el tema en análisis, se tiene que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº337-2012 de 23 de mayo de 2012, fundamenta que:

> "…*Que en este mismo contexto, la APS no está "creando" ni "inventando" el horario de 8:30 am a 12:30, y de 14:30 a 18:00. Tal disposición tiene su* ***antecedente inmediato en el Decreto Supremo N° 29000 de 2 de enero de 2007,*** *por lo que argumentar que estamos usurpando funciones no tiene asidero fáctico ni legal. Esta Autoridad de Fiscalización* ***reproduce una disposición emanada de autoridad competente con el único añadido de uniformizar lo que ya ha determinado aquella norma*** *y circunscrito estrictamente, a los sujetos de la Ley de Seguros*…".

Que, el Decreto Supremo Nº 29000 de 2 de enero de 2007, en su artículo 1, refiere:

> *"El presente Decreto Supremo tiene por objeto regular la jornada de trabajo en horario discontinuo de lunes a viernes de horas 8:30 a 12:30 y de 14:30 a 18:30* ***en todas las instituciones públicas desconcentradas, descentralizadas, autárquicas, empresas públicas y todas aquellas entidades que formen parte del Poder Ejecutivo,*** *con excepción de la Presidencia de la República y el Ministerio de la Presidencia, de conformidad al Decreto Supremo Nº 27306* ***de 8 de enero de 2004…."***

Que, de la revisión del texto de la norma transcrita, queda claro que el Decreto Supremo Nº 29000 de 2 de enero de 2007, no puede ser el fundamento para la emisión del Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado de Seguros, ya que dicho Decreto Supremo, conforme determina el artículo 1, es obligatorio para el sector público y no así para el privado.

Que, el hecho de que, la APS haya fundamentado su decisión de emitir el Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado de Seguros en el Decreto Supremo Nº 29000 de 2 de enero de 2007, ha dado lugar a una confusión por parte de la recurrente, respecto de cuál hubiera sido el verdadero propósito de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 194-2012 de 2 de abril de 2012, hecho que a su vez ha dado lugar a que las administradas crean que el acto administrativo, ha derivado de la arbitrariedad de la autoridad.

Situación que debe llamar la atención de la Entidad Reguladora, cuidando que sus argumentos respondan a un análisis legal en estricta sujeción a aquella normativa aplicable.

1.5. De la imposibilidad de cumplimiento.-

La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. refiere, tanto en su Recurso de Revocatoria y Jerárquico, que la APS no habría considerado que existirían otros aspectos imposibles de cumplir, refiriéndose a los incisos a), c) y d) del punto cuatro del Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o usuarios del Mercado Asegurador.

Por lo que, en primer término corresponde una vez más su transcripción:

> ***"CUARTO.- (SUSPENSIÓN DE LA ATENCIÓN)*** *Los operadores del mercado de seguros* ***sólo podrán suspender*** *la atención a clientes y/o usuarios o disponer horarios especiales en las siguientes situaciones:*
>
> ***a)*** *Feriados Nacionales y Departamentales (…)*
> ***c)*** *Disposiciones del Ministerio de Trabajo, Gobiernos Autónomos Departamentales y Gobiernos Autónomos Municipales*
> ***d)*** *Cualquier otro hecho relevante que sea puesto a consideración de la APS para su respectiva evaluación y pronunciamiento.(…)*
>
> *En el caso de los incisos a), b), c) y d), los operadores del mercado de seguros* ***deberán comunicar*** *estas circunstancias a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS,* ***por lo menos con tres días de anticipación*** *y al público en general, usuarios, beneficiarios y asegurados* ***a través de una publicación en un órgano de prensa de circulación nacional con cinco días hábiles de anticipación….****"*

Los argumentos presentados por la recurrente en cuanto al inciso a), se refieren a que los días feriados son de conocimiento público, por lo que resulta innecesaria la comunicación, haciéndoles incurrir en gastos innecesarios.

En cuanto a los inciso c) y d) señalan, que en muchos casos, el Ministerio de Trabajo y los Gobiernos Autónomos, dictaminan horario continuo o suspensión de actividades en el mismo día, ya sea por algún conflicto social o por un caso de fuerza mayor, mismos que no pueden

ser previstos por las aseguradoras a efectos de avisar a la AFP con la anticipación señalada y menos realizar publicaciones, situación que imposibilita su cumplimiento.

Que, por su parte, la Entidad Reguladora, omite el pronunciamiento sobre el argumento planteado, conforme se evidencia en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº337-2012 de 23 de mayo de 2012, así como en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº383-2012 de 1 de junio de 2012, dentro del proceso administrativo de autos, donde dicha ausencia de pronunciamiento vulnera el derecho a la petición y principio de motivación que les asiste a las recurrentes.

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

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

> "... ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición,* ***debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final*****".** (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica). *"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa".*
>
> *Asimismo siguiendo a Jorge Enrique Romero Pérez en su libro Derecho Administrativo General refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la* ***correlación entre acusación y prueba y sentencia****, en virtud de que esta última tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso, asimismo complementa que una dimensión importante del principio de congruencia es además de circunstanciada motivación de la sentencia señalando y justificando especialmente los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha…"*
>
> *El Principio de Motivación de los Actos Administrativos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley de Procedimiento Administrativo, implicando que la Administración Pública debe motivar sus actos estableciendo las bases por las cuales ha emitido su decisión otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica al proceso ..."*

Del análisis ut supra, tenemos que, si bien el Ente Regulador omite fundamentar algunas consideraciones hechas por la recurrente, conforme se apreció líneas arriba, correspondería

declarar la anulabilidad del acto administrativo; sin embargo, dentro del marco del cumplimiento del debido proceso y tomando en cuenta los principios **de economía procesal** y el de **celeridad tomando en cuenta *el deber jurídico de éste Ministerio para despachar los asuntos sometidos a su conocimiento, sin dilaciones indebidas*** *y reduciendo* ***actos procesales reiterativos, claro sin afectar el imperativo que las actuaciones requieran,*** por lo cual, esta instancia se pronuncia en el fondo, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento sobre las cuestiones omitidas por el ente regulador, rectificando de esta manera el proceso administrativo.

Es así que, de los incisos objetados por la recurrente, tanto en su Recurso de Revocatoria como Jerárquico, correspondientes al numeral 4 se tiene que:

En el caso del inciso a), el mismo hace referencia a la obligación que tendrían las aseguradoras de comunicar con tres días de anticipación a la APS y con cinco días hábiles de anticipación al público en general, la suspensión de atención los días feriados. Sin embargo de ello, ésta instancia jerárquica no encuentra en la fundamentación presentada por la APS (para la emisión del Reglamento), argumento legal que sustente la necesidad de comunicar un hecho ya determinado por norma superior como son los días feriados, ya que en los hechos, todo ciudadano tiene conocimiento de que los días feriados no son laborables y por ende no existirá atención al público.

Que, de igual manera, para el inciso c), se tiene que la APS no ha considerado que el Ministerio de Trabajo, o las autoridades correspondientes, hacen pública la determinación de horario continuo o suspensión de actividades el mismo día, ya sea por conflictos sociales, marchas u otros casos de fuerza mayor, que hacen imposible que las aseguradoras puedan cumplir con dar aviso anticipado de cualquier modificación de sus horarios de atención. Que, claramente, estos hechos, demuestran la imposibilidad que tendrían las aseguradoras de cumplir con lo establecido en el inciso c).

En el caso del numeral d), se tiene que el mismo se encontraría redactado de manera general, hecho que puede dar lugar a varias interpretaciones de carácter subjetivo por parte del Ente Regulador, al no entenderse de manera clara qué actos deben ser comunicados a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, situación que no condice con una regulación debidamente clara y eficaz.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y sobre la base de criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, en cuanto a la competencia, sin embargo de ello, no se ha pronunciado debidamente en cuanto a lo referente al numeral cuatro (Suspensión de Atención) del Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o usuarios del Mercado Asegurador, aprobado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012, por lo que, la resolución impugnada debe confirmarse parcialmente en estricta sujeción legal.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la resolución impugnada.

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 336-2012 de 23 de mayo de 2012, APS/DJ/DS/N° 337-2012 de 23 de mayo de 2012, esta última enmendada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 383-2012 de 1 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 194-2012 de 2 de abril de 2012, dejando subsistente los artículos primero, segundo y tercero, del Reglamento de Horarios de Atención a Clientes y/o Usuarios del Mercado de Seguros y modificando el artículo cuarto, de la siguiente manera:

> ***"…CUARTO.- (SUSPENSIÓN DE LA ATENCIÓN)*** *Los operadores del mercado de seguros sólo podrán suspender la atención a clientes y/o usuarios o disponer horarios especiales en las siguientes situaciones:*
>
> ***a)*** *Feriados Nacionales y Departamentales*
> ***b)*** *Celebración del Día Intercontinental del Seguro*
> ***c)*** *Disposiciones del Ministerio de Trabajo, Gobiernos Autónomos Departamentales y Gobiernos Autónomos Municipales*
> ***d)*** *Cualquier otro hecho relevante que genere un cambio en el horario en la atención al público, que sea puesto a consideración de la APS para su respectiva evaluación y pronunciamiento.*
> ***e)*** *Desastres Naturales*
>
> *En el caso del inciso b), los operadores del mercado de seguros deberán comunicar estas circunstancias al público en general, usuarios, beneficiarios y asegurados a través de una publicación en un órgano de prensa de circulación nacional con cinco (5) días hábiles de anticipación.*
>
> *En el caso del inciso c), los operadores del mercado de seguros deberán publicar en el día y en un lugar visible de sus oficinas, el horario continuo u otra modificación del horario o suspensión actividades, cuando la determinación de cambio de horario o suspensión haya sido dada en el mismo día. Caso contrario deberá comunicar desde el día en que toma conocimiento, hasta la fecha en que se produce la modificación. Si la determinación de modificación fuera dada antes de los cinco días hábiles, deberá aplicarse los plazos descritos para el inciso b).*

En el caso del inciso d), los operadores del mercado de seguros deberán tramitar la autorización ante la APS. Obtenida la misma deberán comunicar al público en general, usuarios, beneficiarios y asegurados a través de una publicación en un órgano de prensa de circulación nacional con cinco días hábiles de anticipación.

En el caso del inciso e) dicho aviso o comunicación no será necesaria mientras dure el estado de emergencia, sin embargo, pasado el mismo y durante la primera semana se deberá comunicar a la APS la regularización de las actividades."

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SB Nº 056/2009 DE 10 DE MARZO DE 2009
SB Nº 055/2009 DE 10 DE MARZO DE 2009
SB Nº 057/2009 DE 10 DE MARZO DE 2009
SB Nº 058/2009 DE 10 DE MARZO DE 2009
SB Nº 059/2009 DE 10 DE MARZO DE 2009
SB Nº 060/2009 DE 10 DE MARZO DE 2009
SB Nº 061/2009 DE 10 DE MARZO DE 2009
SB Nº 062/2009 DE 10 DE MARZO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 052/2012 DE 02 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE
REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 052/2012

La Paz, 02 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **Nelson Paúl Villalobos** en representación de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, contra la Resolución Administrativa SB Nº 056/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA** en su condición de Director de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, contra la Resolución Administrativa SB Nº 062/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008.

El Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO** en su condición de Directora de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, contra la Resolución Administrativa SB Nº 057/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ** en su condición de Director de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, contra la Resolución Administrativa SB Nº 055/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **JAVIER HINOJOSA SANTALLA** en su condición de Director de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, contra la Resolución Administrativa SB Nº 058/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **REMBERTO FRÍAS MERCADO** en su condición de Director de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, contra la Resolución Administrativa SB Nº 061/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** en su condición de Director de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, contra la Resolución Administrativa SB N° 060/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO** en su condición de Director de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, contra la Resolución Administrativa SB N° 059/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008; todas las resoluciones emitidas por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 027/2012 de 12 de julio de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 098/2012 de 30 de agosto de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 19 de marzo de 2009, el Director **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 62/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, por memorial presentado el 19 de marzo de 2009, la Directora **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 57/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, por memorial presentado el 19 de marzo de 2009, el Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 55/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, por memorial presentado el 19 de marzo de 2009, el Director **JAVIER HINOJOSA SANTALLA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 58/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, por memorial presentado el 19 de marzo de 2009, el Director **REMBERTO FRÍAS MERCADO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 61/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, por memorial presentado el 19 de marzo de 2009, el Director **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 60/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, por memorial presentado el 19 de marzo de 2009, el Director **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 59/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, por memorial presentado el 20 de marzo de 2009, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, representada legalmente por su Gerente General, señor **Nelson Paúl Villalobos Sanzetenea**, tal como lo acredita el Testimonio de Poder N° 217/2008 otorgado en fecha 6 de mayo de 2008 por ante Notaría de Fe Pública N° 083 de la ciudad de La Paz, a cargo de la Dra. Carla Chávez Valencia, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB No. 56/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, la generalidad de Resoluciones Administrativas precitadas son confirmatorias de la Resolución Administrativa SB No. 241/2008 de 26 de noviembre de 2008, sea parcialmente para el caso de la señora **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO**, o totalmente en el de todos los demás recurrentes, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** inclusive.

Que, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante Autos, todos de fecha 29 de marzo de 2009, dispuso la admisión de los Recursos Jerárquicos presentados por los Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO**, **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO**, **JAVIER HINOJOSA SANTALLA**, **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** y **REMBERTO FRÍAS MERCADO**, contra las Resoluciones Administrativas SB N° 62/2009 de 10 de marzo de 2009, SB N° 57/2009 de 10 de marzo de 2009, SB N° 55/2009 de 10 de marzo de 2009, SB N° 59/2009 de 10 de marzo de 2009, SB N° 58/2009 de 10 de marzo de 2009, SB N° 60/2009 de 10 de marzo de 2009 y SB N° 61/2009 de 10 de marzo de 2009, respectivamente; y mediante Auto de fecha 30 de marzo de 2009, dispuso la admisión del Recurso Jerárquico presentado por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** contra la Resolución Administrativa SB No. 56/2009 de 10 de marzo de 2009.

Que, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante Auto de fecha 24 de abril de 2009, dispuso la acumulación de los Recursos Jerárquicos presentados por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA**

PAZ", y por sus Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO**, **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO**, **JAVIER HINOJOSA SANTALLA**, **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** y **REMBERTO FRÍAS MERCADO**.

Que, en fecha 20 de abril de 2009, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** y los Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO** y **REMBERTO FRÍAS MERCADO**, interpusieron un Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad (ahora Acción de Inconstitucionalidad Concreta), demandando la inconstitucionalidad del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y Empresas de Servicios Auxiliares, por la supuesta vulneración de los artículos 158º (parágrafo I, numeral 3), 162º, 163º, 164º, 172º (numeral 7) y 175 (numeral 4) de la Constitución Política del Estado, Recurso Indirecto que fue admitido por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera mediante Resolución Administrativa Nº 12 de fecha 28 de abril de 2009.

Que, en fecha 28 de abril de 2009, el entonces Tribunal Constitucional recepcionó el Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad, ahora Acción de Inconstitucionalidad Concreta.

Que, en fecha 3 de julio de 2012, el ahora Tribunal Constitucional Plurinacional notifica al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas con el Auto Constitucional 0244/2012-CA de fecha 30 de marzo de 2012, mismo que Revoca la Resolución Administrativa Nº 12 de 28 de abril de 2009 pronunciada por el entonces Superintendente General del Sistema de Regulación Financiera, y en consecuencia rechaza "*el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad*" interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** y por los Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO** y **REMBERTO FRÍAS MERCADO**.

Que, desde horas 9:00 de fecha 31 de agosto de 2012, se recibieron en audiencia, las exposiciones orales de fundamentos de los Directores recurrentes **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ** y **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS**.

CONSIDERANDO:

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

1.- NOTAS DE CARGOS.-

1.1. Notificación de Cargos contra la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ".-

Que, la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, mediante nota SB/ISR-I/D-47674/2008 de 18 de septiembre de 2008, notificó con cargos a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** conforme a la transcripción siguiente:

"…En cumplimiento a lo dispuesto por el Articulo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el Reglamento de Sanciones Administrativas de esta Superintendencia, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, NOTIFICO a usted en su condición de representante legal de la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz", con los siguientes cargos:

1) *Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por haber otorgado créditos vinculados a favor del señor Víctor Hugo Durán García y la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL), conforme las observaciones contenidas en el Informe SB/ISR-I/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008, que fuera remitido al Presidente del Directorio de la Mutual mediante carta SB/ISR-I/D-41990/2008 de 21 de agosto de 2008.*
2) *Incumplimiento al primer párrafo del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras debido a que los estados financieros de Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" no incluyen el saldo pendiente de cobro de $us.50.135, de las operaciones crediticias otorgadas al señor Víctor Hugo Durán García que fue retirado incorrectamente de los registros de cartera, conforme las observaciones contenidas el informe citado anteriormente*
3) *Incumplimiento al Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) contenido en el Título VI, Capítulo I, Sección 1, artículo 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no reportar a dicha Central el saldo insoluto de $us.50.135, de la deuda del señor Víctor Hugo Durán García.*

En consecuencia, se le otorga el plazo de siete días hábiles computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, para que remita los descargos o explicaciones correspondientes, debidamente documentados…"

1.2. Notificaciones de Cargos contra los Directores de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ".-

Que, la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, mediante notas SB/ISR-I/D-47751/2008 contra el Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, SB/ISR-I/D-47759/2008 contra el Director **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO**, SB/ISR-I/D-47773/2008 contra el Director **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS**, SB/ISR-I/D-47774/2008 contra el Director **REMBERTO FRÍAS MERCADO**, SB/ISR-I/D-47778/2008 contra el Director **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, SB/ISR-I/D-47784/2008 contra el Director **JAVIER HINOJOSA SANTALLA** y SB/ISR-I/D-47785/2008 contra la Directora **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO**, todas de fecha 18 de septiembre de 2008, les notificó con el cargo conforme a la transcripción siguiente de la redacción común a todos los casos:

"…En cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el Reglamento de Sanciones Administrativas de esta Superintendencia, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, NOTIFICO a usted en su condición de Director de la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz", con el siguiente cargo:

Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Articulo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por haber otorgado créditos vinculados a favor del señor Víctor Hugo Duran García y la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL), conforme las observaciones contenidas en el Informe SB/ISR-I/D-32676/2008 de

25 de junio de 2008, que fuera remitido al Presidente del Directorio de la Mutual mediante carta SB/ISR-I/D-41990/2008 de 21 de agosto de 2008.

En consecuencia, se le otorga el plazo de siete días hábiles computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, para que remita los descargos o explicaciones correspondientes, debidamente documentados…"

2. DESCARGOS.-

2.1. Descargos de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ".-

Que, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** presentó los descargos que constan en la nota MLP/GG/C/0186/6075/08 de 1º de octubre de 2008, en los términos siguientes:

"*…En atención a la carta SB/ISR-1/D-47674/2008, del 18 de septiembre de 2008, que me fuera notificada en fecha 23 de septiembre de 2008, en mi condición de actual Gerente General de Mutual La Paz, cumplo en realizar las explicaciones correspondientes y realizar los descargos debidamente documentados:*

1. Descargos al otorgamiento de préstamos a Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL) de Víctor Hugo Duran Andrade

IATEL es una Empresa unipersonal cuyo único propietario es el señor Víctor Hugo Durán Andrade. Esta Empresa se dedica principalmente a la importación de equipo especializado, habiendo participado en licitaciones varias, presentando como fuente de repago contratos de adjudicación y garantías hipotecarias. (Anexo N° 1).

1.1 Observaciones planteadas en el Numeral 3, inciso e) punto i) del Informe SB/ISR I/D-32676/2008

Tal como se menciona en el informe de inspección practicada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF) al 31 de marzo de 2008, la fuente de repago de la operación concedida a la Empresa IATEL, provenía del contrato suscrito entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, emergente de la provisión de equipos de rayos X para control de equipaje, adjudicada mediante Licitación Pública Nacional N° GNAF N° 012/2006 por un importe equivalente a US$ 134.995,71. (Anexo N° 2).

Como es evidente, ***el crédito concedido tenía un objeto comercial y destino específico,*** *compra de dos equipos de rayos X para control de equipaje de la Aduana Nacional de Bolivia. El contrato en cuestión fue considerado como parte de la capacidad de pago de la Empresa y primera fuente de repago al constituir una operación con flujo propio y en vista de que el financiamiento era concedido a 180 días plazo. El Manual de Políticas de Préstamos, Anexo 2, numeral 1) literal C, define que la fuente de pago a considerar debe provenir de los flujos operativos generados por el giro del negocio* ***o de la actividad u operación a ser financiada,*** *aspecto al que se dio cumplimiento. (Anexo N° 3).*

Respecto a la existencia de ***documentación sobre la verificación y recepción definitiva de los bienes por parte de la Aduana Nacional de Bolivia,*** *cursa entre los antecedentes del crédito la carta CITE: IAT-26072007 de 3 de diciembre de 2007, que acompaña con*

actas de recepción provisional sujeta a verificación emitidas por la Aduana Nacional de Bolivia en fechas 11 y 15 de octubre de 2007, documentos considerados suficientes para evidenciar que IATEL habría cumplido con la provisión de los equipos objeto del contrato de licitación. (Anexo N° 4).

Con relación a que no se habría establecido la situación económica y financiera de IATEL previa a la otorgación del crédito, cabe reiterar que el préstamo era otorgado para financiar exclusivamente la operación de provisión de equipos a la Aduana Nacional, operación de objeto único y de corto plazo, cuya primera fuente de repago estaba asociada al cumplimiento de dicho contrato. Sin embargo de ello, la administración sí estableció la situación económica y financiera de IATEL y que, a partir del flujo proyectado, solo con la operación financiada, este resulta siendo positivo (Anexo N° 5).

Adicionalmente, y con el objeto de transferir el riesgo crediticio, se exigió una ***segunda fuente de repago,*** *consistente en una Póliza de Garantía de Cumplimiento Individual de Pago con emisor con calificación de riesgo "A", logrando obtener una póliza emitida por la Compañía Aseguradora Credinform Internacional S.A. (Anexo N° 6). Cabe señalar que, para operaciones similares anteriores, IATEL había ofrecido como fuente alterativa de repago, en sustitución de una garantía hipotecaria, una póliza de seguro de emisor con calificación inferior a "A", garantía que fue rechazada por la Mutual.*

Asimismo, entre las condiciones exigidas para aceptar la póliza, de manera de constituir con este instrumento una solida garantía, se requirió un condicionado específico, que entre otros establece:

a) La Compañía Aseguradora se obliga a indemnizar hasta el límite máximo indicado como suma asegurada, a Mutual La Paz (Acreedor Asegurado), en reembolso de las pérdidas económicas que éste pueda sufrir como consecuencia de la insolvencia del afianzado (IATEL).
b) Para el caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de IATEL, la Compañía Aseguradora se constituía en fiador solidario y mancomunado en todo aquello que el afianzado (IATEL) no hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales como obligado principal.
c) Entre estas obligaciones afianzadas se tiene:

- *El afianzado (IATEL), hubiese dejado de cumplir con sus obligaciones asumidas en el contrato principal (Contrato suscrito con Mutual La Paz), por causas que le sean imputables.*

- *El afianzado (IATEL), se constituye en mora*
- *El afianzado (IATEL), resulte insolvente*

- *En el anexo de ejecución de póliza se determina que la misma sería pagada a favor de Mutual La Paz, a su requerimiento en un plazo no mayor a 60 días, sin necesidad de acudir a vía judicial o extrajudicial alguna, complementado que para la comprobación del incumplimiento era necesario únicamente la nota emitida por el acreedor indicando que el asegurado incurrió en mora.*

Siendo aún más exigentes, en vista que la póliza de seguros solo garantiza el pago del capital, se requirió un colateral por el monto de los intereses corrientes, incluidos los 60 días de tolerancia que establece la póliza de seguro para su pago, el mismo que fue

constituido como depósito a plazo fijo debidamente endosado y pignorado a favor de la Mutual. (Anexo N° 7).

Por otra parte y como se puede concluir del análisis de la información financiera de IATEL al 31 de diciembre de 2007, a través de la evolución de su operación, la empresa continuó mejorando sus indicadores, y por consiguiente, su situación económico - financiera; incrementando sus activos en 42% y su patrimonio en 106% (1,86 veces el crédito concedido), manteniendo el nivel de sus pasivos y reduciendo significativamente su apalancamiento. El flujo operativo que resulta siendo positivo, con la operación financiada por la Mutual resulta aun mayor (2,14 veces el importe del crédito concedido). (Anexo N° 8)

Si bien la situación económico financiera del prestatario podía presentar ciertas debilidades financieras al momento de su evaluación inicial, la gerencia se ha preocupado de cubrirlas ampliamente con el requerimiento de una póliza de seguro de exigente condicionado, transfiriendo el riesgo crediticio a la Compañía Aseguradora, convirtiéndola en fiadora solidaria y mancomunada. Por lo tanto, el análisis de riesgo previo a la otorgación no solo fue establecido, sino, fue más allá de la sola evaluación de la situación económico-financiera del Prestatario.

1.2 Observaciones planteadas en el Numeral 3, inciso e) punto ii) del Informe SB/ISR I/D-32676/2008

Las reprogramaciones son consideradas favorablemente, por la documentación presentada por el deudor justificando razonablemente su solicitud de ampliación de plazos.

La primera reprogramación fue atendida en virtud a que IATEL con carta Cite -260/2007 de 3 de diciembre de 2007 demostró que había cumplido con la provisión de los equipos licitados, tal como se demuestra con las actas de recepción provisional sujeta a verificación emitidas por la Aduana Nacional de Bolivia en fechas 11 y 15 de octubre de 2007, (Anexo N° 9). La Compañía Credinform Internacional acompañó esta solicitud ampliando la vigencia de la póliza. (Anexo N° 10).

Mediante carta CITE: IAT-033/2008 de 7 de febrero de 2008, el prestatario señala que el pago por parte de la Aduana Nacional de Bolivia no se realizó en razón a haberse producido cambio de autoridades y personal en dicha entidad; aspecto que fue confirmado telefónicamente por personeros del área comercial, considerando los imponderables de ser proveedor del Estado (Anexo N° 11). La Compañía Credinform Internacional acompañó esta solicitud ampliando la vigencia de la póliza, justificando así la segunda reprogramación. (Anexo N° 12).

La tercera reprogramación tiene lugar habiendo confirmado la intención de pago por parte de la Aduana Nacional de Bolivia, situación que nos fuera informada por IATEL mediante sus comunicaciones Cite: IAT-115/2008, cite: IAT 121/2008 y cite: IAT-123/2008, de 14, 23 y 28 de mayo respectivamente, en las que señala que la Aduana Nacional de Bolivia estaría en condiciones de honrar el pago correspondiente a la provisión de equipos suministrados en la primera semana del mes de junio/2008 (Anexo N° 13). La Compañía Credinform Internacional acompañó esta solicitud ampliando la vigencia de la póliza, justificando así la tercera reprogramación. (Anexo N° 14).

De acuerdo al Título IV, numeral 6 del Manual de Políticas de Prestamos, una operación crediticia puede ser renovada hasta un máximo de tres veces, consecuentemente la

gerencia dio cumplimiento a esta disposición interna. (Anexo N° 15).

1.3 Observaciones planteadas en el Numeral 3, inciso e) punto iii) del Informe SB/ISR I/D-32676/2008

Las reprogramaciones realizadas en tres oportunidades, frente a la demora en el pago atribuible a la Aduana Nacional, constituyeron un riesgo asumido de calificación "A", respaldada, no solo con el cumplimiento de obligaciones pasadas todas ellas honradas satisfactoriamente; sino, por el fiador solidario y mancomunado dispuesto a mantener la póliza vigente, asumiendo la transferencia del riesgo crediticio.

Por lo tanto, considerando la definición de riesgo de crédito emitida por la SBEF en el Titulo V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es plenamente evidente que Mutual La Paz no asumió riesgo crediticio con IATEL; tan solo debería controlar y monitorear los riesgos operativos y legales emergentes del contrato suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia y de la póliza de garantía de cumplimiento individual de pago, cuidando cumplir los procedimientos establecidos en la mencionada póliza en caso de incumplimiento de la empresa IATEL.

Los hechos expuestos en el presente numeral 1 demuestran fehacientemente que no hubieron deficiencias en la otorgación y administración del crédito a IATEL, concluyendo así que, en nuestra opinión, no existe vinculación con el deudor por deficiencias en la otorgación y administración del crédito. Resultado de esto es que el crédito ha sido pagado dejando para la entidad un beneficio de US$ 12.594,16. (Anexo N° 16)

2. Incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras

Los estados financieros de Mutual La Paz son periódicamente sujetos de revisión por parte de los auditores internos, así como también por parte de auditores externos, quienes emiten opinión respecto a los mismos en sentido de que son elaborados bajo principios de contabilidad generalmente aceptados, en sujeción a las normas establecidas por el ente fiscalizador y presentan razonablemente la situación financiera de la Mutual. Asimismo, el personal a cargo de contabilidad tiene la obligación de conocer las disposiciones contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. Sin embargo, en ocasiones se presentan casos en los que el registro de las transacciones pueden (sic) *ser objeto de errónea contabilización. Los controles internos aplicados deben permitir identificar estos casos y adoptar las medidas correctivas correspondientes.*

En el caso particularmente observado en ocasión de la inspección realizada al 31 de marzo de 2008 por parte de la SBEF, he encomendado la revisión de todos los antecedentes y hechos relevantes relacionados con la operación de préstamo otorgado en la gestión 1994 por los entonces gerentes y directores de Mutual La Paz, al señor Víctor Hugo Durán García y señora, evidenciando los siguientes aspectos:

a) El señor Víctor Hugo Durán García y señora mantenían hasta el 20 de agosto de 2001, las dos operaciones de crédito en ejecución siguientes:

Préstamo No.	*Saldo*
00-34-15507-9	*$us. 68.065.58*
00-34-16313-2	*$us. 53.000.00*
Suma	*$us. 121.065.58*

b) *En fecha 10 de agosto de 2001 el abogado de Mutual La Paz, Dr. Saúl Salinas Salmón, comunica la conclusión del proceso de adjudicación judicial de la garantía de un bien inmuebles* (sic) *por dos créditos otorgados al Sr. Víctor Hugo Durán García y Sra., instruyendo "proceder a la cancelación del préstamo de referencia y al traspaso de cuentas de inmuebles adjudicados..." (Anexo N° 17)*
c) *En fecha 21 de agosto de 2001, obtenida la liquidación de las dos operaciones de préstamo, se procede al registro contable (traspaso) con una inadecuada contabilización, dando de baja la totalidad de los dos créditos por un importe de US$ 121.065,58; cuando correspondía cancelar parcialmente los créditos con el valor de la adjudicación de US$. 70.930.02, dejando como saldo insoluto en cartera en ejecución el importe de US$. 50.135,58. (Anexo N° 18)*
d) *Como resultado de lo descrito en los incisos a), b) y c), considerando este erróneo registro contable, los saldos de cartera quedaron en cero, dando de baja cartera en exceso por US$. 50.135.58, saldo que debió permanecer en cartera en mora con su respectiva previsión.*

Consecuencia del error de contabilización señalado y toda vez que los saldos de préstamos a nombre del señor Víctor Hugo Durán García y señora habían sido "cancelados", el saldo insoluto no era expuesto en los estados financieros de la Mutual.

3. Incumplimiento al Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio.

Por las causas descritas en el numeral 2 precedente, el incumplimiento al Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio, al no incorporar el saldo insoluto que debió permanecer en los registros de la cartera en mora de la Mutual, es inducido por una errónea contabilización realizada en agosto de 2001, en razón a que los créditos otorgados en 1994 a Víctor Hugo Durán García y Señora fueron dados de baja equivocadamente de la cartera con la adjudicación judicial de un bien inmueble que solo cubría parte de la obligación.

El sistema informático, que genera automáticamente los reportes para la CIRC, no consigno ningún saldo deudor a nombre de los citados esposos, al haber sido estos dados de baja de los registros de cartera de préstamos.

4. Medidas correctivas adoptadas

A continuación se detallan las medidas correctivas adoptadas para su correspondiente análisis y consideración:

a) *Mediante carta MLP/GC/048/05409/08 de 3 de septiembre de 2008 informamos a la SBEF la reversión del asiento que dio lugar al erróneo registro de adjudicación del bien inmueble del señor Víctor Hugo Durán García y señora, restituyendo el saldo insoluto de US$ 50.135,58 a la cartera en mora con su respectiva previsión, de acuerdo a las instrucciones impartidas en su carta SB/ISR I/D-41990/2008 de fecha 21 de agosto de 2008. (Anexo N° 19).*
b) *La operación de préstamo otorgado a IATEL N° 100-11566 por US$ 93.000 ha sido cancelada el 2 de septiembre de 2008 y el pago efectuado por la Compañía Credinform Internacional mediante cheque N° 00042-2, hecho comunicado a la SBEF mediante carta MLP/GC/048/05409/08 en fecha 3 de septiembre de 2008. (Anexo N° 19).*
c) *Mediante Memorándum GG/004/2008 de fecha 28 de agosto de 2008, se ha instruido al personal a cargo del área Comercial, previo al otorgamiento de una operación crediticia, revisar de manera pormenorizada los antecedentes de aquellos prestatarios que presenten historial de deudas en la Mutual que fueron liquidadas a través de medios de pago diferentes a los establecidos contractualmente. (Anexo N° 20)*

Por lo expuesto, señor Superintendente, considero haber presentado las explicaciones y los descargos debidamente justificados y documentados, demostrando que los actuales administradores de Mutual La Paz, no hemos incurrido en el incumplimiento señalado en la Notificación de Cargos SB/ISR/-I//D-47674/2008 y solicito respetuosamente dejar sin efecto dicha notificación…"

2.2. Descargos de los Directores de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ".-

Que, por su parte, los imputados Directores de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, señores **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS**, **REMBERTO FRÍAS MERCADO**, **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, **JAVIER HINOJOSA SANTALLA**, **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO** y **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO**, presentaron conjuntamente descargos, mediante la común nota MLP/DIR/C/0017/6028/08 de 1º octubre de 2008, cuyo contenido señala lo siguiente:

"…***II. DESCARGOS REFERIDOS A LA APROBACION DE LAS OPERACIONES***

Los miembros del actual Directorio no han participado de manera alguna en la aprobación del crédito concedido a los esposos Durán Andrade en1994.

1. *Existe una gran diferencia entre personas, objeto, fuente de repago, garantías y fechas de la concesión de estos créditos, 1994 y 2007, por lo que es importante establecer las circunstancias que permitieron la aprobación de la operación concedida en 2007, y determinar las causas que impidieron establecer la relación entre ambas operaciones.*
2. *El crédito concedido en la gestión 1994, en favor de los esposos Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán fue objeto de ejecución judicial, logrando Mutual La Paz adjudicarse el bien constituido en calidad de garantía en fecha 21 de agosto de 2001 en la suma de $us.70.930, registrando incorrectamente el inmueble por un valor de $us.121.065, (monto total adeudado) conforme instrucciones impartidas en fecha 16 de agosto de 2001 por el Dr. Saúl Salinas Salmón, entonces Abogado de la Mutual (Anexo N°4), aspecto detectado y observado por la SBEF en el parágrafo vii del punto 3 del Informe de Inspección SB/* (sic) *SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008. Hacemos constar que ninguno de los miembros del actual Directorio tenían esa condición durante todo el periodo (1994 a 2001) que ha durado la tramitación y otorgamiento de los préstamos, ejecución y posterior subasta y registro contable.*
3. *Esta deficiencia que se dio el año 2001, originó que se dieran de baja de los registros de cartera el saldo total de la deuda y consecuentemente determinó que el señor Víctor Hugo Durán García y señora no hayan sido reportados en el Sistema de Información de Riesgo Crediticio CIRC, ni en los sistemas contables y menos aún en los estados financieros de Mutual La Paz, conforme lo expresa el segundo párrafo del parágrafo vii, inciso d), punto 3 del citado Informe de Inspección, por lo que al 17 de junio de 2007 el señor Víctor Hugo Durán García, no presentaba registros de obligaciones pendientes de pago en Mutual La Paz.*
   No existe vinculación alguna entre los créditos otorgados a los esposos Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán en la gestión 1994 y la otorgada a IATEL el año 2007.
4. *La citada deficiencia contable, que no fue informada al actual Directorio hasta que fuera detectada por la Comisión de Supervisión de la SBEF, originó que esta entidad califique a ambas operaciones como vinculadas, sustentándose en la posición de que existiría un mismo riesgo crediticio dando origen al cargo notificado, cuando en realidad el saldo deudor de la operación concedida en 1994 al no ser registrado contablemente como un*

activo, además de no ser reportado al sistema de la Central de Información de Riesgo Crediticio, este aspecto no ha permitido a los órganos de control interno ejercer la verificación de la operación debido a que se la consideraba cancelada, y a su vez imposibilitó, a la Gerencia Comercial, a la Gerencia de Riesgos, al Comité de Préstamos y consecuentemente al Directorio, tomar un acertado conocimiento de las obligaciones pendientes del señor Víctor Hugo Durán García y su esposa con Mutual La Paz a momento de aprobar la operación en favor de la empresa unipersonal IATEL y menos aún establecer o detectar algún parámetro de vinculación entre las operaciones concedidas en 1994 y 2007, que además como se encuentra demostrado no existe.

El crédito a la empresa IATEL fue otorgado de conformidad a las normas que regulan estas operaciones y con el sustento de los informes correspondientes.

5. *Tal es así que a momento de realizar la evaluación de la solicitud de crédito presentada por la empresa IATEL, la Gerencia de Riesgos y Comercial, de acuerdo a procedimientos y normas consultaron los sistemas informáticos correspondientes, sin encontrar reportes de saldos pendientes de cobro en los registros contables de la entidad o la existencia de reporte de deudas pendientes en el sistema de la CIRC, realizando el informe correspondiente donde no se hace notar este aspecto, recomendando al Directorio la aprobación del crédito en favor de IATEL, conforme consta en los siguientes documentos: Informe para el Comité de Prestamos N° MLP 703/2007; Formulario RIE NCJ-002 emitido por la Gerencia de Riesgos; Acta del Comité de Préstamos N° 018/2007 e Informe Ejecutivo Para Directorio, de fechas 6, 12, 14 y 19 de junio de 2007, respectivamente, (Anexos N° 5 al N° 8), informes en base a los cuales el Directorio tomo la decisión de aprobar el crédito.*
6. *Estos hechos, reiteramos, fueron determinantes para que el Directorio de Mutual La Paz con la opinión favorable del Fiscalizador Interno, aprobara la concesión de la operación N°100-11566 por $us 93.000 en favor de IATEL, conforme al Acta N° 047/2007 de fecha 19 de junio de 2007, en el entendido de que la empresa IATEL fue adecuadamente evaluada como grupo económico, en los aspectos técnico, financiero y vinculatorio conforme consta en los documentos anteriormente mencionados (anexos N°5 al N°8), donde no se habían detectado obligaciones pendientes o en mora de dicha empresa.*
7. *No obstante independiente de haber aprobado un crédito enmarcado en el Manual de Políticas de Préstamos, la operación de IATEL no ha generado ningún daño económico a la institución ya que fue cancelada en su totalidad y por el contrario ha permitido obtener un beneficio a favor de Mutual La Paz de $us.12.594.16 por concepto de intereses.*

III. DESCARGOS - OBSERVACIONES DEL INFORME DE INSPECCIÓN

Asimismo, solicitamos a usted considerar los siguientes descargos y explicaciones referidos a las observaciones establecidas en el informe de Inspección SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008 que determinaron el inicio del procedimiento sancionatorio (las observaciones de la SBEF se encuentran remarcadas con negrillas):

Numeral 3, inciso d) Préstamos a Víctor Hugo Durán García

Las deficiencias en la otorgación y administración del crédito del señor Víctor Hugo Durán García descritos en el inciso d) literales i al v, demuestran insuficiencia patrimonial, falta de capacidad de pago, falta de seguimiento a la aplicación de recursos e inexistencia de un objeto comercial y productivo suficiente para justificar el financiamiento.

Como es de conocimiento del ente Fiscalizador, la evaluación crediticia realizada en la gestión 1994 (año de concesión de ambos créditos), no mantenía los estándares que contienen actualmente las estrategias, políticas y procedimientos de Mutual La Paz, que comprenden las etapas de análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos, que se encuentran concordadas con la normativa regulatoria emitida por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, motivo por el cual no es

posible equiparar una actuación realizada en la gestión 1994 con las tareas crediticias actuales, que se basan en sanas y prudentes prácticas, que no se tenían en la gestión 1994.

Toda vez que los Cargos emitidos por la SBEF son personales, se puede afirmar categóricamente que los actuales directores de Mutual La Paz, no participaron en la aprobación de los créditos en favor del Sr. Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán, realizadas mediante Actas N° 25/94 y N° 49/94 de 21 de junio y 6 de diciembre de 1994 (Anexo N° 1 y 2), motivo por el cual no correspondería ser incluidos en cargos por incumplimientos en los cuales no participamos y por tanto no son imputables ni atribuibles al actual Directorio de Mutual La Paz.

Numeral 3, inciso e) Préstamo a IATEL de Víctor Hugo Durán Andrade

La Aduana Nacional de Bolivia procedió a la recepción provisional de los equipos el 11 y 15 de octubre de 2007, no existiendo documentación sobre la recepción definitiva ni sobre el pago.

La empresa IATEL mediante carta CITE: IAT-260/2007 de 3 de diciembre de 2007, adjuntó las actas de recepción provisional emitidas por la Aduana Nacional de Bolivia en fechas 11 y 15 de octubre de 2007, conforme consta en el Acta de Directorio N° 101/2007 de 13 de diciembre de 2007 (Anexos N°9 y N°10), documentación que se ha considerado como suficiente para evidenciar que la empresa prestataria habría cumplido con los términos establecidos en la Licitación Pública G.N.A.F. N° 012/2006 en lo referente a la entrega de los equipos cuya importación fue el objeto del crédito, y posteriormente la Aduana Nacional de Bolivia en fecha 21 de agosto de 2008 emitió el Acta de Recepción Definitiva de los equipos de rayos X (Anexo N° 11).

No se estableció la situación económico financiera del prestatario que presenta flujo de caja negativo al 31 de diciembre de 2006, es decir que no contaba con capacidad de pago suficiente para el repago de la deuda ni patrimonio para justificar el financiamiento recibido.

De acuerdo con el Informe para el Comité de Préstamos N°MLP/GC/703/2007 (Anexo N°12), la solicitud contemplaba un plazo de 180 días y el objeto del crédito consistía en la importación de equipos de Rayos X para inspección de equipaje para la Aduana Nacional de Bolivia, para lo cual adjuntaron la Resolución de Adjudicación N° RA-GG03-012-07 de 02-02-2007 y el Contrato de Adquisición N°GNAGC-B-009-2007 suscrito en fecha 24 de abril de 2007 emergente de la citada Licitación Pública Nacional G.N.A.F. N°012/2006, por un monto de Bs.1.079.965.70 ($us.134.000 aproximadamente) monto superior al crédito desembolsado de $us.93.000 (Anexos N°13 y N°14), documento contractual que fue considerado para determinar la capacidad de pago de la empresa prestataria, dado que el crédito era a corto plazo y de objeto único, cumpliendo con lo establecido en el numeral 1, literal C del anexo 2 del Manual de Políticas de Préstamos interno, que define a la Fuente de Pago como: aquella proveniente de los flujos operativos generados por el giro del negocio ***o de la actividad u operación a ser financiada,*** *definición que no fue considerada por la Comisión de la SBEF, por lo cual el Directorio dio estricto cumplimiento a la normativa interna, que desvirtúa cualquier valoración en contra.*

Cabe resaltar que los informes Nos. MLP/GC/703/2007 y MPL/GC/723/2007, suscritos por el Gerente General Lic. Alberto Loayza F, (sic) *la Gerente Comercial, Delia Sologuren de Tapia y el Jefe de Créditos Willy Beltrán, que son el fundamento documental para la toma de decisiones en el Directorio, en el punto 5.- ANALISIS FINANCIERO nos muestran un panorama de estabilidad en los estados financieros, con un buen índice de liquidez, solvencia y rentabilidad, señalando en sus conclusiones que:*

"Por tratarse de un préstamo a corto plazo además de contar con una fuente de repago fija y teniendo una garantía de realización a corto plazo se recomienda la aprobación en las mismas condiciones anteriormente otorgadas".

Asimismo resulta fundamental tomar en cuenta que para la aprobación de este tipo de créditos de corto plazo, existe una garantía especial, por lo que, ante probables riesgos con su flujo, y con el objeto de minimizar el riesgo crediticio, se exigió una ***segunda fuente de repago,*** *consistente en una Póliza de Garantía de Cumplimiento Individual de Pago con emisor con calificación de riesgo "A", logrando obtener una póliza de ejecución inmediata emitida por la Compañía Aseguradora Credinform International S.A. (Anexo N° 15). Cabe señalar que, para operaciones similares anteriores, IATEL había ofrecido como fuente alternativa de repago, en sustitución de una garantía hipotecaria, una póliza de seguro de la Compañía 24 de Septiembre, garantía que fue rechazada por la Mutual.*

Igualmente, entre las condiciones exigidas para aceptar la póliza, de manera de constituir con este instrumento una solida garantía, se requirió un condicionado específico, que entre otros establece:

a) La Compañía Aseguradora se obliga a indemnizar hasta el límite máximo indicado como suma asegurada, a Mutual La Paz (Acreedor Asegurado), en reembolso de las pérdidas económicas que este pueda sufrir como consecuencia de la insolvencia del afianzado (IATEL).
b) Para el caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de IATEL, la Compañía Aseguradora se constituía en fiador solidario y mancomunado en todo aquello que el afianzado (IATEL) no hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales como obligado principal.
c) Entre estas obligaciones afianzadas se tiene:
d)

- *El afianzado (IATEL), si hubiese dejado de cumplir con sus obligaciones asumidas en el contrato principal (Contrato suscrito con Mutual La Paz), por causas que le sean imputables.*
- *El afianzado (IATEL), se constituye en mora*
- *El afianzado (IATEL), resulte insolvente*
- *En el anexo de ejecución de póliza se determina que la misma seria pagada a favor de Mutual La Paz, a su requerimiento en un plazo no mayor a 60 días, sin necesidad de acudir a vía judicial o extrajudicial alguna, complementado, que para la comprobación del incumplimiento era necesario únicamente la nota emitida por el acreedor indicando que el asegurado incurrió en mora.*

  Siendo aún más exigentes, en vista que la póliza de seguros solo garantiza el pago del capital, se requirió un colateral por el monto de los intereses corrientes, el mismo que fue constituido como depósito a plazo fijo en garantía, debidamente endosado a favor de la Mutual.

Mutual La Paz efectuó tres ampliaciones de plazo en fechas 19 de diciembre de 2007, 17 de febrero y 17 de mayo de 2008 aprobadas por el directorio como reprogramaciones sin que haya verificado la documentación que respalde las solicitudes mencionadas, ni efectuado el análisis de la situación financiera y capacidad de pago del deudor que al 31.12.07 presenta flujo de caja insuficiente para afrontar la deuda.

Considerando que el crédito otorgado a la empresa IATEL tenía como objeto financiar la adquisición de equipos de Rayos X destinados a la Aduana Nacional, la capacidad de

pago de la empresa deudora estaba íntimamente relacionada con el pago por la provisión de esos equipos, aspecto que no fue cumplido por la Institución Aduanera constituyéndose en un factor distinto al crediticio y que origino que le empresa proveedora interponga un recurso de Amparo Constitucional que le fue concedido, por lo cual correspondía aplicar la Reprogramación de este crédito para evitar el riesgo, en amplia aplicación de lo establecido en el numeral 6 del Capítulo IV del Manual de Políticas de Prestamos que fue aplicado por el Directorio a solicitud de la empresa prestataria conforme se señala a continuación:

La primera reprogramación fue aprobada por el Directorio con opinión favorable del Fiscalizador Interno mediante Acta de Directorio N° 101/2007 de fecha 13 de diciembre de 2007 (anexo N°9), en función a las actas de verificación emitidas por la Aduana Nacional de Bolivia en fechas 11 y 15 de octubre de 2007, en las que consta la entrega de los equipos adquiridos con el producto del préstamo, documentación que fue remitida por la empresa prestataria mediante carta CITE: IAT-260/2007 de 3 de diciembre de 2007 (anexo N°10).

La segunda reprogramación fue aprobada por el Directorio con opinión favorable del Fiscalizador Interno mediante Acta de Directorio N° 012/2008 de fecha 14 de febrero de 2008, en función a la recomendación contenida en el Informe Ejecutivo para el Directorio N°MLP/GC/0040/2008 de 14 de febrero de 2008 (Anexos N°16 y N°17) que se fundamenta en la carta CITE: IAT-033/2008 de 7 de febrero de 2008 que señala "que la Aduana Nacional de Bolivia, hasta la fecha no ha efectuado el pago correspondiente a los equipos suministrados, por razón de cambio de autoridades y personal en las oficinas regionales" aspecto que fue confirmado por el señor Willy Beltrán, Jefe de Créditos de Mutual La Paz, de manera previa a emitir la recomendación para la ampliación de plazo de la presente operación.

La tercera reprogramación fue aprobada por el Directorio con opinión favorable del Fiscalizador Interno mediante Acta de Directorio N°040/2008 de fecha 28 de mayo de 2008, en función a la recomendación contenida en el Acta del Comité de Prestamos N°014/08, que se respalda en el Informe Ejecutivo para el Directorio N°MLP/GC/0138/2008 que se fundamenta en las cartas CITE: IAT-115/2008, CITE: IAT-121/2008 y CITE: IAT-123/2008 de 14, 23 y 28 de mayo respectivamente (Anexos N°18, N°19 N°20 y N°21), que señalan que la Aduana Nacional de Bolivia hará efectivo el pago por los equipos suministrados, en la primera semana del mes de junio, por lo cual solicitan ampliación de plazo del crédito hasta el 30 de junio de 2008.

De acuerdo con el Manual de Políticas de Prestamos, el número máximo de reprogramaciones de una operación crediticia, indistintamente de su destino, monto o finalidad, será de 3 por cada 6 años de vida de la operación desde su otorgamiento. Consecuentemente, el Directorio dio estricto cumplimiento a la normativa interna de Mutual La Paz y en todos los casos se renovó la Póliza de Cumplimiento de ejecución inmediata y se cobraron los intereses.

Las ampliaciones de plazo permitieron mantener la operación como vigente y la falta de evaluación de capacidad de pago permitió que sea calificado como A Normal.

Ratificamos la posición señalada precedentemente, por cuanto las reprogramaciones y evaluación de la fuente de pago, fueron realizadas en aplicación de la normativa crediticia de Mutual La Paz.

Una vez vencido el plazo otorgado a la empresa IATEL, en fecha 31 de julio de 2008 se

procedió al cambio de calificación de la operación comercial con la categoría "E", conforme consta en la Comunicación Interna C.I./GGR/0267/08 de esa fecha (anexo N°21).

Reiteramos que en estas operaciones de IATEL los intereses corrientes se garantizaron mediante DPFs debidamente endosados y pignorados a favor de Mutual La Paz incluyendo los 60 días que en caso de incumplimiento demandaría en cancelar la Compañía de Seguros y por otro lado la ampliación de los plazos fueron aceptados y confirmados por Credinform Internacional S.A.

Estas deficiencias demuestran que el deudor no muestra suficiencia patrimonial ni flujo de caja para justificar el financiamiento

La capacidad de pago de la empresa evaluada por las Gerencias Comercial y de Riesgos, fue establecida en función al contrato de provisión de bienes suscrito entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, por tanto la fuente de pago de la operación no provenía de los flujos operativos generados por el giro del negocio, sino mas bien por la misma operación financiada, que a su vez justifica el financiamiento por la existencia de una obligación contractual que finalmente fue cumplida por la Compañía de Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A.

IATEL de Víctor Hugo Durán Andrade y el señor Víctor Hugo Durán García conforman un grupo prestatario debido a que este ejerce funciones de Gerente Adjunto, cuyos ingresos para el pago de las deudas de ambos prestatarios provienen de la actividad económica de IATEL, consecuentemente presentan un mismo riesgo.

La deficiencia detectada por la SBEF referida a la incorrecta aplicación contable del bien adjudicado por el crédito concedido a favor de los esposos Víctor Durán García y Yolanda Andrade de Durán, que no fue informada al Directorio hasta la visita de inspección, determinó que de forma incorrecta la Comisión de Supervisión de la SBEF califique a ambas operaciones como VINCULADAS sustentándose en la posición de que existiría un mismo riesgo crediticio, dando origen al cargo notificado, cuando en realidad el saldo deudor de la operación concedida en 1994 al no figurar en los registros contables como un activo, además de no ser reportado al sistema de la Central de Información de Riesgo Crediticio, imposibilitó a los órganos de control interno ejercer la verificación de la operación debido a que se la consideraba cancelada, y a su vez no permitió, a la Gerencia Comercial, a la Gerencia de Riesgos, al Comité de Prestamos y consecuentemente al Directorio, tomar conocimiento de las obligaciones pendientes de los esposos Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán con Mutual La Paz a momento de aprobar la operación en favor de la empresa IATEL, imposibilitando además establecer o detectar algún parámetro de vinculación entre las operaciones concedidas en 1994 y 2007 donde el señor Víctor Hugo Durán García y esposa participaron como titulares y no como ejecutivo de la empresa IATEL.

Nos preocupa que se considere que conforman un "grupo prestatario" una determinada Empresa y sus empleados o dependientes, ya que se estaría creando un nefasto precedente para la gestión crediticia de una Institución Financiera, que tendría que exigir el saneamiento económico de todos sus empleados.

Además, resaltar que el crédito se concedió a una empresa unipersonal donde en el grupo económico IATEL/DURAN ANDRADE, no se encuentran los esposos Víctor Hugo Duran García y la señora Yolanda Andrade de Durán. Por consiguiente, negamos enfáticamente

que IATEL conforme un grupo prestatario con los mencionados esposos y en consecuencia no presentaban un mismo riesgo.

IV. MEDIDAS RECTIFICATORIAS Y CORRECTIVAS ADOPTADAS

De igual manera, solicitamos a usted considerar que la Notificación de Cargos SB/ISR I/D-47778/2008 de 18 de septiembre de 2008, fue emitida conforme la recomendación contenida en el Informe de Inspección SB/ISR I/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008, emergente de la visita de Inspección practicada a partir del 05 de mayo de 2008, que por la data no considera las acciones rectificatorias y correctivas realizadas por Mutual La Paz de manera posterior a la fecha de visita, las cuales detallamos a continuación para su correspondiente análisis y valoración:

1. *De acuerdo con la papeleta contable N°Tra: 380815 de fecha 30/08/2008 (Anexo N°22) se ha revertido el asiento contable de fecha 21/07/1994, estableciendo una cuenta por cobrar de $us.50.135.58 los esposos Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán, subsanando la deficiencia contable detectada por la SBEF, situación que fue comunicada a la SBEF mediante carta MLP/GC/048/05409/08 de fecha 03-09-08.*
2. *Mutual La Paz además de ejecutar las medidas rectificatorias antes señaladas, ha tomado medidas correctivas, instruyendo mediante memorándum N°GG/004/2008 de fecha 28 de agosto de 2008 (Anexo N°23) dirigido al personal encargado del análisis y aprobación de las solicitudes de crédito: "determinar de manera pormenorizada los antecedentes crediticios de aquellos prestatarios que presenten historial de deudas que fueron liquidadas a través de medios de pago diferentes a los establecidos contractualmente".*
3. *De acuerdo con la Orden de Cobro Puente Caja N°tra: 381017 de 2 de septiembre de 2008, el saldo total correspondiente a la Operación N°100-11566 por $us 93.000 de IATEL, fue pagado por la Compañía Aseguradora Credinform Internacional S.A. mediante cheque N°00042-2 de 1° de septiembre de 2008 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. (Anexos N°24 y N°25), aspecto comunicado a la SBEF mediante carta MLP/GC/048/05409/08 de fecha 3 de septiembre de 2008 con anterioridad a la emisión de las Notificaciones de Cargos (Anexo N°26).*
4. *Por instrucción del Directorio la Unidad de Auditoría Interna emitió el Informe N° AI-045/2008 sobre los préstamos otorgados al señor Víctor Hugo Durán García y su esposa; y la operación N°100-11566 por $us.93.000.00 otorgada a la empresa IATEL. (Anexo N°27). En dicho informe se determina que nuestras personas no han cometido ninguna actuación que genere responsabilidad ni cargos.*
5. *La operación crediticia N°100-11566 concedida a favor de la empresa IATEL aprobada por el Directorio de Mutual La Paz, no ha ocasionado daño económico a la entidad, recuperándose el capital más intereses adeudados al ejecutar la garantía constituida por los prestatarios consistente en una Póliza de Seguro de Cumplimiento de Pago de ejecución inmediata y sin necesidad de recurrir a la ejecución judicial y por tanto sin incurrir en gastos adicionales, beneficiándose más bien la entidad con $us. 12.594.16 por concepto de intereses.*

V. PETITORIO

Lo señalado demuestra que ninguno de los actuales Directores de Mutual La Paz, participamos en la aprobación de los créditos concedidos en favor de los esposos Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Duran, mediante Actas N°25/94 y N°49/94 de 21 de junio y 6 de diciembre de 1994, motivo por el cual no corresponde seamos notificados con cargos por incumplimientos

en los cuales no intervenimos, por tanto no son imputables ni atribuibles al actual Directorio de Mutual La Paz.

Dado que las citadas operaciones fueron aprobadas en la gestión 1994, corresponde considerar la prescripción de las infracciones administrativas, si existieron, conforme lo determina el artículo 79° de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo siendo definida esta afirmación en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo de 2006 que determina que: "La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción".

Asimismo, los descargos y explicaciones expuestos demuestran que la operación crediticia N°100-11566 concedida en favor de la empresa IATEL, se encontraba debidamente respaldada por un documento contractual suscrito entre la señalada empresa y la Aduana Nacional de Bolivia, que demostraba el objeto comercial suficiente para justificar el financiamiento recibido y que fue considerado también para determinar la capacidad de pago de la empresa prestataria, dado que el crédito era a corto plazo y de objeto único, cumpliendo con lo establecido en el numeral 1, literal C del anexo 2 del Manual de Políticas de Préstamo, cuerpo normativo interno, que define a la Fuente de Pago como: aquella proveniente de los flujos operativos generados por el giro del negocio ***o de la actividad u operación a ser financiada****, definición que no fue considerada por la Comisión de la SBEF (Anexo N° 28).*

Por todo lo expuesto su autoridad podrá evidenciar que no hemos incumplido lo establecido en el numeral 4, inciso b) artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por que el crédito otorgado a la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología IATEL, tuvo un objeto comercial suficiente que justifico su financiamiento, y flujo de recursos suficiente de respaldo.

Po (sic) *otra parte, aclaramos que el Director Mario Saúl Andrade Gutiérrez se excusó del tratamiento de este tema en aplicación del numeral 1, literal G, Capitulo XIV del Manual de Políticas de Prestamos, conforme consta en el acta del Comité de Prestamos No. 18/2007, Acta de Directorio N°047/2007 y en todas las sesiones donde se considero el tema, tanto en Comité de Préstamos como en el Directorio (anexo N°3), motivo por el cual consideramos que tampoco correspondía que se le notifique cargos por actos en los cuales no participó.*

Consecuentemente, se ha demostrado que nuestras personas en su condición de Directores de Mutual La Paz no hemos incurrido en el incumplimiento señalado en las notificaciones de cargos SB/ISR I/D - 47778, 47751, 47785, 47774, 47773, 48792 (sic, debieron referirse a la 47759 o a la 47784) *y 41990* (sic, ídem)*/2008 de fecha 18 de septiembre de 2008, por lo cual señor Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, solicitamos a usted, una vez valorados los descargos y explicaciones presentadas conforme lo establece el parágrafo III del artículo 67 del Decreto Supremo N°27175 que aprueba el Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo,* ***desestimar la aplicación de sanciones administrativas y dejar sin efecto los cargos*** *que nos fueron notificados…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SB/0241/2008 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2008.-

Que, mediante la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve:

"(…)

1. *Sancionar a la **MUTUAL LA PAZ** con multa de Bs93.285.- (NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS) equivalente al 3% del capital mínimo de la entidad por la inobservancia del Art. 50 inciso b) numeral 4 y el Art. 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, asimismo del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio, contenido en el Titulo VI, Capítulo I, Sección 1, Articulo 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*
2. *Sancionar a los señores directores: Javier Navarro Agreda, Mario Saúl Andrade Gutiérrez, y Karina Rojas Cánido con suspensión temporal de sus funciones de Directores por el lapso de 18 meses.*
3. *Sancionar a los señores directores: Carlos Calderón Eduardo, Javier Hinojosa Santalla, Remberto Frías Mercado, Víctor Ronald Quinteros Limpias, con suspensión temporal de sus funciones de Directores por el lapso de 3 meses.*
4. *En cumplimiento con el Artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la Asamblea General Ordinaria de Asociados de la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, debiendo remitirse a este Organismo copia de las Actas respectivas con las determinaciones adoptadas…"*

Tales decisiones se fundamentan en los argumentos que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO***

Que el Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras establece que las entidades financieras no podrán otorgar créditos a prestarios (sic) *o grupos prestatarios vinculados a ellas, considerando como vinculado el crédito que no demuestre el objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficientes para respaldarlo, conforme el numeral 4 del inciso b) del señalado Artículo.*

Que el Artículo 94 de la citada Ley en su primer párrafo establece que las entidades financieras presentarán a la Superintendencia una vez al año, sus estados financieras con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, emitido por la Superintendencia y Normas Internacionales de Contabilidad aplicadas a la intermediación financiera.

Que, el último párrafo del Artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que para el cumplimiento de las atribuciones, conferidas a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la misma deberá operar la Central de Información de Riesgos, definir los requerimientos mínimos de información institucional y reglamentar la aplicación de sanciones, dentro el marco de la misma.

Que, de acuerdo al Artículo 322 del Código de Comercio los directores son responsables solidarios con los que les antecedieron por las irregularidades en que estos hubieran incurrido si conociéndolas no las remediaran o enmendaran poniéndolos en todo caso en conocimiento de los síndicos o junta general.

Que, el Reglamento del Sistema de Central de Información de Riesgo Crediticio contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras señala en el Título VI, Capítulo I, Sección 1, Artículo 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que el Sistema de Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) es una base de datos que consolida la información que proporcionan las entidades financieras con relación a sus operaciones crediticias. Asimismo el Artículo 4 del Reglamento citado, establece que es

responsabilidad del Gerente General, velar porque la información que proporciona la entidad sea auténtica, legítima, fidedigna, exacta, veraz y actualizada.

Que, el Artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Sección 2, Capítulo II del Título XIII, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que las entidades financieras que otorguen créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas, serán sancionadas con multa equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo. Asimismo dicha disposición determina que los directores, síndicos, gerentes, administradores, apoderados generales o funcionarios con distinta denominación, que aprueben, autoricen u otorguen los créditos a que se refiere el presente Artículo serán pasibles de sanción de suspensión temporal de sus actividades por un plazo no menor a 90 días.

CONSIDERANDO

Que, la competencia de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras es clara y amplia en lo referente a controlar y supervisar las actividades, personas y entidades que interactúan en la actividad de intermediación financiera, debiendo vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera para todas las personas y entidades que se encuentran bajo el ámbito de su regulación.

Que, la potestad sancionadora de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras proviene de la Ley; de conformidad al Artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a sanciones administrativas, las que son aplicadas por el Superintendente sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

CONSIDERANDO

Que, de la evaluación de los descargos y explicaciones presentadas, tanto por los directores como por el Gerente General de la Mutual La Paz, así como del análisis de los antecedentes cursantes en ésta Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se ha establecido lo siguiente:

- ***Préstamos a Víctor Hugo Durán García Operaciones N° 00-34-015507-9 por $us.70.000 y N° 00-34-016313-2 por $us.66.000-***

  El Directorio de la Mutual, mediante Acta N° 25/94 de 21 de julio de 1994, aprobó el préstamo N° 00-34-155077-9 por $us.70.000 en favor del Sr. Víctor Hugo Durán García para la compra de un terreno ubicado en la calle Juan de la Riva N° 1561. Observaciones de la Superintendencia de bancos (sic) *y Entidades Financieras: Estimación de la capacidad de pago en función de ingresos no verificados, insuficiencia patrimonial para justificar el financiamiento y sin aporte propio para la adquisición del terreno objeto del crédito.*

  Posteriormente según Acta N° 49/94 de 6 de diciembre de 1994, el Directorio de la Mutual aprobó una segunda operación N° 00-34-016313-2 por $us.66.000 para la construcción de un edificio de departamentos en el terreno adquirido con el primer préstamo. Observaciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras: Sin un objeto comercial productivo que garantice el repago de la deuda, sin considerar que el terreno se encuentra cercano a una falla geológica que hacen (sic) *inviable la construcción y sin un flujo neto de recursos del prestatario suficiente para respaldar el financiamiento.*
  Como consecuencia de incumplimiento de pago, las dos operaciones fueron reportadas en

cartera en ejecución y calificados en la categoría de riesgo 5 (perdido) dando origen a la recuperación parcial a través de proceso judicial que derivó en la adjudicación del bien por un valor de $us.70.930, cancelándose incorrectamente con este monto la obligación total de $us.121.065. Sin embargo, hasta la fecha el deudor continúa en la posesión del bien debido a que el Directorio suspendió el proceso de desapoderamiento del inmueble adjudicado, como consta en la Resolución de Directorio Nº 28/2002 de 9 de diciembre de 2002.

- ***Préstamo a Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL) de Víctor Hugo Durán Andrade***

  En fecha 13 de junio de 2007, el Comité de Préstamos de la Mutual, aprobó la operación Nº 100-11566 por $us.93.000 en favor de IATEL, empresa unipersonal cuyo propietario es el Sr. Víctor Hugo Durán Andrade, (cuyo Gerente Adjunto es Víctor Hugo Durán García), sin establecer adecuadamente la situación económico-financiera del prestatario que según estados financieros existentes al 31 de diciembre de 2006, presentaba un flujo de caja operativo negativo tanto para la operación inicial como para sus tres reprogramaciones. El objeto del préstamo fue la adquisición de dos equipos de rayos X para control de equipaje para la Aduana Nacional de Bolivia, con la garantía de póliza de seguro de cumplimiento de pago por el mismo importe emitida por Credinform International S.A., empresa de seguros que canceló la operación el 1 de septiembre de 2008, ante incumplimiento de pago por parte del deudor.

- *Ninguno de los documentos contractuales suscritos entre IATEL (deudor) y la Aduana Nacional de Bolivia, obligan expresamente a ésta última, a realizar el pago de la deuda directamente a la entidad financiera, lo que ocasionó que la entidad no se encuentre efectivamente cubierta en cuanto al riesgo de no pago, existiendo la posibilidad de que el deudor pueda utilizar en fines diferentes al pago y liquidación del préstamo.*

- *El análisis de la capacidad de pago en función a la situación económico financiera y la generación de flujos de caja operativos, tal como establece el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y el propio Manual de Políticas de Préstamo de la Mutual (Inciso D. y b., de los puntos 2. y 1., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo), era imprescindible en la evaluación previa de esta operación, para asegurar el repago con los recursos generados por el giro del negocio y no con la realización de la garantía, tal como ocurrió en los hechos al momento de su recuperación.*

- *La segunda fuente de repago de la operación (garantía), consistente en una Póliza de Garantía de Cumplimiento Individual de Pago, no se encuentra acorde tanto con las sanas prácticas de gestión de riesgo crediticio, el propio Manual de Préstamos de la Mutual La Paz y la normativa vigente que establecen que para otorgar un crédito, la entidad financiera debe privilegiar el análisis de la capacidad de pago de los clientes y no las garantías de la operación.*

- *La justificación presentada por el Gerente General de incluir una póliza de seguro como garantía de una operación de crédito, transfiere el riesgo crediticio a otro mecanismo asegurador, desnaturalizando la verdadera esencia de la intermediación financiera, por la que el riesgo crediticio ineludiblemente deber ser gestionado por las entidades de intermediación financiera observando estrictamente las disposiciones legales pertinentes, las sanas prácticas que hacen a la adecuada gestión de riesgos, verificando la capacidad de pago del deudor y adoptando las medidas necesarias para minimizar potenciales riesgos inherentes a la actividad crediticia.*

- *El "flujo proyectado" de IATEL con resultados positivos para la operación financiada, no está*

basado en los estados financieros del deudor en su conjunto ni en su comportamiento histórico. La evaluación al potencial deudor incluye partidas que no se encuentran debidamente sustentadas como "Gastos y costos incrementales estimados por $us.11.000". Asimismo, la información financiera al 31 de diciembre de 2007 no se encontraba aún disponible al momento de la otorgación del crédito, ya que la operación fue desembolsada el 22 de junio de 2007.

- *En fecha 24 de agosto de 2006 el Directorio de la entidad compuesto por los Sres. Javier Navarro A., Carlos Calderón E., Mario Saúl Andrade G., Remberto Frías M., Ronald Quinteros L, Edith Alarcón A. (Disidente) y Karina Rojas C. (Disidente), mediante Acta de Directorio Nº 64/2006 de 11 de Julio de 2006, aprobó a sugerencia del Comité de Préstamos presidido por el Sr. Mario Saúl Andrade G., las modificaciones del Manual de Políticas de Crédito de la entidad y en consecuencia poder realizarse operaciones de crédito con garantía de empresas de seguro. Desde la fecha de aprobación de esta modificación hasta la fecha de realización de la visita de inspección de riesgo de crédito (mayo 2008), la empresa IATEL ha sido la única beneficiada con operaciones de crédito bajo esta modalidad.*

- *Sobre las operaciones de crédito otorgadas por la Mutual al señor Víctor Hugo Durán García en la gestión 1994, se ha verificado que efectivamente, durante el periodo 1994 a 2001, ninguno de los actuales directores fungía como miembro del Directorio. Sin embargo, el señor Javier Navarro A., (actual Presidente de la Mutual), quien en la gestión 2002 aprobó la suspensión del proceso de desapoderamiento del inmueble adjudicado del señor Víctor Hugo Durán García, según consta en la Resolución de Directorio Nº 28/2002 de 9 de diciembre de 2002, permitiendo que el mismo continúe ocupando el inmueble adjudicado en desmedro de la entidad financiera, sí conocía la relación existente entre la empresa IATEL y el deudor Víctor Hugo Durán García, tal como reconocen* (sic) *en sus descargos.*

- *El Dr. Mario Saúl Andrade G. y la Dra. Karina Rojas C. tuvieron conocimiento de las relaciones crediticias que el señor Víctor Hugo Durán García mantuvo con la Mutual, debido a que actuaron como abogados patrocinantes dentro el juicio ejecutivo seguido por la Mutual para la recuperación de la deuda impaga.*

- *Los directores Javier Navarro A., Mario Saúl Andrade G. y Karina Rojas C, en el ejercicio de funciones de dirección de la Mutual La Paz tuvieron actuaciones contrarias al deber de lealtad y responsabilidad con la entidad en contravención a lo previsto en los Artículos 322, 164 y 321 del Código de Comercio, correspondiendo a los citados directores tomar en cuenta al momento de la consideración de la aprobación de las operaciones a favor de IATEL que, el señor Víctor Hugo Durán García (ejecutivo de IATEL), tenía operaciones crediticias con la entidad, que inclusive se recuperaron parcialmente a través de la vía judicial, circunstancias que fueron de pleno conocimiento de los mencionados directores.*

Que, si bien el Sr. Mario Saúl Andrade G. se excusó de la aprobación del crédito a IATEL, es evidente que aprobó la modificación del Manual de Políticas de Crédito de la entidad, modificación sugerida por el Comité de Préstamos presidido por su persona y que permitió la concesión de la operación de crédito que benefició a la empresa IATEL perteneciente a Víctor Hugo Durán Andrade, única con ésta característica a la fecha corte (sic) *de la Visita de Inspección*

Que, el argumento vertido por los directores en sentido de haber aprobado el crédito para IATEL, considerando que las instancias técnicas de la entidad evaluaron adecuadamente al prestatario en todos sus aspectos, tanto como grupo económico, aspectos técnico (sic)*, aspectos financieros como vinculatorio* (sic)*, no es argumento válido para deslindar responsabilidad considerando que,*

en el punto 1 del Artículo 1° de la Sección 4, Anexo I del Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se establece el deber del Directorio de supervisa (sic) *cuidadosamente evaluaciones y calificaciones de las operaciones crediticias, por lo que queda claramente establecido* (sic) *la existencia de responsabilidad.*

Que, con relación a la opinión del fiscalizador interno de la entidad, como justificativo para haber concedido el crédito y haber efectuado las reprogramaciones no es válida si se considera que las atribuciones y deberes del Fiscalizador Interno, contempladas en el Artículo 56 del Capítulo II del Estatuto de la Mutual, no prevé emitir opinión favorable para la aprobación de operaciones de crédito.

Que, las reprogramaciones del crédito no están adecuadas al Título V, Anexo I, Sección 3, Artículo 3° punto 1.2 inciso a) de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras, que establece que toda reprogramación debe contar con una nueva verificación de la capacidad de pago. En este sentido las determinaciones adoptadas con referencia a las sucesivas reprogramaciones tampoco se adecúan al Capítulo IV del Manual de Políticas de Préstamo de la propia Mutual.

Que, el Artículo 50 de la de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en actual vigencia, recoge los mismos principios de prudencia para la concesión de créditos, que se encontraban contenidos en el Artículo 50 de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993 (texto original) y del Artículo 32 de la Ley N° 1670 de 31 de octubre de 1995 Ley del Banco Central de Bolivia que hacen referencia a la necesaria evaluación crediticia previa a la concesión de un crédito.

Que, en cuanto a la supuesta ampliación de cargos sobre las operaciones del señor Boris Durán Andrade, según lo entendió la entidad, corresponde aclarar que dentro del término de prueba se solicitó documentación adicional con la finalidad de conseguir en el presente proceso administrativo mayores elementos de prueba que procuren establecer la verdad material de las infracciones administrativas notificadas y de ninguna manera ampliar los cargos, lo que no implica dilación en el proceso, más al contrario, con el término de prueba se pretendió que los notificados ejerzan debidamente su derecho a la defensa pudiendo aportar los descargos necesarios en su favor.

Que, con relación a la prescripción alegada, es importante dejar claramente establecido que la operación a favor de IATEL fue aprobada en la gestión 2007 y cuyos elementos de vinculación con el señor Víctor Hugo Durán García fueron establecidos por la Visita de Inspección con resultados contenidos en el Informe SB/ISR I/ D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008.

Que, en relación al incumplimiento del Artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la Mutual La Paz solamente ha argumentado en descargo, deberse a una inadecuada contabilización que ocasionó la baja de la totalidad de los dos préstamos, cuando correspondía cancelar parcialmente los créditos con el valor de adjudicación por $us.70.930.02, dejando como saldo en cartera en ejecución el importe de $us.50.135.58, justificativo que no puede ser admitido como descargo de la infracción cometida y refleja una absoluta ausencia de controles internos que facilitaron las infracciones detectadas.

Que, de la misma manera en cuanto al incumplimiento del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio, contenido en el Título VI, Capítulo I, Sección 1, Artículo 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que distorsionó los registros a la Central de Información de Riesgo Crediticio presentando saldos no ajustados a la realidad de la situación del deudor, la argumentación de la errónea contabilización, no es aceptable como descargo.

CONSIDERANDO

Que, de acuerdo a los antecedentes y los descargos analizados, queda establecida la responsabilidad de los miembros del Directorio sobre la contravención legal notificada, siendo necesario discriminar algunos elementos que diferencian el grado de responsabilidad en los directores, por lo que es importante precisar que los directores Andrade, Rojas y Navarro conocieron que el señor Víctor Hugo Durán García tenía antecedentes crediticios en la entidad, los que debieron ser considerados en el momento de la aprobación de las operaciones a otorgarse a IATEL, incluyendo en el referido análisis, como elemento imprescindible e insoslayable, la participación del señor Víctor Hugo Durán García en ésta empresa, como Gerente Adjunto, y exigir por su parte que este aspecto también sea considerado en los informes de las instancias de la entidad como son las Gerencias de Riesgos y Comercial, situación que no sucedió, lo que constituye agravante de responsabilidad para los citados directores.

Que, con relación a los otros directores Carlos Calderón, Javier Hinojosa, Ronald Quinteros y Remberto Frías, no se cuenta con evidencia de que hayan conocido las operaciones del señor Víctor Hugo Durán García, sin embargo, esta circunstancia no los exime de su responsabilidad puesto que sí aprobaron las operaciones de IATEL, sobre la que se ha establecido vinculación a la entidad en los términos del Artículo 50 inciso b) numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

CONSIDERANDO

Que, la Intendencia de Supervisión de Riesgos I, a través de Informe Técnico-Legal SB/ISR-I/D-60427/08 de 26 de noviembre de 2008, efectuó la evaluación de los descargos presentados por la entidad y sus directores, de acuerdo con los principios de la sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en el presente informe, cuyas conclusiones advierten que los descargos formulados no desvirtúan las contravenciones al Artículo 50 inciso b) numeral 4), Art. 94 de la de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, y del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) contenido en el Título VI, Capítulo I, Sección 1, Artículo 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, recomendando la aplicación de sanciones a la Mutual La Paz y a sus directores Javier Navarro Agreda, Karina Rojas Canido, Carlos Calderón Eduardo, Mario Saúl Andrade Gutiérrez, Javier Hinojosa Santalla, Remberto Frías Mercado, Víctor Ronald Quinteros Limpias. Asimismo la contravención del Art. 50 inciso b) numeral 4), Art. 94 de la de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, y del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) contenido en el Título VI, Capítulo I, Sección 1, Artículo 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por parte de la Mutual La Paz…"

4. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

Que, contra la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008 y con los mismos argumentos que en sus Recursos Jerárquicos, se presentaron, en el mismo orden en el que aparecen, los siguientes Recursos de Revocatoria:

1) En fecha 24 de diciembre de 2008 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**.
2) En fecha 2 de enero de 2009 por el Director **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**.

3) En fecha 24 de diciembre de 2008 por la Directora **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO**.
4) En fecha 24 de diciembre de 2008 por el Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**.
5) En fecha 26 de diciembre de 2008 por el Director **JAVIER HINOJOSA SANTALLA**.
6) En fecha 26 de diciembre 2008 por el Director **REMBERTO FRÍAS MERCADO**.
7) En fecha 26 de diciembre de 2008 por el Director **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS**.
8) En fecha 26 de diciembre 2008 por el Director **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO**.

5. RESOLUCIONES A LOS RECURSOS DE REVOCATORIA.-

5.1. Resolución Administrativa SB N° 055/2009 de 10 de marzo de 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SB N° 055/2009 de 10 de marzo de 2009, correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto por el Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, bajo los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***
Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio de la República intermediación de recursos financieros.

Que, el artículo 50 de la misma Ley establece que las entidades financieras no podrán otorgar créditos a prestatarios o grupos de prestatarios vinculados a ellas, considerando como vinculado el crédito que no demuestre el objeto comercial o producto suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficientes para respaldarlo, conforme el numeral 4 de inciso b) del señalado artículo.

Que, de acuerdo al artículo 9, Sección 2, capítulo 1 Capítulo I: Directrices Generales para la Gestión del Riesgo de Crédito, Título V, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, referida a los principios mínimos para la evaluación de deudores, determinando que cada Entidad de Intermediación Financiera deberá contar con políticas de evaluación de deudores, las que deben contener al menos criterios de evaluación de la capacidad de pago, constituida como el principio fundamental de la evaluación de deudores. Asimismo se determina que cada Entidad de Intermediación Financiera debe definir criterios que le permitan tomar decisiones sobre la base del análisis financiero, la capacidad de generación de flujos de caja positivos, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo.

Que, el artículo 1, Sección 4, Capítulo I, Título V, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece cuales son las responsabilidades del Directorio de las Entidades de Intermediación Financiera entre las cuales se encuentran el aprobar, para uso obligatorio de la Entidad de Intermediación Financiera, el Manual de Evaluación y Calificación de la Cartera de

Créditos, considerando, como mínimo, las disposiciones establecidas en la referida norma, siendo deber del Directorio, supervisar cuidadosamente tales evaluaciones y calificaciones, asumiendo responsabilidad por las mismas.

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras modificada por Ley N° 2297 de 20 de diciembre de 2001, faculta al Superintendente de Bancos y Entidades Financieras a imponer sanciones administrativas a las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados, cuando contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias.

Que, el artículo 13 del Reglamento de sanciones administrativas contenido en la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, dispone que las entidades financieras bancarias que otorguen créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas, serán sancionadas con una multa equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo.

CONSIDERANDO

Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, el inciso a) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, reconoce el Principio Fundamental, por el cual se determina que el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad; por lo que el servidor público deberá apegarse a las causas del bien común, orientando sus decisiones y acciones a la satisfacción de la sociedad, dando prioridad a los intereses de la colectividad, sin que influyan en sus juicios y conducta, situaciones que beneficien a personas o grupos individuales.

Que, la emisión de la Resolución SB N° 241/2008, está orientada a la protección de los derechos de la colectividad en relación a los intereses personales los mismos que se ven afectados y postergados por la anteposición de actuaciones destinadas a beneficiar a personas individuales.

Que, el Principio de Verdad Material previsto por el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, en virtud del cual la decisión de la Administración debe ajustarse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido del expediente, yendo incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración averiguar la verdad de los hechos, no limitando los hechos a simplemente algunas actuaciones que no son determinantes para la toma de las decisiones de la administración pública.

Que, de acuerdo a lo expresado en el presente caso, la Superintendencia de Bancos no se limitó al conocimiento del Acta de Sesión de Directorio que aprueba el crédito de IATEL, en la cual el señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez se excusó de participar, sino que de la revisión de los documentos que antecedieron la aprobación del crédito se pudo constatar la participación activa del señor Andrade en la modificación del Manual de Créditos que dio lugar a la aprobación del crédito de IATEL, circunstancia que origina responsabilidad que se extiende a la aprobación de crédito por cuanto el hecho de acomodar la política y la modificación del Manual de Crédito, ha permitido y facilitado la aprobación de este crédito por el resto de los miembros del Directorio. Para esta conclusión ha sido fundamental considerar el principio de la verdad material en

contraposición a la verdad formal que se referiría a la simple excusa para no participar en la decisión de otorgar el crédito cuando los hechos precedentes demuestran absolutamente una actitud favorable al otorgamiento del préstamo a IATEL.

CONSIDERANDO

Que, para la concesión de las operaciones crediticias a favor de IATEL, se Modificaron las Políticas y Procedimientos de Créditos sin una estrategia comercial definida, sin contar con estudios de mercado e impacto en la cartera colocada ni orientar la modificación al logro de la satisfacción de las necesidades de un mercado objetivo determinado, hecho evidenciados por la siguiente cronología del caso:

1) En fecha 11 de julio de 2006, mediante Acta de Directorio No. 64/2006, la Mutual modificó su política de créditos, incluyendo la aceptación de garantías de empresas de seguros bajo la modalidad de Pólizas de Seguro de "Cumplimiento de Pago", únicamente si la póliza consigna de forma explícita, la irrevocabilidad y obligatoriedad del pago tras el requerimiento efectuado por la Mutual, además de estar establecido que el pago debe ser efectuado en forma inmediata y sin necesidad de requerimiento judicial.
2) El 12 de julio de 2006, la empresa unipersonal Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología - IATEL, cuyo representante legal es el Sr. Víctor Hugo Duran Andrade, acogiéndose a la modificación señalada, mediante carta IAT-132/2006 solicita un crédito a la Mutual por $us120.000, con garantía de Póliza de Cumplimiento de Pago de la Compañía Credinform International de Seguros S.A.
3) Entre el 4 y 9 de agosto de 2006, el área legal de la Mutual, mediante Comunicaciones Internas CI/SGL/199/06 y CI/SGL/0312/01868/06 respectivamente efectúa varias observaciones al contenido de la póliza de garantía, principalmente relacionadas con la falta de una cláusula que exija a la Compañía de Seguros el pago inmediato de la póliza ante incumplimiento del deudor. Por lo que en fecha 16 de agosto de 2006 se solicita a la Compañía aseguradora la inclusión de esta condición.
4) El 21 de agosto de 2006, de acuerdo con nota remitida por la Compañía aseguradora Credinform, la cláusula extrañada, no puede ser incluida mientras IATEL no presente garantías reales u otras de gran liquidez.
5) En fecha 24 de agosto de 2006 el Directorio de la Mutual, mediante Acta N° 077/2006 aprueba la recomendación del Comité de Préstamos, misma que fue presidida por el Director Dr. Mario Andrade Gutiérrez, en sentido de ***flexibilizar en 60 días el plazo exigido en la modalidad de pago para las operaciones con garantía de pólizas de seguro,*** *con la disidencia de los Directores Edith Alarcón A. y Karina Rojas Cánido*
6) Posterior a la modificación de la política de créditos, se desembolsan en distintas fechas, cuatro operaciones bajo las mismas características, todas ellas a favor de la empresa IATEL, siendo este el único cliente beneficiado con esta modalidad de crédito hasta la fecha de la inspección de la Superintendencia de Bancos y Entidades, realizada el 31 de marzo de 2008.
7) Que los créditos señalados a continuación, son los que se aprobaron con la modalidad de pago para las operaciones con garantía de pólizas de seguro, correspondiendo todas estas a la Empresa IATEL y consecuentemente siendo beneficiadas por la modificación del Manual de Créditos, operación que fue promovida por el señor Mario Andrade Gutiérrez

Op. No	Fecha Desembolso	Monto $us	Fecha Vencimiento	Fecha de Pago	Estado
10011068	9.10.06	120. 000	09.02.07	02.02.07	Renovación
10011261	02.02.07	94.000	02.05.07	22.05.07	Cancelado
10011338	21.03. 07	120.000	18,07.07	18.07.07	Cancelado
10011566	22.0607	93.000	19.12.07	-	Reprogramado
	19.12. 07	93.000	17.02. 08		Reprogramado
	17.02. 08	93.000	17.05. 08	-	Reprogramado
	17.05.08	93.000	30.06. 08	-	Reprogramado

CONSIDERANDO

Que, de lo señalado precedentemente se puede observar que previamente a la aprobación de los créditos otorgados a IATEL, el Directorio tuvo que realizar modificaciones al Manual de Créditos de la entidad, modificaciones que fueron promovidas y aprobadas por el señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez y que fueron realizadas únicamente para permitir y facilitar que la Empresa IATEL pueda acceder a los créditos, demostrándose de esta forma que el señor Andrade tuvo una participación directa en la aprobación de los créditos, aún habiéndose excusado de su aprobación formal.

Que, el señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez fue quien propició la aprobación del crédito analizado, teniendo conocimiento de todos los antecedentes de la Empresa IATEL y de su representante legal, toda vez que el actuó como abogado patrocinante en el proceso judicial sostenido entre la Mutual La Paz e IATEL, y que contrario a su deber de lealtad con la entidad no puso en conocimiento de los miembros del Directorio los hechos conocidos, permitiendo la aprobación del crédito.

Que, además de los antecedentes señalados, se debe hacer referencia al incumplimiento de la obligación de prestación de servicios de provisión contraídos por el deudor IATEL con la Aduana Nacional de Bolivia, que únicamente producto de un Recurso de Amparo Constitucional, la autoridad tributaria fue obligada a dar por cumplido el contrato, cuando el bien objeto de la contratación no cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la licitante, hechos que fueron denunciados públicamente en medios de comunicación escrita y televisivos, lo que descarta cualquier justificativo que la virtual recuperación del crédito se basaba en el pago por la provisión de bienes a la Aduana Nacional de Bolivia, inclusive afecta al objeto del crédito concedido por la Mutual La Paz, configurando elementos y evidencias plenas y objetivas de crédito con características vinculatorias prohibidas por ley…"

CONSIDERANDO

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por el Director Mario Saúl Andrade Gutiérrez, se tienen las siguientes consideraciones:

- *En el proceso sancionatorio seguido al señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez, la notificación de cargos realizada mediante carta SB/ISR I/D-47751/2008, está referida al incumplimiento del numeral 4, inciso b) artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por haber otorgado créditos vinculados a favor del señor Víctor Hugo Duran García y la empresa IATEL, y en la presentación de descargos dentro del referido proceso sancionatorio, el señor Andrade no hizo referencia a que en la reunión de Directorio N° 047/2007 él se habría excusado de tratar el tema relacionado con la solicitud del préstamo de IATEL por su parentesco con el representante de IATEL, motivo por el que no habría aprobado el crédito referido.*
- *El referido hecho fue ocasionado por que la presentación de descargos dentro del proceso sancionatorio se realizó de manera conjunta por todos los miembros del Directorio de la Mutual La Paz, sin señalar en ningún momento que el señor Andrade se hubiere excusado de tratar el tema relacionado con el crédito de IATEL, argumento que es presentado ahora en la tramitación del Recurso de Revocatoria y valorado de acuerdo al principio de la sana critica.*
- *La vinculación de créditos, en el caso de IATEL está orientada a que el objeto comercial no justificó el financiamiento recibido, y el patrimonio o flujo neto de recursos de la empresa no respaldó el crédito, aspectos que fueron de conocimiento del señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez y en los que el simplemente se limitó a excusarse, cuando como miembro del Directorio estaba en la obligación de poner en conocimiento de todos los Directores los antecedentes de IATEL, que los conocía no solamente por parentesco consanguíneo, sino también como*

abogado patrocinante de la empresa.

- *De acuerdo a lo señalado por el artículo 322 del Código de Comercio, los directores son responsables solidarios con los que les antecedieron, por la irregularidades en que estos hubieron incurrido, en tal sentido el señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez no puede señalar que no es responsable por "un error" de los anteriores directores, cuando su responsabilidad, en calidad de Director, es que, al advertir situaciones como la que se examina debió adoptar las acciones necesarias para subsanar el error detectado, y no aprobar las modificaciones al Manual de Políticas de Crédito con el propósito de favorecer a IATEL y persistir en las acciones indebidas o errores como las califica.*
- *La vinculación de los créditos no es sancionada en función a las pérdidas, ganancias o utilidades, siendo aberrante considerar que las utilidades originadas por operaciones prohibidas (créditos vinculados) puedan constituir atenuantes, en tal sentido, el argumento no desvirtúa la sanción impuesta, mucho más si consideramos que el crédito no fue pagado por el deudor, sino por la empresa aseguradora Credinform, situación que demuestra que el citado prestatario no tenía patrimonio suficiente para cumplir con dicha obligación. En ese sentido, el criterio de la autoridad reguladora y de control, respecto a que el crédito concedido a IATEL con este tipo de garantía prioriza ésta sobre la capacidad de pago del cliente, configura la otorgación de un crédito vinculado, que se confirma por los antecedentes que rodean el otorgamiento del crédito a la citada empresa.*
- *La ratio decidendi de la Resolución SB/241/2008 de 26 de noviembre de 2008, establece que el señor Andrade tuvo conocimiento de las relaciones crediticias que el señor Víctor Hugo Durán García mantuvo con la Mutual La Paz, toda vez que este actuó como abogado patrocinante del ejecutado dentro de juicio ejecutivo seguido por la Mutual para la recuperación de la deuda impaga del señor Durán…"*

5.2. Resolución Administrativa SB N° 056/2009 de 10 de marzo de 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SB N° 056/2009 de 10 de marzo de 2009, correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa SB/0241 de 26 de noviembre de 2008, bajo los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio de la República intermediación de recursos financieros.

Que, el artículo 50 de la misma Ley establece que las entidades financieras no podrán otorgar créditos a prestatarios o grupos de prestatarios vinculados a ellas, considerando como vinculado el crédito que no demuestre el objeto comercial o producto suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficientes para respaldarlo, conforme el numeral 4 de inciso b) del señalado artículo.

Que, de acuerdo al artículo 9, Sección 2, Capítulo I: Directrices Generales para la Gestión del Riesgo de Crédito, Título V, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, referida a los principios mínimos para la evaluación de deudores, determina que cada entidad de

intermediación financiera deberá contar con políticas de evaluación de deudores, las que deben contener al menos criterios de evaluación de la capacidad de pago, constituida como el principio fundamental de la evaluación de deudores. Asimismo se determina que cada Entidad de Intermediación Financiera debe definir criterios que le permitan tomar decisiones sobre la base del análisis financiero, la capacidad de generación de flujos de caja positivos, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo.

Que, el Artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras primer párrafo determina que las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros con dictamen de auditoría externa, ***elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por esta Superintendencia y Normas Internacionales de Contabilidad aplicadas a la intermediación financiera.***

Que, el Reglamento del Sistema de Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), en el Titulo VI, Capítulo I, Sección 1, artículo 1º señala que el Sistema de Central de Información de Riesgo Crediticio es una base de datos que consolida la información que proporcionan las entidades financieras con relación a sus operaciones crediticias. El Artículo 4º del Reglamento citado, establece que es responsabilidad del Gerente General, velar porque la información que proporciona la entidad sea auténtica, legítima, fidedigna, exacta, veraz y actualizada. El Artículo 5º determina que cualquier incumplimiento al Reglamento será sancionado conforme lo dispone el Titulo XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras modificada por Ley N° 2297 de 20 de diciembre de 2001, faculta al Superintendente de Bancos y Entidades Financieras a imponer sanciones administrativas a las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados, cuando contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias.

Que, el Artículo 13° del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que las entidades financieras bancadas que otorguen créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ella, serán sancionados con una multa equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo. Los directores, síndicos, gerentes, administradores, apoderados generales o funcionarios con distinta denominación que aprueben autoricen u otorguen créditos a que se refiere el señalado artículo, serán pasibles de sanción de suspensión temporal de sus actividades por un plazo no menor a 90 días. Las sanciones señaladas serán aplicadas independientemente de la conminatoria a la entidad de regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Superintendente bajo la directa responsabilidad del Directorio.

Que, la omisión de proceder a adecuarse a la Ley, acarreará para los directores responsables sanciones con multas personales no menores a cuatro ni mayores a diez veces el importe de las dietas que perciban, pudiendo disponerse la suspensión temporal de sus actividades en atención a la gravedad o consecuencias de dicha omisión.

CONSIDERANDO

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por el señor Nelson Paúl Villalobos Sanzetenea en representación de la Mutual La Paz y de la revisión de las pruebas aportadas, se tienen las siguientes consideraciones:

- *La presentación de los dictámenes de auditoría externa mencionando que fueron elaborados conforme a normas de Manual de Cuentas y Normas Internacionales de Contabilidad (NICS) y que se encuentran expuestos libres de presentaciones incorrectas significativas, no deslinda la responsabilidad de la Mutual La Paz de presentar al auditor externo la documentación de manera íntegra, donde estén registradas todas las partidas, considerando que la responsabilidad de los auditores externos está relacionada solamente con el dictamen sobre la razonabilidad de los estados financieros.*
- *Con relación a la prescripción alegada, es importante dejar claramente establecido que la falta del registro contable fue determinada en la Visita de Inspección con resultados contenidos en el Informe SB/ISR I/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008. Adicionalmente corresponde señalar que se considera un atenuante el hecho que la Mutual subsano la observación registrada como una obligación castigada el saldo de $us 50.135.58, que inicialmente no fue registrado.*
- *El Gerente General ratifica el incumplimiento al Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio(CIRC) contenido en el Título VI, Capítulo I, Sección 1, artículo 1º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al señalar que el reporte del crédito no se efectuó por la errónea contabilización realizada por la Entidad.*
- *El numeral 4) Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras establece que será considerado crédito vinculado aquel otorgado a una persona natural o jurídica cuyo patrimonio o flujo neto de recursos no sea suficiente para respaldarlo, esta situación fue verificada por los inspectores de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y ratificada en la Resolución recurrida, debido a que la situación económico - financiera de la Empresa IATEL era negativa, tanto para el crédito inicial como para las operaciones reprogramadas, ya que de acuerdo a sus estados financieros presentaba un flujo de caja operativo negativo, es decir, no contaba con capacidad de pago suficiente para el repago de la deuda ni patrimonio suficiente para justificar el financiamiento recibido, en ese entendido, no es admisible en calidad de descargo la supuesta capacidad de pago de la empresa producto de un contrato de Adquisición o Importación de Equipos de Rayos X, suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia, debido a que esta relación contractual bilateral se compensa mutuamente en la prestación de las obligaciones de ambos contratantes, con la entrega del bien comprometido y el pago por el producto que a su vez emerge de otra obligación subyacente que también origina prestaciones similares a través de comercio exterior, por lo que de ninguna manera estas operaciones pueden constituir patrimonio de la empresa beneficiaria del crédito.*
- *La obligación de que la persona natural o jurídica presente un patrimonio o flujo de recursos suficientes para respaldar el crédito a ser otorgado, es reglamentada y exigida por el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que establece que la capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero por parte de la Entidad, la capacidad de generación de flujos de caja provenientes de las actividades propias del giro del negocio, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo". Definición adoptada por la entidad en su Manual de Políticas de Crédito (Inciso D. y b., de los puntos 2. y 1, del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo).*

  Asimismo, el último párrafo del subinciso c, inciso D., punto 2., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo; índica que "En el caso de personas jurídicas, la evaluación deberá concentrarse en la capacidad de generación de flujos de efectivo (operativo) positivos y establecido en el tiempo, así como la estacionalidad, temporalidad, tendencia y ciclos de actividad del negocio de la Empresa.".

En ese entendido, el Manual de Políticas de Préstamos de la Mutual La Paz, Capítulo Vil, literal C Anexo 2, al definir a la fuente de pago como aquella proveniente de los flujos operativos generados por la actividad u operación a ser financiada, contraría los principios de buenas prácticas y menos puede ser considerado como descargo para demostrar el cumplimiento legal como pretende el recurrente.

Adicionalmente en el eventual caso de ser factible la interpretación que pretende justificar el recurrente, podría dar lugar a la contravención del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y la normativa vigente, incurriendo en prácticas (sic) viciosas al permitir que los prestatarios no dispongan de patrimonio alguno para responder a sus obligaciones, sino solamente con el producto de la operación financiada que podría estar expuesta a otro tipo de riesgos lo que impediría la recuperación del crédito, perjudicando absolutamente el circuito de la intermediación financiera.

- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras observó la situación financiera del prestatario respecto al flujo proyectado por la Mutual que presentaba resultados positivos, que no reflejaban ni se sustentaban en los estados financieros del deudor ni en su comportamiento crediticio histórico, sino en partidas carentes de respaldo documental.*
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, al fundamentar en la Resolución SB N°241/2008 que el contrato suscrito no podía considerarse como respaldo de la situación financiera de la empresa, señaló entre otras cosas, que ninguno de los documentos contractuales suscritos entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, obligaban expresamente a esta última a realizar el pago de la deuda directamente, lo que no quiere decir que se exija que dicha documentación contenga la mencionada obligación, simplemente llamó la atención el riesgo de incumplimiento de la obligación por cuanto el pago al proveedor no asegura su cumplimiento al financiador, circunstancia que constituye un indicio adicional que permite percibir trato preferente al deudor, sin embargo, la sanción es objetiva al referirse al incumplimiento del numeral 4) del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras al observar que se otorgo a IATEL créditos, no obstante que su patrimonio o flujo neto de recursos era insuficiente para respaldarlo.*
- *A todos los antecedentes señalados, se debe añadir la consideración del incumplimiento de la obligación de prestación de servicios de provisión contraídos por el deudor IATEL con la Aduana Nacional de Bolivia, que únicamente producto de un Recurso de Amparo Constitucional, la autoridad tributaria fue obligada a dar por cumplido el contrato, cuando el bien objeto de la contratación no cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la licitante, hechos que fueron denunciados públicamente en medios de comunicación escrita y televisivos, lo que descarta cualquier justificativo que la virtual recuperación del crédito se basaba en el pago por la provisión de bienes a la Aduana Nacional de Bolivia, inclusive afecta al objeto del crédito concedido por la Mutual La Paz, configurando elementos y evidencias plenas y objetivas de crédito con características vinculatorias prohibidas por ley.*
- *El descargo referente a que, debido a la omisión del registro contable, no se había podido detectar algún parámetro de vinculación entre las operaciones concedidas en 1994 y 2007 en las que el señor Víctor Hugo Duran García participó como titular y como ejecutivo de la Empresa IATEL, no puede ser admitido como descargo, debido a que la Superintendencia no estableció la vinculación de ambas operaciones como señala el recurrente, sino estableció la calidad de grupo prestatario que conforman IATEL de Víctor Hugo Duran Andrade (hijo) y el Sr. Víctor Hugo Duran García (padre), debido a que éste último ejerce funciones de Gerente Adjunto, cuyos ingresos para el pago de las deudas de ambos prestatarios provienen de la actividad económica de IATEL, consecuentemente representan grupo prestatario por administración, en ese entendido las operaciones concedidas a ambos prestatarios representaban un sólo riesgo, de acuerdo con lo establecido en el inciso c) del artículo 50° de*

la Ley de Bancos y Entidades Financieras y la Carta Circular SB/736/2007 de 29 de marzo de 2007.

- *El no evaluar la capacidad de pago de la empresa como establece la normativa vigente y la circunstancia que el deudor no pagó la obligación con su patrimonio, sino con una garantía secundaria originada en una cobertura de siniestro, demuestra con claridad la ausencia de patrimonio y flujo del deudor, por lo que no puede considerarse el descargo presentado referente a que el incumplimiento en el pago a la Mutual por parte del prestatario fue originada por voluntad unilateral de la Aduana Nacional de Bolivia.*
  Adicionalmente, corresponde considerar que con la inclusión de una póliza de seguro en calidad de garantía en una operación de crédito, la Mutual La Paz ha privilegiado la garantía de la operación sobre el análisis de la capacidad de pago de IATEL, transfiriendo el riesgo de no pago a la compañía de seguros, criterio que desnaturaliza la existencia misma de una entidad de intermediación financiera, incumpliendo con sanas prácticas de gestión de riesgo crediticio.
- *La sanción ha sido impuesta a la entidad, tomando en cuenta las reglas de determinación de penas del Derecho Penal, entre las que se encuentra el Concurso Material o Real, por el cual se producen varios hechos realizados por la misma persona, constituyendo cada uno de ellos en una infracción a la norma, y con la peculiaridad que no están conectados entre sí, formando parte de este Concurso el Sistema de la Absorción por el cual la pena mayor absorbe a la menor.*
- *La notificación de cargos realizada mediante carta SB/ISR-I/D-47674/2008 determina la infracción a disposiciones legales tipificados en la normativa de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, estableciendo el incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, incumplimiento al primer párrafo del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras e incumplimiento al Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) contenido en el artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en tal sentido de acuerdo al Concurso Material o Real se aplicó la sanción determinada en la norma para el incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras por ser esta la mayor de los tres cargos notificados, tomado en cuenta todas las atenuantes y agravantes…*"

5.3. Resolución Administrativa SB N° 057/2009 de 10 de marzo de 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SB N° 057/2009 de 10 de marzo de 2009, correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto por la Directora **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO**, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó:

"*… Confirmar parcialmente la Resolución N° SB/241/2008 de 26 de noviembre de 2008, sancionando a la Directora Karina Rojas Canido con la suspensión temporal de sus funciones por el lapso de tres (3) meses…*"

Los fundamentos expuestos en la citada Resolución son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por la Directora Karina Rojas Cánido, se tienen las siguientes consideraciones:

- *La suscripción de cualquier memorial dentro de un proceso significa que el profesional suscribiente es co-patrocinante de proceso judicial, hecho que es reconocido por Karina Rojas*

Cánido, por lo que se determina que actuó como co-patrocinante en el proceso judicial referido, conociendo todos los antecedentes crediticios del grupo conformado por la empresa IATEL y Víctor Hugo Duran García, aspecto que fue tomado en cuenta al momento de imponerse la sanción ya que aún para suscribir un solo memorial, es necesario que el profesional conozca los antecedentes del proceso.

- *La Comunicación Interna GG/BA/409/2007 de 22 de mayo de 2007, está dirigida a Dr. Javier Navarro A. Presidente del Directorio de Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", mediante la cual se pone en conocimiento del destinatario, y se solicita que se ponga en conocimiento de los miembros del Directorio, los informes BA/408/2007 del área de bienes adjudicados y el Informe DT/074/07 del Departamento Técnico, referidos a las propuestas presentadas para la compra del inmueble adjudicado de Víctor Hugo Duran García por la suma de Dólares Americanos 121.065,58 correspondiente a saldo a capital ejecutado, con un aporte propio de Dólares Americanos 15.000 y financiamiento de la propia Mutual, de Dólares Americanos 106.065,58; en tal sentido, se debe aclarar que el hecho de que los miembros de Directorio tengan conocimiento de los antecedentes del crédito de IATEL no atenúa la responsabilidad de la Directora Rojas, toda vez que ella conocía los antecedentes desde 1997, cuando actuó como abogado patrocinante en el proceso de Víctor Hugo Duran García.*
- *La disidencia en la aprobación de la modificación del Manual de Políticas de Préstamo no exime a la Directora Karina Rojas de la responsabilidad por la aprobación del crédito a favor de de IATEL. La sanción fue impuesta por la aprobación del préstamo de IATEL por 93.000 Dólares Americanos, crédito aprobado en la Sesión de Directorio Nº 047/2007 de 19 de junio de 2007 en la cual la Directora Karina Rojas Cánido asistió y otorgó su aceptación.*
- *El artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que cuando las entidades financieras, directores, síndicos, gerentes, empleados contravengan las disposiciones de esta ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de sanciones administrativas, entre las cuales se encuentra la suspensión de actividades de directores, síndicos, gerentes, administradores y apoderados en general, pudiendo ser temporal o permanente, en caso de ser temporal deberá estar respaldada por resolución expresa de la Superintendencia debidamente fundamentada. En el presente caso se ha emitido la resolución fundamentada, por lo que el Principio de Legalidad ha sido plenamente cumplido. Asimismo el artículo 154 de la señalada Ley, en su último párrafo faculta a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, a reglamentar la aplicación de sanciones en cuyo cumplimiento emitió el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras, cuyo artículo 13 dispone que las entidades financieras que otorguen créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas, serán sancionadas con una multa equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo y los directores, síndicos, gerentes, administradores, apoderados generales o funcionarios con distinta denominación, que aprueben, autoricen u otorguen los créditos a que se refiere el señalado Artículo serán pasibles de sanción de suspensión temporal de sus actividades por un plazo no menor a 90 días.*
- *La sanción contenida en la Resolución SB Nº 241/2008 fue impuesta en atención a que la Directora Karina Rojas aprobó el préstamo de IATEL por 93.000 Dólares Americanos, como lo establece el Acta de la Sesión de Directorio Nº 47/2007 pese a que tuvo conocimiento de los antecedentes crediticios de uno de los miembros del grupo económico IATEL-Duran García al haber actuado como abogada patrocinante en el proceso ejecutivo iniciado por Mutual La Paz contra el señor Víctor Durán García al haber actuado como abogada patrocinante en el proceso ejecutivo iniciado por Mutual La Paz contra el señor Víctor Durán García…*"

5.4. Resolución Administrativa SB Nº 058/2009 de 10 de marzo de 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SB Nº 058/2009 de 10 de marzo de 2009, correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto por el Director **JAVIER HINOJOSA**

SANTALLA, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, bajo los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO***

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por el Director Javier Hinojosa Santalla, se tienen las siguientes consideraciones:

- *El numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que será considerado crédito vinculado aquel otorgado a una persona natural o jurídica cuyo patrimonio o flujo neto de recursos no sea suficiente para respaldarlo, esta situación fue verificada por los inspectores y ratificada en la Resolución recurrida, debido a que la situación económico - financiera de la Empresa IATEL era negativa, tanto para el crédito inicial como para las operaciones reprogramadas, ya que de acuerdo a los estados financieros presenta un flujo de caja operativo negativo, es decir, no contaba con capacidad de pago suficiente para el repago de la deuda ni patrimonio suficiente para justificar el financiamiento recibido que asegure el repago con los recursos generados por el giro del negocio y no por una operación en particular u actividad específica. Las anteriores circunstancias evidencian un tratamiento especial en el otorgamiento del crédito a un prestatario que no reúne las condiciones que exige la normativa y las disposiciones legales.*
- *El descargo presentado en relación a que la supuesta capacidad de pago de la empresa se sustenta simplemente en la ejecución y cumplimiento de un contrato de provisión, no constituye suficiente justificativo para descargar la responsabilidad o desvirtuar la contravención notificada. El Contrato de Adquisición o Importación de Equipos de Rayos X, suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia, constituye una relación contractual bilateral que se compensa mutuamente en la prestación de las obligaciones de ambos contratantes, con la entrega del bien comprometido y el pago por el producto que a su vez emerge de otra obligación subyacente que también origina prestaciones similares a través de comercio exterior, por lo que de ninguna manera estas operaciones pueden constituir patrimonio de la empresa beneficiaria del crédito.*
- *La obligación de que la persona natural o jurídica presente un patrimonio o flujo de recursos suficientes para respaldar el crédito a ser otorgado, es reglamentada y exigida por el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que establece que la capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero por parte de la Entidad, la capacidad de generación de flujos de caja provenientes de las actividades propias del giro del negocio, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo". Definición adoptada por la entidad en su Manual de Políticas de Crédito (Inciso D. y b., de los puntos 2. y 1., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo).*

  Asimismo, el último párrafo del subinciso c, inciso D., punto 2., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo; indica que "En el caso de personas jurídicas, la evaluación deberá concentrarse en la capacidad de generación de flujos de efectivo (operativo) positivos y establecido en el tiempo, así como la estacionalidad, temporalidad, tendencia y ciclos de actividad del negocio de la Empresa.".
- *En ese entendido, el Manual de Políticas de Préstamos de la Mutual La Paz, Capítulo Vil, literal C Anexo 2, al definir a la fuente de pago como aquella proveniente de los flujos operativos*

generados por la actividad u operación a ser financiada, contraría los principios de buenas prácticas y menos puede ser considerado como descargo para demostrar el cumplimiento legal como pretende el recurrente.

Adicionalmente, en el eventual caso de ser factible la interpretación que pretende justificar el recurrente, podría dar lugar a la contravención del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y la normativa vigente, incurriendo en prácticas viciosas al permitir que los prestatarios no dispongan de patrimonio alguno para responder a sus obligaciones, sino solamente con el producto de la operación financiada que podría estar expuesta a otro tipo de riesgos lo que impediría la recuperación del crédito, perjudicando absolutamente el circuito de la intermediación financiera.

- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras observó la situación financiera del prestatario respecto al flujo proyectado por la Mutual que presentaba resultados positivos, que no reflejaban ni se sustentaban en los estados financieros del deudor ni en su comportamiento crediticio histórico, sino en partidas carentes de respaldo documental.*
- *El no evaluar la capacidad de pago de la empresa como establece la normativa vigente y la circunstancia que el deudor no pagó la obligación con su patrimonio, sino con una garantía secundaria originada en una cobertura de siniestro, demuestra con claridad la ausencia de patrimonio y flujo del deudor.*
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, al fundamentar en la Resolución SB N°241/2008 que el contrato suscrito no podía considerarse como respaldo de la situación financiera de la empresa, señaló entre otras cosas, que ninguno de los documentos contractuales suscritos entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, obligaban expresamente a esta última a realizar el pago de la deuda directamente, lo que no quiere decir que se exija que dicha documentación contenga la mencionada obligación, simplemente llamó la atención el riesgo de incumplimiento de la obligación por cuanto el pago al proveedor no asegura su cumplimiento al financiador, circunstancia que constituye un indicio adicional que permite percibir trato preferente al deudor, sin embargo, la sanción es objetiva al referirse al incumplimiento del numeral 4) del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras al observar que se otorgo a IATEL créditos, no obstante que su patrimonio o flujo neto de recursos era insuficiente para respaldarlo.*
- *La vinculación de los créditos no es sancionada en función a las pérdidas, ganancias o utilidades, siendo aberrante considerar que las utilidades originadas por operaciones prohibidas (créditos vinculados) puedan constituir atenuantes, en tal sentido, el argumento no desvirtúa la sanción impuesta, mucho más si consideramos que el crédito no fue pagado por el deudor, sino por la empresa aseguradora Credinform, situación que demuestra que el citado prestatario no tenía patrimonio suficiente para cumplir con dicha obligación. En ese sentido, el criterio de la autoridad reguladora y de control, respecto a que el crédito concedido a IATEL con este tipo de garantía prioriza ésta sobre la capacidad de pago del cliente, configura la otorgación de un crédito vinculado, que se confirma por los antecedentes que rodean el otorgamiento del crédito a la citada empresa.*
- *A todos los antecedentes señalados, se deben considerar los antecedentes referidos al incumplimiento de la obligación de prestación de servicios de provisión contraídos por el deudor IATEL con la Aduana Nacional de Bolivia, que únicamente producto de un Recurso de Amparo Constitucional, la autoridad tributaria fue obligada a dar por cumplido el contrato, cuando el bien objeto de la contratación no cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la licitante, hechos que fueron denunciados públicamente en medios de comunicación escrita y televisivos, lo que descarta cualquier justificativo que la virtual recuperación del crédito se basaba en el pago por la provisión de bienes a la Aduana Nacional de Bolivia, inclusive afecta al objeto del crédito concedido por la Mutual La Paz, configurando elementos y evidencias plenas y objetivas de crédito con características vinculatorias prohibidas por ley.*
- *En ningún momento se aplicó lo establecido el Art. 322 del Código de Comercio. La sanción*

establecida en la Resolución SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, se impuso por la responsabilidad en la aprobación de las operaciones de IATEL, sobre las que se ha establecido vinculación a la entidad en los términos del Art. 50 inciso b) numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras…"

5.5. Resolución Administrativa SB N° 059/2009 de 10 de marzo de 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SB N° 059/2009 de 10 de marzo de 2009, correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto por el Director **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO**, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, bajo los fundamentos siguientes:

"***…CONSIDERANDO***

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por el Director Carlos Javier Calderón Eduardo, se tienen las siguientes consideraciones:

- *El numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que será considerado crédito vinculado aquel otorgado a una persona natural o jurídica cuyo patrimonio o flujo neto de recursos no sea suficiente para respaldarlo, esta situación fue verificada por los inspectores y ratificada en la Resolución recurrida, debido a que la situación económico - financiera de la Empresa IATEL era negativa, tanto para el crédito inicial como para las operaciones reprogramadas, ya que de acuerdo a los estados financieros presenta un flujo de caja operativo negativo, es decir, no contaba con capacidad de pago suficiente para el repago de la deuda ni patrimonio suficiente para justificar el financiamiento recibido que asegure el repago con los recursos generados por el giro del negocio y no por una operación en particular u actividad específica. Las anteriores circunstancias evidencian un tratamiento especial en el otorgamiento del crédito a un prestatario que no reúne las condiciones que exige la normativa y las disposiciones legales.*
- *El descargo presentado en relación a que la supuesta capacidad de pago de la empresa se sustenta simplemente en la ejecución y cumplimiento de un contrato de provisión, no constituye suficiente justificativo para descargar la responsabilidad o desvirtuar la contravención notificada. El Contrato de Adquisición o Importación de Equipos de Rayos X, suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia, constituye una relación contractual bilateral que se compensa mutuamente en la prestación de las obligaciones de ambos contratantes, con la entrega del bien comprometido y el pago por el producto que a su vez emerge de otra obligación subyacente que también origina prestaciones similares a través de comercio exterior, por lo que de ninguna manera estas operaciones pueden constituir patrimonio de la empresa beneficiaría del crédito.*
- *La obligación de que la persona natural o jurídica presente un patrimonio o flujo de recursos suficientes para respaldar el crédito a ser otorgado, es reglamentada y exigida por el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que establece que la capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero por parte de la Entidad, la capacidad de generación de flujos de caja provenientes de las actividades propias del giro del negocio, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo". Definición adoptada por la entidad en su Manual de Políticas de Crédito (Inciso D. y b., de los puntos 2. y 1., del Capítulo IV, relacionado a la*

Evaluación del Préstamo).
Asimismo, el último párrafo del subinciso c, inciso D., punto 2., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo; indica que "En el caso de personas jurídicas, la evaluación deberá concentrarse en la capacidad de generación de flujos de efectivo (operativo) positivos y establecido en el tiempo, así como la estacionalidad, temporalidad, tendencia y ciclos de actividad del negocio de la Empresa.".

- *En ese entendido, el Manual de Políticas de Préstamos de la Mutual La Paz, Capítulo VII, literal C Anexo 2, al definir a la fuente de pago como aquella proveniente de los flujos operativos generados por la actividad u operación a ser financiada, contraría los principios de buenas prácticas y menos puede ser considerado como descargo para demostrar el cumplimiento legal como pretende el recurrente.*
  Adicionalmente, en el eventual caso de ser factible la interpretación que pretende justificar el recurrente, podría dar lugar a la contravención del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y la normativa vigente, incurriendo en prácticas viciosas al permitir que los prestatarios no dispongan de patrimonio alguno para responder a sus obligaciones, sino solamente con el producto de la operación financiada que podría estar expuesta a otro tipo de riesgos lo que impediría la recuperación del crédito, perjudicando absolutamente el circuito de la intermediación financiera.
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras observó la situación financiera del prestatario respecto al flujo proyectado por la Mutual que presentaba resultados positivos, que no reflejaban ni se sustentaban en los estados financieros del deudor ni en su comportamiento crediticio histórico, sino en partidas carentes de respaldo documental.*
- *El no evaluar la capacidad de pago de la empresa como establece la normativa vigente y la circunstancia que el deudor no pagó la obligación con su patrimonio, sino con una garantía secundaria originada en una cobertura de siniestro, demuestra con claridad la ausencia de patrimonio y flujo del deudor.*
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, al fundamentar en la Resolución SB N°241/2008 que el contrato suscrito no podía considerarse como respaldo de la situación financiera de la empresa, señaló entre otras cosas, que ninguno de los documentos contractuales suscritos entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, obligaban expresamente a esta última a realizar el pago de la deuda directamente, lo que no quiere decir que se exija que dicha documentación contenga la mencionada obligación, simplemente llamó la atención el riesgo de incumplimiento de la obligación por cuanto el pago al proveedor no asegura su cumplimiento al financiador, circunstancia que constituye un indicio adicional que permite percibir trato preferente al deudor, sin embargo, la sanción es objetiva al referirse al incumplimiento del numeral 4) del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras al observar que se otorgo a IATEL créditos, no obstante que su patrimonio o flujo neto de recursos era insuficiente para respaldarlo.*
- *La vinculación de los créditos no es sancionada en función a las pérdidas, ganancias o utilidades, siendo aberrante considerar que las utilidades originadas por operaciones prohibidas (créditos vinculados) puedan constituir atenuantes, en tal sentido, el argumento no desvirtúa la sanción impuesta, mucho más si consideramos que el crédito no fue pagado por el deudor, sino por la empresa aseguradora Credinform, situación que demuestra que el citado prestatario no tenía patrimonio suficiente para cumplir con dicha obligación. En ese sentido, el criterio de la autoridad reguladora y de control, respecto a que el crédito concedido a IATEL con este tipo de garantía prioriza ésta sobre la capacidad de pago del cliente, configura la otorgación de un crédito vinculado, que se confirma por los antecedentes que rodean el otorgamiento del crédito a la citada empresa.*
- *A todos los antecedentes señalados, se deben considerar los antecedentes referidos al incumplimiento de la obligación de prestación de servicios de provisión contraídos por el deudor IATEL con la Aduana Nacional de Bolivia, que únicamente producto de un Recurso de Amparo Constitucional, la autoridad tributaria fue obligada a dar por cumplido el contrato,*

cuando el bien objeto de la contratación no cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la licitante, hechos que fueron denunciados públicamente en medios de comunicación escrita y televisivos, lo que descarta cualquier justificativo que la virtual recuperación del crédito se basaba en el pago por la provisión de bienes a la Aduana Nacional de Bolivia, inclusive afecta al objeto del crédito concedido por la Mutual La Paz, configurando elementos y evidencias plenas y objetivas de crédito con características vinculatorias prohibidas por ley.

- *En ningún momento se aplicó lo establecido el Art. 322 del Código de Comercio. La sanción establecida en la Resolución SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, se impuso por la responsabilidad en la aprobación de las operaciones de IATEL, sobre las que se ha establecido vinculación a la entidad en los términos del Art. 50 inciso b) numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*
- *De la certificación presentada por el recurrente se observa que no participó en la cesión del directorio que otorgó el préstamo de IATEL; sin embargo, de la revisión del Acta del Comité de Préstamos N° 018/2007 de 14 de junio de 2007, se evidencia que el Director Carlos Calderón, en su condición de miembro de dicho Comité aprobó el crédito por $us93.000, en favor de la empresa IATEL y recomendó su autorización por parte del Directorio, con la condición de que previo al desembolso, la empresa presente el contrato y resolución de adjudicación y la póliza de seguro de cumplimiento, dicha situación demuestra el incumplimiento a lo dispuesto por el Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y sancionado por el Art. 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas, que aprueben, autoricen u otorguen créditos vinculados…"*

5.6. Resolución Administrativa SB N° 060/2009 de 10 de marzo de 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SB N° 060/2009 de 10 de marzo de 2009, correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto por el Director **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS**, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, bajo los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO***

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por el Director Víctor Ronald Quinteros Limpias, se tienen las siguientes consideraciones:

- *El numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que será considerado crédito vinculado aquel otorgado a una persona natural o jurídica cuyo patrimonio o flujo neto de recursos no sea suficiente para respaldarlo, esta situación fue verificada por los inspectores y ratificada en la Resolución recurrida, debido a que la situación económico - financiera de la Empresa IATEL era negativa, tanto para el crédito inicial como para las operaciones reprogramadas, ya que de acuerdo a los estados financieros presenta un flujo de caja operativo negativo, es decir, no contaba con capacidad de pago suficiente para el repago de la deuda ni patrimonio suficiente para justificar el financiamiento recibido que asegure el repago con los recursos generados por el giro del negocio y no por una operación en particular u actividad específica. Las anteriores circunstancias evidencian un tratamiento especial en el otorgamiento del crédito a un prestatario que no reúne las condiciones que exige la normativa y las disposiciones legales.*
- *El descargo presentado en relación a que la supuesta capacidad de pago de la empresa se sustenta simplemente en la ejecución y cumplimiento de un contrato de provisión, no constituye suficiente justificativo para descargar la responsabilidad o desvirtuar la contravención notificada. El Contrato de Adquisición o Importación de Equipos de Rayos X, suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia, constituye una relación contractual bilateral que se compensa*

mutuamente en la prestación de las obligaciones de ambos contratantes, con la entrega del bien comprometido y el pago por el producto que a su vez emerge de otra obligación subyacente que también origina prestaciones similares a través de comercio exterior, por lo que de ninguna manera estas operaciones pueden constituir patrimonio de la empresa beneficiaría del crédito.

- *La obligación de que la persona natural o jurídica presente un patrimonio o flujo de recursos suficientes para respaldar el crédito a ser otorgado, es reglamentada y exigida por el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que establece que la capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero por parte de la Entidad, la capacidad de generación de flujos de caja provenientes de las actividades propias del giro del negocio, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo. Definición adoptada por la entidad en su Manual de Políticas de Crédito (Inciso D. y b., de los puntos 2. y 1., del Capitulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo).*
  Asimismo, el último párrafo del subinciso c, inciso D., punto 2., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo; indica que "En el caso de personas jurídicas, la evaluación deberá concentrarse en la capacidad de generación de flujos de efectivo (operativo) positivos y establecido en el tiempo, así como la estacionalidad, temporalidad, tendencia y ciclos de actividad del negocio de la Empresa.".
- *En ese entendido, el Manual de Políticas de Préstamos de la Mutual La Paz, Capítulo Vil, literal C Anexo 2, al definir a la fuente de pago como aquella proveniente de los flujos operativos generados por la actividad u operación a ser financiada, contraría los principios de buenas prácticas y menos puede ser considerado como descargo para demostrar el cumplimiento legal como pretende el recurrente.*
  Adicionalmente, en el eventual caso de ser factible la interpretación que pretende justificar el recurrente, podría dar lugar a la contravención del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y la normativa vigente, incurriendo en practicas (sic) viciosas al permitir que los prestatarios no dispongan de patrimonio alguno para responder a sus obligaciones, sino solamente con el producto de la operación financiada que podría estar expuesta a otro tipo de riesgos lo que impediría la recuperación del crédito, perjudicando absolutamente el circuito de la intermediación financiera.
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras observó la situación financiera del prestatario respecto al flujo proyectado por la Mutual que presentaba resultados positivos, que no reflejaban ni se sustentaban en los estados financieros del deudor ni en su comportamiento crediticio histórico, sino en partidas carentes de respaldo documental.*
- *El no evaluar la capacidad de pago de la empresa como establece la normativa vigente y la circunstancia que el deudor no pagó la obligación con su patrimonio, sino con una garantía secundaria originada en una cobertura de siniestro, demuestra con claridad la ausencia de patrimonio y flujo del deudor.*
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, al fundamentar en la Resolución SB N°241/2008 que el contrato suscrito no podía considerarse como respaldo de la situación financiera de la empresa, señaló entre otras cosas, que ninguno de los documentos contractuales suscritos entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, obligaban expresamente a esta última a realizar el pago de la deuda directamente, lo que no quiere decir que se exija que dicha documentación contenga la mencionada obligación, simplemente llamó la atención el riesgo de incumplimiento de la obligación por cuanto el pago al proveedor no asegura su cumplimiento al financiador, circunstancia que constituye un indicio adicional que permite percibir trato preferente al deudor, sin embargo, la sanción es objetiva al referirse al incumplimiento del numeral 4) del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras al*

observar que se otorgo a IATEL créditos, no obstante que su patrimonio o flujo neto de recursos era insuficiente para respaldarlo.

- *A todos los antecedentes señalados, se deben considerar los antecedentes referidos al incumplimiento de la obligación de prestación de servicios de provisión contraídos por el deudor IATEL con la Aduana Nacional de Bolivia, que únicamente producto de un Recurso de Amparo Constitucional, la autoridad tributaria fue obligada a dar por cumplido el contrato, cuando el bien objeto de la contratación no cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la licitante, hechos que fueron denunciados públicamente en medios de comunicación escrita y televisivos, lo que descarta cualquier justificativo que la virtual recuperación de crédito se basaba en el pago por la provisión de Bienes a la Aduana Nacional de Bolivia, inclusive afecta al objeto del crédito concedido por la Mutual la Paz, configurando elementos y evidencias plena y objetivas de crédito con características vinculatorias prohibidas por Ley*
- *En ningún momento se aplicó lo establecido el Art. 322 del Código de Comercio. La sanción establecida en la Resolución SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, se impuso por la responsabilidad en la aprobación las operaciones de IATEL, sobre las que se ha establecido vinculación a la entidad en los términos del Art. 50 inciso b) numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras…"*

5.7. Resolución Administrativa SB N° 061/2009 de 10 de marzo de 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SB N° 061/2009 de 10 de marzo de 2009, correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto por el Director **REMBERTO FRÍAS MERCADO**, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, bajo los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO***

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por el Director Remberto Frías Mercado, se tienen las siguientes consideraciones:

- *El numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que será considerado crédito vinculado aquel otorgado a una persona natural o jurídica cuyo patrimonio o flujo neto de recursos no sea suficiente para respaldarlo, esta situación fue verificada por los inspectores y ratificada en la Resolución recurrida, debido a que la situación económico - financiera de la Empresa IATEL era negativa, tanto para el crédito inicial como para las operaciones reprogramadas, ya que de acuerdo a los estados financieros presenta un flujo de caja operativo negativo, es decir, no contaba con capacidad de pago suficiente para el repago de la deuda ni patrimonio suficiente para justificar el financiamiento recibido que asegure el repago con los recursos generados por el giro del negocio y no por una operación en particular u actividad específica. Las anteriores circunstancias evidencian un tratamiento especial en el otorgamiento del crédito a un prestatario que no reúne las condiciones que exige la normativa y las disposiciones legales.*
- *El descargo presentado en relación a que la supuesta capacidad de pago de la empresa se sustenta simplemente en la ejecución y cumplimiento de un contrato de provisión, no constituye suficiente justificativo para descargar la responsabilidad o desvirtuar la contravención notificada. El Contrato de Adquisición o Importación de Equipos de Rayos X, suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia, constituye una relación contractual bilateral que se compensa mutuamente en la prestación de las obligaciones de ambos contratantes, con la entrega del bien comprometido y el pago por el producto que a su vez emerge de otra obligación subyacente que también origina prestaciones similares a través de comercio exterior, por lo*

que de ninguna manera estas operaciones pueden constituir patrimonio de la empresa beneficiaría del crédito.

- *La obligación de que la persona natural o jurídica presente un patrimonio o flujo de recursos suficientes para respaldar el crédito a ser otorgado, es reglamentada y exigida por el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que establece que la capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero por parte de la Entidad, la capacidad de generación de flujos de caja provenientes de las actividades propias del giro del negocio, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo". Definición adoptada por la entidad en su Manual de Políticas de Crédito (Inciso D. y b., de los puntos 2. y 1., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo).*
  Asimismo, el último párrafo del subinciso c, inciso D., punto 2., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo; indica que "En el caso de personas jurídicas, la evaluación deberá concentrarse en la capacidad de generación de flujos de efectivo (operativo) positivos y establecido en el tiempo, así como la estacionalidad, temporalidad, tendencia y ciclos de actividad del negocio de la Empresa.".
- *En ese entendido, el Manual de Políticas de Préstamos de la Mutual La Paz, Capítulo Vil, literal C Anexo 2, al definir a la fuente de pago como aquella proveniente de los flujos operativos generados por la actividad u operación a ser financiada, contraría los principios de buenas prácticas y menos puede ser considerado como descargo para demostrar el cumplimiento legal como pretende el recurrente.*
  Adicionalmente, en el eventual caso de ser factible la interpretación que pretende justificar el recurrente, podría dar lugar a la contravención del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y la normativa vigente, incurriendo en prácticas viciosas al permitir que los prestatarios no dispongan de patrimonio alguno para responder a sus obligaciones, sino solamente con el producto de la operación financiada que podría estar expuesta a otro tipo de riesgos lo que impediría la recuperación del crédito, perjudicando absolutamente el circuito de la intermediación financiera.
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras observó la situación financiera del prestatario respecto al flujo proyectado por la Mutual que presentaba resultados positivos, que no reflejaban ni se sustentaban en los estados financieros del deudor ni en su comportamiento crediticio histórico, sino en partidas carentes de respaldo documental.*
- *El no evaluar la capacidad de pago de la empresa como establece la normativa vigente y la circunstancia que el deudor no pagó la obligación con su patrimonio, sino con una garantía secundaria originada en una cobertura de siniestro, demuestra con claridad la ausencia de patrimonio y flujo del deudor.*
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, al fundamentar en la Resolución SB N°241/2008 que el contrato suscrito no podía considerarse como respaldo de la situación financiera de la empresa, señaló entre otras cosas, que ninguno de los documentos contractuales suscritos entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, obligaban expresamente a esta última a realizar el pago de la deuda directamente, lo que no quiere decir que se exija que dicha documentación contenga la mencionada obligación, simplemente llamó la atención el riesgo de incumplimiento de la obligación por cuanto el pago al proveedor no asegura su cumplimiento al financiador, circunstancia que constituye un indicio adicional que permite percibir trato preferente al deudor, sin embargo, la sanción es objetiva al referirse al incumplimiento del numeral 4) del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras al observar que se otorgo a IATEL créditos, no obstante que su patrimonio o flujo neto de recursos era insuficiente para respaldarlo.*

- *La vinculación de los créditos no es sancionada en función a las pérdidas, ganancias o utilidades, siendo aberrante considerar que las utilidades originadas por operaciones prohibidas (créditos vinculados) puedan constituir atenuantes, en tal sentido, el argumento no desvirtúa la sanción impuesta, mucho más si consideramos que el crédito no fue pagado por el deudor, sino por la empresa aseguradora Credinform, situación que demuestra que el citado prestatario no tenía patrimonio suficiente para cumplir con dicha obligación. En ese sentido, el criterio de la autoridad reguladora y de control, respecto a que el crédito concedido a IATEL con este tipo de garantía prioriza ésta sobre la capacidad de pago del cliente, configura la otorgación de un crédito vinculado, que se confirma por los antecedentes que rodean el otorgamiento del crédito a la citada empresa.*
- *A todos los antecedentes señalados, se deben considerar los antecedentes referidos al incumplimiento de la obligación de prestación de servicios de provisión contraídos por el deudor IATEL con la Aduana Nacional de Bolivia, que únicamente producto de un Recurso de Amparo Constitucional, la autoridad tributaria fue obligada a dar por cumplido el contrato, cuando el bien objeto de la contratación no cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la licitante, hechos que fueron denunciados públicamente en medios de comunicación escrita y televisivos, lo que descarta cualquier justificativo que la virtual recuperación del crédito se basaba en el pago por la provisión de bienes a la Aduana Nacional de Bolivia, inclusive afecta al objeto del crédito concedido por la Mutual La Paz, configurando elementos y evidencias plenas y objetivas de crédito con características vinculatorias prohibidas por ley.*
- *La sanción establecida en la Resolución SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, se impuso por la responsabilidad en la aprobación de las operaciones de IATEL, sobre las que se ha establecido vinculación a la entidad en los términos del Art. 50 inciso b) numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras…"*

5.8. Resolución Administrativa SB N° 062/2009 de 10 de marzo de 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SB N° 062/2009 de 10 de marzo de 2009, correspondiente al Recurso de Revocatoria interpuesto por el Director **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, bajo los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis de los fundamentos expuestos por el Director Javier Navarro Agreda y de la revisión de las pruebas aportadas, se tienen las siguientes consideraciones:

- *Si bien la notificación de cargos se efectuó por haber otorgado créditos vinculados a los señores Hugo Duran García y Yolanda Andrade Duran y a la Empresa IATEL incumpliendo con el Art. 50 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, de la revisión de los descargos presentados por el recurrente y en apego de los principios de legalidad, congruencia, verdad material y demás principios administrativos, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras mediante Resolución N° 241 de 26 de noviembre de 2008, sancionó al señor Javier Navarro Agreda por la otorgación del crédito a la empresa IATEL al adecuarse su conducta al numeral 4) del Art. 50 de la citada Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

  En ese entendido, no se vulneró el principio de legalidad establecido en el Art. 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo conforme señala el recurrente, debido a que la sanción impuesta se encuentra prevista por el Art. 99 numeral 6) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el Art. 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas y se la estableció siguiendo el procedimiento establecido por la citada Ley del Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175.

La Superintendencia consideró el, principio de congruencia debido a que la resolución actualmente recurrida es clara, precisa y coherente, guardando relación con los hechos imputados (crédito otorgado a IATEL) y la resolución final.

- *De acuerdo a la Comunicación Interna CIGGBA4092007 de 22 de mayo de 2007 dirigida por el Gerente General de Mutual La Paz al señor Javier Navarro Agreda en su condición de Presidente del Directorio, documento que fue ofrecido como prueba por otro recurrente dentro del procedimiento administrativo y expediente organizado para el recurso de revocatoria que motiva la presente Resolución y de lo expresado por el recurrente Javier Navarro, se evidencia que al momento de aprobar el crédito de IATEL, tenía conocimiento de que la deuda del señor Víctor Hugo Duran García y su esposa no fue cumplida ni pagada, habiendo tenido que recuperar parcialmente la misma, mediante ejecución judicial y la adjudicación de la garantía, debido a que en dicha Comunicación se le hace conocer una propuesta de compra por un tercero (hijo de los deudores), del inmueble adjudicado de propiedad del recurrente por $us70.930, siendo que e! crédito otorgado a los señores Víctor Hugo Duran García y Yolanda Andrade de Duran alcanzaba a $us117.783 de lo que se advierte que el recurrente tenía conocimiento de la existencia de un monto pendiente de cobro y de registro, motivo por el cual no es admisible como descargo el argumento de que "no tenía conocimiento del estado del crédito otorgado a Víctor Hugo Duran García".*
- *El descargo referente a que, debido a la omisión del registro contable, no se había podido detectar algún parámetro de vinculación entre las operaciones concedidas en 1994 y 2007 en las que el señor Víctor Hugo Duran García participó como titular y como ejecutivo de la Empresa IATEL, tampoco puede ser admitido como descargo, debido a que la Superintendencia no estableció la vinculación de ambas operaciones como señala el recurrente, sino estableció la calidad de grupo prestatario que conforman IATEL de Víctor Hugo Duran Andrade (hijo) y el Sr. Víctor Hugo Duran García (padre), debido a que éste último ejerce funciones de Gerente Adjunto, cuyos ingresos para el pago de las deudas de ambos prestatarios provienen de la actividad económica de IATEL, consecuentemente las operaciones concedidas a ambos prestatarios representaban un sólo riesgo, de acuerdo con lo establecido en el inciso c) del artículo 50° de la Ley c i Bancos y Entidades Financieras.*
  Adicionalmente, la sanción aplicada al recurrente Javier Navarro, se funda en el otorgamiento de un crédito vinculado otorgado a IATEL y no por las deficiencias en la apropiación contable como, afirma el recurrente, sino que este hecho, junto con los antecedentes crediticios del señor Víctor Hugo Duran García (ejecutivo de IATEL), se configura como agravante al no haber sido considerado al momento de otorgar el crédito a la mencionada empresa.
- *El recurrente Javier Navarro participó junto con otros Directores en la autorización de suspensión del desapoderamiento del inmueble adjudicado. No constituye justificativo para el relevo de responsabilidad, el hecho que la determinación no fuera ejecutada, al margen de la omisión en las acciones de desapoderamiento por periodos extensos, hechos que tenían relevancia en la otorgación del crédito a IATEL donde el señor Víctor Hugo Duran García era alto ejecutivo y padre del propietario de la empresa unipersonal. Las anteriores circunstancias demuestran que pese a existir antecedentes negativos del comportamiento crediticio, no fueron considerados por el recurrente al momento de otorgar el crédito a IATEL en fecha 13 de junio de 2007, lo que constituye agravante en la infracción cometida, en tal sentido el señor Javier Navarro Agreda en su calidad de Director debió tomar las acciones necesarias para subsanar el error contenido por el anterior Directorio y no así aprobar el crédito a IATEL.*
- *El numeral 4) Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras establece que será considerado crédito vinculado aquel otorgado a una persona natural o jurídica cuyo patrimonio o flujo neto de recursos no sea suficiente para respaldarlo, esta situación fue verificada por los inspectores de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y ratificada en la Resolución recurrida, debido a que la situación económico - financiera de la Empresa IATEL era negativa, tanto para el crédito inicial como para las operaciones*

reprogramadas, ya que de acuerdo a sus estados financieros presentaba un flujo de caja operativo negativo, es decir, no contaba con capacidad de pago suficiente para el repago de la deuda ni patrimonio suficiente para justificar e! financiamiento recibido, es ese entendido, no es admisible en calidad de descargo la supuesta capacidad de pago de la empresa producto de un contrato de Adquisición o Importación de Equipos de Rayos X, suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia, debido a que esta relación contractual bilateral se compensa mutuamente en la prestación de las obligaciones de ambos contratantes, con la entrega del bien comprometido y el pago por el producto que a su vez emerge de otra obligación subyacente que también origina prestaciones similares a través de comercio exterior, por lo que de ninguna manera estas operaciones pueden constituir patrimonio de la empresa beneficiaría del crédito.

- *La obligación de que la persona natural o jurídica presente un patrimonio o flujo de recursos suficientes para respaldar el crédito a ser otorgado, es reglamentada y exigida por el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que establece que la capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero por parte de la Entidad, la capacidad de generación de flujos de caja provenientes de las actividades propias del giro del negocio, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo". Definición adoptada por la entidad en su Manual de Políticas de Crédito (Inciso D. y b., de los puntos 2. y 1., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo).*
- *Asimismo, el último párrafo del subinciso c, inciso D., punto 2., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo; indica que "En el caso de personas jurídicas, la evaluación deberá concentrarse en la capacidad de generación de flujos de efectivo (operativo) positivos y establecido en el tiempo, así como la estacionalidad, temporalidad, tendencia y ciclos de actividad del negocio de la Empresa."*
- *En ese entendido, el Manual de Políticas de Préstamos de la Mutual La Paz, Capítulo Vil, literal C Anexo 2, al definir a la fuente de pago como aquella proveniente de los flujos operativos generados por la actividad u operación a ser financiada, contraría los principios de buenas prácticas y menos puede ser considerado como descargo para demostrar el cumplimiento legal como pretende el recurrente.*
- *Adicionalmente en el eventual caso de ser factible la interpretación que pretende justificar el recurrente, podría dar lugar a la contravención del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y la normativa vigente, incurriendo en prácticas viciosas al permitir que los prestatarios no dispongan de patrimonio alguno para responder a sus obligaciones, sino solamente con el producto de la operación financiada que podría estar expuesta a otro tipo de riesgos lo que impediría la recuperación del crédito, perjudicando absolutamente el circuito de la intermediación financiera.*
- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras observó la situación financiera del prestatario respecto al flujo proyectado por la Mutual que presentaba resultados positivos, que no reflejaban ni se sustentaban en los estados financieros del deudor ni en su comportamiento crediticio histórico, sino en partidas carentes de respaldo documental.*
- *El no evaluar la capacidad de pago de la empresa como establece la normativa vigente y la circunstancia que el deudor no pagó la obligación con su patrimonio, sino con una garantía secundaria originada en una cobertura de siniestro, demuestra con claridad la ausencia de patrimonio y flujo del deudor.*
- *En cuanto a la vulneración al debido proceso a la que hace referencia el recurrente, corresponde señalar que el citado principio no puede considerarse como garantía de aceptación de sus argumentos, sino el derecho y oportunidad a ser oído y hacer valer sus*

pretensiones, aspectos que fueron cumplidos dentro del presente proceso administrativo.

- *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, al fundamentar en la Resolución SB N° 241/2008 que el contrato suscrito no podía considerar como respaldo de la situación financiera de la empresa, señaló entre otras cosas, que ninguno de los documentos contractuales suscritos entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, obligaban expresamente a esta última a realizar el pago de la deuda directamente, lo que no quiere decir que se exija que dicha documentación contenga la mencionada obligación, simplemente llamó la atención el riesgo de incumplimiento de la obligación por cuanto el pago al proveedor no asegura su cumplimiento al financiador, circunstancia que constituye un indicio adicional que permite percibir trato preferente al deudor, sin embargo, la sanción es objetiva al referirse al incumplimiento del numeral 4) del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras al observar que se otorgo a IATEL créditos, no obstante que su patrimonio o flujo neto de recursos era insuficiente para respaldarlo.*
- *La vinculación de los créditos no es sancionada en función a las pérdidas, ganancias o utilidades, siendo aberrante considerar que las utilidades originadas por operaciones prohibidas (créditos vinculados) puedan constituir atenuantes, en tal sentido, el argumento no desvirtúa la sanción impuesta, mucho más si consideramos que el crédito no fue pagado por el deudor, sino por la empresa aseguradora Credinform, situación que demuestra que el citado prestatario no tenía patrimonio suficiente para cumplir con dicha obligación. En ese sentido, el criterio de la autoridad reguladora y de control, respecto a que el crédito concedido a IATEL con este tipo de garantía prioriza ésta sobre la capacidad de pago del cliente, configura la otorgación de un crédito vinculado, que se confirma por los antecedentes que rodean el otorgamiento del crédito a la citada empresa.*
- *A todos los antecedentes señalados, se deben considerar los antecedentes referidos al incumplimiento de la obligación de prestación de servicios de provisión contraídos por el deudor IATEL con la Aduana Nacional de Bolivia, que únicamente producto de un Recurso de Amparo Constitucional, la autoridad tributaria fue obligada a dar por cumplido el contrato, cuando el bien objeto de la contratación no cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la licitante, hechos que fueron denunciados públicamente en medios de comunicación escrita y televisivos, lo que descarta cualquier justificativo que la virtual recuperación del crédito se basaba en el pago por la provisión de bienes a la Aduana Nacional de Bolivia, inclusive afecta al objeto del crédito concedido por la Mutual La Paz, configurando elementos y evidencias plenas y objetivas de crédito con características vinculatorias prohibidas por ley.*
- *El Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en actual vigencia, recoge los mismos principios de prudencia para la concesión de créditos que se encontraban contenidos en el Art. 32 de la Ley N° 1670 Ley del Banco Central de Bolivia que hace referencia a la necesaria evaluación crediticia del prestatario previa a la concesión del préstamo, por lo que la sanción establecida en el Art. 13 del Reglamento de Sanciones, es aplicable para todos los que hubieran otorgado créditos vinculados.*
- *La sanción impuesta ha sido establecida considerando la participación del recurrente en la otorgación de crédito a IATEL y en los diferentes hechos que fueron descritos anteriormente que son considerados como agravantes y el principio de proporcionalidad, el mismo que establece que debe existir relación entre la falta cometida y la sanción a imponer…*"

6. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

6.1 Recurso Jerárquico interpuesto por el Director FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA.-

Mediante memorial de fecha 19 de marzo de 2009, el Director **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 062/2009 de fecha 10 de marzo de 2009, con los fundamentos siguientes:

"…***FUNDAMENTACIÓN DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO JERÁRQUICO***

CAPÍTULO I.

PRÉSTAMOS A VÍCTOR HUGO DURAN GARCÍA Y YOLANDA ANDRADE DE DURAN OPERACIONES N° 00-34-015507-9 POR $US.70.000 Y N° 00-34-016313-2 POR $US.66.000-

a) INCUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO.

La Resolución SB/0241/2008 de fecha 26 de noviembre de 2008, impuso una sanción de suspensión por 18 meses, a mi persona como Presidente del Directorio de Mutual La Paz, como producto de un cargo cuya imputación no se adecúa al procedimiento sancionatorio ni al cargo imputado, por los siguientes aspectos:

*El cargo se refiere a "**Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por haber otorgado créditos vinculados a favor del señor Víctor Hugo Durán García** y la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL), conforme las observaciones contenidas en el Informe de Inspección SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008,..." (Las negrillas son mías y me referiré a la parte remarcada).*

*El informe de Inspección SB/ISR I/D-32676/2008 emitido por la SBEF en fecha 25 de junio de 2008, que se constituye en respaldo técnico-legal para la emisión de las notificaciones de cargo, no identifica a los presuntos responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento sancionatorio (ver numeral 3 inciso d), paginas 10 - 12) y por tanto, MUY COHERENTEMENTE recomienda, en su numeral 7 página 20, notificar cargos **a la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz**, empero en ningún momento recomienda notificar cargos a sus Directores. Sin embargo, sin respaldo legal alguno la SBEF decidió emitir una notificación de cargos a título PERSONAL en mi contra, y la de los demás directores, sin haberse establecido de manera previa mi presunta responsabilidad en estos hechos y sin haberse cumplido las diligencias preliminares establecidas para el inicio del procedimiento sancionatorio, conforme lo determinan los artículos 81 de la Ley 2341 y 65 del D.S. 27175, imputándome un hecho en el cual no participé y que por tanto, la responsabilidad no es ni puede ser atribuible a mi persona.*

*Este aspecto fue reconocido por la propia SBEF en la Resolución SB N° 241/2008 recurrida en revocatoria (pagina 9, tercer párrafo), donde textualmente señala: "Sobre las operaciones de crédito otorgadas por la Mutual al señor Víctor Hugo Durán García en la gestión 1994, se ha verificado que efectivamente, durante el periodo 1994 a 2001, ninguno de los actuales directores fungía como miembro del Directorio" (el subrayado es mío). Consecuentemente la Resolución inicialmente impugnada vulnera el **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** - contemplado en el artículo 72 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175 - del cual emerge un principio rector al cual debe sujetarse todo procedimiento administrativo que es el **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA**.*

Cito las Resoluciones Jerárquicas RJ 17/2004 y RJ 20/2004 de 11 de octubre y 9 de noviembre de 2004, que establecen: Que "la notificación de cargos es el acto jurídico-administrativo por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas por ésta, con la finalidad que pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa presentando toda prueba pertinente así como formular las alegaciones correspondientes respecto de los cargos atribuidos.

La notificación de cargos, como acto jurídico-administrativo, además de los requisitos de validez y forma que exige la Ley y las normas reglamentarias, necesariamente, debe contener

la mención de todas y cada una de las infracciones específicas atribuidas a la persona; puesto que de ello derivará o dependerá la resolución definitiva dictada por la autoridad.

En ese entendido, la formulación o notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final".

Al respecto la Resolución SB 062/2009 que confirma la Resolución SB 241/2008, se limita a mencionar sin establecer fundamentos jurídicos, que no se habrían vulnerado los principios de legalidad y congruencia, pero contradictoriamente reconoce que el hecho imputado a mí persona sería el crédito otorgado a la empresa IATEL únicamente. Por lo cual es evidente que el procedimiento administrativo mantiene vicios de nulidad debido a que la notificación de cargos, el análisis de los descargos presentados y consecuentemente la determinación sancionatoria de la SBEF, se fundamentan principalmente en los créditos otorgados al Sr. Víctor Hugo Durán García y su esposa y correlacionan los hechos con el crédito concedido a la empresa IATEL originando una sanción desproporcional.

En consecuencia, el cargo que se me ha imputado y por el cual se me pretende sancionar debió haberse circunscrito sola y únicamente con relación al crédito concedido a IATEL. Cumpliendo este procedimiento, la SBEF hubiera adoptado determinaciones referidas a éste tema sin relacionarlas con hechos anteriores al ejercicio de mis funciones como Director de Mutual La Paz, pero que absolutamente sirvieron de fundamento para agravar la extrema sanción, resultando una suspensión por 18 meses. Estos hechos demuestran además que a momento de la emisión de la notificación de cargos la SBEF no cumplió con lo dispuesto en los artículos 81 de la Ley 2341 y 65 del D.S. 27175, pero el análisis resultante de los descargos presentados sí fue considerado como fundamento fáctico para la determinación de la sanción inicial.

Como podrá apreciar la autoridad jerárquica, la Resolución sancionatoria inicial SB 0241/2008 de 26 de noviembre de 2008 confirmada por la Resolución SB 062/2009 de 10 de marzo de 2009, no se encuentra debidamente fundamentada conforme lo exige el numeral 6 del artículo 99 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, debido a que no se encuentra acorde al principio de congruencia, principalmente porque esta resolución no guarda estrecha relación con los hechos imputados, situación que a su vez originó la desproporcionalidad de una sanción que es aplicada a hechos extremadamente graves, que no guardan relación con el presente caso, más aún cuando existen atenuantes que no fueron consideradas por la SBEF, agraviando mis derechos y situación personal.

b) DEFICIENCIAS EN LA TIPIFICACION DEL CARGO IMPUTADO

El citado informe de Inspección, al señalar en los literales i, ii e iii, (ver numeral 3 inciso d), páginas 10 a 12), evalúa y emite observaciones sobre las operaciones crediticias concedidas en la gestión 1994 utilizando en su examen la normativa en actual vigencia, haciendo énfasis en: ***el análisis de la capacidad de pago, el flujo de caja y la insuficiencia patrimonial para justificar el financiamiento****, por lo cual erróneamente subsume los hechos al derecho y DESACERTADAMENTE tipifica la infracción como "****Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras*** *(ver numeral 7 página 20 del mismo informe), sin considerar que el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que introduce estos nuevos conceptos para la evaluación crediticia, fue*

incorporado por el artículo 7 de la Ley N°2297 de Fortalecimiento a la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de diciembre de 2001, por tanto, los términos contenidos en el numeral 4 inciso b) del artículo 50 que se habría incumplido, no se encontraban vigentes y ni siquiera contemplados en el texto original de la Ley de Bancos de 1993 aplicable al momento de las operaciones concedidas al Sr. Víctor Hugo Durán García y su esposa, por tanto, el cargo que se me ha imputado y por el cual se me ha sancionado, vulnera el ***PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E IRRETROACTIVIDAD*** *que rige el procedimiento sancionatorio administrativo, conforme lo determinan los artículos 71 y 77 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175. Este aspecto fue reconocido por la propia SBEF en la Resolución inicial que fue impugnada (página 10, quinto párrafo), que textualmente señala: "Que, el Artículo 50 de la de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en actual vigencia, recoge los mismos principios de prudencia para la concesión de créditos, que se encontraban contenidos en el Artículo 50 de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993 (texto original) y del Artículo 32 de la Ley N° 1670 de 31 de octubre de 1995 Ley del Banco Central de Bolivia que hacen referencia a la necesaria evaluación crediticia previa a la concesión de un crédito. (El subrayado es mío). Consideración propia de la SBEF, que es lejana a la realidad debido a que el artículo 50 numeral 4 de la Ley N°1488 (texto Original) vigente hasta el 20 de diciembre de 2001, textualmente señala que se considerarán operaciones de crédito vinculadas a un entidad bancaria, cualesquiera de las siguientes situaciones: "4. Haber concedido créditos sin evaluación crediticia previa.", sin remarcar otros aspectos como el análisis de la capacidad de pago, el flujo de caja y la insuficiencia patrimonial para justificar el financiamiento, que no pueden ser aplicables al presente procedimiento sancionatorio debido a que se encuentran establecidos en una norma posterior que es el producto de la evolución del manejo y prevención del Riesgo Crediticio, y que ahora injustamente la SBEF pretende hacer prevalecer para inferirme una sanción desproporcional y exagerada.*

Con relación al Principio de Irretroactividad: Este principio establece que la ley no se aplica a los hechos que se han producido con anterioridad a su entrada en vigor y tampoco a hechos posteriores a su derogación (Código Penal artículo 4). La ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente." (Constitución Política del Estado art. 33 vigente a momento de los hechos).

En muchas Constituciones el principio de la irretroactividad se entiende como un planteamiento básico de la organización jurídica del Estado, pues la seguridad de los ciudadanos y la propia equidad exigen que las situaciones creadas al amparo de la anterior ley se conserven o, al menos, que los derechos adquiridos se mantengan y respeten a pesar de que la nueva ley no prevea derechos semejantes para el futuro. Esto significa que las leyes no tienen efecto en situaciones ocurridas antes de su promulgación salvo que en ellas se disponga lo contrario. El principio es lógico, pues cada vez que sobreviene un cambio en las leyes, la derogación de una norma anterior y su relevo por una nueva ley plantea el problema de cuál ha de ser el alcance temporal de ambas.

Al respecto, la Resolución SB 062/2009 que confirma la Resolución SB 241/2008, manifiesta (página 6 primer párrafo) que la SBEF sancionó al Dr. Javier Navarro por la otorgación del crédito a la empresa IATEL, al adecuarse su conducta al numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, SOSLAYANDO la imputación inicial referida a los créditos concedidos en 1994 donde no participé. Esta resolución ahora impugnada en Jerárquico, no manifiesta y mucho menos considera que los aspectos subjetivos relacionados a los créditos concedidos a los señores Víctor Hugo Durán García y su esposa, que me fueron inicialmente imputados, han agravado mi situación y consecuentemente incidido negativamente en la determinación de la sanción de 18 meses de suspensión impuesta a mi persona conforme se

*puede corroborar por los aspectos contenidos en esa injusta Resolución, **pues de lo contrario**, si tanto la notificación de cargos como la resolución solamente se circunscribían al crédito otorgado a IATEL **cumpliendo el principio de congruencia**, se me hubiese impuesto una sanción inicial por lo menos igual a la impuesta a los directores Carlos Calderon, Javier Hinojosa, Remberto Frías y Víctor Quinteros, que fueron sancionados con 3 meses de suspensión en el entendido de que habrían participado en la aprobación de las operaciones concedidas a IATEL.*

Al respecto, la Resolución Jerárquica RJ 016/2003 de 8 de septiembre de 2003, dejo claramente establecido que "... debe existir una correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde de acuerdo al grado de participación".

c) ASPECTOS SUBJETIVOS ESGRIMIDOS EN LA RESOLUCION SB/241/2008

La Resolución sancionatoria inicial (página 9, tercer párrafo), pone de manifiesto la emisión de conclusiones subjetivas que no guardan relación con el cargo notificado, al señalar que "Sin embargo, el señor Javier Navarro A., (actual presidente de la Mutual), quien en la gestión 2002 aprobó la suspensión del proceso de desapoderamiento del inmueble adjudicado del señor Víctor Hugo Durán García, según consta en la Resolución de Directorio Nº 28/2002 de 9 de diciembre de 2002, permitiendo que el mismo continúe ocupando el inmueble adjudicado en desmedro de la entidad financiera, si conocía la relación existente entre la empresa IATEL y el deudor Víctor Hugo Durán García, tal como reconocen en sus descargos".

*La autoridad jerárquica podrá considerar que la Resolución de Directorio Nº 28/2002 de 9 de diciembre de 2002, responde a una propuesta de recompra del citado inmueble emitida por el Señor Víctor Hugo Durán García de 28 de noviembre de 2002 (anexo 1), que fue aceptada por el directorio de Mutual La Paz en consideración a las recomendaciones del Comité Técnico Nº27/2002 de 1 de noviembre de 2002. La Resolución de Directorio efectivamente señala: Mientras el Sr. Víctor Hugo Durán García cumpla con los **pagos el desapoderamiento del inmueble queda en suspenso, en el momento en que se produzca un atraso mayor a los 30 días en el pago de alguna cuota se reinicia el trámite de desapoderamiento**.*

Esta Resolución no se consolidó ni perfeccionó y por tanto no tuvo efectos sobre la venta del inmueble y menos sobre la suspensión del desapoderamiento, debido a que la propuesta de recompra no fue cumplida por el señor Víctor Hugo Durán García, conforme lo corrobora el Acta de Directorio Nº039/2007 de 22 de mayo de 2007, que señala "Asimismo se debe considerar que de acuerdo a las propuestas anteriores mediante... Resolución de Directorio Nº28/2002... Dicha venta no se concretó y perfeccionó por qué no se depositaron los montos consignados en la referida Resolución (Anexo Nº2).
De manera adicional, de la revisión del expediente del proceso ejecutivo se evidencia que posterior a la emisión de la Resolución Nº28/2002 de fecha 9 de diciembre de 2002, no existe ninguna solicitud de suspensión del desapoderamiento.

Asimismo, por nota marginal de fecha 29 de agosto de 2004, la Sra. Delia Sologuren de Tapia Sugerente de Créditos establece que por instrucciones del Dr. Jaime Ponce García el proceso judicial fue detenido, lo cual confirma que la Resolución Nº28/2002 no tuvo efectos. (Anexo Nº3).

La SBEF no ha considerado, pese a contar con el expediente completo del proceso ejecutivo, que el desapoderamiento no se pudo ejecutar debido a los diferentes incidentes planteados por el ejecutado, incluidas la nulidad de la adjudicación y la recusación de Jueces.

Consecuentemente la Resolución impugnada vulnera nuevamente el ***PRINCIPIO DE CONGRUENCIA y el PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO****, por no haber considerado que la citada Resolución N°28/2002, que fue suscrita por un cuerpo colegiado y no solamente por mi persona, no concuerda con el cargo notificado pero paradójicamente sirve de base para sancionarme por un hecho en el cual no participé, por lo que sostengo fehacientemente QUE NO SE ME NOTIFICARON CARGOS POR HABER SUSPENDIDO EL DESAPODERAMIENTO, SINO MAS BIEN POR HABER OTORGADO DOS CRÉDITOS (gestión 1994) EN CUYA APROBACIÓN NO PARTICIPÉ.*

Por otro lado si existiera alguna infracción por la Resolución N°28/2002, la misma ya habría prescrito por determinación del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341.

La Sentencia Constitucional 0917/2003-R de 2 de julio de 2003, señala: "Que, este Tribunal recogiendo su línea jurisprudencial sobre los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso, en la SC 489/2003-R de 15 de abril reitera y señala lo siguiente:

"(...) que este Tribunal, interpretando la naturaleza y alcances del derecho a la seguridad jurídica, ha adoptado la definición establecida por la doctrina señalando que es "condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio".

De otro lado, en el AC 287/99 de 28 de octubre de 1999, interpretando los alcances del derecho a la seguridad consagrado por el art. 7-a) de la Constitución, este Tribunal ha entendido que el mismo comprende la seguridad jurídica, señalando expresamente lo siguiente:

"…Que, el inc. a) del art. 7 de la Constitución Política del Estado consagra a la Seguridad como uno de los derechos fundamentales de las personas (entendida como exención de peligro o daño; solidez; certeza plena; firme convicción), de lo que se extrae que es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todos, el que disfrute del ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que le reconocen la Constitución y las Leyes; principios que se hallan inspirados en un orden jurídico superior y estable (Estado de Derecho), que satisfaga los anhelos de una vida en paz, libre de abusos."

Asimismo en la SC 649/2002-R de 7 de junio, este Tribunal ha referido que "la seguridad jurídica (...) como derecho fundamental garantiza la certidumbre y certeza a todas las personas de que todos los actos y resoluciones serán realizados y dictados conforme disponen las normas jurídicas aplicables a cada caso, sin que las autoridades puedan actuar a su libre arbitrio ignorando la Constitución y las Leyes."

"(...) de otro lado con relación al debido proceso, consagrado como garantía constitucional por el art. 16 de la Constitución, y como derecho humano en los arts. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este Tribunal Constitucional ha entendido, en su uniforme jurisprudencia, como "el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SC N° 418/2000-R y N° 1276/2001-R). Asimismo, en la SC 0119/2003-R de 28 de enero de 2003, ha señalado que "se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación

inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales".

"(...) tomando en cuenta que el derecho a la seguridad jurídica exige de las autoridades y funcionarios públicos la aplicación objetiva de la Ley, a cuyo efecto se ha consagrado la garantía del debido proceso que, como se tiene referido, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (...)".

No conforme con los aspectos subjetivos vertidos por la SBEF en la resolución inicial, la Resolución SB 062/2009 que confirma la Resolución SB 241/2008, manifiesta que de acuerdo a la Comunicación Interna CIGGBA4092007 de 22 de mayo de 2007, mi persona habría asumido conocimiento de que el crédito del señor Víctor Hugo Durán García no habría sido cumplido ni pagado, haciendo referencia a que el inmueble habría sido adjudicado en $us. 70.930 cuando el crédito otorgado alcanzaría la suma de $us. 117.783. Esta Comunicación Interna que adjunto como prueba (anexo 4), evidentemente se refiere a una propuesta de compra del inmueble adjudicado por Mutual La Paz del señor Víctor Hugo Durán García, cuyo contenido en la parte pertinente textualmente señala lo siguiente: "Cabe señalar que éste inmueble fue adquirido por la Mutual mediante adjudicación judicial en $US. 70.930.02 y su valor comercial producto del avalúo de fecha 09/04/2007 es de $US. 117.783.-, con valor hipotecario de $US. 100.116.- y un valor de liquidación de $US.82.488."

Como podrá apreciar la autoridad jerárquica, esta comunicación emitida por el entonces Gerente General Lic. Alberto Loayza no señala en ninguna de sus partes que el señor Víctor Hugo Durán García mantenía deudas pendientes con Mutual La Paz, sino mas bien hace referencia a la factibilidad de recuperación del saldo a capital ejecutado, por lo cual se hace evidente una notoria confusión incurrida por parte de la SBEF que establece en la Resolución SB 062/2009 que el saldo adeudado es de $us 117.783, monto que de acuerdo al documento citado, corresponde al avalúo de fecha 09/04/2007, lo cual además de demostrar que el Directorio no asumió conocimiento de saldos pendientes de pago, determina que la SBEF ha vulnerado el ***PRINCIPIO DE SANA CRÍTICA Y VALORACIÓN RAZONADA DE LA PRUEBA****, incumpliendo lo dispuesto en el articulo 67 parágrafo III del D.S. 27175, causándome* ***INDEFENSIÓN****.*

d) SOBRE LA INADECUADA CONTABILIZACIÓN DEL INMUEBLE ADJUDICADO

La Resolución SB N°241/2008 impugnada (página 7 tercer párrafo) reconoce "que como consecuencia de incumplimiento de pago, las dos operaciones fueron reportadas en cartera en ejecución y calificados en la categoría de riesgo 5 (perdido) dando origen a la recuperación parcial a través de proceso judicial que derivó en la adjudicación del bien por un valor de $us.70.930.00, cancelándose incorrectamente con este monto la obligación total de $us. 121.065.00. Sin embargo, hasta la fecha el deudor continúa en la posesión del bien debido a que el Directorio suspendió el proceso de desapoderamiento del inmueble adjudicado, como consta en la Resolución de Directorio N° 28/2002 de 9 de diciembre de 2002" (No corresponde a la verdad por cuanto no hubo instrucción expresa al abogado externo) y nunca el proceso se encontraba en estado de desapoderamiento.

La SBEF nuevamente incurre en apreciaciones subjetivas, al relacionar una deficiencia contable con la suspensión del desapoderamiento, QUE JAMÁS EXISTIÓ, haciendo nuevamente alusión a la Resolución de Directorio N° 28/2002 de 9 de diciembre de 2002 cuyos nulos efectos fueron explicados precedentemente. Vulnerando el principio de ***VERDAD***

MATERIAL *que debió haber sido investigada por la SBEF, conforme lo determinan los artículos 4 inciso d) de la Ley 2341 y 4 del D.S. 27175.*

La Resolución impugnada no ha considerado que mi persona, en la fecha de la deficiente operación contable ***que origina las observaciones de la SBEF****, no conformaba el Directorio de Mutual La Paz, por tanto, al asumir funciones en la gestión 2002, las relaciones comerciales entre Mutual La Paz y el señor Víctor Hugo Durán García eran totalmente desconocidas por Javier Navarro Agreda, asumiendo conocimiento en reuniones cotidianas de Directorio de las ofertas de recompra presentadas por el señor Durán sobre el inmueble adjudicado, donde jamás se discutieron ni expusieron antecedentes contables de la adjudicación por no ser función propia del Directorio, sino más bien de control interno y contabilidad, aspecto que los Directores consideramos cumplido.*

Lo que sí es cierto y evidente, es que Mutual La Paz, incurrió en una deficiencia operativa al incorporar en fecha 21 de agosto de 2001 el inmueble adjudicado, considerando el valor total adeudado $us. 121.065.00, ***por una instrucción que no había emanado del Directorio (en el cual no me encontraba en funciones)****, sino más bien por instrucciones impartidas por el Dr. Saúl Salinas Salmón, entonces Abogado de la Mutual que fue comunicado al Gerente General a.i. Davor Saric; aspecto detectado y observado por la SBEF en el parágrafo vii del punto 3 del Informe de Inspección SB/* (sic) *SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008.*

Este hecho es el punto central que motivó la Notificación de Cargos a Mutual La Paz como persona jurídica, (inexplicablemente derivó en una notificación de cargos personal a Javier Navarro Agreda) y por lo cual se ha establecido una sanción administrativa de multa, conforme lo determina la misma Resolución Impugnada al señalar en su página 11 tercer párrafo: "Que, en relación al incumplimiento del Artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la Mutual La Paz solamente ha argumentado en descargo, deberse a una inadecuada contabilización que ocasionó la baja de la totalidad de los dos préstamos, cuando correspondía cancelar parcialmente los créditos con el valor de adjudicación por $us. 70.930.02, dejando como saldo en cartera en ejecución el importe de $us. 50.135.58 justificativo que no puede ser admitido como descargo de la infracción cometida y refleja una absoluta ausencia de controles internos que facilitaron las infracciones detectadas". Por lo cual el mismo Acto Administrativo resolvió "Sancionar a la MUTUAL LA PAZ con multa de Bs.93.285.00 (NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS) equivalente al 3% del capital mínimo de la entidad por la inobservancia del Art. 50 inciso b) numeral 4 y el Art. 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, asimismo del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio, contenido en el Título VI, Capítulo 1, Sección 1, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras"

La citada deficiencia operativa ya sancionada por la SBEF, que no era de conocimiento de mi persona hasta que fuera detectada por la Comisión de Supervisión, originó que la SBEF califique a ambas operaciones como vinculadas, cuando en realidad el saldo deudor de la operación concedida en 1994 al no ser registrado contablemente como un activo, además de no ser reportado al sistema de la Central de Información de Riesgo Crediticio, impidió a los órganos de control interno ejercer la verificación de la operación debido a que se la consideraba cancelada, y a su vez impidió al Comité de Préstamos, a la Gerencia Comercial, a la Gerencia de Riesgos y consecuentemente al Directorio y particularmente a mi persona, tomar un acertado conocimiento de las obligaciones pendientes del señor Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán con Mutual La Paz a momento de aprobar la operación en favor de la empresa IATEL y menos aún establecer o detectar algún parámetro de vinculación entre las operaciones concedidas en 1994 y 2007 donde el señor Víctor Hugo Durán García participó como titular y como ejecutivo de la empresa IATEL, respectivamente.

Este aspecto es reconocido en la misma Resolución impugnada cuando señala "Que, con relación a la prescripción alegada, es importante dejar claramente establecido que la operación a favor de IATEL fue aprobada en la gestión ***2007 y cuyos elementos de vinculación con el señor Víctor Hugo Durán García fueron establecidos por la Visita de Inspección con resultados contenidos en el Informe SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008****" (las negrillas son mías).*

Tal es así que a momento de realizar la evaluación de la solicitud de crédito presentada por la empresa IATEL, donde el señor Víctor Hugo Durán García formaba parte del plantel ejecutivo como Gerente Adjunto; la Gerencia Comercial y la Gerencia de Riesgos consultaron los sistemas informáticos correspondientes, sin encontrar reportes de saldos pendientes de cobro en los registros contables de la entidad o la existencia de reporte de deudas pendientes en el sistema de la CIRC, recomendando al Directorio la aprobación del crédito en favor de IATEL, conforme consta en los siguientes documentos: Informe Para el Comité de Préstamos; Formulario RIE NCJ-002 emitido por la Gerencia de Riesgos; Acta del Comité de Préstamos N° 018/2007 e Informe Ejecutivo Para Directorio, de fechas 6, 12, 14 y 19 de junio de 2007, respectivamente, la empresa IATEL fue prestataria de Mutual La Paz en anteriores ocasiones logrando pagar sus operaciones de manera regular, sin observaciones, por tanto este procedimiento que llegó a conocimiento del Directorio, al no ser único ocasionó que éste cuerpo colegiado como última instancia de aprobación, no asumiera conocimiento de los antecedentes crediticios del señor Víctor Hugo Durán García y su esposa por la inexistencia de registros que permitan establecer esta situación, DESCARGOS que no fueron adecuadamente valorados por la SBEF. (Los documentos fueron presentados como descargos y por tanto constan en el expediente).

Al respecto, la Resolución SB 062/2009 que confirma la Resolución SB 241/2008 (página 7 primer párrafo), vulnera nuevamente el principio de congruencia al modificar discrecionalmente el cargo notificado y por tanto su ratio decidendi, manifestando de manera contraria a lo establecido en la Resolución sancionatoria inicial que "...la Superintendencia no estableció la vinculación de ambas operaciones como señala el recurrente, sino estableció la calidad de grupo prestatario que conforman IATEL de Víctor Hugo Durán Andrade (hijo) y el Sr. Víctor Hugo Durán García (padre), debido a que éste último ejerce funciones de Gerente Adjunto, cuyos ingresos para el pago de las deudas de ambos prestatarios provienen de la actividad económica de IATEL, consecuentemente las operaciones concedidas a ambos prestatarios representaban un solo riesgo, de acuerdo con lo establecido en el inciso c) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras."

Como podrá advertir la autoridad jerárquica, la SBEF incumple el principio de congruencia causándome indefensión, debido a que la Resolución SB 062/2009 ahora fundamenta extrañamente su determinación argumentando la vinculación de la operación concedida a IATEL como grupo prestatario invocando el inciso c) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que no me fue notificado como cargo, desconociendo y apartándose del Cargo Notificado que textualmente señalaba: "Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por haber otorgado créditos vinculados a favor del señor Víctor Hugo Durán García y la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL), conforme las observaciones contenidas en el Informe de Inspección SB/ISR I/D-3267'6/2008 de fecha 25 de junio de 2008,..."

CAPÍTULO II.

PRÉSTAMO A INGENERIA (sic) ***Y ASESORAMIENTO EN TECNOLOGÍA (IATEL) DE VíCTOR HUGO DURÁN ANDRADE.***

La Resolución SB/241/2008 impugnada (página 7 y 8) señala "En fecha 13 de junio de 2007, el Comité de Préstamos de la Mutual, aprobó la operación N° 100-11566 por $us.93.000 en favor de IATEL, empresa unipersonal cuyo propietario es el Sr. Víctor Hugo Durán Andrade, (cuyo Gerente Adjunto es Víctor Hugo Durán García), sin establecer adecuadamente la situación económico-financiera del prestatario que según estados financieros existentes al 31 de diciembre de 2006, presentaba un flujo de caja-operativo negativo tanto para la operación inicial como para reprogramaciones. El objeto del préstamo fue la adquisición de rayos X para control de equipaje para la Aduana Nacional con la garantía de póliza de seguro de cumplimiento de pago emitida por Credinform Internacional S.A., empresa de seguros de categoría "A", operación realizada el 1 de septiembre de 2008, ante incumplimiento del deudor".

***De manera contradictoria a lo afirmado en el párrafo precedente**, la misma Resolución impugnada en sus páginas 8 y 9, **se refiere a un flujo con resultados positivos**, cuando señala: "El "flujo proyectado" de IATEL con resultados positivos para la operación financiada, no está basado en los estados financieros del deudor en su conjunto ni en su comportamiento histórico. La evaluación al potencial deudor incluye partidas que no se encuentran debidamente sustentadas como "Gastos y costos incrementales estimados por $us. 11.000". Asimismo, la información financiera al 31 de diciembre de 2007 no se encontraba aún disponible al momento de la otorgación del crédito, ya que la operación fue desembolsada el 22 de junio de 2007.*

Esta Resolución impugnada (página 8) señala "El análisis de la capacidad de pago en función a la situación económico financiera y la generación de flujos de caja operativos, tal como establece el Título V, Anexo 1, Sección 1, Artículo 30 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y el propio Manual de Políticas de Préstamo de la Mutual (Inciso d. y b., de los puntos 2. y 1., del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo), era imprescindible en la evaluación previa de esta operación, para asegurar el repago con los recursos generados por el giro del negocio y no con la realización de la garantía, tal como ocurrió en los hechos al momento de su recuperación".

El Reglamento de Cartera de Créditos contenido en el Título V de la Recopilación de Normas, define al crédito comercial como: Todo crédito otorgado por una EIF, independientemente de su particular objetivo, con excepción de los créditos hipotecarios de vivienda, de consumo y microcréditos. El mismo Reglamento al referirse a la capacidad de pago, artículo 9, sección 2, numeral 2.1, señala que cada EIF debe definir criterios que le permitan tomar decisiones sobre la base del análisis financiero, la capacidad de generación de flujos de caja positivos, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo.

*Ante tales consideraciones el Directorio de Mutual La Paz aprobó el Manual de Políticas de Préstamos (que no fue observado por la SBEF), cuyo Capítulo VII, literal C, del anexo 2 define a la Fuente de Pago como: aquella proveniente de los flujos operativos generados por el giro del negocio **o de la actividad u operación a ser financiada**, definición que no fue observada y tampoco fue considerada por la Comisión de la SBEF en la Visita de Inspección y menos aún fue considerada en la Resolución SB 241/2008 recurrida pese a haber presentado los descargos correspondientes, lo cual además de demostrar que el Directorio dio estricto cumplimiento a la normativa interna, determina que la SBEF ha vulnerado el **PRINCIPIO DE***

***SANA CRÍTICA Y VALORACIÓN RAZONADA DE LA PRUEBA**, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 67 parágrafo III del D.S. 27175, causándome **INDEFENSIÓN**.*

*Reitero que de acuerdo con el Informe para el Comité de Préstamos N° MLP/GC/703/2007 (que se presentó como descargo), la solicitud contemplaba un plazo de 180 días y el objeto del crédito consistía en la importación de equipos de Rayos X para inspección de equipaje para la Aduana Nacional de Bolivia, para lo cual la empresa IATEL presentó: a) la Resolución N° RA-GG03-012-07 de 2 de febrero de 2007, a través de la cual la Aduana Nacional resolvió adjudicar a IATEL la Licitación Pública Nacional G.N.A.F. N° 012/06 y b) el Contrato de Adquisición de Equipos de Rayos X para la Aduana Nacional de Bolivia N° GNAGC-B-009-2007 de 24 de abril de 2007, por un monto de Bs.1.079.965.00 ($us. 134.000.00 aproximadamente) monto superior al crédito desembolsado de $us.93.000, documento contractual que fue considerado para determinar la capacidad de pago de la empresa prestataria, en **función a la actividad u operación a ser financiada**. (Ambos documentos fueron presentados como descargos).*

*La SBEF no ha considerado que la capacidad de pago de la empresa fue establecida en función al contrato de provisión de bienes suscrito entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, por tanto la fuente de pago de la operación no provenía de los flujos operativos generados por el giro del negocio, sino mas bien **por la misma operación financiada**, conforme lo determina la normativa interna de Mutual La Paz, que a su vez justifica el financiamiento por la existencia de una obligación contractual emergente de un proceso de Licitación convocada por la Aduana Nacional de Bolivia e IATEL, donde se encontraba comprometida la fe del Estado Boliviano y no así de cualquier empresa particular.*

La Resolución SB 24172008 (sic) *que fue recurrida señala que "Ninguno de los documentos contractuales suscritos entre IATEL (deudor) y la Aduana Nacional de Bolivia, obligan expresamente a ésta última, a realizar el pago de la deuda directamente a la entidad financiera, lo que ocasionó que la entidad no se encuentre efectivamente cubierta en cuanto al riesgo de no pago, existiendo la posibilidad de que el deudor pueda utilizar en fines diferentes al pago y liquidación del préstamo", (el subrayado es mío).*

*El Acto Administrativo SB 241/08 emanado de la SBEF incumple lo establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 2341, debido a que contiene especulaciones infundadas que desvirtúan toda esencia de seguridad jurídica al esgrimir supuestos como el vertido en la parte subrayada del párrafo precedente, induciendo la imposición de sanciones, por un hecho cuya verdad material debe ser investigada y evidenciada y no supuesta o especulada. La SBEF nuevamente incurre en la utilización de argumentos subjetivos contrarios al **PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL, LEGALIDAD Y CONGRUENCIA**, debido a que ninguna disposición legal o normativa u otra norma de prudencia, obliga a las EIF a compeler a los contratantes de sus clientes considerar en sus contratos privados (que son ajenos a la actividad financiera) a realizar el pago por cuenta de estos directamente a las Entidades de Intermediación Financiera, lo cual desnaturalizaría la actividad crediticia y la buena fe de las relaciones comerciales, exponiendo a un riesgo reputacional a las propias entidades y a sus clientes.*

*La SBEF no ha considerado que Mutual La Paz otorgó el financiamiento a IATEL ante la existencia de una obligación contractual emergente de un proceso de Licitación convocada por la Aduana Nacional de Bolivia, **donde se encontraba comprometida la fe del Estado Boliviano y no así de cualquier empresa particular**, aspecto que es corroborado por la Resolución N° 50/2008 de 29 de julio de 2008, emitida por la Corte Superior de Justicia del Distrito de La Paz, que se refiere al Amparo Constitucional interpuesto por IATEL en contra de la Aduana Nacional señalando, "...IATEL ante la certeza de estar comprometida la fe del Estado*

a través de la entidad estatal contratista que se halla obligada a respetar lo pactado entre partes, sin que la voluntad arbitraria o caprichosa de éstas puedan modificar el contenido del contrato, realice la inversión económica para la adquisición y provisión de tales equipos en favor de la Aduana Nacional".

Esa Resolución recurrida y ahora confirmada, en su página 8, señala que "La segunda fuente de repago de la operación (garantía), consistente en una Póliza de Garantía de Cumplimiento Individual de Pago, no se encuentra acorde tanto con las sanas prácticas de gestión de riesgo crediticio, el propio Manual de Préstamos de la Mutual La Paz y la normativa vigente que establecen que para otorgar un crédito, la entidad financiera debe privilegiar el análisis de la capacidad de pago de los clientes y no las garantías de la operación".

"La justificación presentada por el Gerente General de incluir una póliza de seguro como garantía de una operación de crédito, transfiere el riesgo crediticio a otro mecanismo asegurador, desnaturalizando la verdadera esencia de la intermediación financiera, por la que el riesgo crediticio ineludiblemente deber ser gestionado por las entidades de intermediación financiera observando estrictamente las disposiciones legales pertinentes, las sanas prácticas que hacen a la adecuada gestión de riesgos, verificando la capacidad de pago del deudor y adoptando las medidas necesarias para minimizar potenciales riesgos inherentes a la actividad crediticia".

La misma Resolución en su página 9 segundo párrafo señala que "En fecha 24 de agosto de 2006 el Directorio de la entidad compuesto por los Sres. Javier Navarro A. Carlos Calderón E., Mario Saúl Andrade G., Remberto Frías M., Ronald Quinteros L., Edith Alarcón A. (Disidente) y Karina Rojas C. (Disidente), mediante Acta de Directorio Nº 64/2006 de 11 de julio de 2006, aprobó a sugerencia del Comité de Préstamos, las modificaciones del Manual de Políticas de Crédito de la entidad y en consecuencia poder realizarse operaciones de crédito con garantía de empresas de seguro. Desde la fecha de aprobación de esta modificación hasta la fecha de realización de la visita de inspección de riesgo de crédito (mayo 2008), la empresa IATEL ha sido la única beneficiada con operaciones de crédito bajo esta modalidad".

Como se ha expuesto precedentemente el objeto del crédito era único, motivo por el cual la capacidad de pago fue evaluada en función ***a la actividad u operación a ser financiada*** *que se basaba en la manifestación de las voluntades de la Aduana Nacional de Bolivia e IATEL que generaron un negocio jurídico plasmado en el Contrato de Adquisición de Equipos de Rayos X, por un monto superior al crédito desembolsado, que en éste caso se constituía en la fuente de repago, además se consideró el buen comportamiento crediticio de IATEL en otras operaciones similares que se concedieron con anterioridad.*

Haciendo una retrospectiva en la normativa regulatoria, tenemos que el anterior Reglamento de Cartera, vigente hasta la emisión de la Circular SB/492/05, establecía expresamente en su artículo 1, numeral 11, sección 1 Capitulo I, "Los créditos que concedan las entidades financieras deberán ser adecuadamente respaldados y asegurados con garantías, dentro de las variedades y los márgenes contemplados en el presente Capítulo, los que deberán ser expresamente considerados en las respectivas políticas, manuales y procedimientos.

Por su parte, el actual Reglamento de Cartera de Créditos, vigente desde 2005, contenido en el Título V de la Recopilación de Normas, ***NO ESTABLECE LÍMITES NI PROHÍBE EXPRESAMENTE LA CONSTITUCIÓN DE OTRAS GARANTÍAS****, y por el contrario, determina que las garantías se constituyen como la fuente alternativa de repago de las obligaciones del prestatario en una EIF. La cobertura de las mismas deberá estar en función a las políticas establecidas, el importe de los créditos y el análisis del riesgo del prestatario. Ante tal consideración el Directorio de*

Mutual La Paz, en fecha 24 de agosto de 2006, ***seis meses antes de que la Aduana Nacional aprobara el pliego de condiciones para la Licitación Pública Nacional G.N.A.F. N° 012/2006 y 11 meses antes de la aprobación y concesión del crédito a favor de IATEL****, aprobó a sugerencia del Comité de Préstamos las modificaciones del Manual de Políticas de Crédito de la entidad y en consecuencia poder realizarse operaciones de crédito con garantía de empresas de seguro.*

Consecuentemente, queda demostrado que la modificación al Manual de Políticas de Créditos ***jamás tuvo la intención de favorecer a la empresa IATEL como pretende establecer la Resolución impugnada****, haciendo nuevamente suposiciones subjetivas que inducen y motivan la sanción de suspensión en mi contra, generándome perjuicios personales irreparables.*

Por tanto este tipo de garantía no se encontraría prohibida o no permitida, y guarda relación con las sanas prácticas de gestión de riesgo crediticio, prueba de ello es precisamente que la Compañía Aseguradora pagó por cuenta de IATEL la cobertura asegurada, ante la negativa de pago de la Aduana Nacional de Bolivia a IATEL, lo cual además de demostrar que el Directorio dio estricto cumplimiento a la normativa interna, determina que la SBEF ha vulnerado el ***PRINCIPIO DE SANA CRÍTICA Y VALORACIÓN RAZONADA DE LA PRUEBA****, incumpliendo lo dispuesto en el articulo 67 parágrafo III del D.S. 27175, causándome INDEFENSIÓN.*

La injusta Resolución SB 241/2008 en su página 9 último párrafo señala que "Los directores Javier Navarro A., Mario Saúl Andrade G. y Karina Rojas C, en el ejercicio de funciones de dirección de la Mutual La Paz tuvieron actuaciones contrarias al deber de lealtad y responsabilidad con la entidad en contravención a lo previsto en los Artículos 322, 164 y 321 del Código de Comercio, correspondiendo a los citados directores tomar en cuenta al momento de la consideración de la aprobación de las operaciones a favor de IATEL que, el señor Víctor Hugo Durán García (ejecutivo de IATEL), tenía operaciones crediticias con la entidad, que inclusive se recuperaron parcialmente a través de la vía judicial, circunstancias que fueron de pleno conocimiento de los mencionados directores".

Debo manifestar enfáticamente que la SBEF no ha demostrado objetivamente que Javier Navarro Agreda haya tornado conocimiento, de manera previa a la visita de inspección de la SBEF realizada en mayo de 2008, de las deficiencias contables incurridas por Mutual La Paz en la gestión 2001, que se origina en ***una instrucción que no había emanado del Directorio (gestión en la que no me encontraba en funciones)****, sino mas bien por instrucciones impartidas por el Dr. Saúl Salinas Salmón, entonces Abogado de la Mutual, aspecto detectado y observado por la SBEF en el parágrafo vii del punto 3 del Informe de Inspección SB/* (sic) *SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008 QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE DEL PRESENTE CASO. La propia Resolución SB 241/2008 reconoce en su página 11 que los elementos de vinculación con el señor Víctor Hugo Durán García fueron establecidos por la Visita de Inspección con resultados contenidos en el Informe SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008.*

Este hecho es el punto central que motivó la Notificación de Cargos a Mutual La Paz como persona jurídica, y por lo cual se ha establecido una sanción administrativa de multa, conforme lo determina la misma Resolución Impugnada.

Consecuentemente, Javier Navarro Agreda no ha incurrido en incumplimiento a los artículos 321 y 322 del Código de Comercio, porque no tuvo conocimiento previo de las deficiencias contables que originan el presente proceso sancionatorio, hasta la visita de Inspección de la SBEF, consecuentemente no se me ha demostrado mal desempeño en mis funciones,

incumplimiento o violación de las leyes, estatutos, reglamentos o resoluciones y menos aún se ha determinado que mi actuación en calidad de Director haya ocasionado daño económico que fueran consecuencia de dolo, fraude, culpa grave o abuso de facultades; Al contrario, actuando en aplicación del mismo artículo 322, a partir de haber asumido conocimiento de este hecho, el Directorio a mi cargo ha realizando (sic) *acciones tendientes a remediar y enmendar estas irregularidades, conforme lo expuse en mis descargos en el acápite referido a* ***MEDIDAS RECTIFICATORIAS Y CORRECTIVAS ADOPTADAS****, sobre las cuales la Resolución Impugnada no emite opinión soslayando estos descargos que debieron haber sido considerados mínimamente como atenuantes:*

a. *La reversión del defectuoso asiento contable, estableciendo una cuenta por cobrar de $us.50.135.58 al señor Víctor Hugo Durán García, subsanando la deficiencia contable detectada por la SBEF.*
b. *El saldo total correspondiente a la Operación N°100-11566 por $us 93.000 de IATEL, fue pagado por la Compañía Aseguradora Credinform Internacional S.A., aspecto comunicado a la SBEF mediante carta MLP/GC/048/05409/08 de fecha 3 de septiembre de 2008 con anterioridad a la emisión de las Notificaciones de Cargos.*
c. *El Directorio de Mutual La Paz además de ejecutar las medidas rectificatorias antes señaladas, ha tomado medidas correctivas, instruyendo al personal encargado del análisis y aprobación de las solicitudes de crédito: "determinar de manera pormenorizada los antecedentes crediticios de aquellos prestatarios que presenten historial de deudas que fueron liquidadas a través de medios de pago diferentes a los establecidos contractualmente".*
d. *La operación crediticia N°100-11566 concedida a favor de la empresa IATEL aprobada por el Directorio de Mutual La Paz, no ha ocasionado daño económico a la entidad, recuperándose el capital más intereses adeudados al ejecutar la garantía constituida por los prestatarios consistente en una Póliza de Seguro de Cumplimiento de Pago, sin necesidad de recurrir a la ejecución judicial y por tanto sin incurrir en gastos adicionales.*
e. *Que en fecha 10 de octubre de 2008 se suscribió un acuerdo de compromiso de entrega de bien inmueble con el señor Víctor Hugo García Durán pactando un plazo hasta el 10 de diciembre de 2008, aspecto que ya fue concretizado procediéndose a la entrega del bien inmueble de manera voluntaria; inmueble que además fue adquirido con crédito del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a favor del* (sic) *Víctor Hugo Durán Andrade, conforme se expreso en el Recurso de Revocatoria de Mutual La Paz.*

Estos hechos demuestran que Javier Navarro Agreda, desde que tomó conocimiento de la deficiencia operativa contable detectada por la SBEF en el primer semestre de 2008, está actuando con la debida diligencia, prudencia y lealtad para con Mutual La Paz, dando cumplimiento al artículo 164 del Código de Comercio.

La Resolución SB 241/2008 que fue recurrida en su página 10 determina "Que, el argumento vertido por los directores en sentido de haber aprobado el crédito para IATEL, considerando que las instancias técnicas de la entidad evaluaron adecuadamente al prestatario en todos sus aspectos, tanto como grupo económico, aspectos técnico (sic)*, aspectos financieros como vinculatorio* (sic)*, no es argumento válido para deslindar responsabilidad considerando que, en el punto 1 del Artículo 1° de la Sección 4, Anexo I del Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se establece el deber del Directorio de supervisar cuidadosamente evaluaciones y calificaciones de las operaciones crediticias, por lo que queda claramente establecido* (sic) *la existencia de responsabilidad".*

Al hacer la trascripción íntegra del numeral 1 del artículo 1 de la Sección 4, Anexo I del Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, tenemos lo siguiente: Son responsabilidades del Directorio u órgano equivalente, entre otras:

"1. El aprobar, para uso obligatorio de la EIF, el Manual de evaluación y calificación de la cartera de créditos, considerando, como mínimo, las disposiciones establecidas en el presente Anexo. Es deber del Directorio, Gerencia General y demás administradores responsables de la actividad crediticia, supervisar cuidadosamente tales evaluaciones y calificaciones, asumiendo responsabilidad por las mismas. La calificación asignada por una EIF podrá ser independiente a la asignada por otra EIF".

De acuerdo con la definición establecida en el Glosario de Términos publicado en la página web de la SBEF, la Calificación de Cartera es la categorización, previa evaluación, de los riesgos asumidos en cartera de créditos, proceso que da lugar a la determinación de montos por previsiones para cubrir préstamos incobrables. Pueden ser clasificados en las categorías de normales, con problemas potenciales, deficientes, dudosos, y perdidos.

Consecuentemente, la SBEF nuevamente cae en el subjetivismo debido a que la norma invocada para establecer la supuesta existencia de responsabilidad de los Directores ***no corresponde al cargo notificado****, puesto que se refiere a la evaluación y calificación de la cartera de créditos y la constitución de las previsiones correspondientes, sin establecer una determinante relación con las operaciones señaladas en el cargo que me notificaron.*

Sin embargo, sobre la evaluación y calificación del crédito otorgado a IATEL, reitero LO EXPRESADO EN MIS DESCARGOS, donde señalo que Mutual La Paz, una vez vencido el plazo otorgado a la empresa IATEL en fecha 31 de julio de 2008, procedió al cambio de calificación de la operación comercial con la categoría "E", conforme consta en la Comunicación Interna C.I./GGR/0267/08 de esa fecha, que cursa en el expediente.

Consecuentemente la Resolución impugnada vulnera nuevamente el ***PRINCIPIO DE CONGRUENCIA y el PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO****, por no haber considerado que la citada norma no concuerda con el cargo notificado pero paradójicamente indujo al Superintendente de Bancos y E.F. a establecer responsabilidades en contra de mi persona, fundamentándose en normativa que no es aplicable a los cargos que me fueron notificados, por lo que nuevamente sostengo fehacientemente QUE NO SE ME NOTIFICARON CARGOS REFERIDOS A LA EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE CARTERA DE CRÉDITOS.*

La Resolución impugnada manifiesta "Que, las reprogramaciones del crédito no están adecuadas al Título V, Anexo I, Sección 3, Artículo 3 punto 1.2 inciso a) de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras, que establece que toda reprogramación debe contar con una nueva verificación de la capacidad de pago. En este sentido las determinaciones adoptadas con referencia a las sucesivas reprogramaciones tampoco se adecúan al Capítulo IV del Manual de Políticas de Préstamo de la propia Mutual".

Como se ha explicado ampliamente en el numeral 1 precedente, así como también en los descargos presentados, la SBEF no ha considerado que la capacidad de pago de la empresa fue establecida en función al contrato de provisión de bienes suscrito entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, por tanto la fuente de pago de la operación no provenía de los flujos operativos generados por el giro del negocio, sino mas bien ***por la misma operación financiada****.*

Asimismo la Resolución impugnada no considera ni hace mención a que la capacidad de pago de la empresa deudora estaba íntimamente relacionada con el pago por la provisión de esos equipos, aspecto que no fue cumplido por la Institución Aduanera constituyéndose en un factor distinto al crediticio, por lo cual correspondía aplicar la Reprogramación de este

crédito para reducir el riesgo que se encontraba afrontando Mutual La Paz, en amplia aplicación de lo establecido en el numeral 6 del Capítulo IV del Manual de Políticas de Préstamos que fue aplicado por el Directorio a solicitud de la empresa prestataria conforme se señala a continuación:

a. *La primera reprogramación fue aprobada mediante Acta de Directorio N° 101/2007 de fecha 13 de diciembre de 2007 (anexo N°13), en función a las actas de verificación emitidas por la Aduana Nacional de Bolivia en fechas 11 y 15 de octubre de 2007, en las que consta la entrega de los equipos adquiridos con el producto del préstamo, documentación que fue remitida por la empresa prestataria mediante carta CITE: IAT-260/2007 de 3 de diciembre de 2007.*
b. *La segunda reprogramación fue aprobada mediante Acta de Directorio N° 012/2008 de fecha 14 de febrero de 2008, en función a la recomendación contenida en el Informe Ejecutivo para el Directorio N° MLP/GC/0040/2008 de 14 de febrero de 2008, que se fundamenta en la carta CITE: IAT-033/2008 de 7 de febrero de 2008 que señala "que la Aduana Nacional de Bolivia, hasta la fecha no ha efectuado el pago correspondiente a los equipos suministrados, por razón de cambio de autoridades y personal en las oficinas regionales" aspecto que fue confirmado telefónicamente por el señor Willy Beltrán, Jefe de Créditos de Mutual La Paz, de manera previa a emitir la recomendación para la ampliación de plazo de la presente operación.*
c. *La tercera reprogramación fue aprobada mediante Acta de Directorio N° 040/2008 de fecha 28 de mayo de 2008, en función a la recomendación contenida en el Acta del Comité de Préstamos N° 014/05/08 de 14 de mayo de 2008, que se respalda en el Informe Ejecutivo para el Directorio N° MLP/GC/0138/2008 de 28 de mayo de 2008 que se fundamenta en las cartas CITE: IAT-115/2008, CITE: IAT-115/2008 y CITE: IAT-123/2008 de 14, 23 y 28 de mayo respectivamente, que señalan que la Aduana Nacional de Bolivia hará efectivo el pago por los equipos suministrados, en la primera semana del mes de junio, por lo cual solicitan ampliación de plazo del crédito hasta el 30 de junio de 2008.*

En tal sentido, el Directorio a mi cargo actuó en franca aplicación del Manual de Políticas de Préstamos, donde se establece que el número máximo de reprogramaciones de una operación crediticia, indistintamente de su destino, monto o finalidad, será de 3 por cada 6 años de vida de la operación desde su otorgamiento.

Consecuentemente, el Directorio dio estricto cumplimiento a la normativa interna de Mutual La Paz. Toda la documentación precedentemente señalada fue remitida a la SBEF en calidad de descargos lo cual evidencia una vez más que la SBEF ha vulnerado ***el PRINCIPIO DE SANA CRÍTICA Y VALORACIÓN RAZONADA DE LA PRUEBA****, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 67 parágrafo III del D.S. 27175, causándome* ***INDEFENSIÓN****.*

Al respecto, la Resolución SB 062/2009 que confirma la Resolución SB 241/2008, reconoce (página 8 segundo párrafo) desconoce la relación contractual con la Aduana Nacional de Bolivia, aspecto reconocido por una Resolución Judicial a la que la SBEF resta crédito manifestando que la "autoridad tributaria" (no sabemos a qué entidad se refiere) habría manifestado en medios de comunicación que el bien entregado no cumplió los requisitos exigidos.

V. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Lo expuesto pone de manifiesto que la SBEF al determinar una sanción extrema de suspensión por 18 meses sin considerar el grado de participación de Javier Navarro en los cargos

notificados, ni haber evaluado adecuadamente los descargos presentados y forzando la aplicación de incumplimientos a normas que no se encontraban contenidas en los cargos notificados, originando fundamentaciones contrarias entre la resolución inicial y la confirmatoria que ahora son impugnadas, además de la existencia de otras transgresiones legales señaladas, vulneró también el principio de proporcionalidad que rige en el procedimiento administrativo. Al respecto las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 y RJ 61/2007 de 3 de julio de 2007 dejó (sic) *claramente establecido que "El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material".*

"Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido".

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

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

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

VI. INAPLICABILIDAD DE LA SANCIÓN

La Resolución inicialmente impugnada resuelve en su punto 2 Sancionar al señor director Javier Navarro Agreda con suspensión temporal de sus funciones de Directores (sic) *por el lapso de 18 meses, disposición que fue confirmada por la Resolución SB N° 062/2009 de 10 de marzo de 2009, actos administrativos que ahora recurro a nivel jerárquico. De la revisión detallada y exegética de la Resolución SB N° 241/2008 de 26 de noviembre de 2008, y por las fundamentaciones expuestas en el Recurso de Revocatoria y en presente Recurso Jerárquico, se puede establecer incontrastablemente que la SBEF no ha demostrado la existencia de una correlación entre el hecho generador de la infracción, mi conducta como Presidente de Mutual La Paz y la adecuada imputabilidad, imponiendo injustamente una sanción que no corresponde y que no se encuentra acorde al grado de participación que mi persona tuvo en los hechos (porqué se me da una sanción 6 veces mayor que a los demás?).*

El tratamiento del presente Recurso debe considerar que la SBEF no ha determinado daño económico para la entidad, es decir que los cargos notificados a mí persona no generaron ningún daño económico a la entidad.

Asimismo, la SBEF no ha considerado que no ha existido reincidencia en los hechos o cargos que me fueron notificados, además de haberse regularizado y enmendado la deficiencia administrativa contable que generó la observación por parte de la Comisión de la SBEF.

Adicionalmente, la determinación de la sanción interpuesta a mi persona, conforme lo establece la Resolución impugnada en sus páginas 6 y 10, se fundamenta en el artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas de la RNBEF, que hace referencia al artículo 32 de la Ley del Banco Central de Bolivia y no así al artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que se me ha imputado en la Notificación de Cargos correspondiente. Este Reglamento fue puesto en vigencia por la SBEF mediante Circular SB/288/99 de abril de 1999, sin que hasta la fecha se hayan actualizado sus preceptos conforme las modificaciones que sufrieron las Leyes del Banco Central de Bolivia y la de Bancos y Entidades Financieras.

Pues bien, resulta que la Ley N° 2297 de Fortalecimiento de la Normativa y Supervisión Financiera de 21 de diciembre de 2001 a través de su artículo 32 derogó el artículo 32 de la Ley del BCB, dejando sin efecto la razonable, legal y jurídica aplicación del artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas de la SBEF.

Como la autoridad jerárquica podrá apreciar por la fundamentación legal y técnica que antecede, que hace referencia a la documentación presentada en calidad de descargo, que no fue valorada por la SBEF, se ha podido demostrar que mi persona en su condición de Director de Mutual La Paz no ha incurrido en el incumplimiento señalado en la notificación de cargos SB/ISR I/D-47778/2008 de fecha 18 de septiembre de 2008, consecuentemente, la sanción de suspensión no es aplicable ni procedente por tratarse de cargos donde no tengo responsabilidad y que además no generaron daño económico a la entidad, siendo los hechos generadores de la infracción incurrida por Mutual La Paz como persona jurídica debidamente enmendados y regularizados por el Directorio a mi cargo.

Por otra parte la SBEF no consideró que mi mandato como Director titular fenece en mayo de 2009 y la sanción de 18 meses (año y medio) no se podría cumplir debido a que sobrepasa el tiempo que me queda como Director, razón por la cual la sanción sería de difícil cumplimiento. De manera adicional, se debe mencionar que independientemente de la Resolución N° 01/2009 emitida en fecha 9 de enero de 2009 por la Sala Penal Tercera de la Respetable Corte Superior de Distrito, la Resolución Sancionatoria inicial SB N° 241/2008 de 26 de noviembre de 2008, no cumplía con lo establecido en el numeral I del artículo 68 del D.S. 27175 debido a que la parte resolutiva no determinaba el plazo y las modalidades de ejecución de estas sanciones.

Por lo señalado, la sanción de suspensión impuesta a mi persona vulnera mis derechos e interés legítimos a trabajar según mi capacidad y posibilidades en actividades socialmente útiles y a obtener una remuneración justa por mi trabajo, a la defensa, a la presunción de inocencia por una aplicación incorrecta del procedimiento administrativo sancionatorio que se circunscribe en la deficiente valoración razonada de las pruebas presentadas como descargos que fueron ignoradas o no fueron consideradas por la SBEF vulnerando el derecho a la defensa, los principios de congruencia, del debido proceso, de proporcionalidad y de verdad material.

VII. CONCLUSIONES

Señor Superintendente General del Sistema de Regulación Financiera, como persona justa y ecuánime, apelo a esa cualidad a efectos, que revise y tome decisiones en función a la norma y en forma objetiva, porque la SBEF no puede sancionar con tanta discrecionalidad, rigurosidad y en forma desproporcionada a mi persona con 18 meses de suspensión ya que se debe considerar lo siguiente:

a. *Mi mandato fenece en el mes de mayo del presente año y se me suspende por 18 meses.*
b. *Nunca en la práctica se suspendió el desapoderamiento dentro del proceso ejecutivo seguido a Víctor Hugo Durán García, conforme informa el abogado externo Dr. Humberto Mollinedo y certificado emitido por el Juzgado Duodécimo de Partido en lo Civil y Comercial (Anexo 5).*
c. *A IATEL se le otorgaron seis prestamos, todos cancelados a la fecha y subieron a Directorio de acuerdo a los montos previa recomendación de la Gerencia General, Gerencia Comercial y de Riesgos, contando además con la recomendación del Comité de Préstamos, con ingreso por intereses de $us.26.975.51 (Anexo 6).*
d. *No existió daño económico para Mutual La Paz y por el contrario beneficiaron a la entidad con $us.26.975.51 por el cobro de intereses.*
e. *No existe proporcionalidad en las sanciones (seis veces más a los demás Directores con excepción del Dr. Mario Andrade).*
f. *Se ha ocasionado un notable Riesgo Reputacional a la entidad debido a que personas inescrupulosas publicaron con una cédula de identidad suplantada una convocatoria a Asamblea General para tratar el tema de la suspensión de directores, sin considerar que no se habría agotado la vía administrativa.*

VIII. PETITORIO

Por lo fundamentado y habiéndose acreditado la vulneración de mis derechos subjetivos así como mis intereses legítimos debido a la inadecuada aplicación del proceso sancionatorio, donde además no se determinó daño económico que sea atribuible a mi persona y menos aún reincidencia en este tipo de hechos, y por la ausencia de los elementos constitutivos que fundamentan la sanción de suspensión, en aplicación del numeral I del artículo 11 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 y el artículos 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución SB N° 062/2009 de 10 de marzo de 2009 y por consiguiente contra la resolución SB N° 0241/2008 de 26 de noviembre de 2008 que fue confirmada por la primera, solicitando además se admita el Recurso Jerárquico en cumplimiento al artículo 55 del mismo Decreto Supremo y se deje sin efecto las Resoluciones recurridas y por tanto se deje sin efecto la sanción de suspensión interpuesta a mi persona…"

6.2 Recurso Jerárquico interpuesto por la Directora DARÍA KARINA ROJAS CANIDO.-

Mediante memorial de fecha 19 de marzo de 2009, la Directora **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 057/2009 de fecha 10 de marzo de 2009, con los fundamentos siguientes:

"…***III*** (sic, debió decir *II*)**. *FUNDAMENTACIÓN DE HECHO Y DE DERECHO***

1. *La Resolución SB No. 057/2009, motivo del presente recurso, que me sanciona injustamente con suspensión temporal de mis funciones como Directora por el tiempo de 3 meses, en el último parágrafo del quinto Considerando, página 6 señala:*

"La sanción contenida en la Resolución SB No. 241/2008 fue impuesta en atención a que la Directora Karina Rojas Canido aprobó el préstamo de IATEL por 93.000 Dólares Americanos, como lo establece el Acta de la Sesión de Directorio No. 47/2007 pese a que tuvo conocimiento de los antecedentes crediticios de uno de los miembros del grupo económico IATEL - Durán García, al haber actuado como abogada patrocinante en le (sic) ***proceso ejecutivo iniciado por Mutual La Paz contra el Sr. Víctor Hugo Durán García"***

En el primer parágrafo del último Considerando de la página 7 se establece:

"Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/2004 de 12 de febrero de 2004, determina que el acto administrativo debe encontrarse acorde al Principio de Congruencia que en materia administrativa significa que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen objeto de la petición; en ese sentido la Resolución SB No 241/2008, establece claramente que la sanción impuesta a la señora Karina Rojas Canido es por la aprobación del crédito de IATEL en la Sesión de Directorio No. 47/2007 de 19 de junio de 2007, aspecto que además fue agravado por la condición de abogado co-patrocinante de la señora Karina Rojas Canido, en un proceso ejecutivo de recuperación de un bien inmueble, entre la Mutual La Paz en contra de Víctor Hugo Durán Andrade, aspecto que demuestra que tenía conocimiento de los antecedentes crediticios de la empresa IATEL"

Es decir, se me sanciona porque supuestamente fui abogada co-patrocinante de Víctor Hugo Durán García en un proceso ejecutivo seguido en su contra por la Mutual La Paz, al respecto, Sr. Superintendente me cabe señalar lo siguiente:

a) *Solamente existe un memorial de co-patrocinio de 17 de mayo de 2001, que me fuera otorgado dentro del citado proceso, patrocinio que no llegue a ejecutarlo, a ejercerlo por cuanto no redacté ningún memorial más ya sea de presentación de pruebas, incidentes, recursos, alegatos, no concurrí a audiencia alguna, inspección ocular, etc., es el único memorial en el que figura mi nombre que cursa en fotocopias simples en el expediente del proceso ejecutivo que se encuentra en calidad de prueba en el caso de autos; de manera que no tomé conocimiento del citado proceso.*
Además, el memorial es de fecha 17 de mayo de 2001, época en la que ni siquiera pensaba en ser Directora de Mutual La Paz y por ese único memorial no puede aseverarse que actué como abogada patrocinante y que tuve conocimiento de las relaciones crediticias de Víctor Hugo Durán García con Mutual La Paz, demostrándose una incorrecta e injusta apreciación de esta supuesta prueba y una clara intención de perjudicarme, al sancionarme con 3 meses de suspensión, por esa única actuación cursante en el referido proceso.
b) *En base a los Informes No. MLP/GC/703/2007 y No. MLP/GC/723/2007 de 6 y 19 de junio de 2007 firmados por la ex Gerente Comercial Delia Sologuren de Tapia quien conocía de todos los antecedentes crediticios de la Empresa IATEL y de Víctor Hugo Durán García y que recomendaba la aprobación del crédito de $us. 93.000, firmada también por el ex Gerente General Lic. Alberto Loayza y el informe de Riegos firmado por el Lic. Davor Saric que también recomendaba la aprobación del crédito, es que me pronuncié porque se conceda el referido crédito.*

Informes que concluyen recomendando la operación, que textualmente señalan:

"Por tratarse de un préstamo a corto plazo además de contar con una fuente de repago fija y teniendo una garantía de realización a corto plazo se recomienda la aprobación en las mismas condiciones anteriormente otorgadas" *(El subrayado y negrillas me corresponde)*

Se tenga presente que de no haber sido recomendada por las áreas de Riesgo y Comercial ésta operación de $us. 93.000 y contado con los informes correspondientes, mi persona no lo habría aprobado en Directorio.

El subsiguiente párrafo de la citada página 7 establece:

"Que, el Principio de Proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SGSIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005), en tal sentido corresponde tomar en cuenta las pruebas aportadas por la recurrente dentro del presente Recurso de Revocatoria que demuestran su desacuerdo respecto a la modificación del Manual de Créditos de la Mutual La Paz, destinado a favorecer a IATEL y a las propuestas de recompra, con financiamiento de la propia Mutual, del inmueble judicialmente adjudicado en recuperación del crédito concedido a Víctor Hugo Durán Andrade, hechos que se consideran atenuantes en la infracción cometida"

Manifesté mi disidencia en otras propuestas presentadas porque a mí criterio no eran suficientes los informes presentados o no existían, motivo por el que me redujeron la injusta sanción a 3 meses de suspensión de mis funciones, pero en el caso concreto del crédito de $us. 93.000 por contar con todos los informes y recomendación de las áreas pertinentes, es que me pronuncié por su aprobación.

III. NOTIFICACION DE CARGOS.- *Según ha manifestado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre:*

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

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

"En ese entendido, la formulación o notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo en éste caso, guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final"

En fecha 18 de Septiembre de 2008 la SBEF mediante nota SB/ISR I/D-47785/2008 de forma personal me notificó con el siguiente cargo:

"Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras por haber otorgado créditos vinculados a favor del señor Víctor Hugo

Durán García y la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL) conforme las observaciones contenidas en el Informe SB/ISR-I/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008..."

El cargo notificado hace referencia a los créditos aprobados por el Directorio de Mutual La Paz mediante Actas N° 26/94 y N° 49/94 de 21 de junio y 6 de diciembre de 1994, en favor de Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán, de cuya aprobación no participé, operación que de acuerdo con el Informe de Inspección SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008, se encontraría vinculada al crédito aprobado mediante Acta de Directorio N° 047/2007 de fecha 19 de junio de 2007 a favor de la empresa unipersonal IATEL cuyo representante y propietario es Víctor Hugo Durán Andrade.

Al respecto, los descargos presentados el 2 de octubre de 2008, han desvirtuado completamente la notificación de cargo por los siguientes hechos:

***a)** Mi persona no ha participado de manera alguna en la aprobación del crédito concedido a los esposos Durán Andrade en 1994 porque no era Directora de Mutual La Paz, ingresé en la gestión 2005.*
***b)** Reitero que fue en base a los Informes No. MLP/GC/703/2007 y No. MLP/GC/723/2007 de 6 y 19 de junio de 2007 firmados por la ex Gerente Comercial Delia Sologuren de Tapia, quien conocía de todos los antecedentes crediticios de la Empresa IATEL y de Víctor Hugo Durán García y recomendaba la aprobación del crédito de $us. 93.000, firmada también por el ex Gerente General Lic. Alberto Loayza y el informe de Riegos* (sic) *firmado por el Lic. Davor Saric que también recomendaba la aprobación del crédito, es que aprobamos el crédito en Directorio.*

Informes que concluían recomendando la operación, señalando:

"Por tratarse de un préstamo a corto plazo además de contar con una fuente de repago fija y teniendo una garantía de realización a corto plazo se recomienda la aprobación en las mismas condiciones anteriormente otorgadas"

Reitero que de no haber sido recomendada por las áreas de Riesgo y Comercial esta operación de $us. 93.000 y contado con los informes correspondientes, mi persona tampoco hubiera aprobado este crédito.

Estas áreas son las encargadas de revisar y evidenciar la fuente de repago, la garantía ofrecida, la documentación pertinente, el riesgo de la operación y otros temas relacionados a un crédito. De ninguna manera, mi persona en calidad de Directora puede realizar las tareas anteriormente descritas porque significaría que estoy entrometiéndome en funciones administrativas y operativas que me están prohibidas por el Estatuto, que fuera aprobado por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

***c)** El numeral 4 inc. b) del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras establece:*

"b) Será considerado vinculado a una entidad financiera todo prestatario que reúna una o más de las siguientes características: (…)

4. No demuestre un objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficiente para respaldarlo"

Los Informes No. MLP/GC/703/2007 y No. MLP/GC/723/2007 de 6 y 19 de junio de 2007 presentados por la ex Gerente Comercial Delia Sologuren de Tapia en sus Conclusiones señala:

"El análisis de sus Estados Financieros determinan que la Empresa Unipersonal IATEL, tiene capacidad de pago para ésta operación de corto plazo"

"La fuente de repago principal que se tiene es la adjudicación de la Licitación Pública Nacional G.N.A.F. No. 012/2006, Segunda Convocatoria, Adquisición de rayos z (sic) *para inspección de equipaje para la Aduana Nacional de Bolivia……"*

Es decir, que de acuerdo a estos informes en los que basé mi decisión de aprobar el crédito, IATEL tenía un objeto comercial o productivo y contaba con un patrimonio o flujo para respaldar la operación, de manera que no incumplí el numeral 4 inc. b) del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

***e)** Tampoco se ha tomado en cuenta el Informe de Auditoría Interna No. AI-045/2008 que identifica a los responsables de los créditos otorgados a Víctor Hugo Durán García el año 1994 y determina que en el crédito de $us. 93.000 mi persona no ha cometido ninguna actuación que genere responsabilidad ni cargos.*

***IV. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.**- La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2006 de 10 de enero, al respecto, ha dispuesto:*

"El artículo 29, parágrafo III, del Decreto Supremo No. 27175 indica que "Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica"

"El sistema de la sana crítica o de la sana lógica, consiste en la libertad que tiene la Autoridad Administrativa para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. Empero, este sistema no autoriza a la autoridad a efectuar la valoración arbitrariamente, sino que, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Y como consecuencia de esto le exige a la Autoridad que funde sus decisiones y exprese las razones por las cuales adopta o no una determinación"

"Ésta valoración deberá ser plenamente acreditada en la Resolución Administrativa correspondiente"

La Resolución SB/057/2009 no ha valorado la prueba aportada, no ha hecho un análisis razonado de ella bajo el sistema de la sana crítica o de la sana lógica, por el contrario ha otorgado una valoración arbitraria a un solo memorial de copatrocinio de fecha 17 de mayo de 2001 firmado por mi persona y en base a él fundamenta un fallo con el argumento de que yo conocía de las relaciones crediticias y por eso se me suspende por 3 meses, tampoco ha tomado en cuenta los Informes para el Comité de Préstamos y para el Directorio presentados por la ex Gerente Comercial Delia Sologuren de Tapia, el ex Gerente General Lic. Alberto Loayza, el Gerente de Riesgos Lic. Davor Saric, quienes también tenían conocimiento de los antecedentes crediticios de Víctor Hugo Durán García y recomendaban la aprobación del crédito de $us. 93.000, señalando que IATEL tenía 5 créditos desde el año 2004, antes que yo fungiera como Directora.

V (sic, debió decir *IV*)**. *PRINCIPIOS VIOLADOS.-*** *La Resolución SB/057/2009 de 10 de marzo de 2009 ha violado los siguientes principios contemplados en la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo:*

***1. Principio de legalidad.-** Contenido en el Ar.* (sic) *72 de la Ley 2341. La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 13/2006 de 16 de marzo, dice:*

"La finalidad del principio de legalidad de las sanciones administrativas, consiste en garantizar la libertad de los administrados y controlar la arbitrariedad judicial y administrativa, mediante el señalamiento legal previo de las penas aplicables.

Y aunque la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que en el derecho administrativo sancionador, y, dentro de él el disciplinario, los principios de tipicidad y legalidad no tienen la misma rigurosidad exigible en materia penal, aún así el comportamiento sancionable debe estar precisado inequívocamente, como también la sanción correspondiente, a fin de garantizar el derecho al debido proceso consagrado en el Artículo 16 de la Constitución Política del Estado"

"Este principio, también impone a la Administración Pública el deber de adecuar las conductas de los presuntos infractores al ordenamiento jurídico administrativo, con las normas que han sido objeto de infracción, para así evitar indeterminaciones a tiempo de fijarse la sanción correspondiente".

"En ese contexto, el Artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo al consagrar el principio de legalidad como parte sustancial del procedimiento sancionador expresa que 'Las sanciones administrativas podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa.

La SBEF al sancionarme con 3 meses de suspensión de mis funciones, no fundamenta en qué norma expresa ha basado su decisión, que mas bien ha sido muy arbitraria porque no sanciona a las instancias que presentaron y recomendaron la aprobación del crédito de $us. 93.000 de IATEL.

2. Principio de tipicidad.- *Establecido en el Art. 73 de la Ley 2341, en éste punto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ32/2005 de 19 de agosto expresó:*

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

En la Ley de Procedimiento Administrativo o disposiciones reglamentarias no se contempla expresamente la sanción de 3 meses de suspensión por haber otorgado un crédito recomendado por las instancias pertinentes y que no ha causado un daño económico a la Mutual La Paz, en la Resolución que me impone esta sanción no se hace una descripción clara e inequívoca del precepto supuestamente infringido y la sanción correspondiente, por lo ***tanto ha sido una decisión subjetiva y arbitraria.***

3. Principio de Presunción de Inocencia.- *Proclamado en el Art. 74 de la Ley 2341, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ15/2007 de 6 de febrero señala:*

"Siendo un postulado esencial del orden jurídico y constitucional, que tiende a proteger la dignidad de la persona y el respeto por sus derechos personalísimos, la presunción de

inocencia reviste un carácter inmodificable, en cuanto no admite excepción alguna frente a su observancia y aplicación, imponiéndose como necesaria la consecución de un debido proceso o procedimiento en los términos descritos por la Constitución y las Leyes, para proceder a desvirtuar el alcance que le ha sido fijado"

"La presunción de inocencia, por ello, es un principio plenamente aplicable en el campo de las infracciones y sanciones administrativas, se constituye como una presunción iuris tantum, que exige que toda acusación sea acreditada con la prueba de los hechos en que se fundamenta y la simple instrucción o realización de una investigación o comunicaciones respecto de incumplimientos normativos no constituye una infracción a dicha garantía, pues en la misma se dota al individuo todas las herramientas para ejercitar su defensa"

"En ese sentido el Tribunal Constitucional sentenció que "La presunción de inocencia es un principio por el que toda persona, autoridad o tribunal debe considerar a un individuo contra el que pesa una acusación, inocente del cargo que se le hace en tanto no se presenten pruebas fehacientes de su culpabilidad…" (SC0049/2003 de 21 de mayo), y, por su parte, la Corte Constitucional de Colombia especificó que la presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo; para desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidad y sanciones." (Sentencia C-176/1994) *(El subrayado me corresponde)*

Un memorial de co-patrocinio no constituye una prueba fehaciente para determinar que mi persona haya sido abogada-copatrocinante en el proceso seguido por la Mutual La Paz en contra de Víctor Hugo Durán García, he demostrado ampliamente que no he ejecutado ese co-patrocinio porque no he suscrito ningún otro memorial y no he patrocinado actuación procesal alguna, en consecuencia, puedo afirmar categóricamente que recién tuve conocimiento de los antecedentes crediticios de Víctor Hugo Durán García el 22 de mayo de 2007.

El memorial, en el que me daban copatrocinio es del 17 de mayo de 2001, cuatro años antes de ser Directora de Mutual La Paz, recién ingresé en mayo de 2005 y desde el año 2004 ya se concedían créditos a IATEL.

Por el contrario si existen pruebas fehacientes por las que he desvirtuado el cargo notificado mediante nota SB/ISR I/D-47785/2008 el 18 de septiembre de 2008 por el supuesto incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4) inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que no era Directora en la gestión que se otorgó el crédito a Víctor Hugo Durán García y que en el crédito concedido a IATEL existían los informes correspondientes sobre la capacidad de pago, la garantía, la calificación "A" de la Empresa y las recomendaciones de las áreas encargadas para la correspondiente aprobación.

Concordante este principio con el Art. 16, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado que prescribe: ***"Se presume la inocencia del encausado mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo"*** (sic; no corresponde a la redacción precisa del Art. 16°, Par. I, de la -anterior- Constitución Política del Estado de 1963).

La SBEF no ha considerado las consecuencias de agravio personal y deshonra que representa para mi persona, que como Directora ha ejercido adecuadamente su mandato, ser

sancionada por hechos interpretados parcialmente por la SBEF, en los cuales no participé, recibiendo una sanción, que me están (sic) *causando un gran daño personal, moral y profesional, irreversible, ocasionando que éstos derechos mellados no puedan ser restituidos, aún cuando la Resolución de última instancia administrativa, me sea favorable por no existir prueba en mi contra.*

4. Principio de Proporcionalidad en la Aplicación de Sanciones.- *Prescrito en el Art. 75 de la Ley 2341. La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SGSIREFI RJ38/2005 de 15 de septiembre, en relación al mismo, dice:*

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

"Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido".

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

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

No se puede aseverar que conocí un proceso ejecutivo solamente porque cursa en el expediente un memorial referido a un co-patrocinio que está demostrado no llegue a ejecutarlo.

El crédito de 93.000 otorgado a IATEL ha sido cancelado en su totalidad y ha permitido obtener un beneficio a favor de Mutual La Paz de $us. 12.594.16 por concepto de intereses.

5. Principio de Congruencia.- *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SGSIREFI RJ20/2004 de 9 de noviembre señala:*

"Toda sanción administrativa debe estar claramente determinada no sólo en la parte motivada de la Resolución Administrativa correspondiente, sino que también deberá ser identificada en la parte dispositiva del acto administrativo, a los fines de que el presunto infractor sepa en todo momento; cuál fue la norma infringida y cuál la gradación o monto de la sanción que se le ha impuesto por tal incumplimiento, aspecto que va estrechamente ligado al principio de congruencia sobre el cual ésta Superintendencia General ha señalado que "En el conocimiento, tramitación y sustanciación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la

Administración, deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos solicitados o en su caso imputados y la resolución final."

Se me notifica por supuesto incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4) inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y se me suspende por el lapso de 3 meses por un único memorial de co-patrocinio que me otorgaron el 27 de mayo de 2001 argumentando que conocía de los antecedentes crediticios porque había sido abogada de Víctor Hugo Durán, tampoco toman en cuenta que los Gerentes de Riesgos, Lic. Davor Saric y la ex Gerente Comercial Delia Sologuren de Tapia conocían también de éstos antecedentes crediticios y son quienes recomiendan la aprobación del crédito de $us. 93.000, sin embargo, a ellos no se los sanciona.

VI. LA PRESCRIPCION EN MATERIA ADMINISTRATIVA

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre señala:

"La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho"

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

El crédito a Víctor Hugo Durán García y esposa fue concedido el año 1994, mediante actas No. 25/94 y No. 49/94 de 21 de junio y 6 de Diciembre de 1994, gestión en que mi persona no era Directora, recién ingresé el 2005.

Corresponde considerar la prescripción de las infracciones administrativas, si existieron, conforme lo determina el Art. 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, siendo definida esta afirmación en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo de 2006 que determina: ***"La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción"***

PETITORIO

Toda vez que la Resolución SB/ 057/2009 de 10 de marzo de 2009 no satisface mi pretensión y derechos por ser injusta, lesiva y contraria a mis intereses, en término hábil y oportuno en aplicación de los Arts. 52 y siguientes del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y los Arts. 66 y 67 de la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002, Ley del Procedimiento Administrativo interpongo RECURSO JERARQUICO en contra de la

citada Resolución, para que el superior en grado, es decir, el Superintendente General del SIREFI en mérito al Art. 43 inc. b) del D.S. 27175 REVOQUE totalmente la resolución, objeto del presente recurso, dejándola sin efecto por falta de pruebas…"

6.3. Recurso Jerárquico interpuesto por el Director MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ.

Mediante memorial de fecha 19 de marzo de 2009, el Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB Nº 055/2009 de fecha 10 de marzo de 200911, con los fundamentos siguientes:

*"…**I.- LA RESOLUCION IMPUGNADA FUE EMITIDA FUERA DE PLAZO.-***

De acuerdo al computo de plazo y de la revisión del expediente, la presente Resolución debería haber sido emitida máximo hasta el día 9 de marzo del presente año, situación que no fue cumplida, por lo que la Resolución No. 055/2009, se encuentra emitida fuera del término establecido en el Art. 49 del D.S. 27175.

II.- SE MANIFIESTA HECHOS TOTALMENTE FALSOS.-

*Aparte de otros hechos subjetivos, resalta como un hecho que demuestra la subjetividad y parcialización con el que se consideró mi caso, las mentiras y falacias que se expresan en el primer y segundo párrafo del sexto considerando (pag. 5) que dicen: "...en la presentación de descargos dentro del referido proceso sancionatorio, el señor Andrade **NO** hizo referencia a que en la reunión de Directorio No. 47/2007 **EL SE HABRÍA EXCUSADO DE TRATAR EL TEMA RELACIONADO CON LA SOLICITUD DEL PRESTAMO DE IATEL**, por su parentesco con el representante de IATEL, motivo por el que no habría aprobado el crédito" (las mayúsculas, subrayado y negrillas son mías)*

*En el segundo párrafo dice: "...sin señalar **EN NINGUN MOMENTO QUE EL SEÑOR ANDRADE SE HUBIERE EXCUSADO DE TRATAR EL TEMA RELACIONADO CON EL CREDITO DE IATEL**.." (Las mayúsculas, subrayado y negrillas son mías)*

Estas afirmaciones reitero, son es (sic) *mentirosas y muestran la forma tendenciosa y parcializada que* (sic) *se consideró mi caso, pues en los descargos presentados mediante nota MPL/DIR/C0017/6028/08 en fecha 2 de octubre del presente año, en la página 12 se dice textualmente:*

*"Por otra parte aclaramos que el Director Mario Saúl Andrade Gutiérrez, **SE EXCUSO DEL TRATAMIENTO DE ESTE TEMA**, en aplicación del numeral 1, literal G, Capítulo XIV del Manual de Políticas de Préstamo, conforme consta en el acta del Comité de Préstamos No. 18/2007, **ACTA DE DIRECTORIO No. 047/2007** y en todas las sesiones donde se consideró el tema, tanto en Comité de Préstamos como en Directorio (anexo No. 3) motivo por el cual consideramos que tampoco correspondía que se le notifique cargos por actos en los cuales no participó."*

*Asimismo en el séptimo considerando (pág. 7) en el numeral 3) se hace referencia a Comunicaciones Internas CI/SGL/199/06 sobre observaciones al contenido de la póliza de garantía. Cuando la realidad es que una de las nota con este número corresponde a un informe sobre el caso Marcelo Illanes, que nada tiene que ver con el tema, pero lo más alarmante es que la otra nota CI/SGL/199/07 se refieren al proceso penal contra la **Directora Dra. Edith Alarcón**, quien curiosamente tiene un interés especial en que se sancione a los Directores de Mutual La Paz, para evitar su proceso*

Lo que sucede es que como mas adelante lo argumentaré la SBEF para justificar su sanción, tomando en cuenta que no tienen argumentos sólidos, en cada actuación, constantemente modificó los motivos por el cual (sic) *se me sancionaba.*

III.- APARTADO DE LA NOTIFICACION DE CARGOS Y DEL TIPO ADMINISTRATIVO, SE ME SANCIONA POR HABER APROBADO UNA MODIFICACION DEL MANUAL DE POLITICAS DE CREDITO.-

Resulta paradójico el analizar, que en principio a mí persona se notificó con el Cargo de Haber Aprobado créditos vinculados. Cuando en los descargos demostré que esta era una falsedad en razón de haberme excusado del tratamiento del supuesto crédito observado y en consecuencia no aprobar el mismo, se añadió otros (sic) *argumentos ajenos, como el que mi persona conocía los antecedentes crediticios de IATEL al haber sido abogado de Víctor Hugo Durán.*

Cuando se demostró que todos los Directores conocíamos los antecedentes crediticios, pero ninguno sabía del error administrativo producido en el año 2001, en un asiento contable; ahora se atienen al argumento totalmente subjetivo de que mi persona tuvo una participación activa en la modificación del Manual de Créditos que dio lugar a la aprobación del crédito de IATEL, extendiendo por esto mi responsabilidad a la aprobación del crédito de IATEL.

Esta tendenciosa interpretación subjetiva, si se pretende llegar a la verdad material no tiene ningún sustento por lo siguiente:

a) Las Modificaciones al Manual de Políticas de Crédito, no son invento, ni iniciativa de mi persona, sino que viene del análisis y propuesta efectuada por el Área Ejecutiva, en este caso por La (sic) *Gerencia Comercial, la Gerencia de Riesgo y la Gerencia General, las mismas que fueron presentadas al Comité de Préstamo mediante informes pertinentes y que fueron debatidos y aprobados desde las Sesiones de Directorio No. 062/2006, 063/2006, 064/2006 y 077/2006.*

b) Es deber como Presidente del Comité de Préstamo, someter a consideración de mi Comité, las propuestas de modificación de los manuales de políticas de crédito presentadas por el área ejecutiva, y si tienen aceptación, elevar la sugerencia al Directorio, que es lo que realmente se hizo.

c) No es el Comité de Préstamos, ni su Presidente, sino el Directorio quien en aplicación del Art. 76 inc. n) de los Estatutos de Mutual La Paz, debe aprobar las Políticas y sus modificaciones. Y esto es lo que se hizo de acuerdo al Acta de Directorio No. 077/2006 Sin embargo malintencionadamente se muestra, como que mi persona sería el único responsable de haber aprobado una modificación al Manual de Políticas de Préstamo, que fueron ampliamente debatidas y aprobadas por el Directorio en varias sesiones.
d) Las Políticas al Manual de Préstamo y sus modificaciones, no se hacen para favorecer a ningún prestatario, sino son normas generales que buscan mejorar los aspectos crediticios y no depende del Directorio el hecho que con la modificación aprobada, se otorguen, uno, ninguno o muchos préstamos.
e) Las garantías con pólizas de seguro de cumplimiento de contrato, en el anterior Manual de Políticas de Préstamo, se encontraban previstas, pero sin la seguridad ni detalle, con que se determinaron en las modificaciones y ha sido el criterio del Directorio que es un producto crediticio bueno, legal, que se encuentra dentro de las sanas prácticas y que es otorgado no sólo en nuestra institución sino en muchos Bancos y Entidades Financieras, por lo que no se puede satanizar, ni asociar exclusivamente a un crédito particular.

f) Llama la atención, que de todos los Directores que aprobamos las modificaciones al Manual de Políticas de Préstamo, solo mi persona y el Dr. Javier Navarro, se nos haya sancionado con suspensión de dieciocho meses. Existiendo inclusive la diferencia de que los otros Directores aprobaron el crédito de IATEL y mi persona no lo hizo al excusarse.
g) El sancionarme injustamente con suspensión de dieciocho meses, por haber aprobado una modificación al Manual de Política de Préstamos, que genera un crédito supuestamente observado, equivaldría utilizando dicha lógica, a que se tuviera que ***SANCIONAR AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA,*** *por emitir Decretos Supremos, como por ejemplo los que aprobaron los Fideicomisos o las contrataciones por excepción, que supuestamente generaron que en YPFB, se cometieran actos irregulares. Lo que quiero expresa enfáticamente es, que una cosa son las políticas generales y otra muy diferente la aplicación de dichas políticas.*

En consecuencia, no puedo tener ninguna responsabilidad, ni ser sancionado 18 meses por haber cumplido con mi función de Presidente del Comité de Préstamo y participado con otros Directores en la aprobación de modificaciones al Manual de Política de Préstamo que en ningún momento han sido tachadas de ilegal, ni su contenido ha generado la notificación con algún cargo.

IV.- NO SE HA TOMADO EN CUENTA NINGUNO DE MIS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN EL RECURSO DE REVOCATORIA PRESENTADO.-

Lamentablemente la Resolución impugnada, no ha considerado, ni analizado todos los argumentos expresados en mi recurso de revocatoria y las pruebas irrefutables e incontrastables acompañadas al mismo, motivo por el cual nuevamente me veo en la obligación de reiterarlos y reproducirlos a continuación, esperando que la autoridad Jerárquica los tenga presente

V.- ANTECEDENTES DE LOS CARGOS FORMULADOS.-

A objeto de sustentar de forma lógica y congruente mi recurso, es fundamental que su autoridad tome en cuenta los antecedentes siguientes:

Mediante nota SB/ISR I/D-47751/2008, en fecha 18 de Septiembre la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de forma personal, Notificó con el siguiente cargo a Mario Saúl Andrade Gutiérrez:

> *"Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras por* ***HABER OTORGADO CRÉDITOS VINCULADOS*** *a favor del señor Víctor Hugo Durán García y la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL) conforme las observaciones contenidas en el Informe SB/ISR-I/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008..." (El subrayado y las negrillas me corresponden)*

Es este y ningún otro (sic) *el límite de la Notificación, tomando en cuenta que doctrinalmente de acuerdo a las Resoluciones emitidas por el SIREFI:*

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

Sobre el mencionado Cargo, de forma analítica se fundamentará la defensa del recurso, enfatizando mis descargos, haciendo toda una serie de observaciones y consideraciones a los aspectos que son totalmente lesivos a mi persona de la Resolución SB/0241/2008, que respetuosamente pido se tenga muy en cuenta.

VI. MI CONDUCTA NO SE ADECUA, NI SUBSUME A LOS CARGOS REALIZADOS.-

Sin ingresar todavía a la falta de tipicidad, violación al principio de congruencia, proporcionalidad y otros, que serán desarrollados posteriormente debo comenzar manifestando enfáticamente que, con la prueba aportada que lamentablemente no fue tomada en cuenta, mi persona legalmente debería haber sido excluida de todo cargo por lo siguiente:

*En el crédito a Víctor Hugo Durán García, del año 1994, **NO PARTICIPE** porque en ese tiempo no era Director.*

*En el crédito a la empresa IATEL, tal como se evidencia por las Actas del Comité de Préstamo **No. 18/2007 y Acta de Directorio No. 047/2007** (Ver las pruebas presentadas) **MI PERSONA SE EXCUSO DE LA CONSIDERACION** del Crédito y esta actitud se mantuvo constante en todas las sesiones tanto del Comité de Préstamos como del Directorio, donde se consideró* (sic) *los préstamos a la empresa IATEL, por lo tanto debo manifestar que **NO PARTICIPE DEL CREDITO** y mas con* (sic) *concretamente tomando el léxico que se encuentra plasmado en la Notificación de cargos **NO HE OTORGADO** ningún crédito vinculado a favor de Víctor Hugo Durán García o de la empresa IATEL, por lo que legalmente reitero, debería estar eximido de cualquier sanción.*

Vale la pena hacer notar, que la EXCUSA doctrinalmente, es un acto jurídico por el cual una persona por razones fundadas se exime del conocimiento de un tema específico y procesalmente, se encuentra normado en el Art. 20 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Art. 3 y ss. De (sic) *la Ley 1770. La Excusa jurídicamente no es lo mismo que la abstención, donde uno prácticamente sobre determinados temas se "lava las manos" no manifestando opinión ni a favor ni en contra.*

***LA EXCUSA** es un acto ético y legal de apartarse del conocimiento de un tema, por razones fundadas, y al excusarse del conocimiento del tema, obviamente **NO MANIFIESTA SU ACUERDO,** ni está en la obligación de manifestar ningún criterio; al excusarse cualquier Director está por analogía aplicando el Art. 323 del Código de Comercio, que le exime de cualquier responsabilidad.*

Por lo tanto no se puede decir ligeramente que si bien mi persona "se excuso (sic) *de la aprobación del crédito, es evidente que aprobó la modificación del Manual de Políticas de Crédito de la entidad..." o que "debió adoptar las acciones necesarias para subsanar el error detectado y no aprobar las modificaciones al Manual de Políticas de Crédito"*

*Porque nada tiene que ver una cosa con lo otra y porque fundamentalmente, el cargo notificado por la SBEF mediante nota SB/ISR 1/ D-47751, **NO ES** por aprobar una Modificación al Manual de Políticas de Crédito, sino de forma expresa y concreta por: **"HABER OTORGADO CREDITOS VINCULADOS A FAVOR DE VICTOR HUGO DURAN GARCIA Y LA EMPRESA INGENIERIA Y ASESORAMIENTO EN TECNOLOGIA "IATEL"** y es sobre esta* (sic) *cargo que se debe averiguar la verdad material y la verdad formal.*

Y Reitero LA UNICA VERDAD INCONTRASTABLE E IRREFUTABLE es que mi persona ***NO OTORGO NINGUN CRÉDITO*** *ni a Víctor Hugo Durán García, ni a la empresa IATEL.*

VII.- MI PERSONA EN NINGUN MOMENTO ES RESPONSABLE DE LOS ERRORES DE ANTERIORES DIRECTORES, DE LOS CUALES NO SE TENIA CONOCIMIENTO.-

De forma ligera y sin mayor cimiento, la Resolución impugnada manifiesta que mi persona: "no puede señalar que no es responsable por un "error de los anteriores directores, cuando su responsabilidad, en calidad de Director, es que, al advertir situaciones como la que se examina debió adoptar las acciones necesarias para subsanar el error detectado"

Aspecto totalmente falso y refutable; pues como lo manifesté y jamás lo negué, mi persona sabía que Víctor Hugo Durán García y su esposa (que es mi hermana) tenia (sic) *antecedentes crediticio* (sic) *que derivaron en una ejecución y este hecho era totalmente conocido por todos los directores, sin embargo ha sido demostrado y corroborado por la SBEF, que todos los Directores* ***NO CONOCÍAMOS*** *el error en el asiento contable, producido en el año 2001 y que fue detectado recién por la inspección realizada por la SBEF.*

Es mas (sic) la misma SBEF, en diferentes oportunidades que realizó inspecciones desde el año 2001, jamás se percató de la existencia de dicho error que es atribuible a otros funcionarios de ese tiempo.

Para demostrar mi aseveración su autoridad debe tomar en cuenta que tal como se evidencia por el Acta de Directorio No. 039/2007 de 22 de mayo de 2007 y por el informe del Gerente General Lic. Alberto Loayza GG/BA/409/2007, (Anexo 2) antes de otorgarse el crédito de $us. 93.000 a IATEL que fue en junio del 2007; ingresó a consideración del directorio de la Mutual el tema de la propuesta de compra del bien adjudicado de Víctor Hugo Durán García, en donde se detallen (sic) *todos los antecedentes crediticios de Víctor Hugo Durán García, aspecto que evidencia, reitero que el Directorio conocía los créditos del citado señor Durán García, pero lo que* ***REALMENTE SE DESCONOCIA*** *era la inadecuada contabilización realizada por funcionarios el año 2001, que ha merecido un Informe de Auditoría donde se establecen las personas responsables.*

Por lo tanto no se puede decir que por el simple conocimiento de antecedentes crediticios se contravino el Art. 322 del Código de Comercio por lo siguiente: No se contraviene el Art. 322.- Porque, redundo, el error de contabilización se conoció producto de la Inspección de riesgo crediticio realizada por la SBEF y desde el momento que supimos las irregularidades cometidas por anteriores Directores y Funcionarios, instruimos que se corrija el error contable, asimismo se instruyó que se realice la inmediata Auditoria (sic) *para establecer los hechos y determinar los responsables.*

En el documento de Descargo presentado en fecha 2 de octubre de 2008, pág. 10 Numeral IV, MEDIDAS RECTIFICATORIAS Y CORRECTIVAS ADOPTADAS, se detallan todas las acciones rectificatorias y correctivas realizadas por el Directorio, incluyendo a mi persona, que evidencia que al contrario de lo que indica la resolución impugnada, ***EN REALIDAD SI SE HA*** (sic) ***ADOPTADO LAS ACCIONES NECESARIAS PARA SUBSANAR EL ERROR DETECTADO.***

VIII.- SE HA (sic) ***VIOLADO ABIERTAMENTE LAS NORMAS Y PRINCIPIOS QUE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.***

Así como es importante el cumplimiento del principio de verdad material, de la cual se apartaron con razonamientos subjetivos, es fundamental en el procedimiento Sancionador,

bajo sanción de nulidad, el cumplir con los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y procedimiento punitivo establecidos en el Art. 71 de la Ley 2341.

Del análisis minucioso tanto de la parte considerativa, como de la dispositiva de la Resolución impugnada que confirma en todas sus partes lo señalado en la Resolución SB/241/2008, se puede evidenciar que lamentablemente se han violado principios fundamentales que regulan los procedimientos administrativos, que a la luz de la doctrina y los precedentes administrativos emitidos en las Resoluciones del Superintendente del SIREFI son observados de manera siguiente:

8.1.- EXISTE INCONGRUENCIA ENTRE LA INSUFICIENTE NOTIFICACIÓN DE CARGOS Y LOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.-

De acuerdo a la Resolución SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre: "La notificación de cargos es el acto jurídico-administrativo por medio del cual se pone en conocimiento de una persona ***natural*** *o jurídica las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas por ésta, con la finalidad que pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa presentando toda la prueba pertinente así como formular las alegaciones correspondientes respecto de los cargos atribuidos".*

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

"En ese entendido, la formulación o notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo, en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final".*

Este criterio ha sido complementado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 19/2004 de 08 de noviembre la cual manifestó que "La citación o notificación de cargos es el acto procedimental por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las infracciones presuntamente cometidas por ésta, para que presente los descargos, alegaciones y/o justificaciones en los plazos establecidos por ley, a fin de ejercer el irrestricto derecho a la defensa. En consecuencia, la notificación de cargos debe necesariamente contener todas las infracciones atribuidas a la persona o entidad por parte del órgano regulador, puesto que la Resolución Administrativa definitiva que dicte la autoridad administrativa deberá resolver sobre estas infracciones".

Es así que, "La notificación de cargos, además, deberá contener la mención expresa de las normas jurídicas presuntamente vulneradas por el infractor y, a su vez, deberá encontrarse firmada por el Superintendente respectivo de conformidad al artículo 66 parágrafo I. del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y no así por cualquier otro funcionario de la Superintendencia". (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2005 de 13 de enero).

Finalmente, bajo las previsiones de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 75/2006 de 24 de octubre "la notificación de cargos, al margen de lo anterior, también deberá describir la presunta conducta del regulado que ha quebrantado el ordenamiento jurídico

administrativo haciendo una exposición ***de los antecedentes o hechos fácticos así como la adecuación de los mismos con las normas aparentemente infringidas, no pudiendo establecerse aspectos generales e imprecisos ni omitir la debida explicación del como se ha cometido la infracción o infracciones y su consiguiente adecuación jurídica. En síntesis debe existir un claro nexo de causalidad entre la acción u omisión del infractor y la norma que se ha vulnerado, puesto que de ello dependerá la Resolución Administrativa definitiva sobre el caso en particular".***

En el presente caso como anteriormente lo manifesté en los antecedentes; la Notificación de Cargo que se me hizo de manera personal, de forma muy general y no individualizada se circunscribió al: "Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras por ***HABER OTORGADO CREDITOS VINCULADOS a favor*** *del señor Víctor Hugo Durán García y la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL) conforme las observaciones contenidas en el Informe SB/ISR-I/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008..." (El subrayado y las negrillas me corresponden).*

En ningún momento en dichos cargos se describe la presunta conducta del regulado que hubiere quebrantado el ordenamiento jurídico, NO se hace ninguna exposición de los antecedentes o hechos fácticos, señalando por ejemplo el Sr. Mario Andrade Gutiérrez, en fecha x concedió el crédito x, y obviamente no se realiza, ni se hubiera podido realizar la adecuación de estos hechos con las normas aparentemente infringidas, por la sencilla razón de que mi persona ***NO CONCEDIÓ NINGÚN CRÉDITO.***

Al contrario, se señalan aspectos generales, imprecisos, sin realizar la correcta explicación del como se ha cometido la infracción o infracciones y su consiguiente adecuación jurídica.

En síntesis ***NO EXISTE un claro nexo de causalidad entre la acción u omisión realizada por mi persona y la norma que se hubiere vulnerado****, dejando sin sustento ni fundamento la Resolución Administrativa definitiva que se emitió determinando sanción en mi contra y que fue confirmada por la Resolución impugnada.*

8.2.- SE VIOLO EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y CONSECUENTEMENTE EXISTE EN MI CONDUCTA FALTA DE TIPICIDAD CON EL ART. 50 INCISO B) NUMERAL 4) DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS.-

De acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto se expresa que "La Ley de Procedimiento Administrativo, en su Artículo 73 consagra ***el principio de tipicidad*** *de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las* ***leyes y disposiciones reglamentarias.*** *Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis).*

El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria". "Así, en coherencia con lo anterior, y siguiendo la remisión que hace el propio Artículo 73 de la Ley Procedimental

Administrativa respecto a la tipicidad que podrá estar (sic) *contenida en disposiciones reglamentarias (...)".*

En el mismo sentido, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2006 de 25 de mayo explicó que "En general, el principio de tipicidad impone la exigencia material de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondiente (sic), *exigencia que afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta. De acuerdo a ese contexto, en materia administrativa, el principio de tipicidad es plenamente válido",* (sic)

En la Resolución Impugnada, concretamente en lo que se refiere a mis acciones y omisiones cuya consecuencia debería concordar con la sanción impuesta, el tipo administrativo sancionado ***está predeterminado en el Art. 50 inciso b) numeral 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras*** *que establece textualmente: "Sera considerado vinculado a una entidad financiera todo prestatario o grupo prestatario que reunía una o más de las siguientes características*

4.- No demuestre un objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido ni un patrimonio o flujo neto de recursos para respaldarlo.

Su sanción se encuentra predeterminada en el tipo administrativo *señalado en el Art. 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenidas en la*
Sección 2, Capítulo II del Título XIII, de la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras que literalmente señala:

"Los Directores, síndicos, gerentes, administradores apoderados generales o funcionarios con distinta denominación, ***QUE APRUEBEN, AUTORICEN U OTORGUEN LOS CREDITOS*** *a que se refiere el presente artículo serán pasibles, de sanción de suspensión temporal de sus actividades por un plazo no menor a 90 días. (Las mayúsculas, negrillas y resaltado son mías)*

En consecuencia los elementos constitutivos de este tipo administrativo son:

a) *Existencia de un Crédito Vinculado a una entidad financiera*
b) *Prestatario o grupo de prestatarios que hayan obtenido un crédito vinculado.*
c) *Directores, síndicos, gerentes, administradores, apoderados o funcionarios que* ***APRUEBEN, AUTORICEN U OTORGUEN*** *el crédito vinculado.*

Ahora bien, dentro de estos elementos del tipo, sin ingresar a la discusión sobre la vinculación o no del crédito, la misma que ha sido debidamente y abundantemente descargada por los otros Directores y por Mutual La Paz, en lo que se refiere a mi conducta, mi persona ***AL EXCUSARSE, NO APROBO, NO AUTORIZO, NI OTORGO*** *el crédito supuestamente vinculado, razón por la cual en mi accionar* ***NO SE HAN CONFIGURADO LOS ELEMENTOS DEL TIPO ADMINISTRATIVO*** *por el cual me estarían sancionando, razón por la que existe una TOTAL FALTA DE TIPICIDAD y reitero de principio se me debería haber excluido de los cargos.*

Cabe resaltar que la conducta por la cual se me sanciona, con nada menos que 18 meses de suspensión temporal como Director, es el citado tipo administrativo que se encontraba plasmado en la Notificación del Cargo, que por el principio de tipicidad ***NO PUEDE SER NINGUN OTRO****, como indebidamente y de forma subjetiva se pretende atribuirme, como el*

hecho de que mi persona antes de ser Director de la Mutual La Paz, hubiere actuado como abogado patrocinante en un juicio ejecutivo donde se encontraba involucrada mi hermana Yolanda Andrade, o que hubiera aprobado o propiciado modificaciones al Manual de Políticas de Crédito o que hubiera conocido (como todos los demás directores) los antecedentes crediticios de Víctor Hugo Durán García, porque estos hechos, no contravienen ninguna norma, no son sancionados por SBEF, ni tampoco guardan relación con el tipo administrativo sancionado.

8.3.- SE HA CONTRAVENIDO EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.-

En consideración a los precedentes administrativos del SIREFI,: "toda sanción administrativa debe estar claramente determinada no solo en la parte motivada de la Resolución Administrativa correspondiente, sino que también deberá ser identificada en la parte dispositiva del acto administrativo, a los fines de que el presunto infractor sepa en todo momento; ***cual fue la norma infringida y cual la gradación o monto de la sanción que se le ha impuesto por tal incumplimiento,*** *aspecto que va estrechamente ligado al principio de congruencia sobre el cual esta Superintendencia General ha señalado que "En el conocimiento, tramitación y sustanciación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos solicitados o en su caso imputados y la resolución final". (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09 de noviembre). En tal sentido, y habida cuenta de la relevancia que cobra la imposición de sanciones administrativas, se hace necesario, bajo las reglas del debido procedimiento administrativo, que las mismas al margen de tener una justificación legal o reglamentaria, estén claramente determinadas e identificadas en los actos administrativos, en lo que respecta a la mención categórica de las normas infringidas que derivaron en la sanción y al criterio o parámetro legal o reglamentario utilizado para aplicar la misma, así como el monto o cuantía de aquella.*

Así, de conformidad al Artículo 17, parágrafo II, literal e), del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, las Resoluciones Administrativas deben contener en su texto la decisión clara y expresa del Superintendente que la expide; marco jurídico concordante con el Artículo 68 del citado instrumento normativo que indica que la resolución sancionatoria ***debe precisar la infracción*** *así como la sanción que se imponga al o los infractores.*

Mi persona ***AL NO HABER CONCEDIDO EL CREDITO POR HABERME EXCUSADO,*** *no he incumplido* (sic) *el numeral 4 inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, pues NO HE OTORGADO el supuesto crédito vinculado, por esta situación tampoco ingreso en la aplicación del Art. 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenidas en la Sección 2, Capítulo II del Título XIII, de la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras, por lo que cabe preguntarse ¿cual* (sic) *es la norma que infringí? y mucho mas* (sic) *cual es la razón por la que se me da una sanción totalmente exagerada por un acto que no realice* (sic).

Si solamente es por haber aprobado una modificación al Manual de Políticas, reitero este acto no está sancionado y si así fuere, entraríamos a la terrible lógica de que todos incluyendo al Superintendente del Bancos y Entidades Financieras, debieran ser responsables y sancionados por modificar políticas, que fueran usadas por usuarios del sistema financiero.

8.4.- SE CONTRAVINO EL PRINCIPIO DE MOTIVAVION (sic) ***DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.-***

Según ha desarrollado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso". "Así, la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda". Criterio que fuera complementado a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 02/2006 de 10 de enero la cual indicó que "El Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa, por medio de la cual se deberá sustentar el acto ***en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable.***

Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto". "Concordante con lo anterior, el Artículo 30, literal a), de la Ley Adjetiva Procedimental, en cuanto a la motivación, indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos y fundamentos derecho (sic) ***cuando resuelvan recursos administrativos".*** *"En el mismo sentido, se tiene el Artículo 17 parágrafo II, literal d) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003".*

En lo que a mis actos corresponde la Resolución impugnada NO HA SUSTENTADO el acto en los hechos, el derecho aplicable y en forma concreta las razones que han motivado que un Director que no ha otorgado los créditos supuestamente vinculados, sea sancionado con la suspensión temporal por el lapso de 18 meses.

8.5.- SE HA VIOLADO EL PRINCIPIO DE VALORACION DE LA PRUEBA.-

La Superintendencia General del SIREFI estableció en sus Resoluciones que: "El Artículo 29, parágrafo III, del Decreto Supremo No. 27175 indica que "Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica". "El sistema de la sana crítica o de la sana lógica, consiste en la libertad que tiene la Autoridad Administrativa para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. Empero, este sistema no autoriza a la autoridad a efectuar la valoración arbitrariamente sino que, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Y como consecuencia de esto, le exige a la Autoridad que funde sus decisiones y exprese las razones por las cuales adopta o no una determinación". "Esta valoración deberá estar plenamente acreditada en la Resolución Administrativa correspondiente". (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 02/2006 de 10 de enero).

Es decir que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras está en la ineludible obligación de valorar en toda su magnitud y alcance todas y cada una de las pruebas, argumentos, fundamentaciones o descargos presentados, no pudiendo el regulador dejar de lado u omitir pronunciarse respecto a algún punto alegado que pudiera, en determinada medida, favorecer al regulado.

En este caso, dentro de mis descargos, se ha acompañado abundante prueba para desvirtuar los cargos, los mismo que son tergiversados en la Resolución SB/055/2009, la misma

que no se ha referido, valorado, ni considerado de manera razonada todos y cada uno de los elementos de juicio aportados como prueba, es mas como anteriormente se manifestó se limitan a decir mentiras y falacias, violando el principio de valoración de la prueba, ya que no manifiesta criterio ni valoración por ejemplo de los documentos en los cuales mi persona SE EXCUSA de la aprobación del crédito de IATEL, o referirse a una prueba fundamental cual es el Informe de Auditoría Interna No AI - 045/2008, en el que se determina de forma técnica e independiente, todos los antecedentes de los créditos observados por la SBEF, los hechos acaecidos, las fechas y circunstancia de los créditos y los responsables.

Tampoco se refieren a todas las acciones correctivas realizadas y la inexistencia de daño económico, contraviniendo todos principios (sic) *sobre la valoración de la prueba.*

8.6.- VIOLACION AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES.-

Según ha establecido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre: "El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material". "Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido". "En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad -que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa". "Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte mínimamente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida". "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión". De igual manera, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2006 de 20 de marzo estableció que: "(...) Así, las sanciones administrativas deben circunscribirse a principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, significando este último, que la existencia de correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde, de acuerdo a su grado de participación y en forma proporcional a la gravedad de la infracción.*

La justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona constituye un principio reiteradamente declarado por la doctrina, cuya aplicación al derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección del exceso que supone ejercitar la discrecionalidad mas allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan el ámbito del poder

discrecional de la graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de éstos y la arbitrariedad". (Las negrillas son nuestras).

En el presente caso se puede decir enfáticamente que no existe relación entre la falta cometida (sic) *(Supuesto otorgamiento de crédito y la sanción a imponer).*

En mi caso no se ha determinado en que falta incurrí (PUES NO OTORGUE LOS CREDITOS,) pero si se me sanciona con 18 meses de suspensión.

La Resolución impugnada en ningún momento aplica los elementos del principio de proporcionalidad, pues el castigo impuesto a mi persona NO GUARDA simetría con el comportamiento y la supuesta culpabilidad en mis actos.

Lamentablemente no se tomo (sic) *en cuenta que*

***a)** Que los hechos imputados a mi persona, haciendo presente que NO **OTORGUE NINGUN CREDITO,** se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,*
***b)** Que el hecho sancionado **NO SE ENCUENTRA PLENAMENTE PROBADO,** pues no existe NINGUNA PRUEBA que demuestre que OTORGUE CREDITOS VINCULADOS, sino solo existe* (sic) *simples apreciaciones subjetivos* (sic) *sobre otros hechos que no se encuentran en la Notificación de Cargos.*
***c) NO EXISTE** la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida".*

*NO EXISTE la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, pues jamás se sometieron a los criterios de graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador como son: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración que no se ha demostrado, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados, pues más bien se ha probado que no existió en contra de Mutual La Paz, ningún perjuicio, sino mas bien beneficios en el cobro de intereses y finalmente y finalmente* (sic) ***c)** Primera vez que se sanciona de* (sic) *los Directores de Mutual La Paz, por la otorgación de un crédito normal y corriente que ha sido debidamente recuperado.*

Como quiera que en el presente proceso sancionatorio se acumularon todos los recursos presentados por los directores, para evidenciar el subjetivismo y la falta de proporcionalidad con la que se determinó mí caso podemos deducir lo siguiente:

A los Directores que aprobaron las modificaciones a las Políticas de Préstamo y además aprobaron el supuesto crédito vinculado, se los sanciona con tres meses y a mí QUE NO APROBE EL CREDITO con dieciocho meses de suspensión.

A los Directores que no aprobaron las modificaciones a las Políticas de Préstamo, pero sí aprobaron el supuesto crédito vinculado, se los sanciona con tres meses y a mí QUE NO APROBE EL CREDITO con dieciocho meses de suspensión.

A los Directores aprobaron (sic) *las modificaciones a las Políticas de Préstamo y no aprobaron el supuesto crédito vinculado, se los sanciona con tres meses y a mí QUE NO APROBE EL CREDITO con dieciocho meses de suspensión.*

Consecuentemente no existe fundamento para que a mi persona se me de una sanción mayor que a todos los otros directores, que actuaron igual que mi persona existiendo una total violación a la proporcionalidad

4.6.-VIOLACION AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.-

De acuerdo a la doctrina, el principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: ***1)*** *un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;* ***2)*** *un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común;* ***3)*** *un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y* ***4)*** *un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).*

En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador.

Bajo esa óptica, surge también el principio de igualdad procesal que no solo debe configurarse como uno de los principios rectores de la administración de justicia sino como un principio de aplicación a la Administración Pública, entendida no sólo como la misma oportunidad que tienen los individuos de acceder a los órganos administrativos, sino también, a que se asegure el idéntico tratamiento que tienen derecho a recibir las personas por parte de dichas autoridades ante situaciones similares. "Siendo ello así, el principio de igualdad se viola cuando se da un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que para ello medie una justificación objetiva y razonable". (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1222/04).

En el presente caso, como ya lo detalle (sic) *cuando se analizó la violación al principio de proporcionalidad, existe una total e incoherente desigualdad jurídica, pues por un acto similar, aprobación de un crédito, con la única salvedad de la EXCUSA DE UN DIRECTOR, se sanciona con la suspensión temporal por el lapso de dieciocho meses a mi persona y a otro Director y por el lapso de tres meses a cinco Directores, cuando como lo manifesté y se está demostrando TODOS conocíamos los antecedentes crediticios de Víctor Hugo Durán García y TODOS DESCONOCIAMOS el error contable perpetrado el año 2001 y algunos aprobaron las modificaciones a las políticas de crédito y otros aprobaron el crédito.*

Con lo que se demuestra que en la Resolución impugnada, se da un trato totalmente desigual a quienes se hallan en la misma situación, con la agravante de no tomar en cuenta de (sic) *mi persona SE EXCUSO DE OTORGAR EL CREDITO, y en consecuencia NO APROBE, NI OTORGUE el crédito observado.*

8.7.-SE HA VIOLADO EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.-

El Art. 4 inciso f) de la Ley No. 2341, señala que: "Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados".

Por los argumentos que expresamos cuando demostramos la violación al principio de proporcionalidad e igualdad, se puede evidenciar que también en este caso se ha violado el principio de imparcialidad, pues existe una total discriminación y diferencia, entre la sanción (de 3 meses de suspensión) dada a otros Directores, que reitero aprobaron las modificaciones al Manual de Políticas de Préstamo e inclusive aprobaron el préstamo observado de IATEL y mi persona que se EXCUSO del tratamiento del tema, situación que deberá ser considerada por la autoridad Jerárquica.

8.8.- NO SE HA TOMADO EN CUENTA LA PRESCRIPCION EN MATERIA ADMINISTRATIVA.-

De acuerdo a los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre, "La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho".

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

"En nuestra economía jurídica, la prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, Capítulo VI relativo al "Procedimiento Sancionador", Artículo 79 que a la letra expresa: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)".

Asimismo, como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo: "La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento".

En el presente caso la SBEF NO HA TOMADO EN CUENTA QUE EL ARTÍCULO 50 DE LA Ley de Bancos y Entidades Financieras fu (sic) *incorporado por el artículo 7 de la Ley No. 2297 de Fortalecimiento a la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de diciembre de 2001, por tanto los términos contenidos en el numeral 4 inciso b) del Art. 50 que se habrían supuestamente incumplido, no se encontraban vigentes y ni siquiera contemplados en el texto original de la Ley de Bancos de 1993, a momento de las operaciones concedidas al Sr. Víctor Hugo Durán García.*

Consecuentemente, es totalmente violatorio del principio de irretroactividad de la ley que se emita un cargo por una infracción que se habría cometido en la gestión de 1994, fundamentándose jurídicamente en una norma que entró en vigor en la gestión 2001 y menos aún corresponde responsabilizar a Directores de Mutual La Paz, que durante la tramitación, ejecución, adjudicación y baja de los registros del crédito (operaciones realizadas entre 1997 y 2001) no tuvieron participación y menos aún autorizaron o aprobaron tales gestiones, debido precisamente a que no ejercían las funciones directivas que actualmente ocupan.

8.9.- SE HA VIOLADO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.-

En aplicación de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 13/2006 de 16 de marzo: "La finalidad del principio de legalidad de las sanciones administrativas, consiste en garantizar la libertad de los administrados y controlar la arbitrariedad judicial y administrativa, mediante el señalamiento legal previo de las penas aplicables. Y aunque la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que en el derecho administrativo sancionador, y dentro de él disciplinario, los principios de tipicidad y legalidad no tienen la misma rigurosidad exigible en materia penal, aun así el comportamiento sancionable debe estar precisado inequívocamente, como también la sanción correspondiente, a fin de garantizar el derecho al debido proceso consagrado en el Artículo 16 de la Constitución Política del Estado"

"Este principio, también impone a la Administración Pública el deber de adecuar las conductas de los presuntos infractores al ordenamiento jurídico administrativo, con las normas que han sido objeto de infracción, ***para así evitar indeterminaciones a tiempo de fijarse la sanción correspondiente".*** *"En ese contexto, el Artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo al consagrar el principio de legalidad como parte sustancial del procedimiento sancionador expresa que 'Las sanciones administrativas podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa (...)'".*

Como lo manifestó en el punto de violaciones al principio de tipicidad, en la resolución impugnada, la SEBEF (sic) *no ha cumplido el deber de adecuar mi conducta (DE NO HABER APROBADO NINGUN CREDITO VINCULADO) al ordenamiento jurídico administrativo (Art. 50. inciso b) núm. 4 de la Ley de Bancos y entidades* (sic) *Financieras), con las normas que han sido objeto de infracción (Art. 13 de la Recopilación de Normas para Bancos y entidades* (sic) *Financieras) generando una arbitrariedad administrativa en la fijación de la sanción violando el principio de la legalidad.*

IX.- CONCLUSIONES.-

En resumen de lo afirmado infra, se pueden llegar a las siguientes conclusiones de orden jurídico y legal:

1.- Mi persona ***NO OTORGO NINGUN CRÉDITO*** *ni a Víctor Hugo Durán García, ni a la empresa IATEL.*
2.- Mi conducta como Director de Mutual La Paz no se adecua ni subsume a los cargos notificado (sic) *por la SBEF mediante nota SB/ISR I/ D-47751, ni mucho menos a los tipos administrativos establecidos en el Art. 50 numeral 4, inciso b) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el Art. 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenidas en la Sección 2, Capítulo II del Título XIII, de la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras*
3.- Mi persona y otros directores en ningún momento tuvimos actuaciones contrarias al deber de lealtad y responsabilidad.
4.- La Resolución Impugnada a (sic) *incurrido en una serie de violaciones a las normas y principios que regulan los procedimientos administrativos que acarrean nulidad absoluta.*

5.- Existe incongruencia entre la insuficiente notificación de cargos y los fundamentos de la resolución impugnada.
6.- No se me puede sancionar por una conducta: "Haber aprobado las Modificaciones al Manual de Políticas de Préstamo" que no se encuentra tipificada como falta administrativa
7.- Existe una total desproporción y discriminación de la consideración de mi conducta con la sanción que se me impone.

VI. PETITORIO

Por la abundante argumentación expuesta en líneas precedentes, se puede formar plena convicción sobre la justicia que alienta el presente recurso por lo que pido respetuosamente en el presente recurso Jerárquico LA REVOCATORIA total de la Resolución N° 055/2009 de 10 de marzo de 2009, dejando sin efecto las sanciones impuesta (sic) *o en su caso DISPONER LA NULIDAD DE OBRADOS, por las flagrantes violaciones a los principios administrativos…"*

6.4. Recurso Jerárquico interpuesto por el Director CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO.-

Mediante memorial de fecha 19 de marzo de 2009, el Director **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 059/2009 de fecha 10 de marzo de 2009, con los fundamentos siguientes:

"…***II. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE JERARQUICO:***

Habiéndoseme notificado con la Resolución No. 059/2009 de fecha 10 de marzo de 2009 por la que se confirma en todas sus partes la Resolución No. 241/2008 de fecha 26 de noviembre de 2008, en lo referido a la sanción impuesta a mi persona; por cuanto al amparo de los artículos 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, establecen que contra la resolución que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos, como es el caso de la Resolución SB N° 059/2009 de 10 de marzo de 2009, procede la interposición del presente Recurso Jerárquico, siendo este el caso que se origina en la inobservancia e incumplimiento del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley 2341 y el D.S. 27175 y como consecuencia la ***inaplicabilidad de sanción a mi persona,*** *cuando se han vulnerado las normas que rigen el procedimiento administrativo, no se han considerado enteramente las pruebas proporcionadas en su oportunidad y menos las atenuantes expuestas.*

III. FUNDAMENTACIÓN DE DERECHO EN EL PRESENTE RECURSO JERARQUICO:

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, a momento de dictar los actos administrativos objeto de examen así como la prueba aportada, no se adecuó a la normativa legal vigente, y su Resolución No. 059/2009 de fecha 10 de marzo de 2009 emitida no se encuentra dentro de los preceptos establecidos.

En este sentido cabe señalar que en ejercicio de la actividad reglada, la administración aparece estrictamente vinculada a la norma, que al respecto contiene reglas que necesariamente deben ser observadas y cumplidas de modo que los actos reglados deben emitirse en merito a normas que predeterminan y reglan su emisión. Por cuanto la Resolución SB No. 060/2009 debe ajustarse al fin concreto expresado en la norma y su consiguiente aplicación, por lo que al dictarse una Resolución esta tiene que circunscribirse en forma concreta al ordenamiento jurídico positivo.

Al respecto la normativa legal en actual vigencia establece que la autoridad recurrida debe Conocer y resolver, de manera fundamentada, en primera instancia los Recursos de Revocatoria que le sean presentados de acuerdo con la presente ley, las normas legales sectoriales y las normas procesales aplicables:

La ley No. 2341 de procedimiento Administrativo establece, entre otros, lo siguiente:

Art. 4: "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: ...c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La administración Publica (sic) *regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,* ***asegurando a los administrados el debido proceso****..."*.

Art. 16" (sic) *En su relación con la Administración Publica* (sic)*, las personas tiene* (sic) *los siguientes derechos:...h)* ***A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen****..."*

Art. 28 "(Elementos Esenciales del Acto Administrativo) Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: ...b) Causa: ***Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;****... e) Fundamento:* ***Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones, que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso*** *b) del presente artículo;..."*

Art. 29" (sic) *Los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Los actos serán proporcionales y adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico".*

Por su parte se establece que las Resoluciones decidirán de manera expresa y precisa las cuestiones planteadas y serán fundamentadas en cuanto a su objeto en los hechos, las pruebas y las razones de derecho que les dan sustento.

Por lo expuesto, los artículos citados precedentemente acreditan su carácter de norma atribuible de competencia reglada y no discrecional, debiendo emitir la Superintendencia su decisión conforme a las pautas que la predeterminan en forma específica, debiendo proporcionar una decisión fundada conforme el inciso b) del Art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, atendiendo además a las peticiones y argumentaciones planteadas por el administrado, conforme lo ordena el Art. 16 de la citada norma legal.

IV. FUNDAMENTACIÓN DE HECHO EN EL PRESENTE RECURSO JERARQUICO:

Conforme a los antecedentes del proceso y a fin de pronunciarse respecto del recurso deducido, corresponde examinar si la decisión asumida por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, mediante la emisión de sus actos administrativos, se sustentó en los elementos de hecho y de derecho aplicable, es decir en la causa que ha dado lugar a su decisión:

Vinculación del Crédito

De acuerdo a la Resolución No. 059/2009 de fecha 10 de marzo de 2009 establece: "... ***QUE, DE ACUERDO AL ANALISIS REALIZADO Y EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE, ES CONSIDERADO CREDITO VINCULADO A AQUEL APROBADO, OTOGADO*** (sic) ***O AUTORIZADO A UNA PERSONA NATURAL O JURIDICA CUYO PATRIMONIO O FLUJO NETO DE RECURSOS NO SEA SUFICIENTE PARA RESPALDARLO, CONSTITUYENDO LA CAPACIDAD DE PAGO EN EL PRINCIPIO***

FUNDAMENTAL DE LA EVALUACIÓN DE DEUDORES, LA CUAL ES DETERMINADA SOBRE LA BASE DEL ANALISIS FINANCIERO POR PARTE DELA ENTIDAD..." *en este argumento claramente la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no ha realizado el análisis legal correspondiente, adoleciendo de falta de una sana crítica, adecuada y correcta valoración de los argumentos esgrimidos en los descargos presentados por mi persona ya que específicamente se establece que:*

En relación a la Vinculación

La SBEF determino (sic) *erróneamente que los créditos otorgadas* (sic) *por Mutual La Paz a favor de Víctor Hugo Durán García y la empresa IATEL son vinculados, sin fundamento alguno más allá de la mención del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, se limita a realizar una recopilación de los antecedentes del crédito y descargos del* (sic) *Mutual La Paz, sin embargo no ha demostrado el cumplimiento de los preceptos que hacen a la vinculación, es decir que existió:*

Grupo de Interés Económico: *Conjunto de dos o más personas físicas o jurídicas o una combinación de ambas, entre las cuales se den vinculaciones o relaciones de negocios, de capitales, de administración o de parentesco, que permitan a una o más de esas personas ejercer una influencia significativa en las decisiones de los demás.*

Grupo Vinculado a una Entidad Financiera: *Grupo de interés económico en que una o varias de las personas físicas o jurídicas que lo conforman, mantienen relaciones por propiedad o gestión con la entidad financiera.*

Propiedad: *Concepto que alude al poder de control e interdependencia de derecho o de hecho resultante de determinados vínculos económicos entre la entidad financiera y un grupo de interés económico en forma conjunta o en forma individual con cada uno de sus integrantes.*

Gestión: *Se refiere a los nexos de responsabilidad (de dirección común) que se establecen entre una entidad financiera y un grupo de interés económico en forma conjunta o en forma individual con cada uno de sus integrantes.*

Representante Legal: *Aquel que ejerce la representación judicial y extrajudicial de la persona jurídica con facultades de apoderado general o generalísimo, con o sin limitación de suma.*

Normas de Contratación

La SBEF no tomó en cuenta en su fallo, la obligatoriedad de las Entidades Públicas de aplicar las ***Normas Básicas de Bienes y Servicios.***

Falta de Tipicidad

De acuerdo a la LBEF en su Artículo 99, el Reglamento de Sanciones de la SBEF en su Artículo 28, las sanciones aplicadas no se encuentran tipificadas específicamente; más por el contrario, el Artículo 101 de la LBEF establece que en caso de faltas, infracciones u omisiones leves a los Reglamentos, Estatutos, Normas y Políticas Internas, instrucciones y circulares de la SBEF incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio a la entidad financiera ni a sus clientes, y se enmienden o regularicen, como es el caso del error en un asiento contable, la amonestación será escrita. Asimismo, el Artículo 102 de la misma norma

limita las multas aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones y omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma, situación que no corresponde al presente caso, y más aun en la sanción a mi persona.

Contratos IATEL – ADUANA

La SBEF señala que en ninguno de los contratos suscritos entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, se obliga a esta última a realizar el pago de la deuda de forma directa a la Mutual la Paz, lo que ocasionó que la entidad no se encuentre efectivamente cubierta, señala que la Mutual debió solicitar que la Aduana Nacional realice el desembolso de (sic) *a su nombre, con objeto de asegurar el pago y evitar que el deudor pueda utilizar en fines diferentes del pago y liquidación del préstamo.*

Extrañamente, la SBEF no toma en cuenta disposiciones, que también tiene obligación de aplicar en su condición de Entidad Estatal, el cumplimiento de esta observación, habría hecho inviable la adjudicación para IATEL.

Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, *reglamentada mediante D.S. 29190 de 11 de julio de 2007, la misma que en su parte pertinente dispone:*

El ***Artículo 29,*** *obliga a la Publicación de toda Convocatoria para contratación de Obras, Bienes y Servicios en el Sistema de Información de Contrataciones Estatales-SICOES. Las Convocatorias por montos mayores a Bs 20.000, sus modificaciones, enmiendas, deben ser publicadas en el SICOES.*

Con el cumplimiento de estos requisitos, la Aduana Nacional ha realizado la ***Licitación Pública Nacional G.N.A.F. N° 12/2006 correspondiente al proceso de "Adquisición de equipos de Rayos X para Inspección de Equipaje de la Aduana Nacional de Bolivia". Mediante Resolución N° RA-GG03-012-07 de 02 de febrero de 2007, la Aduana Nacional de Bolivia, resuelve adjudicar la Licitación Pública Nacional GNAF N° 012/2006-Segunda Convocatoria, "Adquisición de Equipos de Rayos X para Inspección de Equipaje de la Aduana Nacional de Bolivia" a la Empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL).***

Toda vez que la empresa IATEL fue adjudicada por una entidad del Estado, como consta de la documentación adjunta (Matrícula de Comercio-FUNDEMPRESA, Licencia de Funcionamiento de la Alcaldía Municipal, RUC, NIT como comerciante), se establece que la Mutual La paz (sic) *otorgado* (sic) *un crédito a una empresa legalmente constituida como Empresa Comercial.*

El Artículo 32 de licitada norma, establece que los contratos que suscriban las entidades públicas para la provisión de bienes, obras y servicios, son de naturaleza administrativa, aplicando los modelos que el Órgano Rector (Contraloría General de la República) *elabore para cada tipo de contratación, siendo su aplicación de carácter obligatorio.*

De acuerdo con el contrato suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia el ***GNAGC-B-008/2007 en fecha 24 de abril de 2007 (el desembolso ha sido efectuado en fecha 22 de junio de 2007),*** (sic)

Se constituyen partes (sic) ***del mismo, la Aduana Nacional de Bolivia representada por el Lic. Oscar Alcázar del Castillo en su condición de Gerente General y la Empresa IATEL Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología, legalmente representada por Víctor Hugo Durán Andrade con C.I. 2695332 L.P., fijándose como objeto del mismo la provisión de equipos de Rayos X para Inspección de Equipajes para la Aduana Nacional de Bolivia.***

El monto total para la ejecución del objeto del contrato se fija en la suma de: UN MILLON SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO 70/100 BOLIVIAMOS (Bs. 1.079.965.70).

El perfeccionamiento del contrato constituyo en su momento la fuente de repago del crédito, ya que el Equipo Importado existió antes de ser entregado a la Aduana Nacional, el mismo que era considerado como patrimonio del deudor y respaldo del monto de crédito constituido como la fuente de repago.

De los antecedentes señalados, se establece que el crédito concedido ha cumplido con los requisitos para constituir objeto comercial: "Compra de Equipos de Rayos X para Control de Equipaje", habiéndose demostrado fehacientemente su calidad comercial como exige la normatividad de la SBEF.

PATRIMONIO

- *Asimismo la Resolución No. 059/2009 de fecha 10 de marzo de 2009 también expresa: "**…SIENDO QUE EL CASO DE LA APROBACIÓN DEL CREDITO DE IATEL SE VERIFICO LA EXISTENCIA DE PATRIMONIO NEGATIVO DE LA EMPRESA INSUFICIENTE PARA RESPALDAR EL PAGO. ASPECTO QUE EL DIRECTOR DEBIO TOMAR EN CUENTA PREVIAMENTE A LA APROBACIÓN REALIZADA EN EL COMITÉ DE CREDITOS…**" al respecto en el recurso de revocatoria que tuve a bien interponer en forma expresa señale* (sic)*:*

  En relación Patrimonio o Flujo para respaldo del Crédito

  La evaluación, valoración y aprobación de estos créditos otorgados, han sido realizadas en sujeción a normas y políticas vigentes en ese momento. ***Circular SB/292/99 CAPITULO: REGLAMENTO DEL SISTEMA DE CENTRAL DE INFORMACIÓN DE RIESGO CREDITICIO.***

  La fuente de repago considerada para ambas operaciones fueron, en primera instancia, los ingresos provenientes de la empresa unipersonal EDUL, registrada a nombre de Víctor Hugo Durán García y, principalmente, por los flujos generados por el proyecto de construcción objeto del segundo crédito.

  La SBEF ha sancionado a Mutual La Paz, con el argumento de que las operaciones fueron concedidas sin una verificación de los ingresos percibidos por los clientes, que los deudores no disponían de patrimonio alguno para responder las obligaciones contraídas; argumentan su fallo en sentido de que, además el producto de la operación financiada podría estar expuesta a "otro tipo de riesgos" que impedirían la recuperación del crédito, perjudicando el circuito de la intermediación financiera.

  Revisados los antecedentes existentes que cursan en la Mutual, se determina que no existen los elementos y documentos suficientes para establecer con objetividad si las operaciones fueron concedidas sin una verificación de los ingresos percibidos por los clientes, tal como afirma la SBEF en la Resolución impugnada.

Por otra parte hacemos notar que, la SBEF ha realizado al menos ocho visitas de inspección, desde la gestión 2001, y teniendo acceso a toda la información disponible en su momento, no han identificado estas operaciones.

Con relación al artículo 94° citado, la Mutual ha cumplido con la presentación a la SBEF, una vez al año, de sus estados financieros con dictamen de auditoría externa, conforme a normas de contabilidad contenida (sic) *en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitida por la SBEF y normas internacionales de contabilidad aplicables a La* (sic) *intermediación financiera, no existiendo materialidad que justifique una sanción por incumplimiento a este artículo.*

De lo anteriormente expuesto la SBEF no ha tomado en consideración que el Directorio de Mutual La Paz aprobó el Manual de Políticas de Préstamos, cuyo Capítulo VII, literal C, del anexo 2 define a la Fuente de Pago como: aquella proveniente de los flujos operativos generados por el giro del negocio ***o de la actividad u operación a ser financiada****, definición que no fue observada y tampoco fue considerada por la Comisión de la SBEF en la Visita de Inspección y menos aún fue considerada en la Resolución SB 241/2008 recurrida pese a haber presentado los descargos correspondientes, de acuerdo a los argumentos esgrimidos precedentemente, lo cual además de demostrar que mi persona no ha incumplido la normativa interna de la entidad, determina que la SBEF ha vulnerado el* ***PRINCIPIO DE SANA CRÍTICA Y VALORACIÓN RAZONADA DE LA PRUEBA,*** *incumpliendo lo dispuesto en el articulo 67 parágrafo III del D.S. 27175, causándome* ***INDEFENSION****.*

PRESCRIPCIÓN

- *En mi memorial de fecha 26 de noviembre de 2008 se ha hecho especial énfasis en que* (sic) *la PRESCRIPCIÓN DE LA OPERACION TODA VEZ QUE ESTE CREDITO HA SIDO OTORGADO EN EL AÑO DE 1994, SIN QUE LA SUPERINTENDENCIA HUBIERA CONSIDERADO LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS SOBRE EL PARTICULAR.*

  La evaluación, valoración y aprobación de estos créditos otorgados, han sido realizadas en sujeción a normas y políticas vigentes en ese momento. Habiéndose efectuado una revisión y análisis de los antecedentes de estas operaciones se ha evidenciado que los préstamos fueron concedidos con objetos comerciales determinados, cuales fueron la adquisición de un terreno y la construcción de un edificio de departamentos, constituyendo estos destinos y usos el objeto comercial determinado por el numeral 4 del artículo 50° de la LBEF; Adicionalmente, se verifica que al margen del patrimonio propio de los esposos Duran-Andrade, el terreno objeto del crédito pasa a formar parte integrante del patrimonio de los prestatarios, respaldando de esta manera el financiamiento recibido, considerando que el avalúo de tal inmueble en las condiciones de mercado a mayo de 1994, ascendía a US$189,200.

  Revisados los antecedentes que cursan en la Mutual se determina que no existen los elementos y documentos suficientes para establecer con objetividad si las operaciones fueron concedidas sin una verificación de los ingresos percibidos por los clientes, tal como lo afirma la SBEF en la Resolución impugnada. Al respecto se debe señalar que en virtud del artículo 94° de la LBEF, la obligación de las entidades financieras es la de conservar documentación referente a sus operaciones por un periodo no menor de 10 años desde la fecha del último asiento contable, a pesar de esta disposición, el presente año la SBEF recién pretende sancionar por un crédito que inclusive para su propia normativa ya está prescrito, en consecuencia, subsiste la posibilidad de que exista documentación relativa a

estas operaciones que ya no se encuentre disponible en la institución, tomando en cuenta que la evaluación de ambos créditos fue efectuada hacen más de catorce años.

El Art. 79 de La (sic) *Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, que regula el instituto de la prescripción establece que:... "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial de los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley."*

La naturaleza represiva o sancionatoria del derecho administrativo, nace a raíz de los incumplimientos de hechos presentes, la sanción debe recaer sobre hechos actuales y deja de surtir sus efectos como consecuencia del transcurso del tiempo, siendo por tanto susceptibles de prescripción, por revestir ese carácter. Es por ello que la sanción que pretende aplicar la SBEF respecto a los créditos otorgados el año 1994 y su supuesta vinculación, no reviste naturaleza sancionatoria, en aplicación de lo dispuesto por el Art. 79 de la Ley 2341.

La Ley del Procedimiento Administrativo 2341 en su disposición Transitoria Cuarta, en el ámbito temporal de la norma, establece que: .."Las disposiciones sobre el procedimiento sancionador contenidas en el Capítulo IV del Título Tercero de la Presente Ley, serán aplicables a los hechos causantes que se produzcan a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley."

La disposición Transitoria Cuarta de la Ley 2341 tiene por finalidad evitar que las normas del Derecho Administrativo Sancionador, de naturaleza penal, se aplique (sic) *a hechos anteriores de su entrada en vigencia, en este sentido corresponde aplicar el principio: "nulla pena sine lege, nullum crime sine lege". Esta regla de oro, opera como garantía para el administrado frente al poder estatal.*

De lo expuesto se concluye que, el tiempo no es un elemento precisamente dañino en el derecho, particularmente en el Derecho Procesal Administrativo Sancionador, su transcurso tiene efectos liberatorios, puede prescribir, el procedimiento caducar o la sanción tornarse inejecutable por prescripción. En cualquier caso, su procedimiento así como la sanción que de él devenga, debe ser conocido y manejado correctamente tanto por el administrador como por el administrado y considerar la jurisprudencia múltiple y continua.

Según lo prescrito por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias Constitucionales 787/200-R 953/200-R, 820/2001-R y 506/05-R "...la jurisprudencia de este tribunal ha establecido que las garantías procesales en materia penal, son aplicables, en lo pertinente, al Derecho Administrativo Sancionador" y "las garantías procesales en materia penal son aplicables en lo pertinente al derecho Administrativo Sancionador"

Por otra parte, como se señaló en los descargos presentados a la SBEF, Los (sic) *estados financieros de Mutual La Paz son periódicamente sujetos de revisión por parte de los auditores internos, así como también por parte de auditores externos, quienes emiten opinión respecto a los mismos en sentido de que son elaborados bajo principios de contabilidad generalmente aceptados, en sujeción a las normas establecidas por el ente fiscalizador y presentan razonablemente la situación financiera de la Mutual. En estas auditorías se ha tenido acceso a toda la documentación concerniente a créditos y bienes adjudicados, y en ningún momento el error que nos ocupa ha sido identificado.*

INAPLICABILIDAD DE LA NORMA

- *De acuerdo con el análisis efectuado por la SBEF en la Resolución No. 059/2009 en forma flagrante establece la poca capacidad de interpretación de calificación a un flujo negativo sin fundamento alguno señala la supuesta existencia de patrimonio negativo ya que por lo cual erróneamente subsume los hechos al derecho y DESACERTADAMENTE tipifica la infracción como* ***"Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras,*** *sin considerar que el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que introduce estos nuevos conceptos para la evaluación crediticia, fue incorporado por el artículo 7 de la Ley N° 2297 de Fortalecimiento a la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de diciembre de 2001, por tanto, los términos contenidos en el numeral 4 inciso b) del artículo 50 que se habría incumplido, no se encontraban vigentes y ni siquiera contemplados en el texto original de la Ley de Bancos de 1993 aplicable al momento de las operaciones concedidas al Sr. Víctor Hugo Duran García y su esposa, por tanto, el cargo que se me ha imputado y por el cual se me pretende sancionar, vulnera el* ***PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E IRRETROACTIVIDAD*** *que rige el procedimiento sancionatorio administrativo, conforme lo determinan los artículos 71 y 77 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175. Este aspecto fue reconocido por la propia SBEF en la Resolución impugnada, que textualmente señala: "Que, el Artículo 50 de la de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en actual vigencia, recoge los mismos principios de prudencia para la concesión de créditos, que se encontraban contenidos en el Artículo 50 de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993 (texto original) y del Artículo 32 de la Ley N° 1670 de 31 de octubre de 1995 Ley del Banco Central de Bolivia que hacen referencia a la necesaria evaluación crediticia previa a la concesión de un crédito.. Consideración propia de la SBEF, que es lejana a la realidad debido a que el artículo 50 numeral 4 de la Ley N° 1488 (texto Original) vigente hasta el 20 de diciembre de 2001, textualmente señala que se considerarán operaciones de crédito vinculadas a un entidad bancaria, cualesquiera de las siguientes situaciones: "4. Haber concedido créditos sin evaluación crediticia previa.", sin remarcar otros aspectos como el análisis de la capacidad de pago, el flujo de caja y la insuficiencia patrimonial para justificar el financiamiento, que no pueden ser aplicables al presente procedimiento sancionatorio, debido a que se encuentran establecidos en una norma posterior que es el producto de la evolución del manejo y prevención del Riesgo Crediticio, y que ahora injustamente la SBEF pretende hacer prevalecer.*

VERDAD MATERIAL

- *La Resolución No. 059/2009 infundadamente ha señalado y considerado:* ***"...QUE, EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL FUE NECESARIO INVESTIGAR LAS ACCIONES QUE ORIENTARON A LA APROBACIÓN DEL CRÉDITO DE IATEL, CON LO QUE SE COMPROBÓ QUE EL SEÑOR VICTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS MANIFESTO SU VOLUNTAD EN LA APROBACION DEL CREDITO, INCUMPLIENDO DE ESTA FORMA CON EL NUMERAL 4) DEL ARTICULO 50 DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS..."*** *El tratadista JUAN CARLOS CASSAGNE en su obra "Derecho Administrativo" tomo II pagina* (sic) *319 dice: "A diferencia de lo que acontece en el proceso judicial donde el Juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige y lo impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado….. De esta manera el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes obliga al Juez...".*

Al respecto, la Resolución SB/0241/2008 emitida por su la SBEF sin haber valorado adecuadamente la prueba, causa graves perjuicios a mi persona, afecta negativamente su (sic) *patrimonio, en virtud de que no se ha realizado el análisis técnico y legal correspondiente, adoleciendo la Resolución recurrida, de falta de una adecuada y correcta valoración de los argumentos esgrimidos en los descargos presentados y especialmente por la inadecuada interpretación y aplicación de las disposiciones legales citadas, fundamentos jurídicos que en concordancia con la revisión y* ***valoración de la prueba*** *no es realizada por el ente regulador; máxime si se tiene en cuenta como un requisito esencial, exponer el contenido de su fallo con precisión y claridad los hechos que le sirvieron de fundamento, por cuanto revisado el contenido del Recurso interpuesto por Mutual La Paz, se advierte que no se han tomado en consideración los argumentos vertidos en la misma.*

El Art. 4 del Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo establece que "la actividad administrativa se regirá por los siguientes principios….. PRINCIPIO DE LA VERDAD MATERIAL: La administración pública (sic) *investigara* (sic) *la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil...". La investigación del* (sic) *verdad material exige la valoración en su integridad y alcance del aprueba* (sic) *ofrecida por los interesadas* (sic), *lo que no ocurrió en el caso de autos.*

En este sentido, no se ha cumplido lo dispuesto por el Decreto Supremo No. 27175 que reglamenta el Procedimiento Administrativo, dispone que toda resolución debe ser fundamentada en los hechos y el derecho.

De lo señalado líneas arriba se establece que la Mutual La Paz, ha otorgado dos créditos diferentes a favor de distintas personas y en diferentes tiempos, el Primero a favor de los esposos Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán con crédito adicional de ampliación de monto y plazo como personas naturales, y el crédito en favor de la Empresa Unipersonal "IATEL" de Víctor Hugo Durán Andrade como persona jurídica, correspondiendo desvirtuar que la verdad material en el caso de autos tal como se establece en la misma Resolución No. 59/2009 claramente reconoce que mi persona NO HA APROBADO EL PRESTAMO A IATEL, ya que de la revisión de los antecedentes del proceso, mi persona, RECOMENDÓ SU AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL DIRECTORIO, CON LA CONDICIÓN DE QUE PREVIO AL DESEMBOLSO, LA EMPRESA PRESENTE EL CONTRATO Y RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN Y LA POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO, en mi condición de miembro del comité de préstamos mi actuar se limitó a recomendar las pautas de seguridad en la otorgación del crédito en apego a la normativa interna, por tanto la Resolución No. 059/2009 erróneamente califica y expresa que he manifestado ***mi voluntad*** *al otorgar el crédito, es necesario recordar a su autoridad que la responsabilidad en aplicación al principio de verdad procesal, previamente debe analizar* ***la intencionalidad de cometer*** *la supuesta infracción, en el entendido de que sanción aplicar e imponer* (sic). *Es decir no se puede atribuir irresponsablemente una sanción a mi persona sin determinar, analizar y fundamentar a cabalidad los hechos que supuestamente me son atribuibles.*

Por cuanto, la pretendida sanción vulnera el ***"Principio de Tipicidad",*** *contemplado en el Artículo 73 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 del Derecho Administrativo, que dispone* ***constituyen infracciones administrativas, las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*** *Resaltando que la acción traducida en voluntad no fue demostrada por la SBEF, ya que la misma no puede calificar la intención de mi actuación en forma subjetiva.*

II. CONCLUSIONES:

Por lo expuesto se concluye que la SBEF al dictar la Resolución No. 059/2009 no ha valorado en su integridad y alcance la prueba presentada en el presente caso, siendo imprescindible este

análisis, puesto que la misma (sic) *constituye elemento primordial en el elemento de investigación a fin de garantizar el debido proceso, por cuanto se establece que la SBEF, ha realizado una incorrecta e ilegal interpretación y aplicación la* (sic) *norma, en cuanto a lo establecido por el Artículo 50 inciso b) numeral 4 y Artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio contenido en el Artículo 1 Sección 1 Capítulo I del Título VI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras:*

1. *Que la Resolución No. SB/241/2008 reconoce en forma expresa que mi persona no tuvo conocimiento de la existencia del préstamo otorgado a favor del Sr. Víctor Hugo Durán García, cuya garantía adjudicada por la Mutual fue registrada incorrectamente en le* (sic) *gestión 2001 y que en esa fecha no desempeña las funciones de director.*

2. *Que, mi persona no ha aprobado expresamente el préstamo a favor de la IATEL, por mi inasistencia a la reunión de Directorio en la que se aprobó la otorgación de dicho crédito, como consta en el Acta de directorio No. 047/2007 la misma que fue adjuntada en calidad de prueba.*

V. PETITORIO

Por todo lo expuesto y en aplicación de lo establecido por el Artículo 66 numeral III de la Ley de Procedimiento Administrativo, solicito a su autoridad remitir todos los antecedentes presentados a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, así como las Resoluciones emitidas y los memoriales del Recurso de Revocatoria, de presentación de prueba, y demás documentación inherente a conocimiento de la autoridad competente, para que de conformidad con lo determinado en el Artículo 68 de la Ley 2341 concordante con el Artículo 124 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por D.S. 27113 emita la correspondiente Resolución Administrativa resolviendo el presente Recurso Jerárquico.

Solicitando a la autoridad Jerárquica DISPONA (sic) *REVOCAR las* (sic) *Resolución SB N° 241/2008 y por ende la Resolución SB N° 060/2009 de 10 de marzo de 2009 emitidas por el Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, y resolviendo en el fondo la suspensión de las sanciones interpuestas a mi persona…*"

6.5. Recurso Jerárquico interpuesto por el Director JAVIER HINOJOSA SANTALLA.-

Mediante memorial de fecha 19 de marzo de 2009, el Director **JAVIER HINOJOSA SANTALLA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 058/2009 de fecha 10 de marzo de 2009 -aunque mal menciona la Resolución Administrativa SB N° 060/2009-, con idénticos fundamentos a los expresados por el corecurrente **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO** (conforme fueran transcritos en el numeral 6.4 supra).

6.6. Recurso Jerárquico interpuesto por el Director VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS.-

Mediante memorial de fecha 19 de marzo de 2009, el Director **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 060/2009 de fecha 10 de marzo de 2009, con similares fundamentos a los expresados por el corecurrente **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO** (conforme fueran transcritos en el numeral 6.4 supra), no obstante diferir en cuanto a sus acápites de *Conclusiones* y *Petitorio*, los que se transcriben a continuación:

"…***V. CONCLUSIONES:***

Por lo expuesto se concluye que la SBEF al dictar la Resolución No. 061/2009 no ha valorado en su integridad y alcance la prueba que tuve a bien presentar, siendo imprescindible este análisis se (sic) *efectué* (sic) *por la autoridad Administrativa competente a fin de hacer cumplir los principios fundamentales del Derecho Administrativo, y por ende reitero garantizar el debido proceso, la SBEF al realizar una incorrecta e ilegal interpretación y aplicación* (sic) *la norma, ocasionándome daños de índole moral y personal, en base a argumentos sin asidero legal, los cuales son refutados ampliamente en lo descrito precedentemente, ya que sin haberse establecido de manera previa mi presunta responsabilidad en estos hechos. Consecuentemente la Resolución inicialmente impugnada vulnera el* ***PRINCIPIO DE LEGALIDAD*** *-contemplado en el artículo 72 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175 - del cual emerge un principio rector al cual debe sujetarse todo procedimiento administrativo*

V (sic, debió decir *VI*)***. PETITORIO***

Por todo lo expuesto y en aplicación de lo establecido por el Artículo 66 numeral III de la Ley de Procedimiento Administrativo, solicito a su autoridad remitir todos los antecedentes presentados a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, así como las Resoluciones emitidas y los memoriales del Recurso de Revocatoria, de presentación de prueba, y demás documentación inherente a conocimiento de la autoridad competente, para que de conformidad con lo determinado en el Artículo 68 de la Ley 2341 concordante con el Artículo 124 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por D.S. 27113 emita la correspondiente Resolución Administrativa resolviendo el presente Recurso Jerárquico.

Solicitando a la autoridad Jerárquica DISPONA (sic) *REVOCAR las* (sic) *Resolución SB N° 241/2008 y por ende la Resolución SB N° 060/2009 de 10 de marzo de 2009 emitidas por el Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, y resolviendo en el fondo la suspensión de las sanciones interpuestas a mi persona…*"

6.7. Recurso Jerárquico interpuesto por el Director REMBERTO FRÍAS MERCADO.-

Mediante memorial de fecha 19 de marzo de 2009, el Director **REMBERTO FRÍAS MERCADO** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 061/2009 de fecha 10 de marzo de 2009, con idénticos fundamentos a los expresados por el corecurrente **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** (conforme fueran transcritos en el numeral 6.6 supra).

6.8. Recurso Jerárquico interpuesto por la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ".-

Mediante memorial de fecha 20 de marzo de 2009, **la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB N° 056/2009 de fecha 10 de marzo de 2009, con los fundamentos siguientes:

"…***V. FUNDAMENTOS DE DERECHO***

Descargos

En fechas 1 de octubre y 11 de noviembre de 2008 mediante cartas 086/6075/2008 y 0302/6984/2008 Mutual La Paz remitió, a consideración de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras los

descargos correspondientes más los anexos, en lo que se señalaba que la operación concedida a la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL) de Víctor Hugo Durán Andrade, fue realizada de acuerdo; y, en cumplimiento a la Ley de Bancos, normas emitidas por la SBEF y políticas internas de Mutual La Paz; demostrando fehacientemente que no hubieron deficiencias en la otorgación y administración del crédito a IATEL, concluyendo que no se puede presumir vinculación con el deudor.

Reporte a la Central de Riesgos

La SBEF señala que Mutual la (sic) *Paz, ha incumplido el Artículo 1 Sección 1 del Capítulo* (sic), *Título VI del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio, por no haber reportado a la Central de Riesgos el saldo de $us. 50.135.- correspondiente a la deuda de Víctor Hugo Durán García, retirándolo de los registros de cartera.*

La SBEF, no ha considerado, que las operaciones realizadas con los señores Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán, fueron cancelados mediante adjudicación judicial del inmueble que garantizó el crédito, que fue erróneamente contabilizado.

Un defectuoso asiento contable como el que se considera en el presente caso, que no conlleva daño económico a la Institución y no constituye ninguna infracción, no amerita una sanción de privaciones de derecho o pecuniarias, más aún cuando el mismo, una vez notificada por la SBEF y conocida por la actual administración, fue inmediatamente subsanada (sic) *y regularizada* (sic), *restituyendo el saldo insoluto de US$50,135,58 como obligación castigada, hecho que fue puesto en conocimiento de la SBEF mediante carta MLP/GC/048/05409/08.*

Consideración de la Prescripción

De acuerdo con el análisis de la imprecisa fundamentación de la Resolución No. 056/2009 de fecha 10 de marzo de 2009, establece que: ***"... CON RELACIÓN A LA PRESCRIPCIÓN ALEGADA, ES IMPORTANTE DEJAR CLARAMENTE ESTABLECIDO QUE LA FALTA DEL REGISTRO CONTABLE FUE DETERMINDA EN LA VISITA DE INSPECCIÓN CON RESULTADOS CONTENIDOS EN EL INFORME SB/ISR I/D-32676/2008 CORRESPONDE SEÑALAR QUE SE CONSIDERE COMO UN ATENUANTE EL HECHO QUE LA MUTUAL SUBSANÓ LA OBSERVACIÓN REGISTRADA…."***
De los argumentos expuestos en las Resoluciones impugnadas, la Superintendencia de forma extemporánea pretenden sancionar a Mutual La Paz.

i) *En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Mutual La Paz ha publicado sus estados financieros, sin que hasta la fecha hubiera habido observación alguna.*

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ha perdido su competencia para pronunciarse, toda vez que a lo largo de todos estos años, en que periódicamente realizó visitas de inspección a Mutual La Paz, en los que ésta entidad ha mantenido los mismos estados financieros y los ha publicado, no ha realizado observación alguna.

Llama la atención que, que a pesar de la disposición del Art. 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financiera (sic), *en su último parágrafo establece la obligatoriedad de las entidades financieras de conservar la documentación referente a sus operaciones por un periodo no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable, la Superintendencia recién pretende sancionar por un crédito, que inclusive para su propia normativa ya está prescrito.*

i) (sic, debió decir ***ii***) *La SBEF no ha tomado en cuenta, las consideraciones de Mutual La Paz, el Art. 79 de La Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, que regula el instituto de la prescripción establece*

que:... "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial de los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley.", pretendiendo sancionar el año 2008 por los créditos otorgados en (sic) *Víctor Hugo Duran García* ***el año 1994.***

ii) (sic, debió decir ***iii***) *La SBEF, debió tomar en cuenta en su fallo que, la naturaleza represiva o sancionatoria del derecho administrativo, nace a raíz de los incumplimientos de hechos presentes, la sanción debe recaer sobre hechos actuales y deja de surtir sus efectos como consecuencia del transcurso del tiempo, siendo por tanto susceptibles de prescripción, por revestir ese carácter. Es por ello que la sanción que pretende aplicar la SBEF respecto al crédito otorgado el año 1994, no reviste naturaleza sancionatoria, en aplicación de lo dispuesto por el Art. 79 de la Ley 2341.*

iii) (sic, debió decir ***iv***) *Al respecto la Ley del Procedimiento Administrativo 2341 en su disposición Transitoria Cuarta, en el ámbito temporal de la norma, establece que:.. "Las disposiciones sobre el procedimiento sancionador contenidas en el Capítulo IV del Título Tercero de la Presente Ley, serán aplicables a los hechos causantes que se produzcan a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley."*

Con objeto de darle el sentido correcto a esta disposición transitoria, debemos remitirnos a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional: "que señale una norma jurídica no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse la intención del legislador, dentro de un contexto coordinado y armónico con todas las demás normas del ordenamiento jurídico restante, y que sean pertinentes para ser un sistema jurídico completo y coherente", Tribunal Constitucional de la Nación Sentencia N° 16/03-ECA 24 de marzo de 2003-Expediente 2002-05533-11-RDN".

Del análisis realizado, se establece que no existe contradicción entre lo dispuesto por el Art. 79 y la Disposición Transitoria Cuarta del Procedimiento Administrativo, la ***primera*** *responde al principio de la irretroactividad de la Ley y la* ***segunda*** *se refiere al principio de la Ley Penal más Benigna. Ambos principios son compatibles entre sí y tienen su fuente constitucional en la Constitución Política del Estado, según la cual:* ***"la Ley rige solo para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal y cuando beneficie al Delincuente."****.*

Este principio tiene tanta importancia, que la regla de la irretroactividad de la ley penal más benigna, se encuentra también reconocida en tratados internacionales de derechos humanos vigentes.

Estas garantías reconocidas en materia penal, son de aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador, según lo prescrito por el Tribunal Constitucional, que dispone que : ***"...la jurisprudencia de este tribunal ha establecido que las garantías procesales en materia penal, son aplicables, en lo pertinente, al Derecho Administrativo Sancionador", en el mismo sentido dispone que: "...las garantías procesales en materia penal son aplicables en lo pertinente al Derecho Administrativo Sancionador"*** *(Sentencias Constitucionales: 787/200-R 953/200-R, 820/2001-R y 506/05-R).*

*De lo señalado se establece que, la disposición Transitoria Cuarta de la Ley 2341 tiene por finalidad evitar que las normas del Derecho Administrativo Sancionador, de naturaleza penal, se apliquen a hechos anteriores de su entrada en vigencia, en este sentido corresponde aplicar el principio: "****nulla pena sine lege, nullum crime sine lege"****. Esta regla de oro, opera como garantía para el administrado frente al poder estatal.*

*Adicionalmente, la disposición transitoria cuarta de la Ley 2341, reconoce otra garantía, "****la aplicación de la ley más benigna al sujeto que cometió la infracción****".*

Por tanto, disposiciones citadas no se contradicen, ni excluyen entre sí, ya que su aplicación es diferente en relación a las garantías que reconocen, la primera es el reconocimiento de la irretroactividad de la ley y la segunda la aplicación de la ley penal más benigna.

El tiempo no es un elemento precisamente dañino en el derecho, particularmente en el Derecho Procesal Administrativo Sancionador, su transcurso tiene efectos liberatorios, puede prescribir, el procedimiento caducar o la sanción tornarse inejecutable por prescripción. En cualquier caso, su procedimiento así como la sanción que de él devenga, debe ser conocido y manejado correctamente tanto por el administrador como por el administrado y considerar la jurisprudencia múltiple y continua.

Proporcionalidad y Razonabilidad

Mutual La Paz, ha reconocido que ha existido una mala aplicación contable, el año 2002 de adjudicación del crédito, que ha omitido en los estados financieros reflejar un saldo deudor del crédito otorgado.

Al respecto se debe establecer si la SBEF al momento de dictar los actos administrativos objeto de examen, se adecuó a la normativa legal vigente, y si el acto administrativo emitido se encuentra dentro de los preceptos vigentes, si en el ejercicio de su actividad reglada, la administración cumplió y observó las reglas establecidas, de modo que los actos reglados se emitieron en mérito a normas predeterminadas.

El acto reglado debe ajustarse al fin concreto expresado en la norma y su consiguiente aplicación por lo que la actividad de la administración se encuentra limitada al ordenamiento jurídico positivo.

Al respecto la normativa legal en actual vigencia establece lo siguiente: Ley 2341 Art. 28 "Elementos Esenciales del Acto administrativo.- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:... b) Causa: deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y el derecho aplicable;... e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo...

Las observaciones señaladas precedentemente, acreditan el carácter del Derecho Administrativo como norma atributiva de competencia reglada y no discrecional, debiendo emitir esta instancia su decisión conforme a las pautas que la predeterminan en forma específica, debiendo proporcionar una decisión fundada sobre los hechos que han dado lugar a la decisión conforme al Inciso b) del Artículo 28 de la Ley del Procedimiento Administrativo, atendido además las peticiones y argumentaciones planteadas por el administrado, conforme ordena el art. 16 de la citada norma legal.

Por tanto, se establece que en presente caso se ha incurrido en lo que en la doctrina se denomina "falso supuesto", que tiene lugar cuando ciertos hechos resultan falsos o bien cuando se aprecian equivocadamente, tal como ha sucedido en el presente caso, que se ha omitido el análisis de la prescripción planteada, contenidas (sic) *en el expediente administrativo, que dieron lugar a la emisión de la Resolución Administrativa SB/241/2008 de 26 de noviembre de 2008, por lo que corresponde que esta instancia emita su resolución corrigiendo la injusticia en la que se ha incurrido.*

Asimismo, en aplicación del principio de razonabilidad que establece, que los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico, se determina que no corresponde en el presente caso, la imposición de la penalidad establecida, por carecer de

razonabilidad, no toma en cuenta la proporción del monto omitido en los estados financieros en relación al patrimonio de la Mutual La Paz.

La SBEF, toda vez que ha valorado discrecionalmente los descargos presentados por la Mutual La Paz, ha vulnerado el principio de legalidad, contemplado en el Art. 62 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, que reglamenta la Ley 2341 para el Sistema de Regulación Financiera, que dispone que el procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos, que la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricto (sic) *a los principios establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo (2341)*

Vinculación

La SBEF ha impuesto la sanción ahora recurrida, con el argumento de que los créditos otorgadas (sic) *por Mutual La Paz a favor de Víctor Hugo Durán García y la empresa IATEL son vinculados. Sin fundamento alguno más allá de la mención del Art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, se limita a realizar una recopilación de los antecedentes del crédito y descargos del* (sic) *Mutual La Paz, sin embargo no ha demostrado el cumplimiento de los preceptos que hacen a la vinculación, es decir que existió:*

Grupo de Interés Económico: *Conjunto de dos o más personas físicas o jurídicas o una combinación de ambas, entre las cuales se den vinculaciones o relaciones de negocios, de capitales, de administración o de parentesco, que permitan a una o más de esas personas ejercer una influencia significativa en las decisiones de los demás.*

Grupo Vinculado a una Entidad Financiera: *Grupo de interés económico en que una o varias de las personas físicas o jurídicas que lo conforman, mantienen relaciones por propiedad o gestión con la entidad financiera cuya fundamentación técnica se ha detallado en el presente Recurso en su parte pertinente.*

Falta de Tipicidad

De acuerdo a la LBEF en su Artículo 99, el Reglamento de Sanciones de la SBEF en su Artículo 28, las sanciones aplicadas a Mutual La Paz no se encuentran tipificadas específicamente; más por el contrario, el Artículo 101 de la LBEF establece que en caso de faltas, infracciones u omisiones leves a los Reglamentos, Estatutos, Normas y Políticas Internas, instrucciones y circulares de la SBEF incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio a la entidad financiera ni a sus clientes, y se enmienden o regularicen, como es el caso del error en un asiento contable, la amonestación será escrita. Asimismo, el Artículo 102 de la misma norma limita las multas aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones y omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma, situación que no corresponde al presente caso.

i) (sic, debió decir ***v***) ***Contratos IATEL – ADUANA***

La SBEF señala que en ninguno de los contratos suscritos entre IATEL y la Aduana Nacional de Bolivia, se obliga a ésta ultima a realizar el pago de la deuda de forma directa a la Mutual la Paz, lo que ocasionó que la entidad no se encuentre efectivamente cubierta, señala que la Mutual debió solicitar que la Aduana Nacional realice el desembolso de (sic) *a su nombre, con objeto de asegurar el pago y evitar que el deudor pueda utilizar en fines diferentes del pago y liquidación del préstamo.*

Extrañamente, la SBEF no toma en cuenta disposiciones, que también tiene obligación de aplicar en su condición de Entidad Estatal, el cumplimiento de esta observación, habría hecho inviable la adjudicación para IATEL.

Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, *reglamentada mediante D.S. 29190 de 11 de julio de 2007, la misma que en su parte pertinente dispone:*

El ***Artículo 29****, obliga a la Publicación de toda Convocatoria para contratación de Obras, Bienes y Servicios en el Sistema de Información de Contrataciones Estatales - SICOES. Las Convocatorias por montos mayores a Bs 20.000, sus modificaciones, enmiendas, deben ser publicadas en el SICOES.*

Con el cumplimiento de estos requisitos, la Aduana Nacional ha realizado la ***Licitación Pública Nacional G.N.A.F. N° 12/2006 correspondiente al proceso de "Adquisición de equipos de Rayos X para Inspección de Equipaje de la Aduana Nacional de Bolivia". Mediante Resolución N° RA-GG03-012-07 de 02 de febrero de 2007, la Aduana Nacional de Bolivia, resuelve adjudicar la Licitación Pública Nacional GNAF N° 012/2006-Segunda Convocatoria, "Adquisición de Equipos de Rayos X para Inspección de Equipaje de la Aduana Nacional de Bolivia" a la Empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL).***

Toda vez que la empresa IATEL fue adjudicada por una entidad del Estado, como consta de la documentación adjunta (Matrícula de Comercio-FUNDEMPRESA, Licencia de Funcionamiento de la Alcaldía Municipal, RUC, NIT como comerciante), se establece que la Mutual La paz (sic) *otorgado* (sic) *un crédito a una empresa legalmente constituida como Empresa Comercial.*

El Artículo 32 de licitada norma, establece que los contratos que suscriban las entidades públicas para la provisión de bienes, obras y servicios, son de naturaleza administrativa, aplicando los modelos que el Órgano Rector (Contraloría General de la República) *elabore para cada tipo de contratación, siendo su aplicación de carácter obligatorio.*

De acuerdo con el contrato suscrito con la Aduana Nacional de Bolivia el ***GNAGC-B-008/2007 en fecha 24 de abril de 2007 (el desembolso ha sido efectuado en fecha 22 de junio de 2007),*** (sic)

Se constituyen partes del mismo, la Aduana Nacional de Bolivia representada por el Lic. Oscar Alcázar del Castillo en su condición de Gerente General y la Empresa IATEL Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología. Legalmente representada por Víctor Hugo Durán Andrade con C.I. 2695332 L.P., fijándose como objeto del mismo la provisión de equipos de Rayos X para Inspección de Equipajes para la Aduana Nacional de Bolivia.

El monto total para la ejecución del objeto del contrato se fija en la suma de: UN MILLÓN SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO 70/100 BOLIVIANOS (Bs. 1.079.965.70).

El perfeccionamiento del contrato constituyó en su momento la fuente de repago del crédito, ya que el Equipo Importado existió antes de ser entregado a la Aduana Nacional, el mismo que era considerado como patrimonio del deudor y respaldo del monto de crédito constituido como la fuente de repago.

De los antecedentes señalados, se establece que el crédito concedido ha cumplido con los requisitos para constituir objeto comercial: "Compra de Equipos de Rayos X para Control de Equipaje", habiéndose demostrado fehacientemente su calidad comercial como exige la normatividad de la SBEF.

El tratadista JUAN CARLOS CASSAGNE en su obra "Derecho Administrativo" tomo II página 319 dice: "A diferencia de lo que acontece en el proceso judicial donde el Juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige y lo impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado… De ésta manera el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes obliga al Juez...".

i) (sic, debió decir ***vi***) *Al respecto, la Resolución SB/0241/2008 emitida por su* (sic) *la SBEF sin haber valorado adecuadamente la prueba, causa graves perjuicios a Mutual La Paz, afecta negativamente su patrimonio, en virtud de que no se ha realizado el análisis técnico y legal correspondiente, adoleciendo la Resolución recurrida, de falta de una adecuada y correcta valoración de los argumentos esgrimidos en los descargos presentados por la entidad; y, especialmente por la inadecuada interpretación y aplicación de las disposiciones legales citadas, fundamentos jurídicos que en concordancia con la revisión y* ***valoración de la prueba*** *no es realizada por el ente regulador; máxime si se tiene en cuenta como un requisito esencial, exponer el contenido de su fallo con precisión y claridad los hechos que le sirvieron de fundamento, por cuanto revisado el contenido del Recurso interpuesto por Mutual La Paz, se advierte que no se han tomado en consideración los argumentos vertidos en la misma.*

Por lo señalado, se infiere que la SBEF no aplicó, no ha considerado en su fallo la naturaleza del Derecho Administrativo, no ha tomado en cuenta los hechos: i) en el caso de "apropiación errónea" Mutual La Paz, habiendo tomado conocimiento en el registro contable, ha subsanado la observación y en segundo caso, ii) el préstamo otorgado a IATEL, ha sido cancelado.

El Art. 4 del Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo establece que "la actividad administrativa se regirá por los siguientes principios… PRINCIPIO DE LA VERDAD MATERIAL: La administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil...". La investigación de la verdad material exige la valoración en su integridad y alcance de la prueba ofrecida por los interesados, lo que no ocurrió en el presente caso.

En este sentido, no se ha cumplido lo dispuesto por el Decreto Supremo No. 27175 que reglamenta el Procedimiento Administrativo, el mismo que dispone que toda resolución debe ser fundamentada en los hechos y el derecho.

Por lo expuesto se concluye que la SBEF resolvió el recurso de investigación sin valorar en su integridad y alcance la prueba presentada por Mutual La Paz en el presente caso siendo imprescindible este análisis, puesto que la misma constituye elemento primordial en el elemento de investigación a fin de garantizar el debido proceso.

El Art. 29 (contenido de los actos administrativos) del la Ley No. 2341 de Procedimiento administrativo prevé: "Los Actos Administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se ajustara (sic) *a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente."*

EL (sic) *Art. 30 (Actos Motivados) de la ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo dispone: "Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) Resuelvan recursos administrativos.... c) Se separen del criterio en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos o de control....".*

El Art. 17 Parágrafo II del Decreto Supremo No. 27175 prevé que, Las Resoluciones se pronunciarán en forma escrita y fundamentada en los hechos y el derecho; expresarán el lugar y fecha de su

emisión; serán firmadas por la autoridad que las expide, decidirán de manera expresa y precisa las cuestiones planteadas y serán fundamentadas en cuanto a su objeto en los hechos, las pruebas y las razones de derecho que le dan sustento.

Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo contiene una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte e incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica, y, en segundo lugar, a razonar que la norma jurídica aplicada fundamenta la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.

La motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional, por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión asumida por la administración.

García de Enterría afirma que la administración no tiene otra actuación ni otra vida psicológica que la estrictamente legal de modo que no puede haber para ella motivos impulsivos de una acción marginal al Derecho, por lo que, la Ley le impone a la Administración la obligación de motivar sus actos, ello implica que la Administración debe señalar expresamente la norma jurídica que aplica al adoptar su decisión o emitir su declaración. Por su parte, Tezner señala que la motivación del acto administrativo es un medio técnico de hacer efectiva la intención de la Ley.

Todo ello implica que la Administración no puede apartarse del imperio de las normas al adoptar sus decisiones ni emitir sus declaraciones, ni puede soslayar el hecho de expresar en forma concreta y puntual la norma jurídica que la ampara para dictar un acto administrativo que exprese decisiones o una declaración.

Estos postulados doctrinales han sido recogidos por la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo que en sus Arts. 28, 29 y 30 regulan los elementos del acto administrativo y el contenido formal de este debido a que su concurrencia responde a las exigencias mínimas de identificación y de certeza del contenido resolutorio, un elemento importante de este contenido es su motivación. La Ley. (sic) *No. 2341 de Procedimiento Administrativo en sus Arts. 30, 29 y 28 inc. e) i) b) y el Decreto Supremo No. 27175, obligan a la administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales las mismas se apoyan de forma que se aprecie la legalidad y la racionalidad del mandato.*

De lo expuesto se establece que Mutual La Paz, tiene ampliamente demostrado que la SBEF, al haber emitido la Resolución SB/056/2009, ha realizado una incorrecta e ilegal interpretación y aplicación de lo establecido por el Artículo 50 inciso b) numeral 4 y Artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio contenido en el Artículo 1 Sección 1 Capítulo I del Título VI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme se pasa a demostrar:

1. *Los créditos otorgados por Mutual La Paz a favor del Sr. Victor* (sic) *Hugo Duran* (sic) *Garcia y Sra. el año 1994 y a la Empresa IATEL el año 2007, tuvieron un objeto comercial determinado, que justifica ampliamente el financiamiento recibido, contando con un patrimonio o flujo neto de recursos suficientes para su respaldo, los mismos que fueron oportuna y adecuadamente calificados al momento de su aprobación y desembolso conforme lo establece la LBEF y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y el Manual de Políticas de Préstamos de Mutual La Paz, tanto en lo que se refiere a la revisión previa, evaluaciones, seguimiento y calificaciones posteriores, no existiendo por tanto infracción a lo establecido por el Artículo 50 inciso b) numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, puesto que en ambos casos no existe ningún vínculo entre los*

prestatarios y Mutual La Paz, tratándose de simples clientes que cumplieron con los requisitos establecidos para obtener créditos de acuerdo con la normativa interna de la institución.

2. *Asimismo, queda establecido que para constituirse en un "grupo de interés económico vinculado a Mutual La Paz", de acuerdo a Carta Circular SB/736/2007 emitida por la SBEF, los prestatarios debían haber cumplido con las siguientes características:*

   "grupo (sic) *económico es aquel conjunto de personas naturales y/o jurídicas que se encuentran relacionadas entre sí por vínculos de propiedad de un bien o participación en una* ***sociedad en común****, aquellas que participan en la dirección, administración o gestión* ***de alguna sociedad común*** *y aquellas que mantienen una actividad en común, contratan operaciones de crédito con un mismo fin o mantienen una* ***garantía en común****, representando un sólo riesgo crediticio para la entidad de intermediación financiera".*

   Por lo expuesto, se establece que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia han existido "créditos vinculados" de parte de Mutual La Paz a favor de los Sres. Víctor Hugo Durán García y de IATEL, por lo que se ha demostrado que no corresponde la aplicación de sanción alguna en contra de ésta entidad por éste concepto.

   Por otra parte Mutual La Paz, cumplió oportunamente y en todas las gestiones, con la presentación de sus estados de situación patrimonial y financiera, con dictámenes de auditoría (sic) *externa elaborados conforme a normas de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y Normas Internacionales de Contabilidad aplicadas a la intermediación financiera, los que manifiestan que se encuentran expuestos y libres de presentaciones incorrectas significativas.*

   Por lo expuesto se establece que no existe ninguna infracción a lo determinado por el Artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, no correspondiendo por tanto ninguna sanción por este aspecto, al no haberse evidenciado infracción de parte de Mutual La Paz.

   Al respecto, la administración de Mutual La Paz, una vez advertida del error contable cometido en la gestión 2001 a tiempo de registrarse la incorporación del bien adjudicado de los esposos Durán Andrade, cancelándose el saldo deudor de ambos créditos, procedió a efectuar la debida rectificación. De no haberlo hecho, recién seria (sic) *responsable, al igual que sus Directores, Gerentes y Administradores, no de aquella infracción del año 2001, sino del incumplimiento de la instrucción de regularización de la operación impartida por la SBEF.*

Dicho error constituye una infracción prescrita por el Artículo 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo. Si se toma en cuenta que lo que se sanciona es la infracción, la imposición de la sanción correlativa a aquella, sólo puede ser aplicada hasta antes de que opere la prescripción, una vez que la Superintendencia comunicó la existencia de la falta, infracción o error, la Administración actual de Mutual La Paz rectificó la omisión en la que se había incurrido, por lo que no puede ser pasible a sanción alguna por parte de la SBEF.

No obstante lo señalado, cabe aclarar que el indicado error contable y la falta de registro en la Central de Riesgo Crediticio no se encuentran expresamente sancionados con multa a la entidad financiera ni el (sic) *la Ley de Bancos y Entidades Financieras, menos en el Reglamento de Sanciones Administrativas. Según el Artículo 28 del Reglamento de Sanciones, la inconsistencia o inexactitud en la información y reportes presentados a la SBEF, daría lugar únicamente amonestaciones o multas personales, entendiendo que por este motivo, la Resolución*

impugnada no hace referencia a ninguna disposición del Reglamento con relación al error señalado.

Si la SBEF tenía la intención de aplicar sanciones, pese a la ausencia de normativa expresa, lo que hubiera correspondido sería, de no existir la prescripción del hecho administrativo, aplicar la sanción de "Amonestación Escrita", al tratarse de una falta por negligencia o imprudencia que no causó daños o perjuicios económicos a Mutual La Paz ni a sus clientes, conforme lo determina el Artículo 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Asimismo, la aplicación de una multa no procede en conformidad al Artículo 102, por cuanto el mismo establece que éste tipo de sanción será aplicable a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualquier forma o hecho, que en ningún caso se produjo.

II. CONCLUSIONES

Habiendo efectuado un análisis puntual de los actos administrativos de hecho y derecho que ha vulnerado la SBEF se concluye:

Que, el citado informe de Inspección, de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ha sido realizado sobre la base de la normativa en actual vigencia, sin considerar que el crédito fue otorgado el año 1994, cuando la misma no estaba vigente.

Con esta falta de Tipicidad, la SBEF determina que: en la otorgación del crédito se ha incurrido: ***i)*** *falta de* ***capacidad de pago, e*** *ii)* ***insuficiencia patrimonial para justificar el financiamiento****, y tipifica la infracción como* ***"Incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Articulo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras****, sin considerar que el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, recién introduce la normativa para la evaluación crediticia, mediante la Ley N° 2297 de Fortalecimiento a la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de diciembre de 2001 en su Art. 7, lo que significa que las disposiciones del numeral 4 inciso b) del artículo 50 "incumplido", no se encontraba vigente en la Ley General de Bancos, vigente al momento de la otorgación del crédito, (año 1993).*

Por lo que la sanción impuesta a Mutual La Paz, vulnera el ***Principio de Proporcionalidad de Irretroactividad*** *que rige el procedimiento sancionatorio administrativo, conforme lo determinan los artículos 71 y 77 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175, aspecto reconocido por la propia SBEF en la Resolución impugnada, toda vez que señala que el Articulo* (sic) *50 de la de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha, en su aplicación considera los mismos principios de prudencia para la concesión de créditos, que se encontraban contenidos en el Artículo 50 de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993 (texto original) y del Articulo* (sic) *32 de la Ley N° 1670 de 31 de octubre de 1995 Ley del Banco Central de Bolivia que hacen referencia a la necesaria evaluación crediticia previa a la concesión de un crédito.*

Por tanto, pretender sancionar por: "Haber concedido créditos sin evaluación crediticia previa.", sin tomar en cuenta el análisis de la capacidad de pago, el flujo de caja y la insuficiencia patrimonial para justificar el financiamiento, que no pueden ser aplicables al presente caso por no estar contemplados en el procedimiento sancionatorio, por ser una norma posterior como son el "manejo y prevención del Riesgo Crediticio", desproporcional e injustamente la SBEF pretende hacer prevalecer disposiciones inexistentes como fundamento de la sanción que pretende aplicar y que en su caso se operó (sic) *la prescripción ni el cumplimiento por parte de la Mutual para la reposición en la Central de Riesgos del error contable debitado por la SBEF y que en el supuesto caso el crédito de IATEL ha sido pagado.*

Asimismo la SBEF, dispone el traslado de cargos a Mutual La Paz vulnerando el ordenamiento jurídico-administrativo en su Art. 4 en la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, cual es el de la ***Verdad Material*** *bajo el cual la Administración Pública tiene la obligación de investigar la verdad material dentro de un procedimiento administrativo. Esto significa que la Administración está específicamente obligada a desarrollar la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, que en el presente caso no ha ocurrido, toda vez que la prueba de descargo presentada por Mutual La Paz, no ha sido valorada.*

La resolución de todo procedimiento administrativo debe ser, congruente con las peticiones formuladas por los interesados en el doble sentido: ***i)*** *que sus alegatos deban ser tomadas* (sic) *en cuenta por ella, sin perjuicio de que los acoja o los rechace, según legalmente corresponda, y* ***ii)*** *que las concretas pretensiones que hubiesen sido presentadas sean objeto de pronunciamiento expreso para no causar indefensión.*

Por tanto la Resolución del procedimiento implica el cumplimiento del principio de verdad material y tiene que ser congruente con los términos en controversía (sic) *para que ello se efectivice pronunciandose* (sic) *por lo menos sobre la petición, lo* (sic) *alegatos y la prueba aportada.*

De los antecedentes señalados, su autoridad podrá establecer ue (sic) *la Superintendencia de Bancos y Entidades Financiera* (sic) *no ha dado cumplimiento a lo dispuesto por Inc. d) del Artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que contempla los principios básicos del Derecho Administrativo.*

VIII. PETITORIO

Habiendo demostrado ampliamente que la SBEF ha incurrido en incumplimiento e inobservancia de lo establecido por los Art. 62 del D.S. 27175 y 50 inc. b) numeral 4 y 94 de la LBEF y en aplicación de lo establecido por el Artículo 66 numeral III de la Ley de Procedimiento Administrativo, solicito a su autoridad remitir todos los antecedentes presentados a la autoridad competente, así como las Resoluciones emitidas y los memoriales del Recurso de Revocatoria, de presentación de prueba, y demás documentación inherente a conocimiento de la autoridad competente, para que de conformidad con lo determinado en el Artículo 68 de la Ley 2341 concordante con el Artículo 124 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por D.S. 27113 emita la correspondiente Resolución Administrativa resolviendo el presente Recurso Jerárquico.

Solicitando a la autoridad Jerárquica DISPONA (sic) *REVOCAR las Resolución SB N° 241/2008 y por ende la Resolución SB N° 056/2009 de 10 de marzo de 2009 emitidas por el Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, y resolviendo en el fondo la suspensión de las sanciones interpuestas a Mutual La Paz…"*

7. EXPOSICIONES ORALES DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 31 de agosto de 2012 se recibieron en audiencia, las exposiciones orales de fundamentos de los Directores **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ** y **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS**, conforme al registro magnetofónico que cursa en el expediente.

CONSIDERANDO:

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

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

1. Antecedentes.-

1.1. Créditos impagos de los señores Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán.-

El Directorio de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** (periodo 1994 a 2001, ninguno de cuyos miembros se encuentra entre los sancionados) aprobó en sus reuniones N° 25/94 de 21 de julio de 1994 y N° 49/94 de 6 de diciembre de 1994, respectivamente, las operaciones de crédito N° 00-34-015507-9 por $us. 70.000.- y N° 00-34-016313-2 por $us. 66.000.-, en favor de sus asociados, los esposos **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, el primer crédito destinado a la compra de un terreno y el segundo para financiar la construcción de un edificio de departamentos en el mismo.

La mora en tales créditos determinó su ulterior ejecución judicial, por cuyo efecto, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** se adjudicó en fecha 21 de agosto de 2001, el derecho propietario de la garantía, en la suma de $us. 70.930.-. En función del monto prestado, debió determinar la subsistencia de un saldo deudor como consiguientemente, de la calidad de deudores en mora de aquellos prestatarios.

No obstante, se registró erróneamente la adjudicación con el valor de $us.121.065.- que corresponde al monto total adeudado, originando que en los registros de cartera se dé incorrectamente de baja el saldo total de la deuda cual si se encontrara totalmente cancelado, consecuentemente, que los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, al figurar sin saldo deudor pendiente de pago a favor de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, no aparezcan reportados en la generalidad de registros inherentes (estados financieros, sistemas contables, Central de Información de Riesgo Crediticio, entre otros).

Posteriormente, en fecha 25 de junio de 2008, la deficiencia de registro del saldo deudor de los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán** fue observada por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en el numeral 3, parágrafo vii, del Informe de Inspección SB/ISR I/D-32676/2008 "*que fuera remitido al Presidente del Directorio de la Mutual mediante carta SB/ISR-I/D-41990/2008 de 21 de agosto de 2008*" (redacción de las notas de cargo).

1.2. Crédito en favor de la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL) y su acusada vinculatoriedad con los otros créditos referidos.-

En fecha 19 de junio de 2007 (Sesión N° 047/2007) "*el Directorio después de considerar la solicitud de crédito, con la opinión favorable del Fiscalizador Interno, aprobó el crédito por*

$us.93.000.00 a favor de IATEL de acuerdo a las condiciones y recomendaciones del informe MLP/GC/723/2007".

Con respecto al mismo y en relación a los precitados créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, el mismo Informe de Inspección SB/ISR I/D-32676/2008 de fecha 25 de junio de 2008 ha señalado que:

> "…*IATEL de Víctor Hugo Durán Andrade y el Sr. Víctor Hugo Durán García conforman un grupo prestatario debido a que éste último ejerce funciones de Gerente Adjunto, cuyos ingresos para el pago de las deudas de ambos prestatarios provienen de la actividad económica de IATEL, consecuentemente las operaciones concedidas a ambos prestatarios representan un sólo riesgo, de acuerdo con lo establecido en el inciso c) del artículo 50º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras*…"

En criterio de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, expresado después en la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008,"*las entidades financieras no podrán otorgar créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas, considerando como vinculado el crédito que no demuestre el objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficientes para respaldarlo*…"

1.3. Inicio del proceso sancionatorio.-

Los dos extremos detallados precedentemente (la deficiencia de registro del saldo deudor de los esposos Durán, señalada en el numeral 1.2 supra, y la vinculatoriedad de los créditos involucrados en el numeral 1.3) determinaron que, mediante la notificación de cargos SB/ISR-I/D-47674/2008 de 18 de septiembre de 2008, la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras imputara a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** con tres cargos:

1. Otorgamiento de créditos vinculados a favor del señor **Víctor Hugo Durán García** y de la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**.

2. No inclusión, en los estados financieros, del saldo pendiente de cobro ($us. 50.135.-) de las operaciones crediticias otorgadas a favor del señor **Víctor Hugo Durán García**.

3. No reporte a la Central de Información de Riesgo Crediticio del saldo de la deuda del señor **Víctor Hugo Durán García**.

Asimismo, mediante las notificaciones SB/ISR-I/D-47751/2008, SB/ISR-I/D-47759/2008, SB/ISR-I/D-47773/2008, SB/ISR-I/D-47774/2008, SB/ISR-I/D-47778/2008, SB/ISR-I/D-47784/2008 y SB/ISR-I/D-47785/2008, todas de fecha 18 de septiembre de 2008, se imputó a quienes resultan los Directores a esa fecha, todos ellos ahora recurrentes, de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, por -únicamente- el otorgamiento de créditos vinculados a favor del señor **Víctor Hugo Durán García** y de la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Referente a los créditos vinculados.-

Los recurrentes señalan que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras los ha sancionado sin fundamento legal y técnico, en cuanto a que no se hubiera demostrado la existencia de crédito vinculado en cuanto al sugerido grupo de interés económico.

A este respecto, la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado al 20 de diciembre de 2001 conforme al Decreto Supremo N° 26581 de 3 de abril de 2002), en su artículo 50°, inciso b, numeral 4, determina:

> "…*Será considerado vinculado a una entidad financiera todo prestatario o* ***grupo prestatario*** *que reúna una o más de las siguientes características:* (…)
>
> 4. *No demuestre un objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido,* ***ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficientes para respaldarlo***…"
>
> (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, revisados los antecedentes así como las Resoluciones objeto de impugnación, se establece en la efectiva existencia de análisis técnico por parte del Ente Regulador, lo que le permitió concluir en que para los créditos otorgados tanto a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán** como a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, **no se demostró el flujo de recursos suficiente ni el suficiente patrimonio que los respalde,** incurriendo entonces en la figura de créditos vinculados, conforme la norma legal precedentemente transcrita.

Es así que se ha establecido que, en los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, su aprobación se ha basado en la información proporcionada por los propios interesados, después prestatarios, determinando que los ingresos (fuente de pago) correspondían únicamente al salario del primero como Gerente de la empresa Distribuidora Universal Ltda. (EDUL), y su respaldo patrimonial (fuente de repago) se limitaba a una acción telefónica y a su participación accionaria (66%) en la misma empresa, aspectos que sin embargo de ser de conocimiento previo de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, no fueron óbice para el otorgamiento de los créditos.

Ahora bien, en cuanto al crédito otorgado a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, de acuerdo a los estados financieros presentados previamente a su aprobación (gestiones 2003 a 2006), en general, su flujo operativo era negativo, empero que mejoraba significativamente con el importe del crédito, lo que permitió concluir en que su recuperación dependía básicamente, del mismo crédito, haciendo riesgosa tal operación.

El Patrimonio de la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** al 31 de diciembre de 2006 era de $us. 83.930.-, según el Balance General Ajustado elaborado por el

Lic. Eduardo Fernández, Oficial de Riesgos Financieros de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, monto que representaba el 90,24% del importe del crédito, determinando que a la fecha señalada, ni con todo su patrimonio la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** estaba en condiciones de cubrir la deuda.

Asimismo, el Estado Financiero ajustado al 31 de diciembre de 2007 de la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, elaborado por el mismo funcionario de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, presenta un patrimonio fortalecido por efecto de la obtención del préstamo, confirmando que, así como la posición patrimonial mejoraba por la inserción del crédito, el riesgo de recuperación, por la misma razón, era mayor.

Como demostración que la posición financiera de la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** no era la adecuada para asumir el crédito en las condiciones pactadas (conforme lo manifestado por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras), la recuperación del crédito otorgado a la misma se efectivizó con la ejecución de la Póliza de Garantía, que si bien es un mecanismo de respaldo, al constituir pago forzoso, no hace a la forma regular de recuperación de un crédito, conforme se evidencia de los antecedentes de la propia Mutual.

Se debe tener en cuenta que, en las condiciones señaladas, al haber sido evaluados en función de las garantías propuestas y no así en función de la capacidad de pago en relación al flujo operativo de los prestatarios, tal como estaba establecido en el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3º, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el otorgamiento de los créditos a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, y a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** ha expuesto a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, a un riesgo innecesario.

Al respecto, el informe SB/ISRI/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008, sobre inspección de Riesgo de Crédito al 31 de marzo de 2008, verificó y determinó que las vinculaciones de los créditos está determinada en que los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, y a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, demostraron insuficiencia patrimonial así como insuficiencia en el flujo de caja , es decir, que no contaban con capacidad suficiente para el pago de la deuda, ni con el patrimonio suficiente para justificar el financiamiento recibido y que asegure el repago con los recursos provenientes de las actividades propias del negocio.

Los recurrentes manifiestan también, que otorgaron los créditos involucrados en observancia a sus políticas internas de evaluación de deudores, las que establecen que para personas jurídicas, entre otros, se debe tomar en cuenta la capacidad de generación de flujos de efectivo positivos, ajustados al ciclo del negocio.

Al respecto, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras observó que, en el desarrollo del proceso crediticio de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, se presentan factores que adicionan riesgo a la morosidad y que no

condicen con las políticas, procedimientos y/o sanas prácticas (fojas 3473-3476), entre otras, la estimación de la capacidad de pago considerando ingresos futuros generados con la aplicación de los recursos del crédito (hecho que se dio con los casos observados) y la falta de seguimiento a la aplicación de los créditos, factores básicos para una sana administración crediticia, determinando que las políticas internas de evaluación de créditos no estén acordes a las sanas prácticas que se deben desarrollar en el sistema financiero.

En relación a la observación de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, acerca de que en el contrato suscrito por la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** con la Aduana Nacional de Bolivia, no se contempla que el pago por la provisión de bienes debía destinarse al pago de la deuda a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, dándose un trato preferencial a la empresa prestataria, los Recursos Jerárquicos manifiestan que tal situación no es evidente dado que, a efectos de disminuir el riesgo crediticio, se exigió la presentación en garantía, una póliza de cumplimiento emitida por una compañía de seguros con calificación de riesgo "A".

Al respecto, si bien la calificación de riesgo "A" es una de las más altas en las compañías de seguros de nuestro medio, ello no asegura, por sí solo, el cumplimiento de la prestación por parte de la compañía de seguros.

Es necesario mencionar lo señalado por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en sentido de que en las modificaciones a las políticas internas de evaluación de créditos (Acta de Directorio Nº 64/2006 de 11 de julio de 2006), se insertó la otorgación de créditos con la garantía de pólizas de cumplimiento emitidas por aseguradoras que tengan liquidez, solvencia y calificación de riesgos, antes del otorgamiento del préstamo a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, resultando que hasta la fecha de la visita de los inspectores (abril de 2008) la única beneficiaria con este tipo de préstamos era, precisamente, esa empresa.

2.2. Créditos otorgados a los señores Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán.-

Los recurrentes refieren que los Directores sancionados no formaron parte del Directorio que aprobó los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán** en las gestiones 1994 y 1995.

Es pertinente aclarar, a los efectos de la aplicación al caso de los artículos 164º, 321º y 322º del Código de Comercio que, dada la naturaleza de asociación civil y sin fines de lucro que caracteriza a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, es su Estatuto (aprobado por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras mediante la Resolución Administrativa SB Nº 172/06 de 29 de diciembre de 2006 y que como tal admite la libertad contractual a la que se refiere el Código Civil en su artículo 454º), el que refiere que se encuentra regida, entre otros, por el Código de Comercio, determinando la validez en la declaración de los asociados a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, referida a la aplicabilidad del Código de Comercio, máxime cuando el artículo 1º del Código de Comercio, segundo párrafo, ha

establecido que "*En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de este Código…*"

Asimismo, conforme a los artículos 57° y 58° de los Estatutos, el carácter electivo del Directorio de la entidad financiera determina que, en el transcurso del tiempo, un Directorio no tenga que estar necesariamente compuesto por los mismos miembros que otro anterior o posterior, extremo también trascendente en función de los créditos involucrados en la controversia y de quienes, como Directores, tuvieron que ver con la recomendación y aprobación de los mismos.

Si bien efectivamente ello es cierto, sin embargo, los Directores no deben olvidar que, las disposiciones de los artículos 164º, 321° y 322º del Código de Comercio, los que a la letra señalan:

> "*…Art. 164.- (RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES). Los administradores y los representantes de la sociedad deben actuar con diligencia, prudencia, y lealtad, bajo pena de* ***responder solidaria*** *e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión.*
>
> *Art. 321.- (CASOS DE RESPONSABILIDAD). Los directores son responsables, solidaria e ilimitadamente, frente a la sociedad, los accionistas y terceros, en los siguientes casos:*
>
> *1) Por mal desempeño de sus funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 164;*
>
> *2) Por* ***incumplimiento o violación de las leyes, estatutos, reglamentos o resoluciones de las juntas;***
>
> *3) Por daños que fueran consecuencia de dolo, fraude, culpa grave o abuso de facultades;*
>
> *4) Por toda distribución de utilidades en violación del artículo 168.*
>
> *Art. 322. - (RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CON LOS DIRECTORES ANTERIORES).* ***Asimismo, los directores serán responsables solidarios con los que les antecedieron, por las irregularidades en que éstos hubieran incurrido si conociéndolas no las remediaran****, o enmendaran poniéndolas, en todo caso, en conocimiento de los síndicos o de la junta general…*"
>
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que, bien puede que los Directores sancionados no hubieran autorizado ni aprobado los créditos vinculados y otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, la responsabilidad corresponde a los Directores sancionados solidariamente, por cuanto, se encuentra en el hecho de que, conociendo de las irregularidades de tales créditos, las mismas fueron mantenidas por los Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO**, **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, **JAVIER HINOJOSA SANTALLA**, **REMBERTO FRÍAS MERCADO**, **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** y **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO**, de manera que no fueron corregidas sino hasta la gestión 2008, aspecto que fue corroborado por el informe

SB/ISRI/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008, sobre inspección de Riesgo de Crédito al 31 de marzo de 2008, mismo que determinó que estos créditos se encontraban impagos, existiendo un saldo pendiente de pago de $us. 50.135.-, saldo que a su vez no fue contemplado en los estados financieros de las gestiones de 2001 a 2008, presentados por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**.

También en cuanto a los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, la Resolución Sancionatoria SB/0241/2008, menciona:

> "…*se ha verificado que efectivamente, durante el período 1994 a 2001, ninguno de los actuales directores fungía como miembro del Directorio. Sin embargo, el señor* ***Javier Navarro*** *A., (actual Presidente de la Mutual), quién en la gestión 2002* ***aprobó la suspensión del proceso de desapoderamiento del inmueble adjudicado del señor Víctor Hugo Durán García****, según consta en la* ***Resolución de Directorio N° 28/2002 de 9 de diciembre de 2002,*** *permitiendo que el mismo continúe ocupando el inmueble adjudicado en desmedro de la entidad financiera, sí conocía la relación existente entre la empresa IATEL y el deudor Víctor Hugo Duran García, tal como reconocen en sus descargos.*
>
> *El Dr. Mario Saúl Andrade G. y la Dra. Karina Rojas C. tuvieron conocimiento de las* ***relaciones crediticias que el señor Víctor Hugo Durán García mantuvo con la Mutual, debido a que actuaron como abogados patrocinantes dentro el juicio ejecutivo seguido por la Mutual para la recuperación de la deuda impaga.***
>
> *Los directores* ***Javier Navarro A., Mario Saúl Andrade G. y Karina Rojas C****., en el ejercicio de funciones de dirección de la Mutual La Paz* ***tuvieron actuaciones contrarias al deber de lealtad y responsabilidad con la entidad en contravención a lo previsto en los Artículos 322, 164 y 321 del Código de Comercio, correspondiendo a los citados directores tomar en cuenta al momento de la consideración de la aprobación de las operaciones a favor de IATEL que, el señor Víctor Hugo Durán García (ejecutivo de IATEL), tenía operaciones crediticias con la entidad, que inclusive se recuperaron parcialmente a través de la vía judicial, circunstancias que fueron de pleno conocimiento de los mencionados directores.***
>
> *Que, si bien el Sr.* ***Mario Saúl Andrade G. se excusó de la aprobación del crédito a IATEL, es evidente que aprobó la modificación del Manual de Políticas de Crédito de la entidad, modificación sugerida por el Comité de Préstamos presidido por su persona y que permitió la concesión de la operación de crédito que benefició a la empresa IATEL*** *perteneciente a Víctor Hugo Duran Andrade, única con ésta característica a la fecha corte de la Visita de Inspección…*"

De lo trascrito, se advierte que todos los Directores tuvieron conocimiento, de una u otra forma, acerca del endeudamiento, del incumplimiento en los pagos y de la recuperación forzosa (judicial) parcial de dicha deuda, entonces de la mora existente, por lo que, debieron observarlo, evidenciándose inclusive, que en el presente caso existía un grado de parentesco de los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán** con el señor **Víctor Hugo Durán Andrade**, y de ellos con el Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, aspecto que también era de conocimiento de todo el Directorio.

2.3. Crédito otorgado a la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL).-

Según el correspondiente Acta No. 018/2007 de 14 de junio de 2007, en la oportunidad y de conformidad con el artículo 97º del Estatuto, el Comité de Préstamos del Directorio de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, integrado por los Directores **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO** y **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** (con la excusa del Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**), recomendó a la instancia del Directorio, la aprobación del crédito a favor de **la empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**.

Posteriormente, conforme sale del acta de la Sesión de Directorio Nº 047/2007 de 19 de junio de 2007, "*el Directorio después de considerar la solicitud de crédito,… aprobó el crédito por $us.93.000.00 a favor de IATEL de acuerdo a las condiciones y recomendaciones del informe MLP/GC/723/2007*"; así como el acta refiere la excusa del Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, señala la asistencia a tal sesión de los Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, **REMBERTO FRÍAS MERCADO**, **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS**, **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO** y **JAVIER HINOJOSA SANTALLA**.

Entonces y en principio, al haber aprobado los Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA, DARÍA KARINA ROJAS CANIDO, JAVIER HINOJOSA SANTALLA, REMBERTO FRÍAS MERCADO, VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** y **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO** el crédito a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, sin haber realizado el correspondiente análisis del patrimonio de la empresa ni de la insuficiencia de los recursos para respaldarlo, como tampoco informar de los antecedentes crediticios antes mencionados, ha dado lugar a que en el presente caso, se hubiera producido un crédito vinculado, en infracción a lo prohibición del artículo 50º, inciso b), numeral 4, de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras.

Con respecto al Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, teniendo en cuanto su alegato de no haber participado ni en la recomendación, ni en la aprobación del crédito otorgado a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** en razón de su excusa, se aclara que su responsabilidad deviene de los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, al haber conocido de las irregularidades de los mismos, las que no fueron denunciadas ni remediadas hasta la gestión 2008, conforme se tiene del análisis realizado en el numeral 2.2 supra.

Por lo tanto, ninguno de los demás Directores sancionados pueden deslindar su responsabilidad en el otorgamiento del cuestionado crédito a la **empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, toda vez que el Directorio lo aprobó sin evaluar debidamente las condiciones del préstamo, así como sus condiciones de repago, siendo importante recordar que, si bien el crédito otorgado a la **empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** fue recuperado, para ello ha tenido que ser necesaria la ejecución de la garantía.

Todos estos hechos permiten concluir en la responsabilidad de los miembros del Directorio de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** así como de la entidad misma, en cuanto a la falta de análisis y valoración respecto al crédito otorgado a la **empresa Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, respecto a su capacidad

de pago, en función a su situación económico-financiera y su generación de flujos de caja operativos, tal como lo establecen el Título V, Anexo I, Sección I, Artículo 3º, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y el propio Manual de Políticas de Préstamo de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** (incisos 'd' y 'b' de los numerales 2 y 1, del Capítulo IV, relacionado a la Evaluación del Préstamo).

Era imprescindible la evaluación previa de esta operación, para asegurar el pago con los recursos generados por el giro del negocio y no con la realización de la garantía, tal como ocurrió en los hechos.

En cuanto a lo referido por Francisco Javier Navarro Ágreda, de que en el presente caso se estuviera sancionando el incumplimiento al artículo 50º, inciso c) de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, se tiene que, de la revisión de las notas de cargos así como de la resolución sancionatoria y las que hoy son objeto de impugnación, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en ningún momento ha sancionado, ni a la Mutual ni a los Directores recurrentes, por el incumplimiento al artículo señalado, y que si bien, el Ente Regulador se pronuncia en cuanto al inciso c) del artículo 50, esto fue justamente para demostrar que, independientemente del incumplimiento del inciso b) del mismo artículo, existían otras características por la cuales se puedan considerar a los créditos como vinculados (cual es justamente, la relación existente entre la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** y los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**).

En ese sentido, dentro del proceso sancionatorio y después en el recursivo, no ha existido ninguna vulneración a los principios de legalidad y de tipicidad como refieren los recurrentes, por cuanto las infracciones han sido comprobadas como que las mismas se encuentran debidamente tipificadas.

2.4. Prescripción.-

Los recurrentes señalan, que la infracción a los créditos vinculados otorgados en la gestión 1994 a favor de los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, se encontraría prescrita, así como también el incumplimiento al artículo 94º, primer párrafo, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (en cuanto a la omisión de registro de las operaciones señaladas y de su saldo pendiente de cobro de $us. 50.135.-, en los Estados Financieros).

Al respecto sobre la figura de la prescripción, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió criterio en su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 51 /2011, determinando que:

> *"…La prescripción de la acción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia*

administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción (…)

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

Asimismo y previamente, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, refirió que:

"*…En nuestra economía jurídica, la prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, Capítulo VI relativo al 'Procedimiento Sancionado'", Artículo 79 que a la letra expresa: tas infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)*""

…"*Que l*a Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo "*La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento*".

Una vez enseñado lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe enmarcar las diferencias existentes entre las ***infracciones instantáneas y*** *las* ***Infracciones permanentes.***

En las ***infracciones instantáneas,*** *la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*

En las ***infracciones permanentes,*** *la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

En consecuencia, cuando se trata de ***infracciones permanentes,*** *la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto...*"

Entonces, las precisiones expresadas supra, permiten el análisis siguiente:

En cuanto a los créditos vinculados otorgados en la gestión 1994 -a favor de los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**-, se tiene que si bien los mismos fueron

desembolsados en las gestiones 1994 y 1995, éstos no fueron pagados, determinándose la mora de los deudores, conforme se tiene de los antecedentes del proceso, mora que a su vez produjo que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** demande por la vía judicial el pago para la recuperación de lo prestado, no obstante de lo cual y de la adjudicación del derecho propietario de la garantía, parte de la deuda se encuentra impaga en $us. 50.135.-, saldo que no fue contemplado en los Estados Financieros de la entidad por las gestiones de 2001 a 2008.

Este extremo ha dado lugar a que ni los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**-, ni tampoco el incumplimiento al artículo 94º, primer párrafo, de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, hubieran prescrito en razón a resultar en **infracciones permanentes de carácter sucesivo y continuado**, al existir una correlación directa entre la infracción al artículo 50º, inciso b), numeral 4, y la del primer párrafo del artículo 94º, ambos de la Ley Nº 1488, puesto que el primer incumplimiento ha generado el segundo (incumplimiento en cuanto a la errónea exposición de los Estados Financieros en el caso del saldo insoluto de los créditos), por lo que constituye una infracción continua.

Es así que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo, en la medida de que la Entidad Financiera exponía información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información, respecto de los destinatarios en general, y de la Central de Información de Riesgo Crediticio en especial.

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

Entonces, al relacionar los acontecimientos, se tiene que una consecuencia de hecho, producida por la naturaleza, y que interrumpe el plazo de la prescripción, es precisamente el efecto continuado o "*tracto sucesivo*" de un determinado acontecimiento, que como consecuencia, el acto o hecho jurídico se viene renovando en el tiempo (teoría bipartita que encamina al Derecho Administrativo).

En consecuencia, bajo los parámetros expuestos en el presente acápite, la infracción no se encontraría prescrita por su naturaleza misma que, se reitera, ha sido permanente y de carácter sucesivo.

En el presente caso además, la prescripción alegada por los recurrentes empieza a correr desde que la misma fue descubierta, es decir, desde la notificación con el informe SB/ISR I/D-32676/2008 de 25 de junio de 2008, sobre inspección de Riesgo de Crédito al 31 de marzo de 2008, misma que a su vez, quedó suspendida con el inicio del proceso sancionador a través de las notificaciones de cargo a los ahora recurrentes.

Este extremo determina no sea aplicable lo alegado en los recursos, en cuanto a que las modificaciones el artículo 50º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (entre ellas la del

inciso 'b', numeral 4) responde a lo dispuesto por la Ley N° 2297 de 20 de diciembre de 2001, y en consecuencia, se estaría aplicando irretroactivamente la norma, al no encontrarse vigente la redacción actual del artículo 50° al momento de la otorgación de los créditos a **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**.

Esto en razón a que, si bien el artículo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras fue modificado de manera posterior al otorgamiento y desembolso de los créditos (1994 y 1995), pasan por alto los recurrentes que en el presente caso, no correspondía iniciar un proceso sancionador por el incumplimiento en oportunidad de la otorgamiento de los créditos, en cuanto a que las infracciones son de carácter permanente, vale decir, que éstas se han mantenido en el tiempo y han derivado en nuevos incumplimientos, como ser la exposición inexacta e imprecisa de los Estados Financieros, información que se mantuvo hasta la gestión 2008, por lo que en el presente caso, correspondió iniciar el proceso sancionador en tanto subsistió el incumplimiento, conforme a las normas vigentes, entonces en oportunidad de la aplicación de las normas infringidas, las infracciones subsistían en el tiempo, determinando no existir inobservancia al principio de irretroactividad en cuanto a la aplicación de los artículos 50° y 94° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

2.5. Incumplimiento de los artículos 94° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y 1°, Sección 1, Capítulo I, Título VI, del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio.-

La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** y con ella, todos los demás recurrentes, alegan que si bien existió un error en sus registros contables, lo mismo se reprodujo en las siguientes gestiones, sin que se lo hubiera observado en los dictámenes de auditoría externa elaborados conforme a las normas de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, y que además, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no ha considerado a tiempo de la sanción, que el error en los estados financieros no ha ocasionado daño o perjuicio a la entidad financiera o a sus asociados, y que una vez advertida del error, ha procedido a subsanarlos de manera inmediata, aspecto que a su vez se puso en conocimiento del órgano de supervisión a través de la nota MLP/GC/048/05409/08, por lo que, a decir de los recurrentes, sólo correspondía la sanción de amonestación, tal como establece el artículo 101° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras.

Al respecto, existiendo una aceptación del incumplimiento al artículo 94° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (deficiencia de la información emergente de haber dado de baja, incorrectamente, el saldo impago de $us. 50.135.-, de los créditos desembolsados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán** en las gestiones 1994 y 1995), la responsabilidad de que los registros contables contengan **íntegramente todas las transacciones,** en cumplimiento a los criterios contables de aceptación general y de los establecidos por el Ente Regulador, en el Manual de Cuentas, es de la propia entidad regulada.

Por tal razón, no es válido el argumento esgrimido por los recurrentes, en sentido de que el haber presentado estados financieros (desde la gestión 2001) con informes de auditoría externa sin observaciones sobre el saldo insoluto de los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, o que en las visitas anteriores realizadas por los inspectores del ente regulador no haya surgido tal observación, por

cuanto la responsabilidad de verificar que todas las transacciones estén adecuadamente presentadas en los libros contables, no es de los auditores externos ni de los inspectores del ente regulador sino, en suma, de los administradores de la propia entidad.

Sobre la base de lo expuesto en los párrafos precedentes, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, al haber registrado inadecuadamente la adjudicación del bien inmueble en garantía de los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, dando de baja el saldo insoluto de $us. 50.135,58, provocó que dicho saldo no sea reportado en el Sistema de Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) ni en los estados financieros.

El mencionado error se mantuvo desde agosto de 2001 a junio de 2008, cuando el ente regulador efectúa la observación, por lo que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** incumplió lo establecido en el artículo 94º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, el que establece que las entidades reguladas deben presentar una vez al año, al regulador, sus estados financieros con dictamen de auditoría externa elaborados **conforme a normas de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas** para Bancos y Entidades Financieras; es decir que los mismos deben ser fidedignos y deben contener la información real e íntegra de sus operaciones.

De igual manera y por el mismo fundamento, resulta incumplido el Título VI, Capítulo I, Sección 1, Artículo 1°, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y el Artículo 4º del mismo, los que establecen que el Sistema de Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) es la base de datos que consolida la información que proporcionan las entidades financieras con relación a sus operaciones crediticias, y que permite, entre otros, generar información a nivel individual, sobre el endeudamiento de personas naturales y jurídicas, así como el acceso directo, en forma electrónica, a la base de datos, para obtener información de carácter crediticio de los prestatarios y potenciales prestatarios.

En relación a lo señalado por los recurrentes en sentido de que dicho error hubiera sido subsanado de manera inmediata, se tiene que el mismo fue subsanado ocho años después, como lo refiere la nota MLP/GC/048/05409/08.

En cuanto a que el error contable no hubiera causado daño ni perjuicio, ni a la entidad ni a sus asociados (por lo que en el entender de los recurrentes, correspondía más bien la amonestación a la que se refiere el artículo 101º de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras), se debe aclarar que el hecho sancionado sí causó perjuicio ante sus ahorristas, sujetos a crédito, y público en general, creando expectativas ficticias con respeto de la entidad financiera, mostrando una situación financiera que no se ajustaba a la realidad material de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**.

Asimismo, el inadecuado registro del saldo insoluto de los créditos otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, perjudicó a la entidad en cuanto, de haber sido incluido tanto en los estados financieros como en lo reportado a la Central de Información de Riesgo Crediticio, habría permitido que los antecedentes crediticios -negativos- de los mismos, se encuentren a disposición para la correcta evaluación del crédito posteriormente otorgado a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología**

(IATEL), haciendo inaplicable para el caso, lo dispuesto en el mencionado artículo 101° de la Ley N° 1488, tal como lo pretenden los recurrentes.

En relación a que los Directores de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** no tendrían responsabilidad en cuanto a la información errónea de los estados financieros, se tiene que, de la lectura de sus notas de cargo, los mismos no están siendo sancionados por el incumplimiento al artículo 94° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras; sin embargo de ello y contrariamente a lo referido por ellos, sí tienen la responsabilidad de aprobar los estados financieros, conforme lo establece el Título I - Disposiciones Generales- del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, que a la letra señala:

> "…***D. ESTADOS FINANCIEROS A PRESENTAR A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS***
>
> ***1.*** *Las entidades financieras deberán informar a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sus estados financieros en los formatos, plazos, periodicidad y bajo las formas de agrupación indicadas en el inciso 1 del Título V de este manual* (…)
>
> ***7.*** *Los estados financieros presentados a la Superintendencia de Bancos y* ***Entidades Financieras deberán ser considerados y aprobados por el Directorio de la Entidad*** *en la primera reunión que se realice con posterioridad a la presentación de dichos estados financieros, debiendo dejar constancia escrita en las actas de Directorio sobre su revisión y análisis. En caso de existir observaciones, éstas deberán ser informadas de inmediato a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.*
>
> ***G. APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS***
>
> *Los estados financieros de cierre de gestión en los formatos establecidos en el Título V, Numeral 2 de este Manual,* ***deben ser incluidos en la memoria anual a presentar a la junta de accionistas*** *y ser aprobados por la misma* (…)" (las negrillas y los subrayados son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que en este punto y de la simple lectura de las normas transcritas, se tiene que el Ente Regulador ha actuado conforme a derecho, al haber sancionado a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** por haber expuesto en sus estados financieros de las gestiones 2001 a junio de 2008, información incorrecta sin haber verificado la integridad y adecuada exposición de la misma.

2.6. En cuanto al principio de proporcionalidad en la sanción.-

Los Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA** y **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, refieren que la sanción de suspensión temporal de sus funciones por un lapso de 18 meses, determina la inexistencia de proporcionalidad en cuanto a las sanciones dadas a los otros directores, quienes fueron sancionados con un suspensión temporal de sus funciones por el lapso de tres meses.

Al respecto, se debe señalar que en la graduación de la sanción, la Resolución Administrativa SB Nº 62/2009 de 10 de marzo de 2009, ha señalado:

> "…*Que Javier Navarro Agreda actual Presidente de la Mutual), quién en la gestión 2002 aprobó la suspensión del proceso de desapoderamiento del inmueble adjudicado del señor Víctor Hugo Durán García, según consta en la Resolución de Directorio Nº 28/2002 de 9 de diciembre de 2002, permitiendo que el mismo continúe ocupando el inmueble adjudicado en desmedro de la entidad financiera, sí conocía la relación existente entre la empresa IATEL y el deudor Víctor Hugo Duran García, tal como reconocen en sus descargo* Que a su vez en cuanto al *Dr. Mario Saúl Andrade G. tuvieron conocimiento de las relaciones crediticias que el señor Víctor Hugo Durán García mantuvo con la Mutual, debido a que actuaron como abogados patrocinantes dentro el juicio ejecutivo seguido por la Mutual para la recuperación de la deuda impaga.*
>
> "…*Los directores Javier Navarro A., Mario Saúl Andrade G. en el ejercicio de funciones de dirección de la Mutual La Paz tuvieron actuaciones contrarias al deber de lealtad y responsabilidad con la entidad en contravención a lo previsto en los Artículos 322, 164 y 321 del Código de Comercio, correspondiendo a los citados directores tomar en cuenta al momento de la consideración de la aprobación de las operaciones a favor de IATEL que, el señor Víctor Hugo Durán García (ejecutivo de IATEL), tenía operaciones crediticias con la entidad, que inclusive se recuperaron parcialmente a través de la vía judicial, circunstancias que fueron de pleno conocimiento de los mencionados directores*…."

De lo transcrito, resulta que para la imposición de las sanciones a los Directores **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA** y **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, sobre suspensión temporal de dieciocho meses, el Ente Regulador ha considerado su participación así como los diferentes hechos que sirvieron como agravantes para determinar el grado de su responsabilidad.

Asimismo, el artículo 99º de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, establece que:

> "…***Artículo 99.-*** *Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones:* (…)
>
> 6. *Suspensión de las actividades de* ***directores****, síndicos, gerentes, administradores y apoderados generales. La suspensión puede ser temporal o permanente. En el primer caso deberá estar respaldada por resolución expresa de la Superintendencia debidamente fundamentada*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Del análisis conceptual y de la propia norma transcrita precedentemente, resulta que el órgano regulador está facultado para sancionar a los Directores con la suspensión de sus actividades; sin embargo de ello, la misma norma no refiere en concreto el plazo de suspensión, por lo que éste hecho justamente evidencia una facultad discrecional por parte del órgano fiscalizador, para graduar y determinar el tiempo de suspensión

Entonces, el Ente Regulador, apoyado en su facultad discrecional así como en el principio de proporcionalidad que él es inherente, ha determinado una multa correspondiente a los 18 meses, detectándose que la misma se encuentra fundamentada y no ha respondido al capricho o a la arbitrariedad de la Autoridad como sugiere el recurrente, sino que las sanciones se han dado atendiendo las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, conforme se evidenció previamente.

En este sentido y en cuanto a la discrecionalidad este Ministerio de Economía y Finanzas Publicas se ha pronunciado en su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ-SIREFI Nº009/2011 de 18 de marzo de 2011, que señala que:

> *"…**La potestad reglada** es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto "La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo".*
>
> *Por el contrario, la **potestad discrecional** otorga **un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración** un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos, ahora bien, el margen de libertad del que **goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal**, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterria, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto..".*
>
> *La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. **En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.***
>
> *Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.*
>
> *Es importante distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad, estas categorías constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La **discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de** acción**, escogiendo la opción que más convenga a la administración. En este caso, la administración toma su decisión en** atención **a la complejidad y variación de los casos sometidos a su** conocimiento**, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la***

ley. *La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.*

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

En este contexto y analizados los fundamentos referidos a la imposición de la sanción al Director **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA**, se concluye que se han cumplido con los criterios de proporcionalidad así como con los preceptos administrativos y doctrinales que justifican la sanción de suspensión de dieciocho meses.

En el caso del Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, habiendo ésta instancia jerárquica establecido que en cuanto al crédito vinculado a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, el mencionado Director no ha tenido participación ni responsabilidad en su otorgamiento, no corresponde sea sancionado por el incumplimiento al artículo 50º, inciso b), numeral 4, de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras.

Empero sí se ha establecido la responsabilidad solidaria del Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ** con respecto al Directorio que aprobó los créditos vinculados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**; no obstante, al no tener la presente instancia jerárquica competencia para graduar y determinar el porcentaje de una sanción, corresponde al Ente Regulador pronunciarse sobre la proporcionalidad de la misma, teniendo en cuenta que el Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ resulta sólo responsable en el otorgamiento de los créditos vinculados a los señores Víctor Hugo Durán García y Yolanda Andrade de Durán**.

De ello se infiere que, si la sanción de dieciocho meses de suspensión corresponde a una doble infracción, al haber otorgado créditos vinculados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán** por una parte, y a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)** por otra, al quedado ahora establecido que el Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ** no es responsable sino únicamente por la primera infracción, entonces la sanción de dieciocho meses de suspensión resulta proporcionalmente excesiva.

CONSIDERANDO:

Que, por último y en relación a lo referido por los recurrentes en cuanto a la vulneración al principio de presunción de inocencia, se debe considerar que, la vigencia de tal principio

determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una resolución ejecutoriada en su contra y que hubiera adquirido la plena firmeza administrativa, extremo que no consta se hubiera producido en el desarrollo del proceso sancionatorio, toda vez que en ningún momento han sido considerados los recurrentes cual culpables, ni se ha limitado en su contra el ejercicio de las prerrogativas procesales, las que en definitiva se han ejercido plenamente, en función de lo cual, el proceso se ha desarrollado con observancia de todas las garantías que le son inherentes.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho un correcto análisis de la norma así como una correcta valoración de la prueba en cuanto a los recurrentes **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"**, **DARÍA KARINA ROJAS CANIDO**, **FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA, JAVIER HINOJOSA SANTALLA**, **REMBERTO FRÍAS MERCADO**, **VÍCTOR RONALD QUINTEROS LIMPIAS** y **CARLOS JAVIER CALDERÓN EDUARDO**, cumpliendo de esa manera y a cabalidad, con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere a la motivación y la fundamentación de las sanciones.

Que, por el contrario, se ha hecho un incorrecto análisis así como una incorrecta valoración de la prueba, en cuanto a la responsabilidad del Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ**, referida al crédito vinculado otorgado a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en Tecnología (IATEL)**, por lo que corresponde anular el presente proceso a efectos sea la autoridad fiscalizadora la que se pronuncie únicamente acerca de la proporcionalidad de la sanción en cuanto a los créditos vinculados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con los artículos 43º, inciso a), y 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE las Resoluciones Administrativas, SB Nº 056/2009, SB Nº 057/2009, SB Nº 058/2009, SB Nº 059/2009, SB Nº 060/2009, SB Nº 061/2009 y SB Nº 562/2009, todas de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmaron totalmente y parcialmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, todas pronunciadas por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

ARTÍCULO SEGUNDO.- I. REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa SB Nº 055/2009 de 10 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB/0241/2008 de 26 de noviembre de 2008, dejando sin efecto el cargo y la sanción en cuanto al crédito vinculado otorgado a la empresa **Ingeniería y Asesoramiento en**

Tecnología (IATEL), manteniendo firme, vigente y subsistente el cargo correspondiente a los créditos vinculados otorgados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**.

II. ANULAR el procedimiento administrativo correspondiente al numeral 2 de la parte resolutiva de la Resolución Administrativa SB N° 0241/2008 de 26 de marzo de 2009, únicamente en cuanto al Director **MARIO SAÚL ANDRADE GUTIÉRREZ** y en lo que respecta a su responsabilidad en el otorgamiento de los créditos vinculados a los señores **Víctor Hugo Durán García** y **Yolanda Andrade de Durán**, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunciar nueva Resolución Administrativa sancionatoria, por cuerda separada, conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 385-2012 DE 01 DE JUNIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 053/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 053/2012

La Paz, 03 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Asociación Accidental FISO,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 385-2012 de 1 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad;, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 026 de de 3 de julio de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 099 de 30 de agosto de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 19 de junio 2012, la Asociación Accidental FISO representada legalmente por su Gerente General Dr. José Rodrigo Jordán Guzmán, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 1063/2010 de 29 de octubre de 2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán Interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/Nº 385-2012 de 1 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 29 de junio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Asociación Accidental FISO, mismo que fue notificado el 6 de julio de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DS/2048/2012 de 20 de marzo de 2012, notifica a la Asociación Accidental FISO, con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido la Entidad, conforme el siguiente texto:

"…Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la evaluación de la documentación que respalda la queja presentada por Emeterio Cuevas López en representación de su hijo Guido Cuevas Choque, se han advertido la (sic) *siguientes presuntas infracciones cometidas por la* ***ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO:***

- ***Contravención al artículo 20 del Decreto Supremo No. 27295 de 23 de diciembre de 2003,*** *por incumplir el plazo previsto de quince (15) días hábiles para el pago de la indemnización, computable a partir de la presentación de la documentación exigida en el artículo 29.*

- ***Contravención al artículo 28 del Decreto Supremo No. 27295 de 23 de diciembre de 2003,*** *por el incumplimiento en el pago de la indemnización por concepto de gatos* (sic) *médicos al damnificado.*
- ***Contravención al artículo 12, inciso a) de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998,*** *por incumplir la obligación de indemnizar los daños y perdidas reclamados.*

En consecuencia ***NOTIFICAMOS*** *a usted en su condición de representante legal de la* ***ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO,*** *al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada; por lo que en el marco el* (sic) *artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 10 de abril de 2012, la Asociación Accidental FISO mediante nota AS AC-FISO CITE: Nº 297/12 presentó descargos expresando lo siguiente:

"…Al punto 1, aclarar que no se incumplió ningún plazo, porque como es de su conocimiento, en fecha 14 de diciembre de 2011, mediante nota AS AC-FISO Nº 940/2011, hicimos conocer nuestra posición de que el beneficiario debería presentar necesariamente la historia clínica, a fin de verificar los medicamentos, material y otros, empleados en la atención de la víctima para realizar la auditoría médica respectiva y procesar el pago.

Al punto 2, si bien el profesional médico del Fiso, en el momento de su visita al centro médico verifica los servicios otorgados al paciente, en conformidad al Art. 40 parágrafo penúltimo del Decreto Supremo 27295 que señala:...La Administración o dirección del establecimiento de salud, bajo responsabilidad funcionaria deberá remitir el certificado médico que contenga el tratamiento y condiciones de alta (epicrisis), emitido por el médico tratante y fotocopia de la historia clínica del paciente a la Aseguradora, junto a los documentos previstos en el Art 29 del reglamento del SOAT..., los interesados deberían haber regularizado la presentación de la documentación médica referida y la pro forma detallada, para realizar la auditoría médica correspondiente al presente caso, por lo tanto no existe incumplimiento en el pago de la indemnización por concepto de gastos médicos porque no se llegó a efectuar la auditoría médica.

Al punto 3, señalar que no se negó al beneficiario otorgar la cobertura, reiterar que el Fiso se encuentra a la espera de la presentación de la documentación medica para realizar la auditoría médica y pronunciarse al respecto..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 248-2012 DE 24 DE ABRIL DE 2012.-

Que mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

***"PRIMERO.- SANCIONAR** a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** con una multa en bolivianos equivalente a 40.001 UFV's (Cuarenta mil uno Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998.*

***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

***TERCERO.-** La **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO** deberá hacer llegar al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que expuestos los descargos por la Asociación Accidental FISO, con la finalidad de desvirtuar los cargos imputados, corresponde realizar su análisis y contrastación con los antecedentes que informan el caso, además de su valoración:

1. *En el descargo referente al punto primero el interesado señala que no incumplió ningún plazo, ya que mediante nota AS AC-FISO No. 940/2011, anunciaron su posición referente a los requisitos documentales que debería presentar el interesado para que proceda el pago.*

Sobre el particular el representante legal del FISO estaría alegando la no contravención del artículo 20 del Decreto Supremo No. 27295 de 23 de diciembre de 2003, considerando que con la presentación de la nota AS AC-FISO No. 940/2011 de 14 de diciembre de 2011, habría demostrado estar eximido del cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización en el plazo de quince (15) días, por no haber el beneficiario adjuntado documentación requerida por ley para tal fin.

Este argumento no tiene validez legal alguna, debido a que mediante la misiva solicita documentación no contemplada en el inciso b) del artículo 29 del texto ordenado, para hacer efectivo el pago de la indemnización al damnificado, lo cual implica incumplimiento de la obligación y en consecuencia también incumplimiento del plazo establecido para hacerlo efectivo.

2. *En relación al segundo cargo referente a la contravención del artículo 28 del Reglamento Único del SOAT, justifica su incumplimiento bajo el fundamento de que el interesado no habría regularizado la presentación de documentación requerida para realizar auditoría médica, extremo que implicaría la inexistencia de obligación por parte del FISO para cancelar los gastos médicos.*

En este acápite la justificación emitida por el representante legal del FISO, lleva a cuestionar su conocimiento del Decreto Supremo No. 27295, lo contrario, sería presumir una intención manifiesta dirigida a evitar un pago a costa de la vulneración de derechos e intereses de sus beneficiarios; se hace esta consideración previa, ya que el artículo 40 impone la obligación a los centros médicos de remitir a la entidad aseguradora el certificado médico que contenga la epicrisis, juntamente los documentos consignados en el artículo 29, no siendo esta una obligación que se puede atribuir al beneficiario como lo hace el FISO en el caso concreto y menos utilizar este argumento como excusa para rechazar el pago de la indemnización.

3. *El fundamento final de los descargos radica en la afirmación realizada por el representante legal del FISO, quien considera no haber negado la cobertura a favor del damnificado y que se encuentran a la espera de una auditoría médica para pronunciarse sobre su procedencia.*

Esta afirmación no condice con los requisitos exigidos para que el beneficiario se (sic) *indemnizado, ya que el artículo 29 del Decreto Supremo 27295, no exige como requisito necesario la presentación de una auditoría médica.*

CONSIDERANDO:

Que la Dirección de Seguros a través de los Informes Técnico APS/DS/JTS/504/2012 de 19 de abril de 2012 y Legal APS/DJ/DS/121/2012 de 23 de marzo de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por ***ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO,*** *concluyendo conforme al principio de la sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, que el descargo no fue suficiente para enervar el cargo imputado mediante nota CITE: APS/DJ/DS/2048/2012 de 20 de marzo de 2012, correspondiendo se ratifique el incumplimiento.*

CONSIDERANDO:

Que de lo relacionado en el considerando precedente se evidencia que la Asociación Accidental FISO, incumplió el pago de la indemnización prevista para accidentes de tránsito a favor de Emeterio Cuevas López quien actúa en representación de su hijo Guido Cuevas Choque, contraviniendo de esta manera la obligación de indemnización en el plazo establecido en el artículo 20 de Decreto Supremo No. 27295 de 23 de diciembre de 2003, así como la obligación establecida en el artículo 28 de la citada disposición legal; de la misma manera contravino lo previsto en el inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998.

Que las contravenciones indicadas en las que incurrió la regulada se encuentran previstas como infracciones leves por el artículo 16, parágrafo I, inciso f) y parágrafo II, inciso e) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003 y sancionada la primera con una multa no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV) y la segunda con una multa no menor a cuarenta mil uno (40.001), ni mayor a ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV).

Que revisados los antecedentes de la APS se pudo evidenciar que esta es la primera sanción impuesta a la Asociación Accidental FISO por las contravenciones indicadas, no existiendo agravación de la misma por reincidencia como lo prevé el artículo 19 de la mencionada resolución administrativa.

Que la conducta del regulado infringe con una misma conducta más de una disposición legal, razón por la cual también se deberá imponer una sanción única…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 21 de mayo de 2012, la Asociación Accidental FISO, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 385-2012 DE 1 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 385-2012 de 1 de junio de 2012, la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que el fondo del asunto trata de la sanción citada en párrafos precedentes, a raíz del no pago de indemnización al ciudadano Guido Cuevas Choque, quien fue víctima en su día, de un accidente de tráfico en el que una movilidad le causó daños físicos, cuyo chofer huyó del lugar del hecho sin asumir la responsabilidad.

La ***SOCIEDAD ACCIDENTAL F.I.S.O.*** *justifica el no pago con el argumento (en un primer momento) de que Guido Cuevas Choque dejó el establecimiento de salud al cual fue llevado (Clínica Santa María) inicialmente, para ir a la clínica AMID, cuando este cambio neutraliza la obligación de pago por parte de la aseguradora, y la no presentación por parte del interesado (en un segundo momento) de la documentación requerida a este efecto.*

CONSIDERANDO:

Que a raíz de la anterior negativa por parte de la ***ASOCIACIÓN ACCIDENTAL F.I.S.O.,*** *ésta entidad ha incumplido las siguientes disposiciones legales:*

- ***a)*** *El artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27295 de 23 de diciembre de 2003, que establece el plazo de quince (15) días hábiles para el pago de la indemnización, computable a partir de la presentación de la documentación exigida en el artículo 29 de dicha norma.*
- ***b)*** *El artículo 28 a) del Decreto Supremo Nº 27295 de 23 de diciembre de 2003, que establece que la entidad aseguradora debe pagar la indemnización que demande los gastos médicos descritos.*
- ***c)*** *El artículo 12 a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998- de Seguros, al no pagar la obligación de indemnizar los daños y pérdidas reclamados.*

CONSIDERANDO:

Que en cuanto al argumento del inciso a) del cuarto Considerando de esta resolución, es necesario señalar que esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en aplicación de los incisos c) y e) del artículo 41 de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998- de Seguros, tiene como funciones y objetivos, cumplir y hacer cumplir la Ley de Seguros y sus Reglamentos, proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros. El artículo 43 c) de la misma norma, determina que esta Autoridad tiene la atribución de supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción (léase, F.I.S.O.). Se podrá entonces inferir, con sindéresis jurídica, que esta APS ha emitido la resolución impugnada con absoluto apego a la Ley y plenamente facultada para ello, ya que precisamente esta aplicación de la ley en su accionar, hace que la APS actúe con sentido de imparcialidad, independientemente de que tal aplicación guste o no guste a quien sea sujeto pasivo de sus resoluciones.

Que a la luz de lo brevemente expuesto, argumentar que la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012 sea "ilegal" por no respetar el principio de imparcialidad, carece de sustento legal y fáctico.

Que para que la APS ejerza su autoridad sancionadora, ocurrió que el sujeto pasivo F.I.S.O., al negar el pago de la debida indemnización a Guido Cuevas Choque, ha adecuado su conducta a los supuestos de las normas descritas precedentemente; de cuya consecuencia, se deduce lógicamente que no es esta autoridad fiscalizadora la que inventa incumplimientos o excede sus atribuciones.

Que referente a los argumentos de los incisos b) y c) del cuarto Considerando de esta resolución, en ninguna parte de la redacción o contenido del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003, se atribuye la responsabilidad de la obtención y posterior remisión de la documentación pertinente a la víctima o damnificado del hecho. En este sentido, la versión de la ***ASOCIACIÓN ACCIDENTAL F.I.S.O.*** *en sentido de volcar aquella responsabilidad a Guido Cuevas Choque carece de sustento legal. En todo caso, se debe tener en cuenta que un médico de dicha Asociación visitó a la clínica Santa María, oportunidad en la que fue informado de los pormenores de la atención a aquél ciudadano, momento en que con un mínimo de diligencia el F.I.S.O. pudo y debió haber obtenido la documentación "extrañada".*

Que en efecto, no otra actitud se desprende del contenido del artículo 4.d) del Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT, que determina que la compañía aseguradora o el FISO, si corresponde que sea notificada, sobre la presencia e internación de pacientes del SOAT, deben enviar al establecimiento de salud a su Médico Supervisor a la brevedad posible. Tal visita no será de cortesía ni por causa de relaciones sociales, todo lo contrario, es diáfano que el propósito es que la aseguradora se imponga de las circunstancias del o los hechos para proceder a cumplir sus obligaciones con prontitud, entre ellas, obtener no sólo versiones orales de los sucesos, sino y lo que es más importante a efectos legales, la obtención de documentación sustentatoria de los citados hechos.

Que en lo tocante a los argumentos anotados en los incisos d), e) y f) del cuarto Considerando de esta resolución, es incontestable que el artículo 29.b) del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003 establece que ***"únicamente"*** *se debe presentar (documentación) para el caso de accidentes con heridos:*

- *Documento que identifique al accidentado.*
- *Certificado del accidente emitido por el Organismo Operativo de Tránsito.*
- *Certificado Médico.*
- *Declaración de Invalidez Total y permanente cuando corresponda.*
- *Facturas y recibos.*

Que vale la pena indicar que la anterior especificación constituye ***numerus clausus,*** *por expresa disposición de aquella norma, por lo que negar el pago de la indemnización con "historias clínicas" para "auditorías médicas" no mandatorias, no es de recibo a*

efectos de exigir a F.I.S.O. que cumpla sus obligaciones legales. En adición, las circunstancias concurrentes en el accidente de Guido Cuevas Choque no se adecúan a los supuestos de exclusión de cobertura especificados en el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27295 de 20 de diciembre de 2003. Por lo que la actitud de la ***ASOCIACIÓN ACCIDENTAL F.I.S.O.*** *al exigir al damnificado documentación al margen de la norma, constituye una arbitrariedad además de ser ILEGAL, exigencias que el damnificado no está obligado a cumplir.*

Que en todo caso, es extraño que la ***ASOCIACIÓN ACCIDENTAL F.I.S.O.*** *insista en la obtención de una "historia clínica" que no existe, pese a habérsele demostrado tal.*

CONSIDERANDO:

Que en relación al inciso j) del cuarto Considerando de esta resolución, esta APS entiende perfectamente que al recurrente no le agrade la sanción impuesta como consecuencia de sus propios actos y haberse demostrado que ninguno de los argumentos para negar el pago de la tantas veces citada indemnización, tiene mérito. Es necesario afirmar que las resoluciones que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite, guardan y cuidan el estilo y lenguaje adecuado al fenómeno jurídico del Seguro, basados en el raciocinio, la buena fe, el análisis contradictorio de hechos y normas, y luego de una ***atenta lectura*** *de los factos; por ello es que la APS expone y fundamenta sus juicios de mérito o demérito, con razones jurídicas y no con simples opiniones. En este contexto, la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012 no constituye excepción a estas características.*

CONSIDERANDO:

Que por todo lo expuesto, se concluye que la ***ASOCIACIÓN ACCIDENTAL F.I.S.O.*** *no ha demostrado la ilegalidad de la resolución administrativa recurrida, ni enervado su contenido, no existiendo mérito para estimar el recurso de revocatoria interpuesto…"*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 19 de junio de 2012, la Asociación Accidental FISO presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 385-2012 de 1 de junio de 2012, argumentado lo siguiente:

"…ANTECEDENTES

La Ley Nº 1883 de Seguros de 25 de junio de 1997, en su artículo 37 establece la creación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), disponiendo como obligatorio, que todo propietario de vehículo automotor en el territorio de la República de Bolivia, sea cual fuere su tipo cuente con un seguro de accidentes de tránsito.

La citada disposición legal, también norma las características y el objetivo del Soat, disponiendo que se caracteriza por su indisputabilidad, su beneficio uniforme, irreversible y su acción directa contra la entidad aseguradora, y que su objeto es el de otorgar la cobertura uniforme y única de los gastos médicos e indemnización por muerte de

cualquier persona individual, que sufra los eventos de accidente o muerte originada por vehículos automotores en el territorio de la República.

Los fundamentos que han motivado el establecimiento del SOAT como un seguro obligatorio, se encuentran expuestos en el artículo 36 de la Ley de Seguros N° 1883, al prever que el Soat se ha constituido como un instrumento de defensa del capital humano del país, protegiendo la salud de la población, la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas.

El Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003, dispone:

En su artículo 1, que el objeto del presente Decreto Supremo es reglamentar el artículo 37 de la Ley N° 1883 de Seguros, como reglamento único del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito se regirá por la Ley de Seguros N° 1883, el presente Decreto Supremo y las Resoluciones Administrativas que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emita para el efecto.

En su artículo 49, establece que para cubrir los siniestros en los cuales el vehículo no sea identificado, se crea el Fondo de Indemnizaciones SOAT-FISO, el mismo que estará conformado por aportes obligatorios de las entidades aseguradoras, que hayan sido autorizadas por la SPVS a otorgar el SOAT.

En su artículo 40 parágrafo penúltimo señala:...La Administración o dirección del establecimiento de salud, bajo responsabilidad funcionaria deberá remitir el certificado médico que contenga el tratamiento y condiciones de alta (epicrisis), emitido por el médico tratante y fotocopia de la historia clínica del paciente a la Aseguradora, junto a los documentos previstos en el Art 29 del reglamento del SOAT....

El Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT, que forma parte del Compendio Normativo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, establece:

En su artículo 7 (Cobro por Atención de Pacientes), Para el cobro de servicios prestados por los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud por la atención de pacientes a cargo del SOAT, se debe observar lo siguiente:

a) La Administración o Dirección del Establecimiento de Salud, debe remitir el Informe Médico que contenga el diagnóstico definitivo, tratamiento efectuado y condiciones de alta médica (Epicrisis) emitido por el médico tratante, además de la pro forma del costo de atención de salud, el mismo que respetará como máximo el costo mínimo del arancel de los Colegios Médicos Departamentales aprobados para la respectiva gestión, no se aceptarán cobros adicionales o superiores al mínimo establecido. (Cobros por emergencias, nocturnos, feriados festivos y otros), tampoco se reconocen aranceles paralelos para el cobro de servicios prestados por el establecimiento de salud a la Compañía Aseguradora que corresponda.

En nota AS AC-FISO N° 297/12 de fecha 10 de abril del presente año, se señala que: ...el beneficiario debería presentar necesariamente la historia clínica, a fin de verificar los medicamentos, material y otros, empleados en la atención de la víctima para realizar la auditoría médica respectiva y procesar el pago...

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 248/2012 de 24 de abril del año en curso, emitida por su autoridad que en parte de su contenido dispone:

"...Sancionar a la Asociación Accidental Fiso con una multa en bolivianos equivalente a 40.001 UFV's (Cuarenta mil uno Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998..."

FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO:
REFERENTE A LA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 385/2012 DE 1° DE JUNIO DE 2012, QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 248/2012 DE 24 DE ABRIL DE 2012, ILEGALIDAD POR INCURRIR EN LA INFRACCIÓN DEL INCISO e) DEL ARTÍCULO 28, DE LOS INCISOS a) Y d) DEL ARTÍCULO 30 Y DEL h) DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY N° 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en los artículos a continuación señalados, disponen que la Administración Pública tiene la obligación de motivar o fundamentar sus decisiones asumidas a través de actos administrativos.

***"Artículo 16 (Derechos de las personas).-** En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos: ...h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen..."*

***"Artículo 28 (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-** Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: ...e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo,...".*

***"Artículo 30 (Actos Motivados).-** Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) Resuelvan recursos administrativos... d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa".*

De lo expuesto, se concluye que el ordenamiento jurídico prevé que la "fundamentación o motivación" de un acto administrativo se constituye en uno de sus elementos esenciales y consiguientemente consagra que el administrado tiene derecho a exigir que la decisión que asuma la Administración sea fundada, de forma tal que el administrado, adquiera conocimiento de las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto. Al respecto, cabe recordar que la fundamentación o motivación es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad, lo que constituye una protección de los derechos del administrado.

De lo expuesto, se establece que al emitir el acto objeto del presente recurso, se ha incurrido en la infracción de los artículos 4 inciso c), 28 inciso b), 30 incisos a) y d) y del inciso h) del artículo 16 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al adoptar la decisión contenida en el acto administrativo recurrido, sin motivación o fundamentación; y, que actuó bajo el criterio y modalidad que creyó conveniente, actuando arbitrariamente, por lo que, corresponde la revocatoria administrativa del acto impugnado (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 385/2012 de 1° de junio de 2012).

FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO JERÁRQUICO INHERENTES A LA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 248/2012 DE 24 DE ABRIL DE 2012, ACTO ADMINISTRATIVO QUE ES RECURRIDO EN MÉRITO A QUE FUE CONFIRMADA POR LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 385/2012 DE 1° DE JUNIO DE 2012. ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS Nª 248/2012 DE 24 DE ABRIL DE 2012 POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 4 LITERAL F) DE LA LEY N° 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, DEL ARTÍCULO 40 DEL D.S. 27295 PARÁGRAFO PENÚLTIMO Y DEL ARTÍCULO 7 LITERAL A) DEL REGLAMENTO DE COBROS POR ATENCIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD PARA PACIENTES DEL SOAT.

La ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4, inciso c) establece: Principio de sometimiento pleno a la ley: La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

La ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 literal f) establece: El principio de imparcialidad, disponiendo que las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados.

En el presente caso, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 248/2012 de 24 de abril de 2012,únicamente vela los intereses de las víctimas sin tomar en cuenta a las aseguradoras y al Fiso, que son las entidades que a través del Soat se han constituido como un instrumento de defensa del capital humano del país, protegiendo la salud de la población específicamente de las personas que quedaron desamparadas por culpa de un irresponsable que se dio a la fuga, la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas, enmarcando todos sus actos conforme a lo que establece la normativa que rige el rubro.

El Decreto Supremo 27295, en su artículo 40 parágrafo penúltimo señala:...La Administración o dirección del establecimiento de salud, bajo responsabilidad funcionaria deberá remitir el certificado médico que contenga el tratamiento y condiciones de alta (epicrisis), emitido por el médico tratante y fotocopia de la historia clínica del paciente a la Aseguradora, junto a los documentos previstos en el Art 29 del reglamento del SOAT....

Y el Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT, que forma parte del Compendio Normativo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, establece:

En su artículo 7 (Cobro por Atención de Pacientes), Para el cobro de servicios prestados por los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud por la atención de pacientes a cargo del SOAT, se debe observar lo siguiente:

La Administración o Dirección del Establecimiento de Salud, debe remitir el Informe Médico que contenga el diagnóstico definitivo, tratamiento efectuado y condiciones de alta médica (Epicrisis) emitido por el médico tratante, además de la pro forma del costo de atención de salud, el mismo que respetará como máximo el costo mínimo del arancel de los Colegios Médicos Departamentales aprobados para la respectiva gestión, no se aceptarán cobros adicionales o superiores al mínimo establecido. (Cobros por emergencias, nocturnos, feriados, festivos y otros), tampoco se reconocen aranceles paralelos para el cobro de servicios prestados por el establecimiento de salud a la Compañía Aseguradora que corresponda.

Conforme a los artículos precedentes que forman parte del Compendio Normativo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, lamentablemente, a la fecha el Fiso no cuenta con la referida documentación médica para poder realizar la auditoría médica y proceder posteriormente con el pago, aspecto que no está siendo valorado por su autoridad.

Con nota AS AC-FISO N° 297/12 de fecha 10 de abril del presente año, se señala que: el beneficiario debería presentar necesariamente la historia clínica, a fin de verificar los medicamentos, material y otros, empleados en la atención de la víctima para realizar la auditoría médica respectiva y procesar el pago...

Claramente se manifiesta que los interesados deberían haber regularizado la presentación de la documentación medica (sic) *y la pro forma detallada, documentos necesarios para realizar la auditoría médica, situación que no fue tomada en cuenta por su autoridad, al momento de emitir la referida resolución.*

Como es de su conocimiento, una de las funciones del Órgano de Fiscalización es velar por la seguridad, solvencia, y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro, fiscalizar y controlar a las personas, entidades y actividades relacionadas al sector de seguros y; ***cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos*** *asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*

Por todos los fundamentos de derechos expuestos, en razón de que el Fiso no ha incurrido en ningún hecho, acto u omisión constitutivos de la infracción para que se le imponga sanciones, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 248/2012 de 24 de abril de 2012, es ilegal por lo que corresponde su revocatoria.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial y en cumplimiento a los requisitos descritos por el Decreto Supremo N° 27113, establecidos para la presentación de recurso

jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la autoridad administrativa , reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley N° 2341de Procedimiento Administrativo solicito:

a) Admita el presente recurso jerárquico, previa remisión del expediente administrativo.
b) Resuelva mediante resolución administrativa el presente recurso jerárquico, disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 385/2012 de 1° de junio de 2012 y en su mérito de la resolución administrativa APS/DJ/DS N° 248/2012 de 24 de abril de 2012…."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 06 de agosto de 2011 el señor Guido Cuevas Choque sufrió un accidente de tránsito y debido a que el vehículo que lo atropelló se dio a la fuga, transeúntes que presenciaron el accidente lo trasladaron a la Clínica Santa María para que reciba atención médica, en la cual le realizaron radiografías y le pusieron un calmante a solicitud del damnificado y una vez que sus familiares llegaron al lugar solicitaron el cambio a la Clínica AMID, donde recibió atención médica.

Sin embargo, la Asociación Accidental FISO no reconoce el pago del SOAT, argumentando la falta de presentación, por parte del beneficiario, de la Historia Clínica a fin de verificar los medicamentos, material y otros, empleados en la atención de la víctima para realizar la auditoría médica y de esta manera recién procesar el pago. Situación que originó el proceso sancionatorio del caso de autos.

Es así que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 248-2012 de 24 de abril de 2012, sancionó a la Asociación Accidental FISO con una multa en Bolivianos equivalente a 40.001 UFV's (Cuarenta Mil Uno Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Infracción al artículo 12 inciso a) de la Ley 1883 de Seguros 25 de junio de 1998.-

El recurrente señala que este no habría incumplido el artículo 12 inciso a) de la Ley 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998, en razón a que el Decreto Supremo 27295 en su artículo 40,

así como el Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud para Pacientes del SOAT en su artículo 7, harían referencia a que el beneficiario debería presentar documentación médica a fin de verificar los medicamentos, materiales y otros, empleados en la atención de la víctima para realizar la auditoría médica y luego proceder al pago del SOAT.

A efectos de ingresar al análisis respectivo, importa previamente revisar la normativa aplicable al caso de autos:

- Decreto Supremo Nº 27295 de 23 de diciembre de 2003, que establece lo siguiente:

  "***ARTICULO 29. (DOCUMENTOS NECESARIOS).-*** *Para que proceda el pago de la indemnización, el damnificado o los Derechohabientes cuando corresponda, deberán presentar* ***únicamente*** *la siguiente documentación:*

  (…)
  b) Para el caso de accidentes con ***heridos****:*
  - Documento que identifique al accidentado.
  - Certificado del accidente emitido por el Organismo Operativo de Tránsito.
  - Certificado médico.
  - Declaración de invalidez total y permanente cuando corresponda.
  - Facturas o recibos." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

  "ARTICULO 48. (VEHÍCULOS NO IDENTIFICADOS).- *En caso de ocurrir un accidente de tránsito en el cual el o los* ***vehículos se evadan*** *impidiendo su identificación,* ***la(s) persona(s) lesionada(s)****, o los beneficiarios del fallecido, para cobrar la indemnización del SOAT,* ***deberán presentar al FISO, los documentos descritos en el artículo 29*** *del presente reglamento, entre los cuales* ***el Informe del Médico Forense certifique que la(s) lesión(es) o muerte(s), se deben a accidentes de tránsito.***

  En el caso del FISO el ***certificado del médico forense*** *se constituye también en un* ***requisito mínimo*** *para indemnizaciones por* ***gastos médicos*** *o invalidez total permanente.*

  El FISO, al ***recibir los documentos señalados*** *en orden de cabalidad,* ***procederá al pago*** *de las indemnizaciones correspondientes…"*
  (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Normativa referida por FISO, la cual se transcribe a continuación:

- El artículo 40 del Decreto Supremo 27295 de 23 de diciembre de 2003, en su último parágrafo señala:

  "ARTICULO 40. (CENTROS DE ATENCIÓN MÉDICA).-

  "…***La administración o Dirección del establecimiento de salud, bajo responsabilidad funcionaria, deberá remitir el Certificado Médico*** *que contenga el tratamiento y condiciones de alta (epicrisis), emitido por el médico tratante y fotocopia de la*

Historia Clínica *del paciente a la Aseguradora, junto a los documentos previstos en el artículo 29 del presente reglamento.*

Para efectos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT, el Ministerio de Salud y Deportes mediante Resolución Ministerial, debe establecer el protocolo de atención médica a los accidentados, la Acreditación y las sanciones aplicables a los Centros Médicos." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- El Reglamento de Cobros por Atención en los Establecimientos de Salud en su artículo 7 señala:

"ARTÍCULO 7.- (COBRO POR ATENCIÓN DE PACIENTES)
Para el cobro de servicios prestados por los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud por la atención de pacientes a cargo del SOAT, se debe observar lo siguiente:

a) ***La Administración o Dirección del Establecimiento de Salud, debe remitir el Informe Médico*** *que contenga el diagnóstico definitivo, tratamiento efectuado y condiciones de alta médica (Epicrisis) emitido por el Médico tratante, además de la pro forma del costo de atención de salud, el mismo que respetará como máximo el costo mínimo del arancel de los Colegios Médicos Departamentales aprobados para la respectiva gestión, no se aceptarán cobros adicionales o superiores al mínimo establecido, (Cobros por emergencias, nocturnos, feriados festivos y otros), tampoco se reconocen aranceles paralelos para el cobro de servicios prestados por el establecimiento de salud a la Compañía Aseguradora que corresponda."* (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De la normativa precedentemente citada, se tiene que para la cobertura del SOAT, en ninguna parte de la misma haría alusión a lo referido por la recurrente, en cuanto a que el beneficiario sea quien deba presentar la Historia Clínica y demás documentación médica. Que si bien, la recurrente alega que esta documentación es necesaria para el pago de la indemnización, la norma es clara al señalar que la responsable de remitir dicha documentación es la Administración o Dirección del Establecimiento de Salud.

Que, en el presente caso, si la Aseguradora consideraba que esta documentación era imprescindible para el pago del seguro al beneficiario, la misma debió solicitarla al Centro Médico de Salud, y no así al beneficiario, más aún si éste cumplió con la presentación de la documentación prevista en el artículo 29 y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27295 de 23 de diciembre de 2003.

En este contexto importa precisar que en ninguna circunstancia podría haberse negado la cobertura, o dejar de pagar las indemnizaciones al damnificado Guido Cuevas Choque, víctima de un accidente de tránsito, bajo el argumento de que éste no tendría la Historia Clínica para el pago de los gastos médicos, esto en razón a que justamente el objeto del seguro SOAT es otorgar cobertura y garantizar la atención médica de heridos en accidentes de tránsito, en su debida oportunidad, claro está, si este cumple los requisitos establecidos

en normativa, cual ocurrió en el caso de autos.

Que el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27295 de 23 de diciembre de 2003, señala que **producido el accidente de tránsito, las personas lesionadas, tienen derecho a cobrar la indemnización proveniente del SOAT**, siendo improcedente, cualquier excepción que la Entidad Aseguradora pueda alegar contra el asegurado, excepto las causales únicas de exclusión de cobertura contenidas en el artículo 32 del mencionado Decreto, que señala:

"Quedan excluidos de la cobertura del SOAT, los casos de muerte o lesiones corporales ocurridos en las siguientes circunstancias:

a) Competencias de automóviles u otros vehículos motorizados.
b) Los accidentes de tránsito ocurridos fuera del territorio nacional.
c) Los accidentes de tránsito ocurridos en áreas que no fueren de libre acceso al público, provocados por vehículos que estuvieren circulando dentro de esas áreas.
d) Como consecuencia de guerras y sismos.
e) Suicidio o lesiones auto inferidas, demostradas legalmente…"

De lo transcrito y **subsumiendo al caso de autos**, queda claro que en el único caso en que las aseguradoras puedan negar la cobertura del seguro del SOAT, es cuando el damnificado se encuentre en alguna de las causales de la precipitada norma y al no encontrarse ante ninguna de estas causales, la Asociación Accidental FISO, debió dar curso al pago de la indemnización al damnificado, sin observación alguna, y que el no haberlo hecho aduciendo la falta de Historia Clínica,(misma que además no es un requisito para el pago y cobertura del SOAT), ha hecho que la Entidad Aseguradora incumpla con lo determinado por el artículo 12 inciso a) de la Ley Nº 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998 y a los artículos 20 y 28 del Decreto Supremo Nº 27295 de 23 de diciembre de 2003.

Es así que, se evidencia que la recurrente al señalar que en todo momento hubiera cumplido con la normativa para el pago del seguro del SOAT, dicha expresión no condice con la verdad material, ya que del análisis ut supra se tiene que el damnificado cumplió con la presentación de los documentos establecidos en el artículo 29 señalado precedentemente, así como la presentación del Certificado de Médico Forense (Fojas 0032), por lo que la Asociación Accidental FISO debió, dar curso al pago de la indemnización que demandó los gastos médicos de Guido Cuevas Choque, en la Clínica AMID, y no así rechazar por exigencia de documentación médica que no se encuentra amparada en la norma.

2.2. Falta de motivación y fundamentación.-

La recurrente señala que en el presente proceso, la Entidad Reguladora ha incurrido en infracción, al adoptar la decisión sin motivación o fundamentación, y que además actuó arbitrariamente bajo el criterio y modalidad que creyó conveniente, por lo que, expresa, corresponde la revocatoria administrativa del acto impugnado.

Que, en torno a dichos argumentos, corresponde precisar, que el principio de congruencia, y de motivación conforme ya se señaló en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ04/2004 y a su vez en la misma línea de razonamiento, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 012/2009 de 20 de noviembre de 2009, corresponde:

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

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

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

Ahora bien, subsumiendo al caso de autos y de la revisión del expediente administrativo, se tiene que contrario sensu a lo aseverado por la recurrente, el Ente Regulador se ha pronunciado sobre cuales habrían sido las causas para el inicio del presente proceso sancionador y consecuentemente la sanción, aspectos que a su vez se encuentran debidamente fundamentados y motivados en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 385-2012 de 1 de junio de 2012, y APS/DJ/DS/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012, hecho que se puede constatar de la transcripción de las mismas en el segundo Considerando de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Por lo que se advierte que en ningún caso se puede considerar lo argumentado por la recurrente, en cuanto a que los actos administrativos no estarían motivados, ni debidamente fundamentados.

De igual modo, y en cuanto a la supuesta vulneración al principio de legalidad, se tiene que dentro del proceso sancionatorio seguido por la Autoridad Fiscalizadora contra la Aseguradora FISO, en el caso de autos, no existe ninguna vulneración al principio de legalidad, en razón a que el mismo se sometió al procedimiento preestablecido en la norma y dentro de este proceso se garantizó el debido proceso y el derecho a la defensa de la recurrente conforme lo establece el artículo 4 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por último y sin perjuicio de lo señalado, llama la atención de esta autoridad que mediante Nota de Cargos APS/DJ/DS/2048/2012 de 20 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notifica a la Asociación Accidental FISO con las siguientes contravenciones:

> *"Contravención al artículo 20 del Decreto Supremo No. 27295 de 23 de diciembre de 2003, por incumplir el plazo previsto de quince (15) días hábiles para el pago de la indemnización, computable a partir de la presentación de la documentación exigida en el artículo 29.*
>
> *Contravención al artículo 28 del Decreto Supremo No. 27295 de 23 de diciembre de 2003, por el incumplimiento en el pago de la indemnización por concepto de gatos* (sic) *médicos al damnificado.*
>
> *Contravención al artículo 12, inciso a) de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, por incumplir la obligación de indemnizar los daños y perdidas reclamados…"*

Sin embargo de ello, el Ente Regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 248-2012 de 24 de abril de 2012, resolvió sancionar a la Asociación Accidental FISO, **sólo por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998**, cuando conforme se tiene de la nota de cargos se imputó a su vez por los artículos 20 y 28 del Decreto Supremo No. 27295 de 23 de diciembre de 2003, sin embargo a lo largo del proceso dicha imputación no fue desestimada o confirmada expresamente, cual hubiera correspondido. Por lo que, siguiendo el debido proceso, dicha imputación omitida, debe considerarse implícitamente como desestimada.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha hecho un correcto análisis de la norma y ha cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo, en cuanto a la motivación y fundamentación del mismo por lo que, en el presente caso se debe confirmar totalmente la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 385-2012 de 1 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 248-2012 de 24 de abril de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2012

TOMO IV

BOLIVIA

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
Calle Bolivar Nº 688

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

Depósito Legal:

Edición 2013

La Paz - Bolivia

INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS — PAG.

54. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 054/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2101**
RECURRENTE: COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO

55. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 055/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2173**
RECURRENTE: BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.

56. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2201**
RECURRENTE: BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.

57. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 057/2012 DE 05 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2227**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS "FORTALEZA" S.A.

58. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 058/2012 DE 05 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2275**
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRODEM S.A.

59. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 059/2012 DE 09 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2319**
RECURRENTE: GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.

60. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2369**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

61. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 061/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2409**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

62. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 062/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2493**
RECURRENTE: RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI

63. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 063/2012 DE 30 DE OCTUBRE DE 2012 ..... **2553**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

64. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 064/2012 DE 09 DE NOVIEMBRE DE 2012 ..... **2573**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

65. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 065/2012 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2012 ..... **2599**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

66. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 066/2012 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2012 ..... **2629**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

67. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 067/2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012 2691
RECURRENTE: BANCO ECONÓMICO S.A.

68. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2012 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 2749
RECURRENTE: ENTIDADES ASEGURADORAS

69. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 069/2012 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2012 2795
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 268-2012 DE 02 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 054/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 054/2012

La Paz, 03 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria revocó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de 8 de febrero de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por el órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 100 de 03 de septiembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 18 de mayo de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria revocó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de 8 de febrero de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, por providencia de fecha 25 de mayo de 2012, notificada en fecha 28 siguiente, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, dispuso que:

"Con carácter previo, el recurrente ***COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO*** *deberá acreditar su personería como la de su representante legal, intimándosele a hacerlo en un plazo no mayor a 3 (tres) días hábiles administrativos, a contar desde su notificación con la presente providencia y bajo apercibimiento de rechazo del recurso que tiene interpuesto contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012*".

Que, en cumplimiento a lo anterior, mediante memorial presentado en fecha 31 de mayo de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presentó los memorándums Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1869/10 de 6 de diciembre de 2010 y DPTO. I ADM. RR.HH. DIACADE. No. 166/12 de 10 de febrero de 2012, ambos expedidos por el Comando General del Ejército, por los que acredita que al señor **Coronel DAEN Henry Ortíz Mercado** como Comandante de Ingeniería del Ejército.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 4 de junio de 2012, notificado en fecha 6 de junio de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante Auto de fecha 5 de junio de 2012, notificado en fecha 6 de junio de 2012, se dispone la notificación con el Recurso Jerárquico, a la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, a los fines que, como tercer interesado, se apersone y presente sus alegatos.

Que, por memorial presentado en fecha 19 de junio de 2012, la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** se apersonó y respondió al Recurso Jerárquico interpuesto por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, en fecha 29 de junio de 2012 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** en su memorial de 14 de junio de 2012, a la que asistió en su representación su abogado, el Dr. Franco Marcelo Apaza Vera; en la misma fecha -29 de junio de 2012- presenta además prueba documentaria complementaria.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA AS. JUR. Nº 172/2011.-

Mediante la nota As. Jur. Nº 172/2011, presentada en fecha 29 de agosto de 2011, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** hace de conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, su reclamo contra la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, al tenor del contenido que se transcribe a

continuación:

"…*Mediante la presente nos dirigimos a su autoridad con la finalidad de solicitar su intervención dentro del proceso de EJECUCIÓN DE GARANTÍAS requerido a la Empresa Aseguradora FORTALEZA S.A., emergente el mismo del INCUMPLIMIENTO DEL SUBCONTRATISTA Empresa JHOSELYN Construcciones y Servicios Generales S.R.L., de las Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del departamento de Oruro; procesos en los que se presentaron las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de Bs. 784.189,77; Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de Bs. 603.717,00; Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de Bs. 1.294.215,37 y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de Bs.425.975,38 por los Proyectos referidos.*

La presente solicitud de intervención de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en defensa de los intereses estatales, se respalda en la siguiente relación cronológica de hechos:

1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN

Mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado el 8/04/2011, nos dirigimos a la Empresa Aseguradora FORTALEZA S.A. para requerir la EJECUCIÓN de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de Bs. 784.189,77 (Setecientos ochenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve 77/100 bolivianos); Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de Bs. 603.717,00 (Seiscientos tres mil setecientos diecisiete 00/100 bolivianos); Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de Bs. 1.294.215,37 (Un millón doscientos noventa y cuatro mil doscientos quince 37/100 bolivianos) y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de Bs. 425.975,38 (Cuatrocientos veinticinco mil novecientos setenta y cinco 38/100 bolivianos), garantías emergentes de Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del departamento de Oruro.

El Requerimiento de Ejecución se fundamentó en anterior solicitud contenida en Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010, mediante el cual el Comando de Ingeniería del Ejército, remitiendo las Pólizas de Garantía en ORIGINALES, solicitó la EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., por los contratos referidos. Haciendo hincapié que dicha ejecución había sido

suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a la empresa aseguradora, habiendo tomado conocimiento la empresa y acusado recibo mediante Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde confirmaban que las ejecuciones se encontraban vigentes y que una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos, cumpliendo requisitos de Cláusula 8ª del Condicionado General se procedería a la ejecución requerida.

Al requerimiento de ejecución que citamos, se acompañó la siguiente documentación:

- *Fotocopia de oficio SAF G-100 91/10 de 17/03/2010, de solicitud de Ejecución de Pólizas enviada a Seguros y Reaseguros Fortaleza (Fs. 2), fotocopias de Pólizas N° JOB (ORU) N° 273 (Fs. 1), JIA (ORU) N° 202 (Fs. 2), JIA (ORU)N°218(Fs.1), JOB (ORU) N° 285 (Fs. 2) y fotocopia de carta FORT/GRORU/201/2010 emitida por Seguros y Reaseguros FORTALEZA.*
- *Fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos de Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21).*
- *Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).*
- *Fotocopia de oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 -Segunda Carta de Resolución de Contrato (Fs. 1), más antecedentes.*
  - *Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).*
  - *Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)*
  - *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).*
  - *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).*
  - *Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del Jefe de la Sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).*

1.1 RESPUESTA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

Con Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011, FORTALEZA S.A. responde el requerimiento de ejecución de las garantías contenido en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, indicando que, la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202 NO CORRESPONDÍA, ante la existencia de Carta CITE S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010, mediante la cual la empresa aseguradora recibía la instrucción de dejar sin efecto la ejecución y las liberaba. En relación a la (sic) *Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, requieren la remisión de documentación respaldatoria, sin significar esto la aceptación o rechazo al*

requerimiento de ejecución, tal como:

1. *Carta de Resolución de contrato debidamente notariada con la diligencia notarial de entrega al contratista.*
2. *Orden de Proceder*
3. *Adendas y contratos modificatorios al contrato principal.*
4. *Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).*
5. *Libro de órdenes*
6. *Órdenes de Cambio*

2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011

Con Oficio As. Jur. N° 091/2011 de fecha 20/04/2011, recepcionado por la Empresa Aseguradora FORTALEZA S.A. el 25/04/2011, el Comando de Ingeniería del Ejército responde a términos contenidos en Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de fecha 18 de abril de 2011, por el que nos hacían conocer que la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo, realizada mediante Carta Cite As. Jur. N° 080/2011, no correspondía, en razón a que se habría enviado una anterior carta S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010 en el sentido de dejar sin efecto la ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, autorizando la renovación de las pólizas de cumplimiento de contrato e instruyendo la liberación de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo; aclarando el origen de la citada instrucción y desvirtuando la negativa formulada.

Con relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra, se recalcó que, constaba en antecedentes que corren en esa institución que, a través de Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010 el Comando de Ingeniería del Ejército solicitó la EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., remitiendo las Pólizas en EJEMPLARES ORIGINALES. De igual manera se hizo notar que, la ejecución requerida fue suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a esa Empresa Aseguradora, acusándose recibo de la misma con Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde nos indicaban que las ejecuciones se encuentran vigentes y una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos y cumpliendo requisitos de Clausula 8ª del Condicionado General se procedería a la ejecución requerida.

Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10, se indicó que ésta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada por el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, cuando ya había cesado en sus funciones, acompañando memorándums debidamente legalizados que prueban la fecha de nombramiento de la nueva autoridad (6/12/2010), fecha en la cual fue dado de baja como Comandante el Cnl. Villarroel, y la carta mencionada por la Empresa fue recibida en fecha 15 de

diciembre de 2010, remitiéndonos al Art. 122 de la Constitución Política del Estado, que textualmente señala: ***"SON NULOS LOS ACTOS DE LAS PERSONAS QUE USURPEN FUNCIONES QUE NO LES COMPETEN, ASÍ COMO LOS ACTOS DE LAS QUE EJERCEN JURISDICCIÓN O POTESTAD QUE NO EMANE DE LA LEY"****; haciendo notar la Nulidad de los actos de la autoridad saliente y consecuente ineficacia de la referida carta S.D. COMANING N° 251/10, reiterando el requerimiento de INMEDIATA EJECUCIÓN de las PÓLIZAS DE GARANTÍA DE FIANZA y el depósito respectivo a nombre del Comando de Ingeniería del Ejército en N° de Cuenta 10000004671520 del Banco Unión S.A. Asimismo, se anunció que, en caso de que la Empresa Aseguradora continúe con la actitud de retardación en la ejecución de las pólizas en cuestión, se acudirá a la instancia llamado por ley, en defensa de los intereses estatales.*

3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011

De manera reiterada y sin argumento firme, con oficio FORT/GRORU/0201/2011 de fecha 27 de abril de 2011, la empresa aseguradora nos hace conocer que nuestra reiteración de solicitud de ejecución de las pólizas de garantía contenida en Oficio As. Jur. N° 091/2011 de 20/04/2011, es nuevamente negada, utilizándose de manera reiterativa contenido (sic) *de carta cite S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15/12/2010, tomando como justificativo y argumento para no dar curso a la ejecución de garantías requeridas, que el CIE habría impartido instrucciones para dejar sin efecto la ejecución manifestada y que las reiteradas solicitudes a las cuales no dan curso serían extemporáneas, en mérito justamente a ésta instructiva.*

El tenor de la negativa es consecuente con los mismos argumentos utilizados en comunicaciones anteriores, introduciéndose inclusive la empresa aseguradora en el análisis de normativa inherente a la Responsabilidad por la Función Pública y expresando que su accionar se sustenta en la actual legislación, que PROTEGE A LOS PRIVADOS Y ADMINISTRADOS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, sin tomar en cuenta que son los "los intereses estatales" los que resguarda el Comando; en este caso del accionar de "privados".

Atendiendo el requerimiento de envío de información por parte de la empresa aseguradora, al amparo de los Arts. 1027 y 1031 del Código de Comercio, a través de carta As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, se volvió a reiterar solicitud de ejecución de garantías y se remitió la siguiente documentación:

1. *Carta de resolución de contrato legalizada, debidamente notariada y con la diligencia de entrega al contratista. Documento remitido anteriormente en Anexo en fotocopia simple con Cite As. Jur. N° 080/2011, más antecedentes (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010).*
2. *Órdenes de Proceder, debidamente legalizadas.*
3. *Adendas y contratos modificatorios al contrato principal (Ejemplares legalizados).*
4. *Original de Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).*

5. *Libro de Órdenes. Partes pertinentes dentro de los proyectos, debidamente legalizadas.*
6. *Órdenes de Cambio debidamente legalizadas.*

4. ULTIMA (sic) ***NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011***

Como respuesta a nuestro requerimiento de ejecución contenido en nuestra última comunicación, con oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, nuevamente la empresa aseguradora reitera acciones dilatorias que desvirtúan nuestro requerimiento; ya que pese a haber cumplido todas sus exigencias, esta vez ingresan en incongruencias, al pedirnos que realicemos "aclaraciones" en torno a aspectos contenidos en Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas -Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza -Salinas de Garci Mendoza del departamento de Oruro; mismas que se orientan a los siguientes aspectos:

1) *Textual: ... "Con referencia a la Resolución Administrativa No. 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010* (sic)*, donde se resuelven los 2 contratos garantizados, en el cuál se menciona en su tenor "...en aplicación al procedimiento establecido en contratos contenidos en la cláusula Décima Novena punto 19.3 Resolución a requerimiento del Contratante por causales atribuibles..." agradeceremos nos hagan la aclaración correspondiente sobre las causales de resolución, en forma concreta y clara, en particular sobre el punto 19.3 que supuestamente se halla contenido en los contratos y que una vez revisados los mismos evidenciamos que dicho punto no existe." ...*

- ACLARACIÓN: *Cabe aclarar que, fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos de Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21), fueron remitidos a FORTALEZA S.A. en el primer requerimiento de ejecución, mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado por la empresa el 8/04/2011; denotándose de manera concreta la acción dilatoria y contradictoria en que incurre la Aseguradora, pidiendo aclaraciones sobre documentos que corren en esa instancia y las cuales no expresan de manera objetiva, siendo que en Resolución Administrativa No. 012/11 de 23 de marzo de 2011 por la cual la MAE declara la Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción que nos ocupa, se acude a Cláusula DÉCIMA NOVENA (TERMINACIÓN DEL CONTRATO), punto 19.3 Resolución a requerimiento del CONTRATANTE, por causales atribuibles al SUB CONTRATISTA, estando contemplada ésta Cláusula en Minuta de Contrato por Excepción del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, siendo evidente que en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, ésta causal figura en Cláusula VIGÉSIMA; situación de forma que no hace a lo principal y que puede ser subsanada si mínimamente la*

Empresa Aseguradora se haya remitido al análisis de los Contratos remitidos en su oportunidad y no accionando a éstas alturas expresando que SUPUESTAMENTE SE HALLA CONTENIDO EN LOS CONTRATOS Y QUE UNA VEZ REVISADOS LOS MISMOS EVIDENCIAN QUE DICHO PUNTO NO EXISTE; situación falsa y que sólo demuestra la intencionalidad de FORTALEZA S.A. de no ejecutar las garantías como corresponde por ley.

2) *Textual: ... "De igual forma, con referencia a su carta de fecha 31 de agosto de 2010 con cite: As. Jur No.75/2010, que vuelve a mencionar la clausula* (sic) *Decimo* (sic) *Novena que en el contrato se refiere a CAUSAS DE FUERZA MAYOR Y/O CASO FORTUITO como causal de la Resolución, sobre lo que solicitamos tengan la amabilidad de aclarar éste aspecto, como indicamos en el punto anterior."...*

- ACLARACIÓN: *Relacionada y atendida en anterior punto.*

3) *Textual: ..."De igual forma, reiteramos lo citado en anteriores notas, aclarando que conforme su carta de cite COMANING 251/10 de fecha 15 de Diciembre* (sic) *del 2010 se deja sin efecto la ejecución de todas las pólizas, incluidas las de Cumplimiento de contrato."...*

- ACLARACIÓN: *La presente solicitud de aclaración que reincidentemente esgrime la empresa aseguradora, ha sido tratada anteladamente; considerándose que el criterio técnico y determinación al respecto, lo emitirá la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

Dentro del texto de oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, también de manera reiterada, la empresa aseguradora requiere se le haga llegar documentación complementaria en original o fotocopia legalizada, sin que esto signifique la aceptación o rechazo a la solicitud de ejecución, como ser:

- *Resolución Administrativa No. 012/11 de fecha 23 de Marzo* (sic) *del 2010.*

Documento remitido con anterioridad en ejemplar original a Fs. 3 a FORTALEZA S.A. a través de Oficio Sección As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011; recepcionado por la empresa aseguradora en fecha 30/06/2011.

- *Carta de intención de resolución de contrato.*

Cabe señalar que la Intención de Resolución de Contrato a la cual hace mención la empresa aseguradora, se encuentra contenida en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, con sello de recepción de FORTALEZA S.A. de 8/04/2011 y fue remitida con anterioridad a su "nuevo" requerimiento en Anexo, que además contenía:

- *Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).*
- *Fotocopias de: oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 de Segunda Carta de Resolución de Contrato (fs. 1), más antecedentes:*
- *Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de*

Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).
- *Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)*
- *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).*
- *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).*
- *Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del jefe de la sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).*
    - *Carta notariada donde se haya hecho efectiva la resolución del contrato, de acuerdo a lo estipulado en el punto 20.4 de los contratos garantizados.*

Con referencia a éste requerimiento de documentación complementaria, fue remitido en fotocopia legalizada (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010), a través de Oficio As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, recepcionado por la empresa aseguradora el 30/06/2011; haciendo notar que por ejemplo el punto 20.4 de los contratos garantizados, no es el mismo en los dos documentos, siendo que, en el Contrato del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, las Reglas Aplicables a la Resolución, están contenidas en el punto 19.5 (Una contradicción y ambigüedad más de FORTALEZA S.A).

- *Diligencia notarial de entrega de la carta de resolución de contrato.*

Aspecto que guarda relación con anterior punto y cumplido de igual manera por el CIE.

- *Textual: ...“Poder o resolución* (sic) *Administrativa del Cnl. Carlos Villarroel Fernández, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ign* (sic) *del Ejercito* (sic) *le confiere para representarlo.”...*
- *Textual: ...“Poder o resolución* (sic) *Administrativa del Cnl. Henry Omar Ortiz* (sic) *Mercado, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ing. del Ejercito le confiere para representarlo.”...*

La presente solicitud contenida en última comunicación de la Aseguradora, conforme establecen los antecedentes que corren en esa entidad, dejamos a consideración de su Autoridad, remitiendo a su vez en ejemplares legalizados la documentación que hace a la representación legal de la MAE del Comando de Ingeniería del Ejército.

PETITORIO:

En consecuencia, por todos los antecedentes referidos, mediante la presente, el Comando de Ingeniería del Ejército acude a esa instancia de fiscalización y control para PEDIR PRONUNCIAMIENTO TÉCNICO-LEGAL en el presente caso; tomando en cuenta que, como institución pública representamos los intereses del Estado Plurinacional de Bolivia y estamos siendo perjudicados por la Empresa Aseguradora FORTALEZA S.A., al negarnos de manera sistemática la ejecución de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de Bs. 784.189,77 (Setecientos ochenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve 77/100

bolivianos); Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de Bs. 603.717,00 (Seiscientos tres mil setecientos diecisiete 00/100 bolivianos); Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de Bs. 1.294.215,37 (Un millón doscientos noventa y cuatro mil doscientos quince 37/100 bolivianos) y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de Bs. 425.975,38 (Cuatrocientos veinticinco mil novecientos setenta y cinco 38/100 bolivianos), garantías emergentes de Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 con la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de trabajos de Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del departamento de Oruro; sin que esto signifique RENUNCIAR A LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS.

De igual manera, acudimos a esa instancia fiscalizadora, pidiendo se nos otorguen las garantías respectivas para el cumplimiento de parte de FORTALEZA S.A. dela (sic) *Resolución Administrativa IS/N° 731 de fecha 11 de septiembre del 2007, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros; Obliga a las Entidades Aseguradoras que comercializan pólizas de caución para las diferentes contrataciones estatales, sean estas: obras, servicios, bienes suministros, anticipos entre otros, a introducir textos únicos y uniformes:* ***Clausula*** (sic) ***de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas*** *(que en su texto de ejecución señala como requisito para la ejecución de la garantía la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la Entidad pública que corresponda) o* ***Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas*** *(que en su texto de ejecución señala como requisito para la ejecución de la garantía la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la Entidad pública que corresponda. Condición que hemos cumplido con la remisión de Resolución Administrativa No. 012/11 de fecha 23 de marzo de 2011, de Declaración de Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fecha 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L.*

Para análisis y consideración de esa Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se adjunta en fotocopias los antecedentes que demuestran que las actuaciones del Comando de Ingeniería del Ejército se han enmarcado en disposiciones legales que hacen a la materia, cumpliendo a cabalidad las exigencias interpuestas en el presente proceso de ejecución de garantías…"

2. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota APS/DJ/DS/5717/2011 de 20 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó con cargos a la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, en los términos transcritos a continuación:

"…Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la evaluación de la documentación que respalda el reclamo del COMANDO DE INGENIERIA DEL EJERCITO, se ha advertido la siguiente presunta infracción cometida por ***FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****:*

- ***Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998*** *al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, así como de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.*

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, al no haber observado debidamente la normativa señalada por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.*

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175…"

3. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota GRLPZ/035/2012 de fecha 4 de enero de 2011, la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** establece los extremos siguientes:

"…De la lectura de la carta recibida por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. su Autoridad habría advertido una presunta infracción al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883, al haber supuestamente, ***incumplido la prestación convenida consistente en la ejecución de las pólizas de FIANZA JOB-ORU-000285; JOB-ORU-000273; JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, conforme a los términos y plazos contemplados en la cláusula de ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.***

De la lectura del punto central de la "Notificación de Cargos" que nos ocupa, vemos que se ha cometido un ***error de fondo por parte de la APS****, al considerar las pólizas ejecutadas, como para Entidades Públicas con "cláusulas de ejecución inmediata", circunstancia que se encuentra alejada de la verdad.*

Las pólizas ejecutadas y mencionadas en la referencia no forman parte de las aprobadas como textos únicos por la Resolución Administrativa No. 731 tanta (sic) *veces mencionada por su Autoridad.*

Al respecto, y ejerciendo el legítimo derecho de defensa consagrado en la Constitución Política del Estado, en actual vigencia y dentro del plazo de ley, mediante la presente misiva, en aplicación a lo dispuesto por el Art.28 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo que indica:

"...Son elementos esenciales del acto Administrativo los siguientes... c) Objeto: El objeto debe ser cierto..." disposición concordante con los incisos b) y e) del mismo artículo.

Por otra parte el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo en su Art. 28 Parágrafo II inciso d) indica: ***El acto deberá contener resolución que... d) Sea preciso y claro.***

Asimismo, la Nota de Cargo que nos ocupa, además no cumple con lo dispuesto por el Art.2 de la Resolución Administrativa No. 602 en actual vigencia que indica:

"...A los fines del procedimiento previsto por el presente reglamento se adoptan los siguientes principios : a) DEBIDO PROCESO: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos."

Por todo lo someramente indicado, solicitamos a su Autoridad se anule y se deje sin efecto la Nota de Cargo notificada con fundamentación errónea y sea con las formalidades de Ley…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 087-2012 DE 8 DE FEBRERO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sanciona a la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, bajo los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que de los antecedentes y pruebas cursantes en el expediente se tiene:

1. *En fecha 29 de agosto de 2011, mediante nota As. Jur. N° 172/2011 el Comando de Ingeniería del Ejercito presentó reclamo, a ésta Autoridad de Fiscalización, contra la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. por la no ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273 que afianzan los contratos por excepción suscritos entre el reclamante y la empresa JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., adjuntando para el efecto la documentación respaldatoria.*
2. *Evaluada la documentación la APS inicio* (sic) *procedimiento sancionatorio contra la Entidad Aseguradora, notificando el cargo correspondiente.*
3. *La Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., presenta descargos alegando que se hubiere realizado una incorrecta imputación de cargos, toda vez que las pólizas emitidas a favor de la empresa Jhoselyn, cuyo beneficiario es el*

Comando de Ingeniería del Ejército no forman parte de las aprobadas como textos únicos, uniformes y de pago al contado por la Resolución Administrativa IS 731.

Que de la revisión de las pólizas JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273, aportadas por las partes en la etapa de prueba, se observa que las mismas contienen cláusula de ejecución inmediata condicional que si bien fueron emitidas de manera inicial antes de la puesta en vigencia de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, fueron renovadas el 04 de noviembre de 2009, extendiendo su vigencia desde las 12:00 Hrs. del 05/11/2009 hasta las 12:00 Hrs. del 03/02/2010, razón por la cual ***LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *tenía la obligación de adecuarse a lo establecido por el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 que determina: "Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones,* ***deberán registrar*** *ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas,* ***incluyendo las dos cláusulas de ejecución,*** *en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución.* ***VENCIDO ESTE PLAZO LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE NO HAYAN REGISTRADO LAS MISMAS, NO PODRÁN EMITIR O "RENOVAR" PÓLIZAS DE CAUCIONES PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS".***

Que asimismo el artículo 7 de la norma citada estipula: "En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución, ***QUEDAN SIN EFECTO LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE REGISTRO DE PÓLIZAS Y/O CLAUSULAS*** (sic) ***ADICIONALES DE CAUCIONES PARA ENTIDADES PÚBLICAS EMITIDAS PARA TODAS LAS ENTIDADES ASEGURADORAS (...)***".

Que de igual manera el artículo 8 prescribe: "Las pólizas aprobadas mediante la presente Resolución ***deberán ser comercializadas, OBLIGATORIAMENTE con la CLAÚSULA*** (sic) ***DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PÚBLICAS*** *o con la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí".*

Que lo anterior significa que a partir de la vigencia de la Resolución Administrativa IS N° 731 quedaron sin efecto las Resoluciones Administrativas de registro de pólizas o cláusulas, no estándole permitido a ninguna entidad aseguradora comercializar o renovar productos que no se encuentren adecuados a los textos de las pólizas y cláusulas uniformes para Entidades Públicas expresamente aprobadas por la Resolución Administrativa N° IS 731, esto dispensando a la parte más débil protección para evitar cualquier manifestación abusiva en los clausulados de las Pólizas, conforme lo previene el artículo 38 de la Ley de Seguros N° 1883 cuando menciona que: "La equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, ***se concretará en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia*** *(...)". Disposición concordante con el inciso d) del artículo 43 de la ley 1883 que confiere al Órgano de Fiscalización la atribución (competencia) de "****Supervisar las*** *actividades,* ***pólizas de seguros*** *y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción".*

*Que el hecho de que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** haya renovado pólizas no registradas incumpliendo el imperativo contenido en la norma precitada, además de constituir infracción a lo contemplado por el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 que prohíbe "Publicitar y **entregar información inexacta** o falsa **que induzca a error sobre** la situación de la entidad y de **sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos"** no puede ocasionar daño o menoscabo al legítimo derecho del beneficiario, más aún si se toma en cuenta que la libertad contractual está **subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica**.*

Que ante tal situación el Órgano de Fiscalización no puede sino acudir a las normas de la interpretación de los contratos, cuya aplicación por analogía está autorizada por el artículo 1 del Código de Comercio, así el artículo 511 del Código Civil prescribe:

*"(Cláusulas ambiguas) Cuando una cláusula es susceptible de diversos sentidos, se le debe dar **el que pueda producir algún efecto, nunca el que ninguno",** en este entendido y habiéndose verificado que la renovación se produjo con una póliza no registrada por el Órgano Regulador el perjuicio no puede alcanzar al beneficiario, por lo que ajustando la conducta de la Aseguradora a derecho debe considerarse que las pólizas están sujetas a la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas produciendo efectos desde la puesta en vigencia de la Resolución Administrativa N° IS 731, así aunque ésta no haya sido expresada (por una omisión de la Compañía aseguradora) debe ser suplida de acuerdo a lo establecido en el artículo 513 del Código Civil (Cláusulas de Uso no Expresadas) y en caso de duda ser interpretada a favor del reclamante (artículo 518 del Código de Comercio).*

Que así las cosas se observa que el Comando de Ingeniería de Bolivia (sic) *mediante oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de 6 de abril de 2011, recepcionado por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. el 8 de abril de 2011, solicitó la ejecución de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 y JIA-ORU-202 y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273, y JOB-ORU-285, renovadas el 9 de junio y 4 de noviembre de 2009, respectivamente, garantías emergentes de las Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero y 10 de agosto de 2007.*

Que el requerimiento de ejecución se fundamentó en la solicitud contenida en el Oficio SAF. G-100 91/10 de 17 de marzo de 2010, haciendo hincapié que dicha ejecución había sido suspendida momentáneamente en mérito al oficio SAF G-100 172/10 de 21 abril de 2010 dirigido por el Comando de Ingeniería del Ejército a la Aseguradora.

Que mediante nota FORT/GRORU/0183/2011, la Compañía responde el Oficio As. Jur. N° 080/2011 mencionando que la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 y JIA-ORU-202 NO CORRESPONDÍA por la instrucción de dejar sin efecto la ejecución contenida en la carta CITE S.D. COMANING N° 251/10 de 15 de diciembre de 2010, mediante la cual el CNL. DAEN Carlos W. Villarroel Fernández, Comandante de Ingeniería del Ejército, comunicó que: "En mérito a

conciliaciones realizadas entre el Comando de Ingeniería del Ejército y vuestro afianzado Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L. ***se autoriza la liberación de las pólizas de correcta inversión de anticipos***".

Que con relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 y JOB ORU-285 mediante carta FORT/GRORU/201/2010 de 22 de abril de 2010 la Compañía confirmó que las ejecuciones se encontraban vigentes y que una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de Proyectos, procedería a la ejecución requerida.

Que mediante Oficio As. Jur N° 091/2011 de 20 abril de 2011, recepcionado por Fortaleza S.A. el 25 de abril de 2011, el Comando de Ingeniería del Ejército responde la carta FORT/GRORU/0183/2011 la que en la parte pertinente aclara el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10 indicando que la instrucción de dejar sin efecto la ejecución liberando las pólizas de correcta inversión de anticipos fue firmada por el ex Comandante de Ingeniería del Ejército, Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, cuando había cesado en sus funciones demostrando este hecho mediante copias legalizadas de los memorándums de nombramiento de la nueva autoridad y el cambio de destino del anterior.

Que no obstante lo aclarado por el Comando de Ingeniería del Ejercito, una vez suscitada una cuestión de competencia ésta debió haber sido de conocimiento y pronunciamiento de la Autoridad Superior, plasmada en una Resolución o documento equivalente que establezca si la instrucción contenida en el Oficio S.D. COMANING N° 251/10 fue emanada por una autoridad con o sin competencia que acarree la nulidad del acto, toda vez que la misma no opera de pleno derecho.

Que con relación a la solicitud de ejecución de las pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273, y JOB-ORU-285, renovadas el 9 de junio y 4 de noviembre de 2009, se tiene que mediante Oficio As. Jur. N° 114/2011 de 16 de mayo de 2011 el Comando de Ingeniería del Ejército reiteró a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza proceda con la ejecución de las pólizas remitiendo para el efecto la siguiente documentación:

1. *Carta de resolución de contrato legalizada, debidamente notariada y con la diligencia de entrega al contratista. (documento* (sic) *remitido de manera anterior con Cite As. Jur. 089/2011 y Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31 de agosto de 2010).*
2. *Ordenes de Proceder, debidamente legalizadas*
3. *Original de Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011 de Declaración de Incumplimiento, firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).*
4. *Adendas y contratos modificatorios al contrato principal (ejemplares legalizados)*
5. *Libro de Órdenes. Partes pertinentes dentro de los proyectos, debidamente legalizados*
6. *Ordenes de cambios debidamente legalizados.*

Que la Compañía a pesar de haber confirmado mediante carta FORT/GRORU/0201/2010 de 22 de abril de 2010 que las ejecuciones se encontraban vigentes y que una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de Proyectos procedería a la ejecución requerida y, teniendo además en su poder toda la documentación solicitada, de manera dilatoria pide aclaraciones sobre documentos que cursan en su poder.

Que evidentemente la Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011 por la cual la MAE declara la Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción, acude a la cláusula décima novena (terminación del contrato) punto 19.3. "Resolución a requerimiento del Contratante por causales atribuibles al Sub Contratista" contemplada en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza omitiendo señalar que en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza esta causal figura en la Cláusula Vigésima, sin embargo la Entidad Aseguradora al observar este error debió haber solicitado que se subsane no siendo causal determinante para no proceder con la ejecución solicitada.

Que asimismo la entidad solicita el poder o Resolución Administrativa del Cnl. Henry Omar Ortiz Mercado, que evidencia las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo, siendo que es de su entero conocimiento el memorándum Dpto. I-EMC. Sec "A" N° 1869/10 de 6 de diciembre de 2010 otorgado al Cnl. DAEN Henry Ortiz Mercado, que textualmente menciona: "Señor Coronel: Mediante el presente comunico a usted que, por necesidades del servicio mi Comando ha dispuesto su cambio de destino, de la ***NOVENA DIVISIÓN DEL EJÉRCITO*** *al* ***COMANDO DE INGENIERIA DEL EJÉRCITO****, en el cargo de* ***COMANDANTE****, función que deberá asumir a partir de la fecha, con profesionalismo, dedicación, abnegación, responsabilidad, lealtad y subordinación, debiendo demostrar en todos los actos, las cualidades, atributos personales y profesionales que le hicieron merecedor de esta designación (...) Fdo. Gral. Div. Antonio Cueto Calderón,* ***COMANDANTE GENERAL DEL EJÉRCITO",*** *documento por demás suficiente para demostrar que es la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad y que ejerce las más amplias facultades para representarla.*

Que cabe mencionar que el inciso e) del artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883 establece como una de las funciones y objetivos de Órgano de Fiscalización: "Cumplir y hacer cumplir la presente Ley (de Seguros) y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos".

Que en este sentido el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 establece como obligación de las aseguradoras "indemnizar los daños y pérdidas o ***cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista****".*

Que al estar esta obligación contenida en la Ley de Seguros y en sus reglamentos es deber del Órgano de Fiscalización hacerla cumplir, máxime si se considera que mediante Resolución Administrativa IS/N° 731 (a la que está sometida el presente caso

por la renovación de las pólizas el año 2009) que aprueba los textos únicos, uniformes y de pago al contado de las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra y Correcta Inversión de Anticipo, entre otras para Entidades Públicas, se ha establecido un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere ***ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL*** *(Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva)* ***NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN,*** *como textualmente lo menciona: "en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado o reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares,* ***EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS*** *de acuerdo a procedimiento citado en el siguiente párrafo,* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO****. La ejecución de la póliza,* ***NO ESTARÁ SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA A NIVEL EJECUTIVO CITADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MAXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA QUE CORRESPONDA*** *(...)".*

Que aún en el supuesto, no consentido, de que las pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra estuviesen sometidas a lo establecido en la cláusula 8 de las Condiciones Generales, aprobadas mediante Resolución Administrativa para la Aseguradora por la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el año 2006, (antes de la vigencia de la Resolución Administrativa IS 731) se verifica que la misma de manera textual determina: "(…) el beneficiario presentará una carta a la Aseguradora donde indique que el Afianzado incumplió el contrato principal de la obra, mencionando o identificando puntualmente las partes incumplidas o no ejecutadas y adjuntando para el efecto la siguiente documentación:

1. *Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata, en original*
2. *Fotocopia legalizada del contrato descrito en las condiciones particulares de esta póliza.*
3. *Copia de la primera carta de intención de resolución de contrato enviada por el beneficiario y recepcionada por el Afianzado;*
4. *Copia de la segunda carta de resolución de contrato debidamente notariada junto con el informe del supervisor y fiscalizador de la obra, enviada por el beneficiario al Afianzado.*

Fuera de estos requisitos, la Aseguradora NO EXIGIRÁ NINGÚN OTRO DOCUMENTO, ni ningún requerimiento judicial o extrajudicial".

Que de la abundante documentación presentada por el reclamante se evidencia que, toda la documentación requerida por la cláusula citada fue remitida a la Aseguradora, como sigue:

1. Mediante Oficio SAF G-100 91/10 de 17 de marzo de 2010, el Comando de

Ingeniería del Ejército remitió las cuatro Pólizas de Garantía en originales.

2. *Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de 6 abril de 2011, recepcionado por Fortaleza el 8 de abril de 2011 que requiere la ejecución de las pólizas, adjuntando al efecto:*
   a) *Nuevamente fotocopias de las 4 pólizas*
   b) *Fotocopias legalizadas de contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos de Quillacas-Villa Esperanza y Villa Esperanza-Salinas dee* (sic) *Garci Mendoza*
   c) *Original del Oficio Sección As. Jur N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de primera intención de Resolución de Contrato.*
   d) *Fotocopia de oficio As. Jur N° 75/2010 de 31 de agosto de 2010, segunda carta de Resolución de Contrato, más antecedentes consistentes en:*
      - *Acta de compromiso de 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejercito y la Empresa Jhoselyn*
      - *Acta de reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn de fecha 19 de mayo de 2010.*
      - *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L. referente al Proyecto Quillacas-Villa Esperanza de 20 de mayo de 2010.*
      - *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza de fecha 20 de mayo de 2010.*
      - *Fotocopia del Informe Técnico Sec. III Op. N° 004/10 de 24 de febrero de 2010, del Jefe de la Sección III Operaciones sobre la situación de la Empresa subcontratista.*

Que debe entenderse de la relación documental descrita que, el Beneficiario cumplió con la presentación no sólo de la documentación establecida en la cláusula 8 del Condicionado General, sino con mucha más, por lo que notificado del incumplimiento del afianzado mediante la Resolución Administrativa N°012/11 de 23 de marzo de 2011, firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE), sólo le quedaba expedirse sobre el derecho del beneficiario, lo contrario significa contravenir lo dispuesto por el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 al no haber cumplido con la prestación convenida.

Que con respecto a las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 y JIA-ORU-202, la obligación de ejecución queda pendiente en tanto y en cuanto no exista pronunciamiento concreto sobre la cuestión de competencia suscitada al interior del Comando de Ingeniería del Ejército.

CONSIDERANDO:

Que el inciso II del artículo 62 del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que: "II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables"

Que el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de

2002, al referirse al Principio de Tipicidad establece: "I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidos en las leyes y disposiciones reglamentarias (...)".

Que a su vez el artículo 75 de la citada norma dispone que: "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas"

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares".

Que en concordancia con la norma transcrita, se consideró para la modulación de la sanción los lineamientos establecidos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005, de fecha 15 de septiembre de 2005, que señala: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponerse. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas, infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionatoria debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Que en el caso presente, se ha tomado en cuenta a tiempo de imponer la sanción que:

***a)** El incumplimiento se encuentra tipificado:*

- *En cuanto a la conducta, por el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*
- *En cuanto a la sanción, por el inciso e), numeral II) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones leves,** sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni*

mayor a ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: e) Incumplimiento de la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista, dentro del marco establecido por el artículo 12 inciso a) de la Ley N° 1883 de Seguros".

- ***b)*** *La infracción se encuentra plenamente demostrada.*
- ***c)*** *Se evidenció que la conducta de la Aseguradora es reincidente, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, al haber sido sancionada por infracciones similares mediante Resoluciones Administrativas que en Recurso de Revocatoria fueron confirmadas.*

Que por principio de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad y cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente de importancia frente a la misma, debe imponerse una sanción de multa de gravedad mínima de 45.000,00 UFV's (Cuarenta y Cinco Mil Unidades de Fomento a la Vivienda)…"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con una multa en bolivianos equivalente a 45.000,00 UFV's. (Cuarenta y Cinco Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por **contravenir el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998** al haber incumplido la prestación convenida, según lo expuesto en la presente Resolución Administrativa.*

***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

***TERCERO.- La COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción impuesta.*

***CUARTO.-** En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía correspondiendo remitir a este Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio…"*

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 13 de marzo de 2012, la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, bajo los

siguientes argumentos:

"…***II.-FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO***

Fortaleza interpone el presente recurso administrativo de revocatoria contra la RA N° 087/2012, en mérito a los siguientes fundamentos legales:

II.1. INEXISTENCIA DE LA INFRACCION DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS.

II.1.1. *La APS a través de la R.A. N° 087/2012 sanciona a Fortaleza por contravenir el inciso a) del artículo 12 de la ley de Seguros afirmando que se ha incumplido la prestación convenida, supuestamente (dado que no lo especifica) en los casos asegurados por la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos JIA ORU 218, la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos JIA ORU 0202, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato JOB ORU 273 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato JOB ORU 285.*

Sin embargo, la APS no tiene en cuenta las estipulaciones contenidas en los condicionados particulares y generales de las citadas pólizas ni las previsiones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo a lo siguiente:

1) La ***Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos JIA ORU 0202*** *tenía como objeto asegurado, el Asfaltado del Tramo III Villa Esperanza - Salinas Prog 80+340-90+340 y su vigencia se extendía hasta las 12:00 del 28/12/2009, con lo cual, cualquier siniestro que hubiese ocurrido debía producirse durante la vigencia del contrato de seguros.*

Al respecto, de la revisión de antecedentes se tiene que el Comandante de Ingeniería del Ejército, a través de la nota As. Jur. N° 080/2011 de 6 de abril de 2011, solicita la ejecución de las (sic) *Póliza JIA ORU 202; es decir, fuera de la vigencia de la póliza, por un siniestro que aparentemente ocurrió en la citada gestión de 2011, dado que ese es el año en que se presenta la solicitud de ejecución de la póliza, con lo cual, la aseguradora no asume la obligación de pagar la indemnización si hubiera acontecido el riesgo durante la gestión 2011, teniendo en cuenta lo señalado no corresponde el pago de la indemnización, por lo tanto, no procede la aplicación de sanción alguna por no haber cumplido una prestación, que además nunca fue debida.*

La ***Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos JIA ORU 0202*** *cubría el riesgo de incumplimiento en el adecuado uso del anticipo entregado por el Beneficiario al Afianzado por causas imputables al Afianzado según lo estipulado en el Contrato principal adjudicado mediante licitación pública o invitación directa, descrito en las condiciones particulares de esta póliza, que fue firmado entre el beneficiario y el Afianzado. Al respecto, el asegurado no ha presentado un documento que demuestre que no se hubiese usado adecuadamente el anticipo entregado por el Beneficiario al Afianzado, con lo cual, no existe siniestro ni derecho a una*

indemnización.

La cláusula cuarta del condicionado general del contrato de seguro dispone que en caso de reclamo por parte del Beneficiario, es obligación de éste demostrar el incumplimiento, motivo de reclamo contra el Afianzado, debiendo al efecto adjuntar la documentación e información necesaria, consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes; y, que la documentación presentada por el Beneficiario debe demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente que existe incumplimiento por parte del Afianzado. Al respecto, como se advierte de la sola revisión de los antecedentes no cursa documentación que demuestre el incumplimiento del afianzado, ni existe información directa o indirectamente con la ocurrencia inequívoca al siniestro, dado que la solicitud de ejecución de la póliza en cuestión no demuestra absolutamente ningún extremo.

La APS no puede afirmar que no se hubiese procedido, ilegalmente, a la ejecución de la póliza dado que sólo una vez probada la procedencia del reclamo procede el pago del monto de la indemnización

Finalmente, en cuanto a la ejecución de la póliza, ésta estipula que el beneficiario para probar la existencia del siniestro debe presentar una carta a la Aseguradora donde indique que el Afianzado incumplió con el adecuado uso del anticipo, adjuntando la siguiente documentación: Póliza de garantía de Ejecución Inmediata en original, Fotocopia legalizada del contrato descrito en la Condiciones Particulares de esta póliza, Copia de la primera carta de intención de resolución de contrato enviada por el Beneficiario y recepcionada por el Afianzado, Copia de la segunda carta de resolución de contrato debidamente notariada, enviada por el beneficiario al Afianzado y el informe del supervisor y el fiscalizador de la obra. De la revisión de los antecedentes y la documentación sólo se advierte que el beneficiario presentó parcialmente la documentación necesaria, por lo que, la APS no puede afirmar entonces que se hubiese configurado, de parte de la aseguradora, la obligación de pagar la indemnización.

*2) La **Póliza de Garantía** de **Correcta Inversión de Anticipos JIA ORU 0218** tenía como objeto asegurado, el Asfaltado del Tramo Quillacas Cutimbora (10 Kms.) y su vigencia se extendía hasta las 12:00 del 03/02/2010, con lo cual, cualquier siniestro que hubiese ocurrido debía producirse durante la vigencia del contrato de seguros.*

Al respecto, de la revisión de antecedentes se tiene que el Comandante de Ingeniería del Ejército, a través de la nota As. Jur. N° 080/2011 de 6 de abril de 2011, solicita la ejecución de las (sic) *Póliza JIA ORU 218; es decir, fuera de la vigencia de la póliza, por un siniestro que aparentemente ocurrió en la citada gestión de 2011, dado que ese es el año en que se presenta la solicitud de ejecución de la póliza, con lo cual, la aseguradora no asume la obligación de pagar la indemnización si hubiera acontecido el riesgo durante la gestión 2011, teniendo en cuenta lo señalado no corresponde el pago de la indemnización, por lo tanto, no procede la aplicación de*

sanción alguna por no haber cumplido una prestación, que además nunca fue debida.

*La **Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos JIA ORU 0218** cubría el riesgo de incumplimiento en el adecuado uso del anticipo entregado por el Beneficiario al Afianzado por causas imputables al Afianzado según lo estipulado en el Contrato principal adjudicado mediante licitación pública o invitación directa, descrito en las condiciones particulares de esta póliza, que fue firmado entre el beneficiario y el Afianzado. Al respecto, el asegurado no ha presentado un documento que demuestre que no se hubiese usado adecuadamente el anticipo entregado por el Beneficiario al Afianzado, con lo cual, no existe siniestro ni derecho a una indemnización.*

La cláusula cuarta del condicionado general del contrato de seguro dispone que en caso de reclamo por parte del Beneficiario, es obligación de éste demostrar el incumplimiento, motivo de reclamo contra el Afianzado, debiendo al efecto adjuntar la documentación e información necesaria, consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes; y, que la documentación presentada por el Beneficiario debe demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente que existe incumplimiento por parte del Afianzado. Al respecto, como se advierte de la sola revisión de los antecedentes no cursa documentación que demuestre el incumplimiento del afianzado, ni existe información directa o indirectamente con la ocurrencia inequívoca al siniestro, dado que la solicitud de ejecución de la póliza en cuestión no demuestra absolutamente ningún extremo.

La APS no puede afirmar que no se hubiese procedido, ilegalmente, a la ejecución de la póliza dado que sólo una vez probada la procedencia del reclamo procede el pago del monto de la indemnización

Finalmente, en cuanto a la ejecución de la póliza, ésta estipula que el beneficiario para probar la existencia del siniestro debe presentar una carta a la Aseguradora donde indique que el Afianzado incumplió con el adecuado uso del anticipo, adjuntando la siguiente documentación: Póliza de garantía de Ejecución Inmediata en original, Fotocopia legalizada del contrato descrito en la Condiciones Particulares de esta póliza, Copia de la primera carta de intención de resolución de contrato enviada por el Beneficiario y recepcionada por el Afianzado, Copia de la segunda carta de resolución de contrato debidamente notariada, enviada por el beneficiario al Afianzado y el informe del supervisor y el fiscalizador de la obra. De la revisión de los antecedentes y la documentación sólo se advierte que el beneficiario presentó parcialmente la documentación necesaria, por lo que, la APS no puede afirmar entonces que se hubiese configurado, de parte de la aseguradora, la obligación de pagar la indemnización.

*3) La **Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato JTA ORU 0285** tenía como objeto asegurado, el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y su vigencia se extendía hasta las 12:00 del 03/10/2010, con lo cual, cualquier siniestro*

que hubiese ocurrido debía producirse durante la vigencia del contrato de seguros.

Al respecto, de la revisión de antecedentes se tiene que el Comandante de Ingeniería del Ejército, a través de la nota As. Jur. N° 080/2011 de 6 de abril de 2011, solicita la ejecución de las (sic) *Póliza JIA ORU 285; es decir, fuera de la vigencia de la póliza, por un siniestro que aparentemente ocurrió en la citada gestión de 2011, dado que ese es el año en que se presenta la solicitud de ejecución de la póliza, con lo cual, la aseguradora no asume la obligación de pagar la indemnización si hubiera acontecido el riesgo durante la gestión 2011, teniendo en cuenta lo señalado no corresponde el pago de la indemnización, por lo tanto, no procede la aplicación de sanción alguna por no haber cumplido una prestación, que además nunca fue debida.*

La ***Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato JIA ORU 0285*** *cubría el riesgo de incumplimiento por causas imputables al Afianzado, en los términos y/o condiciones estipuladas, en el contrato principal, firmado entre el Beneficiario y el Afianzado y adjudicado mediante licitación pública o invitación directa. Al respecto, el asegurado no ha presentado un documento que demuestre que no se hubiese cumplido el contrato, con lo cual, no existe siniestro ni derecho a una indemnización.*

La cláusula cuarta del condicionado general del contrato de seguro dispone que en caso de reclamo por parte del Beneficiario, es obligación de éste demostrar el incumplimiento, motivo de reclamo contra el Afianzado, debiendo al efecto adjuntar la documentación e información necesaria, consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes; y, que la documentación presentada por el Beneficiario debe demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente que existe incumplimiento por parte del Afianzado. Al respecto, como se advierte de la sola revisión de los antecedentes no cursa documentación que demuestre el incumplimiento del afianzado, ni existe información directa o indirectamente con la ocurrencia inequívoca al siniestro, dado que la solicitud de ejecución de la póliza en cuestión no demuestra absolutamente ningún extremo.

La APS no puede afirmar que no se hubiese procedido, ilegalmente, a la ejecución de la póliza dado que sólo una vez probada la procedencia del reclamo procede el pago del monto de la indemnización

Finalmente, en cuanto a la ejecución de la póliza, ésta estipula que el beneficiario para probar la existencia del siniestro debe presentar una carta a la Aseguradora donde indique que el Afianzado incumplió el contrato, adjuntando la siguiente documentación: Póliza de garantía de Ejecución Inmediata en original, Fotocopia legalizada del contrato descrito en la Condiciones Particulares de esta póliza, Copia de la primera carta de intención de resolución de contrato enviada por el Beneficiario y recepcionada por el Afianzado, Copia de la segunda carta de resolución de contrato debidamente notariada, enviada por el beneficiario al Afianzado y el informe del supervisor y el fiscalizador de la obra. De la revisión de los

antecedentes y la documentación sólo se advierte que el beneficiario presentó parcialmente la documentación necesaria, por lo que, la APS no puede afirmar entonces que se hubiese configurado, de parte de la aseguradora, la obligación de pagar la indemnización.

4) ***La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato JIA ORU 0273*** *tenía como objeto asegurado, el Asfaltado del Tramo III Villa Esperanza - Salinas Prog 80+340-90+340 y su vigencia se extendía hasta las 12:00 del 28/12/2009, con lo cual, cualquier siniestro que hubiese ocurrido debía producirse durante la vigencia del contrato de seguros.*

Al respecto, de la revisión de antecedentes se tiene que el Comandante de Ingeniería del Ejército, a través de la nota As. Jur. N° 080/2011 de 6 de abril de 2011, solicita la ejecución de las (sic) *Póliza JIA ORU 285; es decir, fuera de la vigencia de la póliza, por un siniestro que aparentemente ocurrió en la citada gestión de 2011, dado que ese es el año en que se presenta la solicitud de ejecución de la póliza, con lo cual, la aseguradora no asume la obligación de pagar la indemnización si hubiera acontecido el riesgo durante la gestión 2011, teniendo en cuenta lo señalado no corresponde el pago de la indemnización, por lo tanto, no procede la aplicación de sanción alguna por no haber cumplido una prestación, que además nunca fue debida.*

La ***Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato JIA ORU 0273*** *cubría el riesgo de incumplimiento por causas imputables al Afianzado, en los términos y/o condiciones estipuladas, en el contrato principal, firmado entre el Beneficiario y el Afianzado y adjudicado mediante licitación pública o invitación directa. Al respecto, el asegurado no ha presentado un documento que demuestre que no se hubiese cumplido con el contrato, con lo cual, no existe siniestro ni derecho a una indemnización.*

La cláusula cuarta del condicionado general del contrato de seguro dispone que en caso de reclamo por parte del Beneficiario, es obligación de éste demostrar el incumplimiento, motivo de reclamo contra el Afianzado, debiendo al efecto adjuntar la documentación e información necesaria, consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes; y, que la documentación presentada por el Beneficiario debe demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente que existe incumplimiento por parte del Afianzado. Al respecto, como se advierte de la sola revisión de los antecedentes no cursa documentación que demuestre el incumplimiento del afianzado, ni existe información directa o indirectamente con la ocurrencia inequívoca al siniestro, dado que la solicitud de ejecución de la póliza en cuestión no demuestra absolutamente ningún extremo.

La APS no puede afirmar que no se hubiese procedido, ilegalmente, a la ejecución de la póliza dado que sólo una vez probada la procedencia del reclamo procede el pago del monto de la indemnización

Finalmente, en cuanto a la ejecución de la póliza, ésta estipula que el beneficiario para probar la existencia del siniestro debe presentar una carta a la Aseguradora donde indique que el Afianzado incumplió el contrato, adjuntando la siguiente documentación: Póliza de garantía de Ejecución Inmediata en original, Fotocopia legalizada del contrato descrito en la Condiciones Particulares de esta póliza, Copia de la primera carta de intención de resolución de contrato enviada por el Beneficiario y recepcionada por el Afianzado, Copia de la segunda carta de resolución de contrato debidamente notariada, enviada por el beneficiario al Afianzado y el informe del supervisor y el fiscalizador de la obra. De la revisión de los antecedentes y la documentación sólo se advierte que el beneficiario presentó parcialmente la documentación necesaria, por lo que, la APS no puede afirmar entonces que se hubiese configurado, de parte de la aseguradora, la obligación de pagar la indemnización.

5) Finalmente, se debe tener en cuenta que durante la reclamación del siniestro se soslayó la aplicación de las previsiones contenidas en los artículos (sic) *1027 y siguientes del Código de Comercio.*

II.2. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.1 dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a ésta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros- en materia de seguros generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Esta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador munido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia

aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido (como se puede advertir por la demanda de cumplimiento de contrato presentado ante el Juez de Partido en lo Civil, acreditado por la empresa a través del memorial de demanda en el que se registra el cargo de recepción), la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si (sic) *la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.*

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de

pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso de revocatoria.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113***

2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la*** *Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012,* ***dado que Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha impuesto la sanción sin competencia viciando de nulidad de pleno derecho el acto administrativo impugnado y, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en el presente memorial, en la nota de descargos presentada por Fortaleza, además de todos los antecedentes que cursan en el expediente administrativo***…"

6. MEMORIAL PRESENTADO POR EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO EN FECHA 3 DE ABRIL DE 2012.-

Por memorial presentado en fecha 3 de abril de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** señala los extremos siguientes:

"…*en tiempo oportuno toda vez que ha sido de mi conocimiento su Auto de fecha 16 de marzo de 2012 a horas 15:15 del día 20 de marzo de 2012, tengo a bien responder al infundado, irregular como atentatorio a los derechos del Comando de Ingeniería del Ejército, Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N*^{0} *087/2012 de 8 de febrero de 2012 acertadamente dictada por su autoridad, presentada por la* ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *pretendiendo sin fundamentos legales la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución mencionada; bajo los siguientes argumentos legales y sucesivos requerimientos efectuados a la Compañía Aseguradora* ***FORTALEZA S.A.*** *sin que se haya recibido ninguna respuesta favorable ni de ninguna otra índole por parte de la Compañía Aseguradora:*

1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN

Mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado el 8/04/2011, nos dirigimos a la Compañía Aseguradora ***FORTALEZA S.A.*** *para requerir la*

EJECUCIÓN *de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de* ***Bs. 784.189,77.- (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE 77/100 BOLIVIANOS);*** *Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de* ***Bs. 603.717,00.- (SEISCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS DIECISIETE 00/100 BOLIVIANOS);*** *Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de* ***Bs. 1.294.215,37.- (UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS QUINCE 37/100 BOLIVIANOS)*** *y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de* ***Bs. 425.975,38.- (CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO 38/100 BOLIVIANOS),*** *garantías emergentes de Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro.*

El Requerimiento de Ejecución se fundamentó en anterior solicitud contenida en Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010, mediante el cual el Comando de Ingeniería del Ejército, remitiendo las Pólizas de Garantía en ***ORIGINALES,*** *solicitó la EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la* ***EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L.,*** *por los contratos referidos. Haciendo hincapié que dicha ejecución había sido suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a la empresa aseguradora, habiendo tomado conocimiento la empresa y acusado recibo mediante Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde* ***"CONFIRMABAN QUE LAS EJECUCIONES SE ENCONTRABAN VIGENTES Y QUE UNA VEZ REMITIDO EL INFORME TÉNICO*** (sic) ***DE LA SUPERINTENDENCIA DE LOS PROYECTOS, CUMPLIENDO REQUISITOS DE LA CLÁUSULA 8va. DEL CONDICIONADO GENERAL, SE PROCEDERÍA A LA EJECUCIÓN REQUERIDA".***

Al requerimiento de ejecución que citamos, se acompañó la siguiente documentación:

- *Fotocopia de oficio SAF G-100 91/10 de 17/03/2010, de solicitud de Ejecución de Pólizas enviada a Seguros y Reaseguros Fortaleza (Fs. 2), fotocopias de Pólizas N° JOB (ORU) N° 273 (Fs. 1), JIA (ORU) N° 202 (Fs. 2), JIA (ORU) N° 218 (Fs.1), JOB (ORU) N° 285 (Fs. 2) y fotocopia de carta FORT/GRORU/201/2010 emitida por Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A.*
- *Fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos de Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21).*
- *Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).*
- *Fotocopia de oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 - Segunda Carta de Resolución de Contrato (Fs. 1), más antecedentes.*

- *Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de*

Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).

- *Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)*
- *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).*
- *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).*
- *Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del Jefe de la Sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).*

1.1. RESPUESTA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

Mediante Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros ***FORTALEZA S.A.*** *responde el requerimiento de ejecución de las garantías contenido en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, indicando que, la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202 en franca contraposición a lo expresado inicialmente que,* ***NO CORRESPONDÍA,*** *ante la existencia de Carta CITE S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010, mediante la cual la empresa aseguradora recibía la instrucción de dejar sin efecto la ejecución y las liberaba. En relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, requieren la remisión de documentación respaldatoria, (documentación ésta que fue remitida a la Compañía Aseguradora) sin significar esto la aceptación o rechazo al requerimiento de ejecución, tal como:*

1. *Carta de Resolución de contrato debidamente notariada con la diligencia notarial de entrega al contratista.*
2. *Orden de Proceder*
3. *Adendas y contratos modificatorios al contrato principal.*
4. *Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).*
5. *Libro de órdenes*
6. *Órdenes de Cambio.*

2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011

Con Oficio As. Jur. N° 091/2011 de fecha 20/04/2011, recepcionado por la Empresa Aseguradora ***FORTALEZA S.A.*** *el 25/04/2011, el Comando de Ingeniería del Ejército responde a términos contenidos en Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de fecha 18 de abril de 2011, por el que nos hacían conocer que la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo, realizada mediante Carta Cite As. Jur. N° 080/2011, no correspondía, en razón a que se habría enviado una anterior carta S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010 en el sentido de dejar sin efecto la ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, autorizando la renovación de las pólizas de cumplimiento de contrato e instruyendo la liberación de*

las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo; aclarando el origen de la citada instrucción y desvirtuando la negativa formulada.

Con relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra, se recalcó que, constaba en antecedentes que corren en esa institución que, a través de Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010 el Comando de Ingeniería del Ejército solicitó la EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., remitiendo las Pólizas en EJEMPLARES ORIGINALES. De igual manera se hizo notar que, la ejecución requerida fue suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a esa Compañía Aseguradora, acusándose recibo de la misma con Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde nos indicaban que las ejecuciones se encuentran vigentes y una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos y cumpliendo requisitos de Clausula 8ª del Condicionado General se procedería a la ejecución requerida.

Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10, se indicó que esta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada por el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, ***CUANDO YA HABÍA CESADO EN SUS FUNCIONES****, acompañando memorándums debidamente legalizados que prueban la fecha de nombramiento de la nueva autoridad (6/12/2010), fecha en la cual fue dado de baja como Comandante el Cnl. Villarroel, y la carta mencionada por la Empresa fue recibida en fecha 15 de diciembre de 2010, remitiéndonos al Art. 122 de la Constitución Política del Estado, que textualmente señala:* ***"SON NULOS LOS ACTOS DE LAS PERSONAS QUE USURPEN FUNCIONES QUE NO LES COMPETEN, ASÍ COMO LOS ACTOS DE LAS QUE EJERCEN JURISDICCIÓN O POTESTAD QUE NO EMANE DE LA LEY";*** *haciendo notar la Nulidad de los actos de la autoridad saliente y consecuente ineficacia de la referida carta S.D. COMANING N° 251/10, reiterando el requerimiento de INMEDIATA EJECUCIÓN de las PÓLIZAS DE GARANTÍA DE FIANZA y el depósito respectivo a nombre del Comando de Ingeniería del Ejército en N° de Cuenta 10000004671520 del Banco Unión S.A. Asimismo, se anunció que, en caso de que la Compañía Aseguradora continúe con la actitud de retardación en la ejecución de las pólizas en cuestión, se acudirá a la instancia llamada por ley, en defensa de los intereses estatales.*

3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011

De manera reiterada y sin argumento firme, con oficio FORT/GRORU/0201/2011 de fecha 27 de abril de 2011, la compañía aseguradora nos hace conocer que nuestra reiteración de solicitud de ejecución de las pólizas de garantía contenida en Oficio As. Jur. N° 091/2011 de 20/04/2011, es nuevamente negada, utilizándose de manera reiterativa contenido (sic) *de carta cite S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15/12/2010, tomando como justificativo y argumento para no dar curso a la ejecución de garantías requeridas, que el CIE habría impartido instrucciones para dejar sin efecto la ejecución manifestada y que las reiteradas solicitudes a las cuales no dan*

curso serían extemporáneas, en mérito justamente a esta instructiva.

El tenor de la negativa es consecuente con los mismos argumentos utilizados en comunicaciones anteriores, introduciéndose inclusive la empresa aseguradora en el análisis de normativa inherente a la Responsabilidad por la Función Pública y expresando que su accionar se sustenta en la actual legislación, que PROTEGE A LOS PRIVADOS Y ADMINISTRADOS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, sin tomar en cuenta que son "los intereses estatales" los que resguarda el Comando; en este caso del accionar de "privados". Atendiendo el requerimiento de envío de información por parte de la empresa aseguradora, al amparo de los Arts. 1027 y 1031 del Código de Comercio, a través de carta As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, se volvió a reiterar solicitud de ejecución de garantías y se remitió la siguiente documentación:

1. *Carta de resolución de contrato legalizada, debidamente notariada y con la diligencia de entrega al contratista. Documento remitido anteriormente en Anexo en fotocopia simple con Cite As. Jur. N° 080/2011, más antecedentes (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010).*
2. *Ordenes de Proceder, debidamente legalizadas.*
3. *Adendas y contratos modificatorios al contrato principal (Ejemplares legalizados).*
4. *Original de Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).*
5. *Libro de órdenes. Partes pertinentes dentro de los proyectos, debidamente legalizadas.*
6. *Órdenes de Cambio debidamente legalizadas.*

4. ULTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011

*Como respuesta a nuestro requerimiento de ejecución contenido en nuestra última comunicación, con oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, nuevamente la compañía aseguradora reitera **ACCIONES DILATORIAS** que desvirtúan nuestro requerimiento; ya que pese a haber cumplido todas sus exigencias, esta vez ingresan en **INCONGRUENCIAS**, al pedirnos que realicemos "aclaraciones" en torno a aspectos contenidos en Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro; mismas que se orientan a los siguientes aspectos:*

1) Textual: ... "Con referencia a la Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010 (sic)*, donde se resuelven los 2 contratos garantizados, en el cual se menciona en su tenor "... en aplicación al procedimiento establecido en contratos contenidos en la Cláusula Décima Novena punto 19.3 Resolución a Requerimiento del Contratante por causales atribuibles..." agradeceremos*

nos hagan la aclaración correspondiente sobre las causales de resolución, en forma concreta y clara, en particular sobre el punto 19.3 que supuestamente se halla contenido en los contratos y que una vez revisados los mismos evidenciamos que dicho punto no existe."...

- ***ACLARACIÓN:*** *Cabe aclarar que, fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21), fueron remitidos a FORTALEZA S.A. en el primer requerimiento de ejecución, mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado por la empresa el 8/04/2011;* ***DENOTÁNDOSE DE MANERA CONCRETA LA ACCIÓN DILATORIA Y CONTRADICTORIA EN QUE INCURRE LA ASEGURADORA, PIDIENDO ACLARACIONES SOBRE DOCUMENTOS QUE CORREN EN ESA INSTANCIA Y LAS CUALES NO EXPRESAN DE MANERA OBJETIVA****, siendo que en Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011 por la cual la MAE declara la Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción que nos ocupa, se acude a Cláusula DÉCIMA NOVENA (TERMINACIÓN DEL CONTRATO), punto 19.3 Resolución a requerimiento del CONTRATANTE, por causales atribuibles al SUB CONTRATISTA, estando contemplada esta Cláusula en Minuta de Contrato por Excepción del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, siendo evidente que en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, esta causal figura en Cláusula VIGÉSIMA; situación* ***DE FORMA*** *que no hace a lo principal y que puede ser subsanada si mínimamente la Compañía Aseguradora se haya remitido al análisis de los Contratos remitidos en su oportunidad y no accionando a estas alturas expresando que* ***SUPUESTAMENTE SE HALLA CONTENIDO EN LOS CONTRATOS Y QUE UNA VEZ REVISADOS LOS MISMOS EVIDENCIAN QUE DICHO PUNTO NO EXISTE;*** *situación falsa y que sólo demuestra la intencionalidad de FORTALEZA S.A. de no ejecutar las garantías como corresponde por ley.*

2) Textual: ... "De igual forma, con referencia a su carta de fecha 31 de agosto de 2010 con cite: As. Jur. N° 75/2010, que vuelve a mencionar la clausula (sic) *Decimo* (sic) *Novena que en el contrato se refiere a CAUSAS DE FUERZA MAYOR Y/O CASO FORTUITO como causal de la Resolución, sobre lo que solicitamos tengan la amabilidad de aclarar este aspecto, como indicamos en el punto anterior."...*

- ***ACLARACIÓN:*** *Relacionada y atendida en anterior punto.*

3) Textual: ... "De igual forma, reiteramos lo citado en anteriores notas, aclarando que conforme su carta de cite COMANING 251/10 de fecha 15 de Diciembre del 2010 se deja sin efecto la ejecución de todas las pólizas, incluidas las de Cumplimiento de contrato."...

- ***ACLARACIÓN:*** *La presente solicitud de aclaración que reincidentemente esgrime la empresa aseguradora, ha sido tratada anteladamente; considerándose que el criterio técnico y determinación al respecto, lo emitirá la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

Dentro del texto de oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, también de manera reiterada, la empresa aseguradora requiere se le haga llegar documentación complementaria en original o fotocopia legalizada, sin que esto signifique la aceptación o rechazo a la solicitud de ejecución, como ser:

- *Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010.*

Documento remitido con anterioridad en ejemplar original a Fs. 3 a FORTALEZA S.A. a través de Oficio Sección As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011; recepcionado por la empresa aseguradora en fecha 30/06/2011.

- *Carta de intención de resolución de contrato.*

Cabe señalar que la Intención de Resolución de Contrato a la cual hace mención la empresa aseguradora, se encuentra contenida en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, con sello de recepción de FORTALEZA S.A. de 8/04/2011 y fue remitida con anterioridad a su "nuevo" requerimiento en Anexo, que además contenía:

- *Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).*
- *Fotocopias de: oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 de Segunda Carta de Resolución de Contrato (fs. 1), más antecedentes:*
- *Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejercito y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).*
- *Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)*
- *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).*
- *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).*
- *Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del jefe de la sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).*

- *Carta notariada donde se haya hecho efectiva la resolución del contrato, de acuerdo a lo estipulado en el punto 20.4 de los contratos garantizados.*

Con referencia a este requerimiento de documentación complementaria, fue remitido en fotocopia legalizada (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010), a través de Oficio As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, recepcionado por la empresa aseguradora el 30/06/2011; haciendo notar que por ejemplo el punto 20.4 de los contratos garantizados, no es el mismo en los dos documentos, siendo que, en el Contrato del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, las Reglas Aplicables a la Resolución, están contenidas en el punto 19.5 ***(UNA CONTRADICCIÓN Y AMBIGÜEDAD MÁS DE FORTALEZA S.A).***

- *Diligencia notarial de entrega de la carta de resolución de contrato.*

Aspecto que guarda relación con anterior punto y cumplido de igual manera por el CIE.

- *Textual: … "Poder o resolución Administrativa del Cnl. Carlos Villarroel Fernández, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo."...*
- *Textual: ... "Poder o Resolución Administrativa del Cnl. Henry Omar Ortiz Mercado, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo."...*

La presente solicitud contenida en última comunicación de la Aseguradora, conforme establecen los antecedentes que corren en esa entidad, dejamos a consideración de su Autoridad.

PETITORIO:

Por todo lo expuesto, amparado en el Art. 41 inc. II) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, me apersono y respondo en forma negativa al pretendido recurso de revocatoria presentado per la Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A., solicitando a su autoridad quiera dictar resolución confirmando en todos sus términos la Resolución recurrida…"

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 268-2012 DE 2 DE MAYO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, se **revoca totalmente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo***

Que de la lectura cuidadosa del Recurso de Revocatoria, se pasa a examinar los agravios contenidos, a objeto de establecer si lo determinado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087/2012 debe ser confirmado, modificado o revocado.

Que el argumento principal de la Aseguradora radica en que la solicitud de ejecución de las pólizas, se hubiera realizado fuera de la vigencia de las mismas debido a que aparentemente el siniestro ocurrió en la gestión 2011.

Que en el caso que ocupa se evidencia la existencia de 4 pólizas emitidas por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., para afianzar los contratos de obra por excepción celebrados entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la

Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para el Asfaltado del Tramo Quillacas-Cutimbora (10 Kms.) y la Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza, mismas que tienen las siguientes vigencias:

Correcta Inversión de Anticipos		***Cumplimiento de Contrato de Obra***	
Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora	***Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza***	***Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora***	***Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza***
JIA-ORU-218	***JIA-ORU-0202***	***JOB-ORU-285***	***JOB-ORU-0273***
05-11-2009 *al* ***03-02-2010***	*01-06-2009* *al* ***28-12-2009***	*05-11-2009* *Al* ***03-02-2010***	*01-06-2009* *al* ***28-12-2009***

*Que con respecto a las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos y Cumplimiento de Contrato de Obra para la construcción del **"Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza"**, con vencimiento el 28 de diciembre de 2009, se observa que mediante nota SAF: 393/09 de **17 de diciembre de 2009**, 6 días antes del vencimiento de las Pólizas **JIA-ORU-0202 y JOB-ORU-0273**, el Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, en calidad de Comandante de Ingeniería del Ejército, solicitó a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. de manera textual: "(...) que la mencionada Empresa (Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L.) **RENUEVE O AMPLÍE** la referida póliza, en caso de no hacerlo, ruego se sirva **EJECUTAR** la mencionada Póliza a favor del Comando de Ingeniería de* (sic) *Ejército en el plazo inmediato a su vencimiento".*

*Que lo citado en el párrafo precedente demuestra con meridiana claridad que la solicitud de ejecución de las pólizas **JIA-ORU-0202 y JOB-ORU-0273,** responde no a la ocurrencia de un siniestro por una de las causales de incumplimiento atribuibles al subcontratista, contempladas en la cláusula vigésima, numeral 20.2 subnumeral 20.2.1. de la Minuta de Contrato de Excepción para la Construcción del "Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza" suscrito el 10 de agosto de 2007, que indica cada uno de los riesgos que las pólizas amparan (8 causales de resolución) y señala expresamente el procedimiento que seguirá la entidad contratante en el evento que el riesgo ocurriera, sino ante la contingencia de que la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L. no renueve o amplié* (sic) *la vigencia de las mencionadas pólizas.*

*Que con respecto a las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos y Cumplimiento de Contrato de Obra para el asfaltado del **"Tramo Quillacas Cutimbora"**, con vencimiento el 03 de febrero de 2010, se observa que mediante nota G: 100 27/10 de **03 de febrero de 2010**, en la misma fecha de vencimiento de las Pólizas **JIA-ORU-218** y **JOB-ORU-285** el Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, en calidad de Comandante de Ingeniería del Ejército, solicitó a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. de manera textual: "(...) que la mencionada Empresa (Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L.) **RENUEVE O AMPLIE** la referida póliza, en caso de no hacerlo, ruego se sirva **EJECUTAR** la mencionada Póliza a favor del Comando de Ingeniería de Ejército en el plazo inmediato a su vencimiento".*

Que si bien las garantías en los contratos estatales, tienen la connotación de ser obligatorias, toda vez que las debe otorgar todo particular que contrate con la administración pública para asegurar la ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público, lo citado en el párrafo precedente demuestra con meridiana claridad que la solicitud de ejecución de las pólizas ***JIA-ORU-218 y JOB-ORU-285,*** *responde no a la ocurrencia de un siniestro por una de las causales de incumplimiento atribuibles al subcontratista, contempladas en la cláusula Décima Novena, numeral 19.3 de la Minuta de Contrato por Excepción para la Construcción del "Tramo 2 Quillacas -Villa Esperanza" (Asfaltado Quillacas - Cutimbora) suscrito el 08 de febrero de 2007, sino a la eventualidad de que la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L. no renueve o amplié* (sic) *la vigencia de las mencionadas pólizas.*

Que lo expresado precedentemente se corrobora por los siguientes documentos:

1. *Carta Cite: FORT/RENOV-EJEC-GRORU/086/10 de 30 de marzo de 2010, dirigida por Fortaleza Seguros y Reaseguros S.A. al Comando de Ingeniería del Ejército que expresa: "(…) en función a la solicitud de nuestro cliente la empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., informamos que para dar curso a la renovación de las pólizas JOB-ORU-0273, JIA-ORU-0202, JIA-ORU-0218, JOB-ORU-0285 (…) es requisito indispensable la presentación de la carta donde su institución autorice la renovación de las pólizas y al mismo tiempo indique que se deja sin efecto la solicitud de la ejecución".*
2. *Carta Cite: Sección III –Ops. Téc. N°77/10 de 1° de abril de 2012, aclarada y ratificada por oficio SAF: G-100 172 /10 de 21 de abril de 2010, mediante las cuales el Comandante de Ingeniería del Ejército, Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, comunica a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. que: "(…)* ***habiendo llegado a*** *un acuerdo con la mencionada Empresa (Jhoselyn), mediante el presente autorizo la paralización de dichas pólizas (****JIA-ORU-0202, JOB-ORU-0273, JIA-ORU-218 y JOB-ORU-285****), para que no sean ejecutadas" y "(...) mediante oficio Sección III Ops. Tec N° 77/10 se autorizó la paralización de la ejecución de las Pólizas de la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., al respecto hago notar a su institución que en el Objeto del documento mencionado por error de redacción indica renovación de pólizas, siendo la finalidad la* ***suspensión momentánea*** *de la ejecución de las pólizas JIA-ORU-0218, JOB-ORU-0285, JIA-ORU-0202 y JOB-ORU-0273 hasta la recepción de un informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos Construcción Asfalto Tramo II Quillacas-Cutimbora y el Proyecto Asfalto Tramo III V. Esperanza Salinas".*

Que no obstante lo verificado ut supra se encuentran varios documentos contradictorios que acarrean duda razonable en el Fiscalizador sobre los aspectos que a continuación se citan:

Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos:

A) Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza JIA-ORU-0202

- *El Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L. de 03 de febrero de 2010, que evalúa el Proyecto* ***Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza,*** *menciona*

que la empresa recibió para inicio de actividades ***Bs1.290.270.44*** *por concepto de anticipo del monto contractual, habiéndose a dicha fecha (3 de febrero de 2010) cancelado 3 certificados de pago con una devolución de Bs92.035.87, quedando un saldo por devolver de* ***Bs1.198.234.57***

- *El Informe Técnico Secc. III. Op. N° 005/10 de 24 de febrero de 2010, dirigido por el Jefe de la Sección III Operaciones al Cnl. DAEN Carlos W. Villarroel Fernandez, Comandante de Ingeniería del Ejército, mediante el cual concluye sobre el Proyecto Camino Asfaltado* ***"Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza",*** *menciona: "La deuda que tiene la empresa con el COMANING asciende a la suma de* ***Bs1.396.649.05*** *(monto contradictorio, con el anterior y con los posteriores), por devolución del saldo del anticipo contractual y devolución de material en sitio.*

- *Oficio G.91/10 de 17 de marzo de 2010, dirigido por el Comandante de Ingeniería del Ejército a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., solicitando la ejecución de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por* ***Bs1.294.215,37*** *(monto contradictorio, con los anteriores, inclusive con monto supuestamente entregado para inicio de actividades.)*

- *Acta de reunión de 19 de mayo de 2010 en la que participaron la Empresa Jhoselyn y el Comando de Ingeniería del Ejército, en la que se conciliaron los montos:*

  a. Montos de conciliaciones finales

  Tramo Salinas: *Total Adeudado al CIE* ***Bs710.367,98***
  (Monto coincidente con el informe citado en el párrafo posterior)

- *El Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L. de 20 de mayo de 2010, sobre la conciliación de volúmenes y determinación de monto adeudado al Comando de Ingeniería por el Proyecto Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza establece lo siguiente:*

Anticipo entregado (20%)			*Bs 1.290.270.44*
Devolución de anticipo	*CP-1 Bs*	*5.426.84*	
	CP-2 Bs	*36.403.97*	
	CP-3 Bs	*50.205.06*	
	Conciliación	*487.866.56*	

Anticipo Entregado	*Bs 1.290.270.44*
Anticipo Devuelto a la conciliación	*Bs 579.902.46*
Saldo por devolver	*Bs* ***710.367.98***

- *Mediante oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6 de abril de 2011 dirigido a Fortaleza S.A. el Cnl. DAEN Henry Omar Ortiz Mercado, Comandante de Ejercito* (sic), *solicita la "INMEDIATA EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA DE FIANZA que*

citamos (…)"
TRAMO III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza
- *Póliza de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202*
- *Valor Afianzado: Bs* ***1.294.215.37***

Que en el caso de la ***Póliza de Correcta Inversión de Anticipos JIA ORU -0202 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza,*** *la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no puede emitir criterio alguno, por cuanto, como se ha demostrado precedentemente las pruebas son contradictorias entre sí, es decir no es posible establecer con certeza el monto insoluto de la misma; sin embargo se deja claramente establecido que conforme prescribe el artículo 4 de los textos únicos, uniformes y de pago al contado del condicionado General de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, aprobado mediante Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007,* ***solo es pagadera la parte no invertida o no amortizada por el Afianzado después de realizado el cálculo de saldos a favor o en contra.***

B. Quillacas - Cutimbora JIA-ORU-218

- *El Informe Técnico Secc. III. Op. N° 004/10 de 24 de febrero de 2010, dirigido por el Jefe de la Sección III Operaciones al Cnl. DAEN Carlos W. Villarroel Fernández, Comandante de Ingeniería del Ejército, determina que: "La deuda que tiene la empresa con el COMANING asciende a la suma de* ***Bs588.311.01****, por devolución del saldo del anticipo contractual y devolución de material en sitio, además de un monto por concepto colocado de capa base que no fue ejecutado", concluyendo que "La Empresa Jhoselyn S.R.L. adeuda por dos conceptos:*

Anticipo por devolver	*Bs566.262.96*
Material en sitio por devolver	*Bs. 22.048.05*
Sado* (sic) *por devolver	***Bs588.311.01***

- *Acta de Reunión de 19 de mayo de 2010 donde estuvieron presentes el Ing. Gabriel Espinoza, Jefe de Proyecto de la Empresa Jhoselyn, el Mayor Angel Molina Vásquez, Supervisor CIE y el Tcnl* (sic) *DIM Reynaldo Valdez Salazar, Jefe de la Secc. III Operaciones se determina que en la conciliación de montos finales para el tramo Quillacas se estableció una deuda a favor del Comando de Ingeniería del Ejército de* ***Bs229.00.21,***

  Tramo Salinas Quillacas: *Total Adeudado al CIE* ***Bs229.000.21***

- *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L. de 20 de mayo de 2010, sobre la conciliación de volúmenes y determinación de monto adeudado al Comando de Ingeniería por el Proyecto* ***Quillacas-Villa Esperanza:***

Anticipo entregado ***(26.66%)***			*Bs1.724.905.70*
Devolución de anticipo	*CP-1*	*Bs*	*56.572.63*

CP-2	*Bs*	*108.835.55*
CP-3	*Bs*	*33.705.29*
CP-4	*Bs*	*144.937.75*
CP-5	*Bs*	*223.002.07*
CP-6	*Bs*	*98.470.86*
CP-7	*Bs*	*275.191.79*
CP-8	*Bs*	*101.328.98*
CP-9	*Bs*	*116.597.83*
Conciliación		*566.262.96*

Anticipo Entregado	*Bs1.724.905.70*
Anticipo Devuelto a la conciliación	***Bs1.724.905.70***

- *Asimismo los montos también difieren del cuadro contenido en el folio 111 (de las pruebas presentadas por el COMANING) donde se verifica que el Supervisor del Comando de Ingeniería del Ejército, Tcnl. Jose Pabón Mercado, certifica que el proyecto de construcción y asfaltado Tramo 2* ***Quillacas-Villa Esperanza,*** *hasta el Certificado N° 8 arroja un total de devolución de Bs 1.042.044.92, contando con un saldo a devolver de* ***Bs682.860.78****.*

- *Igualmente el Informe de Evaluación Secc.P-3 Op. N° 043/09 de 22 de mayo de 2009, emitido por el Director de Obras establece: "Asimismo el contrato suscribe un anticipo por* ***el 20%*** *de monto total de contrato consistente en Bs1.724.905.70 y un descuento en las planillas consistente en el* ***26.60% de cada Certificado de Pago, CANCELANDO DE ESTA MANERA EL ANTICIPO RECIBIDO"*** *(Coincidiendo la conciliación)*

Que al igual que en el caso A), no siendo claros los montos pagados por el anticipo en la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos ***JIA-ORU-218. Quillacas - Cutimbora****, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no puede emitir juicio de valor alguno por cuanto dichas pruebas son contradictorias entre sí; no obstante debe dejarse claramente establecido que conforme prescribe el artículo 4 de los textos únicos, uniformes y de pago al contado del condicionado General de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, aprobado mediante Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007,* ***solo es pagadera la parte no invertida o no amortizada por el Afianzado después de realizado el cálculo de saldos a favor o en contra****.*

Que como corolario al tema de la ejecución de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos, se advierte que mediante oficio S.D. COMMING N° 251/10 de 15 de diciembre de 2010, el Comandante de Ingeniería del Ejército, Cnl. DAEN Carlos E. Villarroel Fernández autoriza a la Compañía de Seguros Fortaleza S.A. la liberación de las dos pólizas de correcta inversión de anticipos.

Que no obstante los antecedentes sobre el tema, dicho oficio fue cuestionado, pues según versa del memorial presentado a la APS el 3 de abril de 2012 mediante el cual el Cnl. DAEN Henry Omar Ortíz Mercado, Comandante de Ingeniería del Ejército, se apersona y responde el Recurso de Revocatoria presentado por Seguros y Reaseguros

Fortaleza S.A. señala que: "la nota SD COMMING N° 251/10 fue firmada por el Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández cuando ya había cesado en sus funciones".

Que al respecto éste Órgano de Fiscalización emitió pronunciamiento mediante la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero, cuando de manera textual expresó: "Que no obstante lo aclarado por el Comando de Ingeniería del Ejército, una vez suscitada una cuestión de competencia ésta debió haber sido de conocimiento y pronunciamiento de la Autoridad Superior, plasmada en una Resolución o documento equivalente que establezca si la instrucción contenida en el Oficio S.D. COMANING N° 251/10 fue emanada por una autoridad con o sin competencia que acarree la nulidad del acto, toda vez que la misma no opera de pleno derecho", documento que hasta la emisión de la presente Resolución no ha sido puesto en conocimiento de esta Autoridad.

<u>De la ocurrencia del siniestro</u>

Que de igual manera que en el caso de las Pólizas de Correcta Inversión de anticipos, de la revisión de la documentación para establecer con exactitud la ocurrencia del siniestro se encuentran varias contradicciones que a continuación se pasan a detallar:

A. Quillacas-Villa Esperanza

- *El Informe Técnico Secc. III. Op. N° 004/10 de 24 de febrero de 2010, dirigido por el Jefe de la Sección III Operaciones al Cnl. DAEN Carlos W. Villarroel Fernández, Comandante de Ingeniería del Ejército, determina que: "La empresa JHOSELYN S.R. ha abandonado la obra desde el 26 de septiembre de 2009, siendo que su plazo se cumplió el 5 de septiembre de 2009, por lo que su* ***plazo contractual*** *ha concluido* ***y no se ha emitido ninguna orden de cambio"*** *(aseveración que contradice el Informe de 20 de mayo de 2010 emitido por el supervisor de obra que indica que la fecha de entrega* ***según contrato*** *sería el 16 de febrero de 2008 y que la fecha de entrega según orden de cambio N° 4 sería el 5 de septiembre de 2009, menciona asimismo dicho informe que el tramo se encuentra paralizado y sin ejecución desde el 28 de septiembre de 2009, es decir de manera posterior al plazo de vencimiento.*

- *Contradice también con el Informe de Evaluación Emp. Jhoselyn Secc. P-3 Op. N° 043/09 que expresamente determina: "El avance real a la fecha es del 51,42%, su plazo contractual según el contrato modificatorio N° 1 concluye el 11 de julio de 2009, le resta 40 días para concluir con el plazo".*

Que puede apreciarse graves incongruencias, ya que cada informe técnico asigna un plazo contractual diferente, en algunos se menciona que no hay orden de cambio y en otros, el plazo contractual se determina computando desde la orden de cambio.

B) Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza

- *El Informe Técnico Secc. III. Op. N° 005/10 de 24 de febrero de 2010, dirigido por el Jefe de la Sección III Operaciones al Cnl. DAEN Carlos W. Villarroel*

Fernández, Comandante de Ingeniería del Ejército, mediante el cual concluye sobre el Proyecto Camino Asfaltado ***"Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza",*** *lo siguiente:*

- *"La empresa JHOSELYN S.R. ha abandonado el tramo desde el 24 de mayo de 2009, siendo que su plazo se cumplió el 20 de agosto de 2009, por lo que su plazo contractual ha concluido y no se ha emitido ninguna orden de cambio. (Aseveración contradictoria con el Informe emitido por el Supervisor de la Empresa Jhoselyn el 3 de febrero de 2010 que establece que el tramo está abandonado desde el 25 de abril de 2009, sólo se ejecutaron trabajos esporádicos, como excavación y transporte de material para subrasante).*

Que al igual que en caso A) de este apartado, se encuentran graves incongruencias con respecto a las fechas de ocurrencia del siniestro.

Solicitud de ejecución de Pólizas

Que asimismo y con respecto al sustento para las solicitudes de ejecución de las Pólizas se tienen los siguientes documentos:

1. *Oficio G.91/10 de 17 de marzo de 2010, dirigido por el Comandante de Ingeniería del Ejército a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., solicitando la ejecución de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-0273, por Bs1.294.215,37 y Bs9.950,00, respectivamente, recalcando de manera textual que las mismas:* ***"VENCIERON EL 28 DE DICIEMBRE DE 2009"****.*
2. *De igual manera el Oficio G.92/10 de 17 de marzo de 2010, dirigido por el Comandante de Ingeniería del Ejército a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., solicita la ejecución de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-0218 y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-0285, por Bs1.784.189,77 y Bs603.717,00, respectivamente, recalcando de manera textual que las mismas:* ***"VENCIERON EL 03 DE FEBRERO DE 2010"****.*
3. *Oficio SAF: G-100 155/10 de 12 de abril de 2010, dirigido por el Comandante de Ingeniería del Ejercito, Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, reiterando la solicitud de ejecución de las pólizas de Garantía JIA-ORU-0218 y JOB ORU 0285, en total contradicción con las notas Cite: Sección III - Ops. Tec. N°77/10 de 1° de abril de 2010 y SAF: G-100 172/10 de 21 de abril de 2010, mediante las que el mismo Comandante solicita a Fortaleza paralizar o suspender la ejecución de las pólizas.*

- *Por otra parte no obstante cursar las solicitudes de ejecución de las pólizas y por los montos señalados precedentemente, como caucionados, por acta de reunión de 19 de mayo de 2010 en la que participaron la Empresa Jhoselyn y el Comando de Ingeniería del Ejército, se acordó que: "La empresa Jhoselyn presentará una propuesta de Reconducción del Proyecto y/o cancelación de la deuda en un término no mayor a los cuatro días a partir de la fecha" y que "la empresa mantendrá las pólizas de ambos proyectos en vigencia hasta la culminación de este proceso".*

- *Oficio As. Jur 67/2010 de 16 de agosto de 2010 dirigido por el Comandante de Ingeniería del Ejército a la Empresa Jhoselyn mediante el cual manifiesta que:* ***"Con la finalidad de proceder a la Resolución de los Contratos*** *(...) teniendo como base de resolución el ACTA de REUNION de fecha 19 de mayo de 2010 y en aplicación a la Cláusula Décima Novena de ambos contratos, agradeceré apersonarse (...) a fin de suscribir el documento que permita el cierre de ambos instrumentos contractuales"*
- *Oficio AS Jur. N° 75/2010 de 31 de agosto de 2010 dirigido por el Comandante de Ingeniería del Ejército, Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández a la representante legal de la Empresa JHOSELYN CONSTRUCCIONES y SERVICIOS,* ***haciendo conocer la intención de proceder a la Resolución de los contratos suscritos,*** *por las causales contempladas en la cláusula Décima Novena de ambos contratos.*
- *Oficio G-100 554/10 de 3 de noviembre de 2011 dirigida por el CNL. DAEN Carlos Villarroel Fernández a Seguros Fortaleza reitera la ejecución de las pólizas de garantía de Jhoselyn.*
- *Carta de 29 de noviembre de 2010 dirigida por Jhoselyn Construcciones al Cnl. DAEN Carlos Villarroel, Comandante de Ingeniería del Ejército, mediante la cual realiza una propuesta de pago.*
- *Carta de 30 de noviembre de 2010 dirigida por Jhoselyn Construcciones a Fortaleza S.A., solicitando la renovación* ***únicamente*** *de las pólizas de Caución de Cumplimiento de los dos contratos y no así de las pólizas de correcta inversión de anticipos.*
- *Carta de 1° de diciembre de 2010 remitida por el CNL. DAEN Carlos W. Villarroel Fernández a Fortaleza S.A. solicitando la suspensión de ejecución de las pólizas y mencionando que la empresa debe renovar las pólizas de acuerdo a conciliación efectuada.*
- *Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6 de abril de 2011 dirigido a Fortaleza S.A., por el Cnl. DAEN Henry Omar Ortiz Mercado, Comandante de Ejército* (sic)*, menciona que: "Como consta en antecedentes que corren en esa institución, a través de Oficio SAF G-100 91/10 de 17/03/2010 el Comando de Ingeniería del Ejército solicitó la EJEUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORUJ.218* (sic)*, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 Y JOB-ORU-273(...). Asimismo dicha ejecución fue suspendida momentáneamente en mérito al oficio SAF G-100 172/10 de 21/04/2010 (...), acusándose recibido* (sic) *de la misma con Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde nos indican que las ejecuciones se encuentran vigentes y una vez remitido el informe técnico de la Superintendencia de los Proyectos y cumpliendo requisitos de la Cláusula 8 del Condicionado General se procederá a la ejecución requerida.*

  En este sentido y conforme a documentación que adjuntamos en Anexo, aclarando que las Pólizas Originales requeridas para la ejecución, fueron remitidas a esa Empresa mediante Oficio SAF G-100 91/10 de 17 de marzo de 2010, ***se denota el INCUMPLIMIENTO operado por parte del Subcontratista, pese a la predisposición mostrada por el Comando por mucho tiempo.*** *Consecuentemente, en apego a la Cláusula 8 (Ejecución de esta* (sic) *Póliza de Garantía), del Condicionado General de las Pólizas,* ***ante el incumplimiento de la EMPRESA***

JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., *se solicita a esa empresa aseguradora la INMEDIATA EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA DE FIANZA que citamos:*

1. *TRAMO II Quillacas-Cutimbora (10 Kms)*
   - *Póliza de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218*
   - *Valor Afianzado: Bs: 784-189.77*
   - *Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285*
   - *Valor Afianzado: Bs603.71 7.00*
2. *TRAMO III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza*
   - *Póliza de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202*
   - *Valor Afianzado: Bs 1.294.215.37*
   - *Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273*
   - *Valor Afianzado: Bs425.975.38*

Que de la carta transcrita se puede concluir lo siguiente:

A) Conforme el Informe de la Supervisión del Proyecto la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos JIA-ORU-202 tiene un monto insoluto de Bs710.367.98 y el Comando solicita la ejecución del valor afianzado de Bs 1.294.215.37, no pudiendo determinarse el monto real por cuanto como ya se indicó existen muchas contradicciones respecto a los valores

B) Conforme el Informe de la Supervisión del Proyecto Quillacas-Villa Esperanza, transcrito líneas arriba, la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos JIA-ORU-218 no tiene saldo insoluto por cuanto el anticipo del 26.66% entregado a la Empresa JHOSELYN fue devuelto mediante las planillas CP-1 a la CP-9, así como el saldo de Bs579.902.46 fue devuelto a la conciliación; sin embargo el Comando de Ingeniería solicita la ejecución de Bs784.189.77, existiendo como ya se señaló muchas contradicciones sobre los montos reales.

C) De los documentos transcritos no puede determinarse con exactitud la fecha o el momento en que se habría producido el siniestro, toda vez que son muchos los documentos mediante los que se solicita la ejecución y suspensión de ejecuciones, sin dejar de lado el Oficio As. Jur 67/2010 de 16 de agosto de 2010 dirigido por el Comandante de Ingeniería del Ejército a la Empresa Jhoselyn donde de manera textual expresa: "teniendo como base de resolución el ACTA DE REUNIÓN de fecha 19 de mayo de 2010 y en aplicación a la Cláusula Décima Novena de ambos contratos, agradeceré apersonarse (…) a fin de suscribir el documento que permita el cierre de ambos instrumentos contractuales"

Sobre las causales de REsolución (sic)
Que finalmente y respecto a las causales de Resolución contenidas en la Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011, el Órgano de Fiscalización emitió el siguiente pronunciamiento en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/087-2012 de 8 de febrero de 2012: "(...) evidentemente la Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011 por la cual la MAE declara la Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción, acude a la cláusula décima novena (terminación del

contrato) punto 19.3. "Resolución a requerimiento del Contratante por causales atribuibles al Sub Contratista" contemplada en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza omitiendo señalar que en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza esta causal figura en la Cláusula Vigésima, sin embargo la Entidad Aseguradora al observar este error debió haber solicitado que se subsane no siendo causal determinante para no proceder con la ejecución solicitada".

Que revisados los antecedentes del caso se evidencia que la Resolución sancionatoria no efectuó una correcta valoración de las pruebas, ya que según carta FOR/GRORU/359/2011 de 8 de julio de 2011 dirigida al Comandante de Ingeniería del Ejército, la Compañía Aseguradora solicitó aclaración sobre los siguientes aspectos:

> *"1) Con referencia a la Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de marzo del 2010 donde se resuelven los 2 contratos garantizados, en el cual se menciona en su tenor '... en aplicación al procedimiento establecido en contratos contenidos en la Cláusula Décima Novena punto 19.3 Resolución a requerimiento del Contratante por causales atribuibles...' agradeceremos nos hagan la aclaración correspondiente sobre las causales de resolución, en forma concreta y clara, en particular sobre el punto 19.3 que supuestamente se halla contenido en los contratos y que una vez revisados los mismos se evidencia que dicho punto no existe.*
>
> *2) De igual forma, con referencia a su carta de fecha 31 de agosto de 2010 con cita As. Jur. N° 75/2010, que vuelve a mencionar la cláusula decimo* (sic) *novena que en el contrato se refiere a causas de fuerza mayor y/o caso fortuito como causal de resolución, sobre lo que solicitamos tengan la amabilidad de aclarar este aspecto, como indicamos en el punto anterior (…)"*

Que evidentemente y a pesar de las aclaraciones solicitadas por la Compañía de Seguros, el Comando de Ingeniería del Ejército no emitió Resolución aclaratoria y ampliatoria para su Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de marzo del 2010, sobre las causales de Resolución de los contratos; ya que si bien se cita la Cláusula Decima (sic) *Novena (terminación del contrato) inciso 19.3 Resolución a requerimiento del contratante por causales atribuibles al Subcontratista, este numeral que se encuentra en la Minuta del Contrato por Excepción del Proyecto "Construcción Tramo 2 Quillacas - Villa Esperanza", está conformado por 8 subincisos de la a) a la h) que desarrollan diferentes causales de resolución, que van desde la disolución del subcontratista hasta la multa por retraso en la entrega provisional o definitiva de la obra.*

Que de igual manera el Comando debió emitir resolución aclaratoria y modificatoria para el Proyecto Construcción Tramo 3 Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, toda vez que las causales de incumplimiento atribuibles al Contratista se encuentran en el artículo vigésimo, numeral 20.2, subnumeral 20.2.1, también contenidos en 8 incisos que van desde la a) a la h) ya que la cláusula Décima Novena trata de las causales de fuerza mayor y/o caso fortuito (exclusión) que al ser eximentes de responsabilidad no producen la ejecución de la póliza, es decir que el subcontratista queda liberado de la obligación por hechos de la naturaleza o del hombre ajenos a

su voluntad.

Que por ello cuando el Comando de Ingeniería del Ejército menciona que: "(...) la compañía aseguradora reitera ***ACCIONES DILATORIAS*** *que desvirtúan nuestro requerimiento, ya que pese a haber cumplido todas sus exigencias, esta vez ingresan en* ***INCONGRUENCIAS*** *al pedirnos que realicemos 'aclaraciones en torno a aspectos contenidos en las Minutas de Contratos por Excepción (...)" no considera que aunque la documentación curse en poder de la Aseguradora ésta no puede atribuir la causal de incumplimiento a su albedrío sino que debe estar* (sic) *claramente especificada, por no tratarse de un aspecto meramente formal, como se menciona, sino de un elemento esencial del acto administrativo que hace a su validez y eficacia.*

Que finalmente, cabe destacar que de acuerdo con la legislación comercial cuando se trata de informar de un siniestro el asegurado o beneficiario del seguro debe dar noticia al asegurador de la ocurrencia del mismo y demostrar tal ocurrencia así como la cuantía de los daños; en cambio, en el campo de la contratación estatal no existe la objeción del asegurado en relación con la reclamación del beneficiario, la cual se manifiesta con la expedición del acto administrativo unilateral (Resolución Administrativa), la que obligatoriamente debe declarar de manera clara y concreta la ocurrencia del siniestro y la causal que demanda su ejecución.

Que a pesar de que Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 2 de abril de 2012, abrió un término probatorio excepcional de cinco (5) días hábiles administrativos, a efectos de que el Comando de Ingeniería del Ejército pueda aportar prueba que esclarezca los extremos contradictorios citados en la presente Resolución Administrativa, la respuesta contenida en el memorial de 9 de abril de 2012 no aportó mayores pruebas ni argumentos que permitan tener un cabal conocimiento de la verdad material de los hechos…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 18 de mayo de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012, expresando lo siguiente:

"…***II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO***

1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN

Mediante Oficio Sección As. Jur. Nº 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado el 8/04/2011, nos dirigimos a la Compañía Aseguradora ***FORTALEZA S.A.*** *para requerir la* ***EJECUCIÓN*** *de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de* ***Bs. 784.189,77.- (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE 77/100 BOLIVIANOS);*** *Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de* ***Bs. 603.717,00.- (SEISCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS DIECISIETE 00/100 BOLIVIANOS);*** *Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de* ***Bs. 1.294.215,37.- (UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y***

CUATRO MIL DOSCIENTOS QUINCE 37/100 BOLIVIANOS) *y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de* ***Bs. 425.975,38.- (CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA*** *Y* ***CINCO 38/100 BOLIVIANOS)****, garantías emergentes de Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro.*

El Requerimiento de Ejecución se fundamentó en anterior solicitud contenida en Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010, mediante el cual el Comando de Ingeniería del Ejército, remitiendo las Pólizas de Garantía en ***ORIGINALES****, solicitó la* ***EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA*** *JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la* ***EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L.****, por los contratos referidos. Haciendo hincapié que dicha ejecución había sido suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a la empresa aseguradora, habiendo tomado conocimiento la empresa y acusado recibo mediante Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde* ***"CONFIRMABAN QUE LAS EJECUCIONES SE ENCONTRABAN VIGENTES Y QUE UNA VEZ REMITIDO EL INFORME TÉCNICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE LOS PROYECTOS, CUMPLIENDO REQUISITOS DE LA CLÁUSULA 8va. DEL CONDICIONADO GENERAL, SE PROCEDERÍA A LA EJECUCIÓN REQUERIDA".***

Al requerimiento de ejecución que citamos, se acompañó la siguiente documentación:

- *Fotocopia de oficio SAF G-100 91/10 de 17/03/2010, de solicitud de Ejecución de Pólizas enviada a Seguros y Reaseguros Fortaleza (Fs. 2), fotocopias de Pólizas N° JOB (ORU) N° 273 (Fs. 1), JIA (ORU) N° 202 (Fs. 2), JIA (ORU) N° 218 (Fs.1), JOB (ORU) N° 285 (Fs. 2) y fotocopia de carta FORT/GRORU/201/2010 emitida por Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A.*
- *Fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos de Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21).*
- *Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).*

- *Fotocopia de oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 - Segunda Carta de Resolución de Contrato (Fs. 1), más antecedentes.*

1. *Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).*
2. *Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)*
3. *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).*

4. *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).*
5. *Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del Jefe de la Sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).*

1.1 RESPUESTA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

Mediante Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros ***FORTALEZA S.A.*** *responde el requerimiento de ejecución de las garantías contenido en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, indicando que, la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202 en franca contraposición a lo expresado inicialmente que,* ***NO CORRESPONDÍA, ante la existencia de Carta CITE S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010****, mediante la cual la empresa aseguradora recibía la instrucción de dejar sin efecto la ejecución y las liberaba. En relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, requieren la remisión de documentación respaldatoria, (documentación ésta que fue remitida a la Compañía Aseguradora) sin significar esto la aceptación o rechazo al requerimiento de ejecución, tal como:*

1. *Carta de Resolución de contrato debidamente notariada con la diligencia notarial de entrega al contratista.*
2. *Orden de Proceder*
3. *Adendas y contratos modificatorios al contrato principal.*
4. *Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).*
5. *Libro de Órdenes*
6. *Órdenes de Cambio.*

2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011

Con Oficio As. Jur. N° 091/2011 de fecha 20/04/2011, recepcionado por la Empresa Aseguradora ***FORTALEZA S.A.*** *el 25/04/2011, el Comando de Ingeniería del Ejército responde a términos contenidos en Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de fecha 18 de abril de 2011, por el que nos hacían conocer que la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo, realizada mediante Carta Cite As. Jur. N° 080/2011, no correspondía, en razón a que se habría enviado una anterior carta S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010 en el sentido de dejar sin efecto la ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, autorizando la renovación de las pólizas de cumplimiento de contrato e instruyendo la liberación de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo; aclarando el origen de la citada instrucción y desvirtuando la negativa formulada.*

Con relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra, se recalcó que, constaba en antecedentes que corren en esa institución que, a través de Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010 el Comando de Ingeniería del Ejército solicitó la

EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., remitiendo las Pólizas en EJEMPLARES ORIGINALES. De igual manera se hizo notar que, la ejecución requerida fue suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a esa Compañía Aseguradora, acusándose recibo de la misma con Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde nos indicaban que las ejecuciones se encuentran vigentes y una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos y cumpliendo requisitos de Clausula 8ª del Condicionado General se procedería a la ejecución requerida.

Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING Nº 251/10, se indicó que esta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada por ***el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández***, ***CUANDO YA HABÍA CESADO EN SUS FUNCIONES***, *con el fin de demostrar esta situación acompañamos memorándums debidamente legalizados que prueban la fecha de nombramiento de la nueva autoridad (6/12/2010), fecha en la cual fue dado de baja como Comandante el Cnl. Villarroel, y la carta mencionada por la Empresa fue recibida en fecha 15 de diciembre de 2010, remitiéndonos al Art. 122 de la Constitución Política del Estado, que textualmente señala:* ***"SON NULOS LOS ACTOS DE LAS PERSONAS QUE USURPEN FUNCIONES QUE NO LES COMPETEN, ASÍ COMO LOS ACTOS DE LAS QUE EJERCEN JURISDICCIÓN O POTESTAD QUE NO EMANE DE LA LEY";*** *haciendo notar la Nulidad de los actos de la autoridad saliente y consecuente ineficacia de la referida carta S.D. COMANING Nº 251/10, reiterando el requerimiento de INMEDIATA EJECUCIÓN de las PÓLIZAS DE GARANTÍA DE FIANZA y el depósito respectivo a nombre del Comando de Ingeniería del Ejército en Nº de Cuenta 10000004671520 del Banco Unión S.A. Asimismo, se anunció que, en caso de que la Compañía Aseguradora continúe con la actitud de retardación en la ejecución de las pólizas en cuestión, se acudirá a la instancia llamada por ley, en defensa de los intereses estatales.*

Con el fin de demostrar de manera más amplia en relación a este extremo, señalo a vuestra autoridad que una vez que el presente recurso sea elevado al Tribunal de Alzada, presentaremos la Resolución o documento equivalente que respalde y confirme de forma clara y contundente que la Nota S.D. COMANING No. 251/10 es nula, ya que fue firmada por el Ex -Comandante de Ingeniería del Ejército, es decir por una autoridad incompetente, ya que en fecha 6 de diciembre de 2010 se había designado al Cnl. DAEN. Henry Omar Ortiz Mercado fue designado* (sic) *como nuevo Comandante de la Institución Militar, motivo por el cual, dicha nota no tiene ningún valor legal, porque fue enviado por una autoridad que no tenía legitimidad.

3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011

De manera reiterada y sin argumento firme, con oficio FORT/GRORU/0201/2011 de fecha 27 de abril de 2011, la compañía aseguradora nos hace conocer que nuestra reiteración de solicitud de ejecución de las pólizas de garantía contenida en Oficio

As. Jur. N° 091/2011 de 20/04/2011, es nuevamente negada, utilizándose de manera reiterativa contenido (sic) *de carta cite S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15/12/2010, tomando como justificativo y argumento para no dar curso a la ejecución de garantías requeridas, que el CIE habría impartido instrucciones para dejar sin efecto la ejecución manifestada y que las reiteradas solicitudes a las cuales no dan curso serían extemporáneas, en mérito justamente a esta instructiva.*

El tenor de la negativa es consecuente con los mismos argumentos utilizados en comunicaciones anteriores, introduciéndose inclusive la empresa aseguradora en el análisis de normativa inherente a la Responsabilidad por la Función Pública y expresando que su accionar se sustenta en la actual legislación, que PROTEGE A LOS PRIVADOS Y ADMINISTRADOS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, sin tomar en cuenta que son "los intereses estatales" los que resguarda el Comando; en este caso del accionar de "privados". Atendiendo el requerimiento de envío de información por parte de la empresa aseguradora, al amparo de los Arts. 1027 y 1031 del Código de Comercio, a través de carta As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, se volvió a reiterar solicitud de ejecución de garantías y se remitió la siguiente documentación:

1. *Carta de resolución de contrato legalizada, debidamente notariada y con la diligencia de entrega al contratista. Documento remitido anteriormente en Anexo en fotocopia simple con Cite As. Jur. N° 080/2011, más antecedentes (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010).*
2. *Ordenes de Proceder, debidamente legalizadas.*
3. *Adendas y contratos modificatorios al contrato principal (Ejemplares legalizados).*
4. *Original de Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).*
5. *Libro de órdenes. Partes pertinentes dentro de los proyectos, debidamente legalizadas.*
6. *Órdenes de Cambio debidamente legalizadas.*

4. ULTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011

*Como respuesta a nuestro requerimiento de ejecución contenido en nuestra última comunicación, con oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, nuevamente la compañía aseguradora reitera **ACCIONES DILATORIAS** que desvirtúan nuestro requerimiento; ya que pese a haber cumplido todas sus exigencias, esta vez ingresan en **INCONGRUENCIAS**, al pedirnos que realicemos "aclaraciones" en torno a aspectos contenidos en Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro; mismas que se orientan a los siguientes aspectos:*

1) Textual: ... "Con referencia a la Resolución Administrativa N° 012/11 de

fecha 23 de Marzo del 2010, donde se resuelven los 2 contratos garantizados, en el cual se menciona en su tenor "... en aplicación al procedimiento establecido en contratos contenidos en la Cláusula Décima Novena punto 19.3 Resolución a Requerimiento del Contratante por causales atribuibles..." agradeceremos nos hagan la aclaración correspondiente sobre las causales de resolución, en forma concreta y clara, en particular sobre el punto 19.3 que supuestamente se halla contenido en los contratos y que una vez revisados los mismos evidenciamos que dicho punto no existe."...

- ***ACLARACIÓN:*** *Cabe aclarar que, fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21), fueron remitidos a FORTALEZA S.A. en el primer requerimiento de ejecución, mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado por la empresa el 8/04/2011;* ***DENOTÁNDOSE DE MANERA CONCRETA LA ACCIÓN DILATORIA Y CONTRADICTORIA EN QUE INCURRE LA ASEGURADORA, PIDIENDO ACLARACIONES SOBRE DOCUMENTOS QUE CORREN EN ESA INSTANCIA Y LAS CUALES NO EXPRESAN DE MANERA OBJETIVA****, siendo que en Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011 por la cual la MAE declara la Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción que nos ocupa, se acude a Cláusula DÉCIMA NOVENA (TERMINACIÓN DEL CONTRATO), punto 19.3 Resolución a requerimiento del CONTRATANTE, por causales atribuibles al SUB CONTRATISTA, estando contemplada esta Cláusula en Minuta de Contrato por Excepción del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, siendo evidente que en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, esta causal figura en Cláusula VIGÉSIMA; situación* ***DE FORMA*** *que no hace a lo principal y que puede ser subsanada si mínimamente la Compañía Aseguradora se haya remitido al análisis de los Contratos remitidos en su oportunidad y no accionando a estas alturas expresando que* ***SUPUESTAMENTE SE HALLA CONTENIDO EN LOS CONTRATOS Y QUE UNA VEZ REVISADOS LOS MISMOS EVIDENCIAN QUE DICHO PUNTO NO EXISTE;*** *situación falsa y que sólo demuestra la intencionalidad de FORTALEZA S.A. de no ejecutar las garantías como corresponde por ley.*

2) Textual: ... "De igual forma, con referencia a su carta de fecha 31 de agosto de 2010 con cite: As. Jur. N° 75/2010, que vuelve a mencionar la clausula (sic) *Decimo* (sic) *Novena que en el contrato se refiere a CAUSAS DE FUERZA MAYOR Y/O CASO FORTUITO como causal de la Resolución, sobre lo que solicitamos tengan la amabilidad de aclarar este aspecto, como indicamos en el punto anterior."...*

- ***ACLARACIÓN:*** *Relacionada y atendida en anterior punto.*

3) Textual: ... "De igual forma, reiteramos lo citado en anteriores notas, aclarando que conforme su carta de cite COMANING 251/10 de fecha 15 de Diciembre del 2010 se deja sin efecto la ejecución de todas las pólizas, incluidas las de Cumplimiento de contrato."...

- ***ACLARACIÓN:*** *La presente solicitud de aclaración que reincidentemente esgrime la empresa aseguradora, ha sido tratada anteladamente; considerándose que el criterio técnico y determinación al respecto, lo emitirá la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

  Dentro del texto de oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, también de manera reiterada, la empresa aseguradora requiere se le haga llegar documentación complementaria en original o fotocopia legalizada, sin que esto signifique la aceptación o rechazo a la solicitud de ejecución, como ser:

  1. *Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010.*

  Documento remitido con anterioridad en ejemplar original a Fs. 3 a FORTALEZA S.A. a través de Oficio Sección As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011; recepcionado por la empresa aseguradora en fecha 30/06/2011.

  2. *Carta de intención de resolución de contrato.*

  Cabe señalar que la Intención de Resolución de Contrato a la cual hace mención la empresa aseguradora, se encuentra contenida en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, con sello de recepción de FORTALEZA S.A. de 8/04/2011 y fue remitida con anterioridad a su "nuevo" requerimiento en Anexo, que además contenía:

  - *Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).*
  - *Fotocopias de: oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 de Segunda Carta de Resolución de Contrato (fs. 1), más antecedentes:*
  - *Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejercito y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).*
  - *Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)*
  - *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).*
  - *Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).*
  - *Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del jefe de la sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).*

  3. *Carta notariada donde se haya hecho efectiva la resolución del contrato, de acuerdo a lo estipulado en el punto 20.4 de los contratos garantizados.*

  Con referencia a este requerimiento de documentación complementaria, fue remitido en fotocopia legalizada (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010), a través de Oficio As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, recepcionado por la empresa aseguradora el 30/06/2011; haciendo notar que por ejemplo el punto 20.4 de los

contratos garantizados, no es el mismo en los dos documentos, siendo que, en el Contrato del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, las Reglas Aplicables a la Resolución, están contenidas en el punto 19.5 ***(UNA CONTRADICCIÓN Y AMBIGÜEDAD MÁS DE FORTALEZA S.A).***

4. *Diligencia notarial de entrega de la carta de resolución de contrato.*

Aspecto que guarda relación con anterior punto y cumplido de igual manera por el CIE.

5. *Textual: … "Poder o resolución Administrativa del Cnl. Carlos Villarroel Fernández, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo."...*

6. *Textual: ... "Poder o Resolución Administrativa del Cnl. Henry Omar Ortiz Mercado, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo."...*

La presente solicitud contenida en última comunicación de la Aseguradora, conforme establecen los antecedentes que corren en esa entidad, dejamos a consideración de su Autoridad.

Además, señalo que el inc. a) del Articulo (sic) *12 de la Ley de Seguros No. 1883 establece como obligación de las aseguradoras "indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista", y que al estar esta obligación contenida en la Ley de Seguros y en su reglamento es deber del Órgano de Fiscalización hacerlas cumplir, mas aun cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere UNICAMENTE UNA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL, no estando SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICION.*

III.-PETITORIO

Por todo lo expuesto, y habiendo demostrado que la Nota S.D. COMANING No. 251/10 fue enviada por el Ex - Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, es decir por una autoridad que no tenía legitimidad para hacerlo, toda vez que en fecha 6 de diciembre de 2010 de acuerdo a las ordenes (sic) *de destino se había designado a otro funcionario militar en calidad de Comandante, hecho que será ratificado y ampliado con la documentación que se presentará en su oportunidad, asimismo señalo que de acuerdo a la documentación adjunta en los antecedentes se observa que la Institución Militar ha cumplido con todas y cada una de las exigencias de la* ***COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.,*** *motivo por el que interpongo* ***RECURSO JERÁRQUICO*** *en contra de la Resolución Administrativa APS DJ/DS/No. 268 - 2012 de fecha 2 de mayo de 2012, en virtud al Art. 52, 53 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, solicitando:*

- *Admita el presente Recurso en virtud a las normas antes señaladas.*
- *Que, el Tribunal de Alzada mediante Resolución una vez valorado* (sic) *las pruebas que se adjuntaran en su momento oportuno,* ***REVOQUE*** *la citada Resolución y* ***CONFIRME*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS No. 087-2012 de 8 de febrero de 2012, y sea con las formalidades de ley…*"

Asimismo, por memorial de fecha 14 de junio de 2012, el recurrente señala:

"…*Señor Viceministro, en tiempo oportuno toda vez que ha sido de mi conocimiento su Auto de fecha 4 de junio de 2012 el día 06 de junio de 2012, tengo a bien ratificarme en todas las pruebas presentadas y aportadas que cursan en el expediente elevado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, asimismo señalo a su autoridad que en la exposición oral se presentará la documentación perlinamente* (sic) *que demuestra que la Carta S.D. COMANING No. 251/10 fue firmada por el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández* ***CUANDO YA HABÍA CESADO SUS FUNCIONES,*** *aspecto que deberá tener presente y sea con las formalidades de ley…*"

9. MEMORIAL PRESENTADO POR LA TERCERA INTERESADA. -

En fecha 19 de junio de 2012, la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** en su calidad de tercera interesada, hace presente un memorial en el que refiere los alegatos siguientes:

"…***III. FUNDAMENTOS***

Una de las partes que concurren en el procedimiento administrativo sancionador es, precisamente, la Administración Pública, a esta le corresponde la imposición de una sanción que ha de justificar cuidadosamente en la prueba de los hechos y en el Derecho. La Administración Pública para imponer una sanción debe seguir un procedimiento legalmente establecido, con lo cual, la exigencia de un procedimiento es en materia sancionatoria especialmente cualificada. La iniciación del procedimiento lo dispone la Administración Pública y la resolución que emerge del procedimiento sancionatorio decide todas las cuestiones planteadas por el sujeto administrativo a quien se le aplica la sanción y aquellas derivadas del procedimiento.

La otra parte que concurre en el procedimiento administrativo sancionador es, precisamente, el sujeto administrativo a quien se le juzga en el citado procedimiento y a quien se le aplica la sanción en el caso de imponerse o se le absuelve.

El sujeto administrativo o sujetos administrativos juzgados, dado que puede concurrir una pluralidad de sujetos administrativos juzgados por una sola causa, son los interesados en un sentido técnico y, en cuanto tales, investidos de una serie de derechos en orden a su participación activa en el desarrollo de aquel; uno de estos derechos es, precisamente, el derecho a recurrir contra el acto administrativo que le impone una sanción.

Ahora bien, la promoción de un nuevo procedimiento administrativo o la participación en un procedimiento ya en marcha requiere en el particular una cualificación específica, es decir, una especial relación con el objeto del procedimiento (legitimación); que la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo concreta en la titularidad, al menos, de un interés legitimo que pueda resultar afectado por la resolución que se dicte. La exigencia de la legitimación implica una selección más o menos amplia de sujetos que tengan relación con el objeto del procedimiento, y, esta concurrencia de legitimación le da al sujeto administrativo derechos, en concreto, el derecho a recurrir.

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo exige que el que ostente legitimación tenga un derecho directo, personal y legítimo; es decir que el sujeto legitimado esté directa y personalmente relacionado con el objeto del procedimiento, otro género de relación carece de virtualidad a los efectos de la legitimación.

En el presente caso de autos, el Comando de Ingeniería del Ejército, evidentemente, no tiene legitimación en los términos legalmente previstos, dado que la legitimación en el presente caso exigiría, como ya ha quedado dicho, que el Comando de Ingeniería del Ejército tenga una relación especial con el objeto del procedimiento. Ahora bien, ¿cuál es el objeto del procedimiento?, el objeto del procedimiento administrativo sancionador sustanciado, es precisamente, que se sustancie un procedimiento administrativo en el que se aporte y valore prueba que posibilite que el juzgador (APS) decida si el sujeto administrativo hubiese incurrido o no en una infracción normativa, es decir, el de sancionar a Fortaleza si ésta hubiese incurrido en la infracción del inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. Obviamente, el objeto del proceso administrativo sancionador no es el de obtener una decisión que resuelva una controversia de hecho sobre las características técnicas de los seguros contratos por el Comando de Ingeniería del Ejército o la controversia de derecho suscitada sobre la naturaleza o alcance de los seguros contratos (sic) *por el citado Comando con Fortaleza; los objetos descritos tienen un procedimiento propio, el peritaje o el arbitraje; y, un órgano propio que los resuelva el árbitro o el perito, no la APS, dado que no tiene competencia para resolver estos géneros de controversia.*

Por lo tanto, únicamente se puede concluir que el Comando de Ingeniería del Ejército no tiene legitimación para actuar, ni para constituirse en parte dentro del procedimiento administrativo sancionatorio que ha dado lugar a la emisión de la Resolución Administrativa APS DJ/DS N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012 (R.A. N° 087-2012) y, consecuentemente, tampoco tiene derecho de participar e interponer el recurso de revocatoria contra la citada R.A. N° 087-2012 o el recurso jerárquico contra la R.A. N° 268-2012 que revoca la indicada R.A. N° 087-2012, dado que no ha sido parte, ni puede ser tenido como tal puesto que no está legitimado, dentro del proceso administrativo sancionatorio. Y no está legitimado en el procedimiento administrativo sancionatorio porque no tiene una relación especial con el objeto del procedimiento, que fue el de establecer si Fortaleza hubiese incurrido o no en la infracción del inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

No debe soslayarse que el derecho a recurrir emerge únicamente para el sujeto legitimado en los términos expuestos y es así como lo reconoce la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria (sic)*, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si* (sic) *la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el* (sic) *resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta* (sic) *es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.*

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial en tiempo hábil y oportuno solicito:

1. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la CONFIRMACIÓN de la Resolución Administrativa SPVS APS/DJ/DS/N° 268-2012 DE (sic) *2 de mayo de 2012, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en el presente memorial, además de todos los antecedentes y la documentación que cursan en el expediente administrativo…"*

10. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 29 de junio de 2012 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** en su memorial de 14 de junio de 2012, a la que asistió en su representación su abogado, Dr. Franco Marcelo Apaza Vera, y la que se desarrolló conforme al registro magnetofónico que queda en el expediente.

11. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 29 de julio de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** hace presente el certificado extendido en fecha 1° de junio de 2012, por el Jefe del Departamento V (Participación en el Desarrollo, y Asuntos Civiles y Obras Comunitarias) del Estado Mayor General, el que refiere que:

"…En fecha 9 de diciembre de 2010, el Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández fue relevado del cargo de Comandante de Ingeniería del Ejército.

En fecha 10 de diciembre de 2010, mediante Memorándum Dpto. I EMC Sec. "A" N° 11869/10 emitido por el Gral. Div. Antonio Cueto Calderón Comandante General

del Ejército, fue designado en el cargo de Comandante de Ingeniería del Ejército el Cnl. DAEN. Henry Omar Ortiz (sic) *Mercado.*

Es cierto y evidente que, el Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, habiendo cesado en sus funciones en la fecha señalada en el punto primero, no tenía atribuciones para realizar ningún acto en nombre y/o representación del Comando de Ingeniería del Ejército..."

Al respecto y por el mismo memorial, el recurrente señala que:

"*…en tiempo oportuno y habiendo* (sic) *presento la documentación señalada en la ratificación de pruebas, que demuestra que la Carta S.D. COMANING No. 251/10 que fue firmada por el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández no tiene ningún valor, ya que fue presentado* ***CUANDO YA HABIA*** (sic) ***CESADO SUS FUNCIONES,*** *aspecto que deberá tener presente a momento de dictar Resolución y sea con las formalidades de ley…*"

Asimismo, mediante memorial presentado en fecha 21 de septiembre de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presenta en calidad de prueba, copia de la denuncia presentada en la misma fecha por ante el Ministerio Público, en contra del Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima,** ha emitido como fiadora, a favor de su afianzada la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L. cuatro pólizas de las cuales resulta beneficiario el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, conforme a la relación contenida en la tabla propuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012:

"…

Correcta Inversión de Anticipos		***Cumplimiento de Contrato de Obra***	
Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora	***Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza***	***Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora***	***Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza***

JIA-ORU-218	***JIA-ORU-0202***	***JOB-ORU-285***	***JOB-ORU-0273***
05-11-2009	*01-06-2009*	*05-11-2009*	*01-06-2009*
al	*al*	*Al*	*al*
03-02-2010	***28-12-2009***	***03-02-2010***	***28-12-2009***

…"

En fecha 3 de noviembre de 2010 y mediante cite G-100 554/10, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** solicitó a la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** la ejecución de las pólizas precitadas.

La aseguradora -ahora tercera interesada- no procedió con la indemnización reclamada, sino que solicitó varias aclaraciones conforme constan en la nota FORT/GRORU/359/2011 de 8 de julio de 2011, referidas a:

1. Las causales de la resolución de dos contratos que sale en la Resolución Administrativa No. 012/11 de 23 de marzo de 2011, al hacer referencia al procedimiento contenido en una cláusula *Décimo Novena*, que se señala inexistente.

2. El contenido de la nota As.Jur. No. 75/2010 de 31 de agosto de 2010, la que hace referencia nuevamente a una cláusula *Décimo Novena*, que en el contrato se refiere más bien a *Causas de fuerza mayor y/o caso fortuito*.

3. La existencia de la nota S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010, por la que el beneficiario habría impartido la instrucción de dejar sin efecto la ejecución reclamada, determinando que las ejecuciones posteriores resulten extemporáneas.

Asimismo, solicitó la documentación complementaria que se relaciona en la precitada nota FORT/GRORU/359/2011.

Por efecto de la falta de indemnización, el 29 de agosto de 2011 y mediante nota As. Jur. N° 172/2011, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presenta por ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, su reclamo contra la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** por la no ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273, misma que corridos los trámites a los que hace referencia el expediente del caso, va a dar lugar a la nota de cargos APS/DJ/DS/5717/2011 de 20 de diciembre de 2011, por la que se imputa a la entidad aseguradora por la presunta:

> "…***Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998*** *al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, así como de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas…*"

Norma que en concreto, establece que:

"…*ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes* ***obligaciones****, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*

a) ***Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Posteriormente y a los descargos presentados por la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** mediante nota GRLPZ/035/2012 de fecha 4 de enero de 2011, el Ente Regulador pronuncia la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012 -sancionatoria- que impone la multa de 45.000,00 UFV's. (CUARENTA Y CINCO MIL 00/100 UNIDADES DE FOMENTO A LA VIVIENDA) por haber -en su criterio- contravenido el precitado inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, bajo el fundamento principal (entonces entre otros), que:

"…*de la revisión de las pólizas… se observa que* ***las mismas contienen cláusula de ejecución inmediata condicional*** (…)

Que al estar esta obligación contenida en la Ley de Seguros y en sus reglamentos es deber del Órgano de Fiscalización hacerla cumplir, máxime si se considera que ***mediante Resolución Administrativa IS/Nº 731 (a la que está sometida el presente caso por la renovación de las pólizas el año 2009)*** *que aprueba los textos únicos, uniformes y de pago al contado de las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra y Correcta Inversión de Anticipo, entre otras para Entidades Públicas,* ***se ha establecido un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva) NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN****,* (…)

Que en el caso presente, se ha tomado en cuenta a tiempo de imponer la sanción que: (…) ***La infracción se encuentra plenamente demostrada***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante y ante el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, el Ente Regulador modifica sustancialmente su posición, cuando en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012, **revoca totalmente** la Resolución Administrativa anterior, con variado fundamento, a saber:

"…*la solicitud de ejecución de las pólizas JIA-ORU-0202 y JOB-ORU-0273, responde*

no a la ocurrencia de un siniestro por una de las causales de incumplimiento… sino ante la contingencia de que la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L. no renueve o amplié (sic) *la vigencia de las mencionadas pólizas* (…)

…en la misma fecha de vencimiento de las Pólizas JIA-ORU-218 y JOB-ORU-285 el Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, en calidad de Comandante de Ingeniería del Ejército, solicitó…: "(...) que la mencionada Empresa… RENUEVE O AMPLÍE la referida póliza, en caso de no hacerlo, ruego se sirva EJECUTAR la mencionada Póliza…".

Que ***si bien las garantías en los contratos estatales, tienen la connotación de ser obligatorias, toda vez que las debe otorgar todo particular que contrate con la administración pública para asegurar la ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público, lo citado en el párrafo precedente demuestra*** *con meridiana claridad* ***que la solicitud de ejecución de las pólizas JIA-ORU-218 y JOB-ORU-285, responde no a la ocurrencia de un siniestro por una de las causales de incumplimiento atribuibles al subcontratista****,…* ***sino a la eventualidad de que la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L. no renueve o amplié*** (sic) ***la vigencia de las mencionadas pólizas*** (…)

…en el caso de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos JIA ORU -0202 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no puede emitir criterio alguno, por cuanto,… las pruebas son contradictorias entre sí, es decir no es posible establecer con certeza el monto insoluto de la misma; sin embargo se deja claramente establecido que… solo es pagadera la parte no invertida o no amortizada por el Afianzado después de realizado el cálculo de saldos a favor o en contra (…)

*…****no siendo claros los montos pagados por el anticipo en la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos JIA-ORU-218. Quillacas - Cutimbora, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no puede emitir juicio de valor alguno por cuanto dichas pruebas son contradictorias entre sí*** (…)

…mediante la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de 8 de febrero,… expresó: "(…) una vez suscitada una cuestión de competencia ésta debió haber sido de conocimiento y pronunciamiento de la Autoridad Superior, (…)", documento que hasta la emisión de la presente Resolución no ha sido puesto en conocimiento de esta Autoridad (…)

…de la revisión de la documentación ***para establecer con exactitud la ocurrencia del siniestro*** *se encuentran varias contradicciones* (…)

Que (en lo que respecta a la ruta Quillacas-Villa Esperanza) *puede apreciarse graves incongruencias, ya que cada informe técnico asigna un plazo contractual diferente, en algunos se menciona que no hay orden de cambio y en otros, el plazo contractual se determina computando desde la orden de cambio* (…)

Que (en lo que respecta a la ruta Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza) *se encuentran graves incongruencias con respecto a las fechas de ocurrencia del siniestro* (…)

…no puede determinarse con exactitud la fecha o el momento en que se habría producido el siniestro, toda vez que son muchos los documentos mediante los que se solicita la ejecución y suspensión de ejecuciones (…)

…la Resolución sancionatoria no efectuó una correcta ***valoración de las pruebas*** (…)

…a pesar de las aclaraciones solicitadas por la Compañía de Seguros, ***el Comando de Ingeniería del Ejército no emitió Resolución aclaratoria y ampliatoria para su Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de marzo del 2010, sobre las causales de Resolución de los contratos****;… se cita la Cláusula Decima* (sic) *Novena (terminación del contrato) inciso 19.3… este numeral que se encuentra en la Minuta del Contrato por Excepción del Proyecto "Construcción Tramo 2 Quillacas - Villa Esperanza", está conformado por 8 subincisos de la a) a la h) que desarrollan diferentes causales de resolución, que van desde la disolución del subcontratista hasta la multa por retraso en la entrega provisional o definitiva de la obra* (…)

…el Comando debió emitir resolución aclaratoria y modificatoria para el Proyecto Construcción Tramo 3 Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, toda vez que las causales de incumplimiento atribuibles al Contratista se encuentran en el artículo vigésimo, numeral 20.2, subnumeral 20.2.1, también contenidos en 8 incisos que van desde la a) a la h) ya que la cláusula Décima Novena… no producen la ejecución de la póliza, es decir que el subcontratista queda liberado de la obligación por hechos de la naturaleza o del hombre ajenos a su voluntad (…)

… el Comando de Ingeniería del Ejército… no considera que aunque la documentación curse en poder de la Aseguradora ***ésta no puede atribuir la causal de incumplimiento a su albedrío sino que debe estar*** **(sic)** ***claramente especificada, por no tratarse de un aspecto meramente formal, como se menciona, sino de un elemento esencial del acto administrativo que hace a su validez y eficacia*** (…)

…en el campo de la contratación estatal no existe la objeción del asegurado en relación con la reclamación del beneficiario, la cual se manifiesta con la expedición del acto administrativo unilateral (Resolución Administrativa), ***la que obligatoriamente debe declarar de manera clara y concreta la ocurrencia del siniestro y la causal que demanda su ejecución***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Emergente de tal posición, quien al presente ha recurrido (ahora por ante la suscrita autoridad jerárquica) es el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, conforme a los fundamentos que se han hecho constar pertinentemente supra.

2. DE LA CONTROVERSIA MISMA.-

Conforme se ha relacionado precedentemente, al proceso lo integran dos Resoluciones Administrativas: la APS/DJ/DS/N° 087-2012 que establece una sanción, y la APS/DJ/DS/N° 268-2012 que la extingue, al revocar totalmente la anterior, entonces con fallos contrapuestos sobre un mismo objeto, empero fundados en posiciones que, debiendo por ello ser distintas, apenas lo son, al encontrarse en planos de análisis jurídico distintos.

Cuando la presente Resolución Ministerial Jerárquica utiliza el adverbio *apenas*, lo hace considerando que ambas Resoluciones Administrativas **comparten un par de fundamentos idénticos**:

- La idéntica realidad material determinada por el extrañado pronunciamiento superior sobre el conflicto de competencia determinado por la nota S.D. COMANING N° 251/10, pronunciamiento que así como no existe a tiempo de la primera Resolución (cuando por ello, entre otros, se determinó la multa) tampoco existe a tiempo de la segunda (cuando por el mismo fundamento, entre otros, se la revoca).

- La idéntica realidad jurídica determinada por la inexistencia de *mayores pruebas ni argumentos que permitan tener un cabal conocimiento de la verdad material de los hechos*, que en su momento -entonces- justificaron la multa en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012, tampoco existen a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012, empero resulta ahora que la deja sin efecto.

- La existencia de Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de marzo del 2011, suscrita por el Cnel. DAEN Henry Omar Ortíz Mercado, misma que es considerada como fundamental en la primera Resolución Administrativa (sancionatoria) y ya no es tenida en cuenta en la segunda (revocatoria), tomando en cuenta las determinaciones para este tipo de Pólizas con **Cláusula de Ejecución Inmediata condicional**.

Entonces, sin embargo de esos comunes, idénticos y contradictorio fundamentos para esos dos actos del Ente Regulador, los mismos resultan totalmente disímiles, lo que determina que el fallo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 no es congruente con respecto a su propio fundamento.

Aquí corresponde aclararse que, no se encuentra en observación la plena y absoluta legitimidad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para rectificar una decisión inicial a manera de revocatoria, totalmente facultada para ello en el artículo 43°, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; lo que se observa es el que la autoridad recurrida en su segunda decisión, haya **revocado totalmente** la primera, empero sin desvirtuar su fallo anterior, extrañándose al presente una valoración más concreta de los antecedentes que hubiera justificado un fallo como el posteriormente pronunciado.

La revisión íntegra de la Resolución Administrativa impugnada, no permite esclarecer la

señalada incongruencia, por cuanto, por lo demás y conforme lo arriba señalado, pesan aquí los planos de análisis jurídico diverso.

Así, la -sancionatoria- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, viene a justificarse **esencial y principalmente** en que, al haberse renovado las pólizas el año 2009, "***contienen cláusula de ejecución inmediata condicional"*** correspondiente a los *Textos únicos, uniformes y de pago al contado del condicionado General de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas*, aprobados por la Resolución Administrativa IS/Nº 731, siéndoles aplicables entonces:

> "…***un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva) NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN,***…" (Transcripción de parte pertinente de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La declaración señalada resultaría ser, para el caso, la Resolución Administrativa Nº 012/11 de fecha 23 de marzo del 2011, suscrita por el Cnel. DAEN Henry Omar Ortíz Mercado, quien siendo el Comandante de Ingeniería del Ejército, resulta entonces en la Máxima Autoridad Ejecutiva; por la misma, el mismo resuelve:

> "…***1º Declarar que la Resolución de la Minutas de Contratos de Excepción suscritas*** *en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas – Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garci Mendoza del departamento de Oruro, SE HA HECHO EFECTIVA POR INCUMPLIMENTO DEL SUBCONTRATISTA.*
>
> ***2º La Empresa Aseguradora FORTALEZA – SEGUROS Y REASEGUROS, responsable de la emisión de las Pólizas de*** *Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de Bs. 784.189,77; Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de Bs. 603.717,00; Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de Bs. 1.294.215,37 y Cumplimento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de Bs. 425.975,38 de los Proyectos Asfaltado del Tramo Quillacas – Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto Construcción Tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garci Mendoza, respectivamente; DEBE EJECUTAR ESTAS GARANTÍAS A FAVOR DEL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO…*"

Lo anterior que sirvió de fundamento para imponer la sanción por parte de la APS, al corresponder supuestamente su indemnización sin esperar mayor requerimiento judicial o extrajudicial alguno, ya que la ejecución de este tipo de Pólizas no está sujeta a ninguna

otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía a nivel ejecutivo citado, extremos que conforme lo señalado supra, han sido cumplidos.

A tiempo de impugnarse tal determinación por parte de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, **el Recurso de Revocatoria no contiene ningún alegato que enerve <u>en concreto</u>**, la ejecución inmediata que resultaba ser el fundamento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012.

En efecto, los alegatos del Recurso de Revocatoria están referidos a:

- Que la solicitud de ejecución de las pólizas no responde a la ocurrencia de un siniestro.
- Que en la misma fecha de vencimiento, el Comandante de Ingeniería del Ejército solicitó que la afianzada renueve o amplíe la póliza.
- Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no puede emitir criterio alguno por cuanto las pruebas son contradictorias.
- Que no son claros los montos pagados en anticipo.
- Que en la revisión de la documentación, para establecer la ocurrencia del siniestro, se encuentran varias contradicciones.
- Que pueden apreciarse graves incongruencias en los informes técnicos, por cuanto, asignan plazos contractuales diferentes.
- Que se encuentran graves incongruencias con respecto a las fechas de ocurrencia del siniestro.
- Que son muchos los documentos mediante los que se solicita la ejecución y suspensión de ejecuciones.
- Que se debe efectuar una correcta valoración de las pruebas.
- Que la causal de incumplimiento debe estar claramente especificada, por no tratarse de un aspecto meramente formal, sino de un elemento esencial del acto administrativo y que hace a su validez y eficacia.
- Que obligatoriamente, se debe declarar de manera clara y concreta la ocurrencia del siniestro y la causal que demanda su ejecución.
- Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tiene competencia para imponer la sanción cuando nos e ah producido la obligación de indemnizar.

Entonces, no obstante no estar atacando la recurrente la cuestión referida a la cláusula de ejecución inmediata condicional, que fuera "*fundamental*" en el fallo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, el Ente Regulador prescinde de esa trascendencia en su posterior pronunciamiento, extremo evidenciable en que la posterior Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012, **no exista justificativo ni fundamento alguno a tal cambio de criterio de valoración**, sopesando más bien ahora los otros aspectos que, sin embargo de preexistir en la posición original de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, no eran los determinantes en la primera oportunidad.

Entonces, al excluyente y preponderante carácter expedito que refería originalmente el

Ente Regulador (y del que al presente no enerva dicha inmediata ejecución, por tanto, no se puede establecer la motivación jurídica a su insubsistencia actual), se enfrentan toda la serie de presupuestos señalados y que en definitiva no hacen a la Resolución Administrativa IS/Nº 731 -por eso es que se encuentran en planos jurídicos diferentes-, de la que al final no se sabe si es aplicable o no al caso de autos, y en ésta última posibilidad, su motivo.

Ese carácter confuso determina en definitiva al presente, que no pueda establecerse en concreto, cuál es la controversia a ser resuelta: si el incumplimiento de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** al pago del resarcimiento a simple requerimiento del beneficiario (como lo dispone la Resolución Administrativa IS/Nº 731), o si la inviabilidad de la pretensión del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** por no corresponder a la ocurrencia de un siniestro al existir una solicitud de renovación o ampliación, y al existir contradicciones, oscuridad e incongruencias en la misma, es decir una serie de presupuestos que se formulan más bien bajo la lógica jurídica propia de un seguro comercial común y corriente.

3. INDETERMINACIÓN DEL TRÁMITE ESPECIAL AL CUAL DEBE CIRCUNSCRIBIRSE LA SUSTANCIACIÓN DE LA CONTROVERSIA.-

Es por disposición del artículo 39º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), que las controversias suscitadas en ésta materia, tiene un tratamiento especial, conforme lo que la letra dice:

> "…***ARTICULO 39.- ARBITRAJE.-*** *Las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.*
>
> *Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje)*…"

En ambos presupuestos -controversias de hecho y controversias de derecho-, el tratamiento está referido a temas de fondo (independientemente de si resultan en sustantivos o adjetivos), por cuanto a lo mismo hacen las cuestiones de las características técnicas, la naturaleza y el alcance del contrato de seguro, de reaseguro o de los planes de seguro.

Al caso de autos, lo anterior hace indudable que las observaciones recientes realizadas por el Ente Regulador, en sentido de sopesar para las pólizas de la controversia la existencia de una solicitud de renovación o ampliación, así como de contradicciones, oscuridad e incongruencias sobre las mismas, hacen a temas de fondo que, en su sustanciación, se circunscriben al ámbito de la Ley Nº 1770 de 10 de marzo de 1997 (de Arbitraje y Conciliación), entonces a la vía del arbitraje, aunque con previa tentativa de peritaje para el caso de resultar en controversias de hecho.

Consiguientemente, no le está dada al Ente Regulador, facultad para considerar y conocer

-como resulta que lo ha hecho en su Resolución al Recurso de Revocatoria- extremos tales como "*la solicitud de ejecución de las pólizas*", "*la ocurrencia de un siniestro*", "*el monto*", "*la liberación de las dos pólizas de correcta inversión de anticipo*", "*la instrucción contenida en el Oficio S.D. COMANING N° 251/10*", "*contradicciones*", "*las causales de Resolución de los contratos*", "*la causal de incumplimiento a su albedrío… claramente especificada*", y otros.

Corresponde aclarar a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que la función reguladora que ejerce obedece al carácter técnico, sectorial y progresivo en la medida que tiene por fundamento las especiales características del mercado de seguros, y se desarrolla atendiendo las necesidades específicas del sector regulado y cumpliendo, y haciendo cumplir, la ley y los reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

En tal sentido, el artículo 43º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), acerca de las atribuciones del Ente Regulador, establece que:

> "…***ARTICULO 43. - ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-*** *La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:* (…)
>
> *c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción* (…)
> *t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.*
> *u) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley…*"

Desde luego que la relación entre el Ente Regulador y la regulada, obedece al control que uno ejerce sobre la otra en razón de la común materia jurídica, por lo que la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para **sancionar el incumplimiento** de la normativa administrativa por parte de los operadores del mercado de seguros, y a ello debió limitar sus actuación la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012: es decir **a verificar la existencia de los requisitos formales que determinarían la procedencia de una sanción**.

Por otra parte, existiendo incertidumbre sobre si le es aplicable al caso la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007 (porque el Ente Regulador no ha desvirtuado su propia propuesta en sentido de sí serle "*por la renovación de las pólizas el año 2009*") conforme fuera solicitado por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** en su nota As. Jur. Nº 172/2011 de 29 de agosto de 2011 como en sus actuaciones posteriores, el carácter especial que ello importa tampoco abre la posibilidad para que en el proceso administrativo sancionador se vayan a conocer cuestiones de fondo, por cuanto y conforme se ha expresado en los precedentes de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 042, ambas de 5 de julio de 2012, cuyo precedente determina:

> "*…la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional que le es inherente a las tres pólizas objeto de la controversia, y que establece la ejecución inmediata para el caso de incumplimiento, condicional en tanto requiere únicamente de "la*

presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".

***Tal aclaración es pertinente**, por cuanto, todos los argumentos que al respecto ha mencionado la recurrente, conforme lo señalado supra, bien pudieran ser pertinentes y valederos si la controversia recayera sobre pólizas de caución, que en su trámite de ejecución se hallan sujetas a las disposiciones del Libro Tercero, Título III, del Código de Comercio.*

*No es el caso: las pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, encuentran su fundamento normativo en la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **norma especial** que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, **lejos de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago, y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación "del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda** y según lo establece el Procedimiento Administrativo".*

*Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su Diccionario, "la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado", hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas - entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, **no se supedite su indemnización a mayor trámite**, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de salir al daño o perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de **la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento***" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, de resultar aplicable al caso la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007, tampoco le correspondían al Ente Regulador, la serie de consideraciones que salen en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y que han dado lugar al fallo que allí consta.

Sea porque al caso le es aplicable la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de

septiembre de 2007, o porque su sustanciación se circunscribe al ámbito de la Ley Nº 1770 de 10 de marzo de 1997 (de Arbitraje y Conciliación) por disposición del artículo 39º de la Ley Nº 1883 (de Seguros), tampoco puede el suscrito Ministro en su calidad de Autoridad Jerárquica, pasar a dilucidar las cuestiones de fondo que hacen a las pretensiones del presente caso u otras con las mismas características, tanto del recurrente **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** como de la tercera interesada **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**.

4. ACERCA DE LOS ALEGATOS DE LA TERCERA INTERESADA.-

La **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, en su memorial de fecha 19 de junio de 2012, ha expuesto determinada teoría acerca de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en cuanto a la relación jurídica administrativa, para concretizarla al caso de autos, de la manera que sigue a continuación:

> "…*el Comando de Ingeniería del Ejército, evidentemente, no tiene legitimación en los términos legalmente previstos, dado que la legitimación en el presente caso exigiría, como ya ha quedado dicho, que el Comando de Ingeniería del Ejército tenga una relación especial con el objeto del procedimiento. Ahora bien, ¿cuál es el objeto del procedimiento?, el objeto del procedimiento administrativo sancionador sustanciado, es precisamente, que se sustancie un procedimiento administrativo en el que se aporte y valore prueba que posibilite que el juzgador (APS) decida si el sujeto administrativo hubiese incurrido o no en una infracción normativa*…"

Cabe aclarar que cualquier relación jurídica conlleva una naturaleza sustantiva entre sus partícipes y que tiene que ver con el objeto mismo de tal relación, la que no es la misma que la relación jurídica procesal que, si bien puede recaer sobre la cuestión sustantiva, en cambio es una relación de naturaleza adjetiva.

En tal sentido, está claro que el carácter sustancial de las controversias, sean éstas de hecho o de derecho, impiden puedan ser de conocimiento de la sede administrativa por disposición expresa del artículo Nº 39 de la Ley Nº 1883, de Seguros, pero que por ello mismo, el proceso administrativo sancionador presente no está referido (no puede estar referido, en realidad) a cualesquier cuestión sustancial como las señaladas por la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, sino simplemente a la legítima facultad sancionadora del Ente Regulador, en tanto y en cuanto lo mismo recaiga sobre aspectos verificables empero generales -de lo que precisamente se ha tratado el proceso- pero de ninguna manera sobre la relación contractual en concreto, lo que de determinar alguna controversia, queda para competencia distinta.

Amén de ello, al tratarse de un proceso de naturaleza administrativa, le está dado a "*toda persona individual o colectiva*" (Ley Nº 2341, Art. 11º, Par. I), a "*cualquier persona*" (ídem, Par. II) u "*otras*" (Art. 12º, misma Ley), la legitimidad de actuar dentro de los márgenes que importa esa adjetividad -como ha estado sucediendo hasta el presente- criterio de legitimidad netamente administrativo que justifica con plenitud las actuaciones conocidas del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** dentro del presente proceso.

En cuanto a la legítima facultad sancionadora del ente regulador, a la que se ha hecho referencia, y toda vez que la tercera interesada señala también:

> "…*los objetos descritos tienen un procedimiento propio, el peritaje o el arbitraje; y, un órgano propio que los resuelva el árbitro o el perito, no la APS, dado que no tiene competencia para resolver estos géneros de controversia* (…)
> …*la APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria* (sic)*, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si* (sic) *la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el* (sic) *resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta* (sic) *es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho*…"

Cabe aclarar que la función reguladora ejercida por el ente ahora recurrido, obedece al carácter técnico, sectorial y progresivo en la medida que tiene por fundamento las especiales características del mercado, y se desarrolla atendiendo las necesidades específicas del sector regulado y cumpliendo, y haciendo cumplir, la ley y los reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Así, el artículo 43º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), acerca de las atribuciones del ente regulador, establece que:

> "…***ARTICULO 43. - ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-*** *La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:* (…)
> ***c)*** *Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción* (…)
> ***t)*** *Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.*
> ***u)*** *Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley*…"

Desde luego que la relación entre el Ente Regulador y la regulada **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** obedece a la supervisión que uno ejerce sobre la otra en razón de la común materia jurídica.

Consiguientemente, la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para sancionar el incumplimiento de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** en lo referido a pólizas como las que hacen a la controversia, por cuanto, visto el carácter inmediato de la ejecución de las mismas, no corresponde la serie de procedimientos a los que ha hecho referencia la tercera interesada.

A la luz de lo señalado en el numeral 2.1 supra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, tal extremo no es mayormente trascendente, máxime cuando las obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras se encuentran contempladas en la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), entre las que se encuentra:

"…***ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-*** *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*
a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista…"

Para el caso de pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para Entidades Públicas, importa no haber lugar a mayor trámite sino únicamente el dispuesto en la propia Cláusula, extremo también pertinente cuando la tercera interesada hace alusión continua al arbitraje que en su entender habrá de resolver la controversia, para con ello evitar el debido resarcimiento inmediato.

En definitiva, los argumentos de la tercera directa interesada en el sentido señalado tampoco son atendibles.

CONSIDERANDO:

Que, en función a lo analizado y concluido en el Considerando anterior, el proceso fue llevado sin la debida fundamentación desde su inicio, por lo que corresponderá se emita nuevamente la Resolución Administrativa que vaya a determinar la sanción o desestimación correspondiente, en base a una análisis técnico legal previa valoración fundamentada de toda la prueba presentada y aquella que se requiera a efectos de determinar la correspondencia o no de una sanción, garantizando el debido proceso y el derecho a la petición y defensa.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo **inclusive** hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de 8 de febrero de 2012 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 160/2012 DE 03 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 055/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 055/2012

La Paz, 03 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Bolsa Boliviana de Valores S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 160/2012 de 3 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 068/2012 de 6 de marzo de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 028/2012 de 15 de agosto de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 103/2012 de 04 de septiembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 22 de mayo de 2012, la Bolsa Boliviana de Valores S.A, representada legalmente por Javier Aneiva Villegas, tal como lo acredita el testimonio N° 06/2012, de 4 de enero de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 056 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Eugenia Quiroga de Navarro interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 160/2012 de 3 de mayo de 2012, que

en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 068/2012 de 6 de marzo de 2012.

Que, en fecha 25 de mayo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 160/2012 de 3 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 068/2012 de 6 de marzo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 30 de mayo de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Bolsa Boliviana de Valores S.A., mismo que fue notificado el 6 de junio de 2012.

Que, el 9 de julio de 2012, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota cite ASFI/DSV/R-10951/2012 de 30 de enero de 2012, notifica a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., con la presunta contravención en la que habría incurrido la entidad, conforme el siguiente texto:

*" **...** En fecha 9 de marzo de 2011, la Bolsa Boliviana de Valores S.A., a través de su Sistema de Valores Emitidos en el Extranjero, habría proporcionado precios incorrectos a la SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. para la valoración de sus inversiones en el extranjero, ocasionando que la Sociedad Administradora envíe información errónea a este Órgano de Supervisión en el periodo comprendido entre el 9 y 12 de marzo de 2011.*

Situación que vulneraría el inciso a) del artículo 33 y el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834 de 31 de marzo de 1998 y el artículo 18 de la Regulación para las Bolsas de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa Nº 762 de 21 de septiembre de 2005. Así como el Apartado VI. 4 Fuentes de Información para inversiones en el extranjero de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa Nº 174 de 10 de marzo de 2005 y modificada mediante Resolución ASFI Nº 581/2010 de 13 de julio de 2010 y el inciso a) de la Parte III del "Manual de Procedimiento Interno para la Difusión de Información sobre Valores Emitidos en el Extranjero" de la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

En caso de verificarse el cargo mencionado, constituirá causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores; por lo que, de conformidad al artículo 67 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante D.S. Nº 27175, se concede a la BOLSA BOLIVIANA DE

VALORES S.A., el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente nota, para la presentación de los descargos que correspondan."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 17 de febrero de 2012, mediante CITE BBV- GM Nº 0374/2012, la Bolsa Boliviana de Valores S.A. presentó descargos expresando lo siguiente:

" …

I. Antecedentes.

- *La Metodología de Valoración vigente establece que "Las entidades supervisadas que realicen inversiones en el extranjero, deberán remitir a la Bolsa de Valores en el día (T) los códigos de identificación únicos (ISIN, CUSIP, etc.) de los instrumentos que requieran información para su valoración, a fin de que la Bolsa de Valores proporcione los precios y tasas de cierre obtenidos para los mismos de las Agencias Informativas autorizadas correspondientes al día (T) e informados en el día (T+1)".*
- *Con objeto de dar cumplimiento a lo establecido en la Normativa anterior, la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (BBV) elaboró el Manual de Procedimiento Interno para Difusión de Información sobre Valores Emitidos en el Extranjero (en adelante el Manual), documento que fue objeto de revisión y consenso, tanto con participantes del Mercado como con la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).*
- *Con el fin de automatizar procesos internos para brindar un mejor servicio a los participantes del Mercado, la BBV desarrolló a través de un trabajo conjunto entre la ex Dirección de Mercados y la ex Dirección de Tecnología de la Información, ahora Gerencia de Mercados y Gerencia de Tecnología de la Información, el Sistema de Valores Emitidos en el Extranjero (SIVEE), sistema que genera de manera automática los precios y tasas para cada participante.*
- *Finalmente, en fecha 18 de junio de 2010, la BBV firmó un contrato para la obtención de precios de valores emitidos en el extranjero, con la empresa Thomson Reuters, a través de su sistema DataScope Select.*

II. Situación presentada en fecha 9 de marzo de 2011.

- *En fecha 9 de marzo de 2011, a partir de hrs. 16:30, la BBV inició el proceso de generación de precios y tasas de valores emitidos en el extranjero conforme a lo establecido en el Manual. Este proceso se inició con la descarga de los precios y tasas de valores emitidos en el extranjero desde la plataforma electrónica de Thomson Reuters y posteriormente se realizó la generación de información a través del SIVEE.*
- *Generado el archivo en el SIVEE, la BBV inició inmediatamente, cumpliendo sus procedimientos internos, una verificación de la consistencia del mismo (sic). En ese proceso se evidenció que los archivos para las Entidades Receptoras contaban con información desactualizada. Cabe señalar que al 9 de marzo de 2011, el diseño del SIVEE contemplaba que al momento de generar archivos de valoración con precios y tasas de valores emitidos en el extranjero, estos podían ser descargados de manera inmediata a los participantes*

- *Inmediatamente detectada la situación descrita en el párrafo anterior, se generaron nuevamente los archivos con información actualizada a hrs. 17:01; sin embargo, debido a la estructura del Sistema según lo explicando (sic) en la viñeta anterior, SAFI Mercantil Santa Cruz ya había descargado el archivo que contemplaba la información desactualizada.*

III. Medidas correctivas asumidas por la BBV:

- *Se realizaron modificaciones y mejoras al SIVEE, permitiendo que la instancia de verificación de archivos de valoración pueda realizar su labor de revisión antes de su remisión o permiso de acceso a los participantes. Se adjunta a la presente copia de la especificación del ticket ingresado en fecha 10 de marzo de 2011 en Mesa de Ayuda a cargo de la Gerencia de Tecnología de la Información de la BBV, documento en el que se puede evidenciar el proceso de desarrollo implementado, así como una pantalla que da constancia de la posibilidad de administrar los archivos que descargarán los participantes. Asimismo, actualmente se puede verificar que Entidades se conectaron al sistema para requerir información.*
- *Se realizaron modificaciones en el Manual, con el objetivo de mejorar la operativa y horarios del proceso de obtención de precios de valores emitidos en el extranjero, mismas que fueron puestas en consideración del Mercado y de la ASFI mediante notas BBV-DM N°1392/2011 de fecha 31 de agosto de 2011 y BBV-DM N°1841/2011 de 10 de noviembre de 2011, respectivamente. Se adjuntan las notas correspondientes.*
- *Se reconoció el costo del reproceso ocasionado a SAFI Mercantil Santa Cruz. Se adjunta carta y factura correspondientes.*

IV Conclusiones.

- *A la fecha se han realizado las medidas correctivas descritas en el punto III anterior, reduciendo de ésta manera el riesgo de que se presente nuevamente una situación similar a la descrita.*
- *El proceso de valoración de valores emitidos en el extranjero ha sido un proceso que se ha ido modificando en el tiempo, en virtud de muchas situaciones no contempladas originalmente, tanto a nivel normativo y operativo así como de innovación de mercados, teniendo en cuenta que se trata de mercados con gran dinamismo. Por este motivo, tanto la Normativa Interna y Externa, así como los Sistemas y Procedimientos aplicables han sufrido y deberán seguir sufriendo modificaciones en el tiempo para evitar posibles riesgos que puedan presentarse y que en un principio no pudieron ser detectados.*
- *En relación a la infracción observada por la ASFI, se trata de un hecho de estructura y funcionalidad del Sistema SIVEE totalmente fortuito e imprevisto, que ha permitido el acceso de un participante a un archivo generado justo cuando la misma BBV estaba aplicando un procedimiento de verificación del mismo y como resultado del cual se pudo validar e inmediatamente corregir el archivo. De esta manera, la BBV ha actuado diligentemente en solucionar inmediatamente el tema, y en consecuencia, al haberlo* ***subsanado y regularizado*** *minutos después, no ha causado ningún* ***daño al mercado.*** *El cargo por reproceso de la SAFI que accedió al*

archivo preliminar, fue cubierto por la BBV conforme se evidencia por los documentos adjuntos."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 068-2012 DE 6 DE MARZO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 068-2012 de 6 de marzo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

***"…PRIMERO.- Sancionar** a la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.,** con Multa equivalente en Bolivianos a **$us.650.- (SEISCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS),** al proporcionar información incorrecta, a través de su Sistema de Valores Emitidos en el Extranjero (SIVEE), para la valoración de inversiones en el extranjero, vulnerando las obligaciones establecidas en el inciso a) del artículo 33 y Segundo Párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, el artículo 18 de la Regulación para las Bolsas de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 762 de 21 de septiembre de 2005. Así como el Apartado VI.4 de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005, modificada mediante Resolución ASFI N° 581 de 13 de julio de 2010 y el inciso a) Parte III del Manual de Procedimiento Interno para la Difusión de información sobre Valores Emitidos en el Extranjero, de la Bolsa Boliviana de Valores.*

***SEGUNDO.-** El importe de la sanción deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberá remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa*."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 2 de abril de 2012 la Bolsa Boliviana de Valores S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 068/2012 de 6 de marzo de 2012, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 160/2012 DE 3 DE MAYO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 160/2012 de 3 de mayo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirma en todas sus partes la Resolución ASFI N° 068/2012 de 6 de marzo de 2012, con los siguientes argumentos.

"…CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se

establece los aspectos siguientes:

• El objeto del proceso sancionatorio iniciado a través de la carta de notificación de cargos ASFI/DSV/R-10921/2012 de 30 de enero de 2012, es el referido a la obtención por parte de las entidades receptoras de información sobre valores emitidos en el extranjero, establecido en el

apartado VI.4 de la Metodología de Valoración y en el propio Manual de Procedimiento Interno para difusión de información de la ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.*** *y no así la aplicación de los procedimientos para la generación de precios y tasas de dichos valores emitidos en el extranjero desde la plataforma de Thomson Reuters, ni la posterior verificación de la consistencia de dichos archivos, los cuales el recurrente manifiesta haber cumplido en el marco de su normativa.*

De acuerdo con los descargos emitidos por la ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.,*** *dicha entidad admitió el incumplimiento señalando que "en fecha 9 de marzo de 2011, a horas 16:30, inició el proceso de generación de precios adviniendo que dicha información se encontraba desactualizada, por lo que advertidos del error inmediatamente se subsano ello, generando archivos con información actualizada a horas 17:01", de lo transcrito se advierte que el recurrente no alertó al mercado sobre esta situación, induciendo a error a la SAFI Mercantil Santa Cruz S.A, hecho suscitado tal y como se advierte de la nota SAFIMS—ASFI-0268/2011 de 14 de marzo de 2011, la cual señala "La valoración efectuada el día 9 de marzo de 2011, fue realizada en base a los precios registrados en su sistema, los cuales correspondían al archivo proporcionado por la Bolsa Boliviana de Valores en su página web de fecha 9 de marzo a horas 16:38. Sin embargo los responsables de esta operativa en la Bolsa Boliviana de Valores S.A. cambiaron el archivo de precios con datos totalmente diferente en esa misma fecha a horas 17:08, sin haber realizado ninguna notificación a la administradora respecto al cambio de información efectuado".*

La ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.*** *al ser la única institución designada para proporcionar información obtenida de agencias financieras internacionales sobre valores emitidos en el extranjero tiene la inexcusable obligación de proporcionar información correcta veraz, suficiente y oportuna, por lo que cualquier distorsión de la información puede perjudicar a sus dientes como sucedió con SAFI Mercantil Santa Cruz SA., en ese sentido, el recurrente no sólo proporcionó información desactualizada, a través del sistema SIVEE, sino que teniendo conocimiento de que esta información podría haber sido descargada por uno de sus clientes, no tomó los recaudos necesarios para corregir esta situación y evitar que esta sea utilizada, asimismo, no alertó al Mercado respecto a la emisión de información desactualizada en el SIVEE.*

En tal sentido, al ser el recurrente la única institución designada en proporcionar información de agencias financieras internacionales, debe conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, entendida como "Una figura abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo haría todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona o entidad que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2007 de 6 de febrero de 2007), aspecto que no se advierte en el presente caso por las situaciones descritas precedentemente.

• *Por otra parte, la Resolución ASFI N° 068/2012 de 6 de marzo de 2012, sanciona a la* ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.,*** *con una multa equivalente en Bolivianos a $us650.- (SEISCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), al proporcionar información incorrecta a través de su Sistema de Valores emitidos en el extranjero (SIVEE), para la valoración de inversiones en el extranjero, vulnerando las obligaciones establecidas en el inciso a) de! artículo 33 y Segundo Párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, articulo 18 de la regulación para las Bolsa de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 762 de 21 de septiembre de 2005. Así como el apartado VI .4 de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005, modificada mediante Resolución ASFI N° 581 de 13 de julio de 2010 y el inciso a) parte III del manual de Procedimiento Interno para la Difusión de información sobre valores emitidos en el extranjero de la Bolsa Boliviana de Valores.*

En este entendido con carácter previo es necesario referirse a los conceptos sobre el principio de proporcionalidad, al respecto el doctrinario Sarmiento Ramírez, Daniel, (El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, pág. 198, Bogotá, 2007) "El principio de proporcionalidad es un principio inherente al estado de derecho, derivable de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Justamente por razón de su contenido resulta trascendente en el derecho sancionador administrativo, toda vez que lo normal es que este regule las sanciones de forma flexible, es decir, otorgando cierto margen de apreciación a la administración para la graduación de la sanción. Dicho derecho implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas, es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa".

De igual manera, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, dispone que "Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida".

En lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera; a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase" (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).

Aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto al Principio de Proporcionalidad:

- ***Tipificación.*** *El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto y de la sanción, es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presente caso, conforme lo señala la Resolución ASFI N° 068/2012 de 6 de marzo de 2012, pág.: 9, se tiene los elementos siguientes:*

  -*La información de precios desactualizada, proporcionada por la* ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A. a*** *la SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., ocasionó inconsistencias en la valoración y distorsiones en la información remitida a este Órgano de Supervisión.*

  -La ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.*** *no alertó al Mercado respecto a la emisión de información desactualizada en el SIVEE, pese a tener evidencia de la misma al momento de cumplir con sus procedimientos de verificación interna.*

  -Finalmente, se debe considerar que la entidad ha asumido medidas correctivas con relación al SIVEE y ha cubierto el costo del reproceso por SAFI Mercantil Santa Cruz S.A.

  En tal sentido, el recurrente incumplió el inciso a) del artículo 33 y el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y el artículo 18 de la Regulación para las Bolsas de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 762 de 21 de septiembre de 2005. Así como el apartado VI. 4 Fuentes de Información para inversiones en el extranjero de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005 y modificada mediante Resolución ASFI N° 581/2010 de 13 de julio de 2010 y el inciso a) de la parte III del Manual de Procedimiento Interno para la Difusión de información sobre valores emitidos en el extranjero de la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

- ***Gradación.*** *Las infracciones cometidas por el recurrente son incumplimientos susceptibles de sanción por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las entidades supervisadas, ponderando el grado de la infracción, en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en el inciso a) del artículo 33 y el segundo párrafo del artículo 68 de La Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y el artículo 18 de la Regulación para las Bolsas de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 762 de 21 de septiembre de 2005. Así como el apartado VI. 4 Fuentes de Información para inversiones en el extranjero de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005 y modificada mediante Resolución ASFI N° 581/2010 de 13 de julio de 2010 y el inciso a) de la parte III del Manual de Procedimiento Interno para la Difusión de información sobre valores emitidos en el extranjero de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., por lo tanto, la multa a imponerse debe enmarcarse en el principio de proporcionalidad y legalidad con sometimiento pleno a la Ley, ponderando los elementos configurativos y circunstancias que concurrieron a tiempo de imponer sanción.*

Adicionalmente, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión de las infracciones.

Aplicando lo citado precedentemente, en el presente caso, se tiene lo siguiente:

a) De la evaluación de los antecedentes presentados por el recurrente, se advierte la existencia de culpa, en su elemento negligencia, toda vez que la ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.,*** *proporcionó precios incorrectos a SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. para la valoración de sus inversiones en el extranjero el día 9 de marzo de 2011.*

El actuar negligente del recurrente se advierte por cuanto conocido el error de la información, no alertó al mercado de esta situación, incumpliendo su obligación y responsabilidad de cumplir y velar por el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias del Mercado de Valores.

b) Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, la información proporcionada por el recurrente ha ocasionado a La SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., el reproceso de su información el cual asciende a Bs2.287, de acuerdo a la factura N° 000001, emitida por la empresa Daza Software, suma que ha sido cancelada por la ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.,*** *sin embargo el hecho de cancelar dicho monto, no elimina la infracción cometida.*

c) En relación a la reincidencia, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado al recurrente, por incumplimiento al inciso a) del artículo 33 y el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 18 de la Regulación para las Bolsas de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 762 de 21 de septiembre de 2005. Así como el apartado Vlr4 Fuentes de Información para inversiones en el extranjero de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005 y modificada mediante Resolución ASFI N° 581/2010 de 13 de julio de 2010 y el inciso a) de la parte III del Manual de Procedimiento Interno para la Difusión de información sobre valores emitidos en el extranjero de la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

d) Respecto a la cuantía para la imposición de la sanción el inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numerales 4 y 7 del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, disponen que la aplicación de multa se prevé a "quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos", determinando la aplicación de multas, según los rangos".

Asimismo, es necesario considerar lo establecido por el artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, el cual dispone que "La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados".

En tal sentido, la Resolución ASFI Nº 068/2012 de 6 de marzo de 2012, aplicó todos los criterios de graduación, disponiendo la multa de Primer Rango calculada en $us650 (SEISCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), en este marco no es viable la sanción de amonestación, toda vez que el recurrente ha proporcionado información incorrecta a través de su sistema de valores emitidos en el extranjero SIVEE, para la valoración de inversiones en el extranjero.

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por la ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES*** *S.A., no son suficientes para desvirtuar los alcances de la Resolución ASFIN° (sic) 068/2012 de 6 de marzo de 2012, por cuanto es obligación del recurrente proporcionar información veraz, suficiente y oportuna.*

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, prescribe en el artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema Nº 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, señala que los recursos administrativos previstos en la presente ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

Que, el artículo 43 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras aprobado mediante del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 49 de la citada disposición legal dispone que la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el inciso a) del artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, dispone entre las obligaciones de las bolsas de valores, cumplir la Ley, sus reglamentos y demás normas aplicables, así como velar por su cumplimiento por parte de las personas naturales o jurídicas que actúen en ellas.

Que, el segundo párrafo del artículo 68 de la citada Ley señala que la información que por disposición de la Ley y sus reglamentos deba ser presentada a este Órgano de Supervisión, debe ser veraz, suficiente y oportuna.

Que, el artículo 18 de la regulación para las Bolsa (sic) de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa N°762 de 21 septiembre de 2005, señala que las Bolsas tienen la obligación y responsabilidad de ejecutar, cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores, sus disposiciones reglamentarias, su propio reglamento interno de registro de operaciones y todas (sic) su normativa interna.

Que, el apartado VI.4 Fuentes de Información para inversiones en el extranjero, de la Metodología de Valoración para Entidades Supervisadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005 y modificada mediante Resolución ASFI N° 581/2010 de 13 de julio de 2010, dispone que las entidades supervisadas que realicen inversiones en el extranjero, deberán remitir a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. en el día (T) los códigos de identificación únicos (ISIN, CUSIP, etc.) de los instrumentos que requieran información para su valoración, a fin de que la Bolsa Boliviana de Valores proporcione los precios y tasas de cierre obtenidos para los mismos de las Agencias Informativas autorizadas correspondientes al día (T) e informados en el día (T+1).

Que, en el inciso a) Parte III del Manual de Procedimiento Interno para la difusión de información sobre valores emitidos en el extranjero de la Bolsa Boliviana de Valores, se establece el mismo procedimiento al especificado en la citada Metodología de Valoración..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 22 de mayo de 2012, la Bolsa Boliviana de Valores S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 160-2012 de 3 de mayo de 2012, argumentando lo siguiente:

"…3.4 El Recurso de Revocatoria interpuesto por la BBV.

Teniendo en cuenta la multa impuesta por la ASFI mediante la Resolución ASFI-068, la BBV presentó un Recurso de Revocatoria en contra de dicha resolución, planteando los siguientes argumentos:

3.4.1. *En fecha 9 de marzo de 2011, a partir de horas 16:30, la BBV inició el proceso de generación de precios y tasas de valores emitidos en el extranjero conforme a lo establecido en el Manual de Procedimiento Interno para Difusión de Información sobre Valores Emitidos en el Extranjero (en adelante el Manual). Este proceso se inició con la descarga de los precios y tasas de valores emitidos en el extranjero desde la plataforma electrónica de Thomson Reuters y posteriormente se realizó la generación de información a través del SIVEE.*

Generado el archivo en el SIVEE, la BBV inició inmediatamente, cumpliendo sus procedimientos internos, una verificación de la consistencia del mismo. En ese proceso se evidenció que los archivos para las Entidades Receptoras contaban con información desactualizada. Cabe señalar que al 9 de marzo de 2011, el diseño del SIVEE contemplaba que al momento de generar archivos de valoración con precios y tasas de valores emitidos en el extranjero, éstos podían ser descargados de manera inmediata por los participantes aún antes de que la BBV inicie inmediatamente la verificación.

Inmediatamente detectada la situación descrita en el párrafo anterior, se generaron nuevamente los archivos con información actualizada a horas 17:01; sin embargo, debido a la estructura del Sistema según lo explicando anteriormente, SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. ya había descargado el archivo que contemplaba la información desactualizada.

Sin embargo, la BBV reconoció el costo del reproceso mediante el pago efectuado directamente al proveedor de software de ésta empresa, justamente para evitar perjuicios a cualquier participante del Fondo de Inversión.

Posteriormente, se realizaron modificaciones y mejoras al SIVEE, permitiendo que la instancia de verificación de archivos de valoración pueda realizar su labor de revisión antes de su remisión o permiso de acceso a los participantes. Asimismo, actualmente se puede verificar qué Entidades se conectaron al sistema para requerir información. Se realizaron modificaciones en el Manual, con el objetivo de mejorar la operativa y horarios del proceso de obtención de precios de valores emitidos en el extranjero, mismas que fueron puestas en consideración del Mercado y de la ASFI mediante notas BBV-DM N°1392/2011 de fecha 31 de octubre de 2011 y BBV-DM N°1841/2011 de 10 de noviembre de 2011, respectivamente.

3.4.2. *El inciso a) del artículo 12 del Decreto Supremo No.26156 de 12 de abril de 2001 (en adelante el DS), establece que la aplicación de las sanciones que la Superintendencia (actualmente ASFI) está facultada a imponer en virtud a la Ley del Mercado de Valores es la siguiente: "a) Amonestación: Esta sanción será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización."*
De la revisión y análisis de la disposición señalada en el párrafo anterior, se evidencia que para que se aplique la sanción de amonestación deben concurrir los siguientes aspectos: (i) que no haya generado perjuicio económico; y (ii) que la infracción sea susceptible de enmienda y regularización.

3.4.3. *La BBV reconoce que el sistema de generación SIVEE puede no haber sido programado considerando la eventualidad señalada en los puntos anteriores, lo cual constituye una omisión en su diseño pero no un incumplimiento de la normativa interna, situación que a la fecha ya ha sido corregida.*

La infracción sancionada a la BBV mediante la Resolución ASFI-068, señalada anteriormente, contiene todos los aspectos necesarios para ser sancionada mediante la aplicación de una amonestación escrita, tomando en cuenta los siguientes criterios:

3.4.3.1*. No ha generado ningún perjuicio económico, entendiéndose a éste en el derecho civil como la ganancia lícita que deja de obtenerse o deméritos o gastos que se ocasionaron por acto u omisión de otro.*

Al haber la BBV pagado el costo directamente al proveedor de software del mercado, se ha evitado que el mercado y, particularmente, SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. efectúe un gasto que hubiera podido ser considerado como perjuicio económico; por lo tanto no hubo ningún perjuicio en este sentido para la SAFI ni para ningún participante del Mercado.

3.4.3.2. *SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. accedió al archivo que estaba en proceso de revisión por la BBV, situación que fue inmediatamente corregida, enmendada y regularizada por la BBV, poniendo a su disposición y a disposición del resto de los participantes el archivo con la información correcta.*

3.4.4. *Por otro lado, es importante considerar que las distorsiones que se generaron producto de la incorrecta valoración de las inversiones en el extranjero de los Fondos de Inversión administrados por SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., al haberse realizado el reproceso de información, no ocasionó ningún perjuicio o repercusión en el Mercado de Valores.*

3.4.5. *La culpa que señala la Resolución ASFI-068, al constituir un concepto jurídico tan amplio que se aplica a todas las acciones atribuibles a un proceso y a todas las acciones humanas, puede ser aplicada a cualquier tipo de hecho, inclusive a aquellos que ameriten, como en el presente, una sanción de amonestación. La culpa constituye justamente el elemento de imputabilidad de una sanción a una persona. En consecuencia, se debe señalar que cualquier hecho, acto u omisión que genere una infracción siempre será por culpa, ya que en la misma implícitamente se encuentra la falta de diligencia (cuidado, celo, esmero), la cual según el DS en el Artículo 20 inciso a) corresponde también al criterio para aplicar una sanción de Amonestación. La misma definición señalada por la ASFI en la la (sic) Resolución ASFI-068 establece lo siguiente:* ***"Culpa*** *es un término jurídico que al igual que la* ***negligencia,*** *supone la* ***voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, que pudieron o debieron evitarse"*** *[Las negrillas son originales del texto citado].*

3.4.6. *Adicionalmente, es importante que la ASFI, a tiempo de valorar una acción sujeta a sanción, aplique el caso particular en lugar de criterios generales. El artículo 20, inciso a) punto 3. del DS, indica explícitamente que son sujetos a amonestación los actos que*

ocasionen confusión o error a sus clientes (en este caso a los participantes). Efectivamente, el archivo de valoración de valores en el extranjero que la BBV genera a través del SIVEE tiene como destino ser utilizado por los participantes para la valoración de sus carteras de inversión, por lo que el envío de un archivo con datos desactualizados que aún merecían una revisión (como lo explicamos anteriormente) genera error en los clientes de la BBV, por lo que corresponde la aplicación de esta "tipificación" en lugar de aplicar otras tipificaciones sancionatorias más generales.

3.4.7. *Por los elementos expuestos, la situación señalada en el punto 4.1. anterior, debería considerarse como incumplimiento de los puntos 1. "No realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente" y 3. "Ocasionar confusión o error a sus clientes o potenciales inversionistas" del inciso a) del Artículo 20 del DS correspondiendo por tanto, la sanción de Amonestación.*

4. RECURSO JERÁRQUICO.

A continuación, fundamentamos nuestros argumentos en relación a los temas que la ASFI consideró mediante la Resolución ASFI-160:

4.1. Falta de respuesta a los argumentos del Recurso de Revocatoria. *La Resolución ASFI-160 ha cometido el error sustancial de no argumentar sobre cada punto expuesto en el Recurso de Revocatoria que la BBV presentó contra la Resolución ASFI-068. De la lectura de la Resolución ASFI-160, se observa que:*

a) ASFI no ha evaluado la relación de los hechos expuestos por la BBV, que demuestran que la actuación de la BBV ha sido subsanada y no ha causado ningún perjuicio al mercado ni a ningún agente. Inclusive, parecería que la ASFI no ha considerado que la BBV ha reconocido que envió información desactualizada y la infracción correspondiente.

b) No ha valorado el criterio de que la culpa se aplica a todas las actuaciones sancionables y no solamente a las actuaciones que implican la aplicación de una multa, tal como claramente lo reiteramos en el punto 3.4.5 anterior.

c) No ha evaluado ni argumentado la falta de aplicación, por el principio de legalidad, del inciso a) del artículo 12 y de los puntos 1) y 3) del inciso a) del Artículo 20 del DS a la conducta de la BBV.

4.2. Relación de los hechos. *Adicionalmente a lo señalado en nuestro recurso de revocatoria, es importante destacar los siguientes hechos:*

Una vez que la BBV inició el proceso de generación de precios y tasas de valores emitidos en el extranjero a horas 16:30, se inició inmediatamente una verificación de la consistencia del mismo, donde se evidenció que los archivos para las Entidades Receptoras contaban con información desactualizada. Inmediatamente se generaron nuevamente los archivos con información actualizada a horas 17:01. No se consideró en su momento que algún participante pudo haber descargado el archivo que

contemplaba la información desactualizada, tomando en cuenta que el proceso de generación de precios se inició a horas 16:30 y a horas 17:01 se actualizó la información. En ese corto periodo, SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. fue la única que había descargado el archivo que contemplaba la información desactualizada. A la fecha se realizaron modificaciones en el Manual de Procedimiento Interno para Difusión de Información sobre Valores Emitidos en el Extranjero con el objeto de mejorar la operativa y horarios del proceso de obtención de precios de valores emitidos en el extranjero, mismas que fueron puestas en consideración del Mercado y de la ASFI mediante notas BBV-DM N°1392/2011 de fecha 31 de octubre de 2011 y BBV-DM N°1841/2011 de 10 de noviembre de 2011, respectivamente.

4.3. Reconocimiento de la BBV. *Por la relación de los hechos descritos anteriormente, es claro que la BBV ha reconocido que ha remitido información desactualizada en el proceso de generación de precios y tasas de valores emitidos en el extranjero* ***que ha generado confusión o error a uno de sus clientes que es SAFI Mercantil Santa Cruz S.A.*** *La BBV no desconoce que haya cometido enviado información desactualizada, como da a entender la Resolución ASFI-160. Esta resolución parece no haber considerado nuestros argumentos en el recurso de revocatoria, por cuanto nuestro recurso era claro al mencionar los hechos descritos y el reconocimiento de la BBV.*

4.4. Aplicación de sanción. *El recurso de revocatoria interpuesto por la BBV contra la Resolución ASFI-068, fundamenta su estructura en que la ASFI no ha valorado adecuadamente los hechos en el presente proceso y, en consecuencia, no ha aplicado la sanción que, por principio de legalidad, corresponde al acto cometido por la BBV, que es una sanción de amonestación.*

La Resolución ASFI-160 que ahora recurrimos, ha vuelto a incurrir en el error de no considerar nuestra argumentación del recurso de revocatoria y de no valorar adecuadamente la conducta de la BBV en este caso.

Reiteramos que es aplicable al caso el inciso a) del artículo 12 del DS, el cual establece que la aplicación de las sanciones que la Superintendencia (actualmente ASFI) está facultada a imponer en virtud a la Ley del Mercado de Valores es la siguiente: "a) Amonestación: Esta sanción será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización."

De la revisión y análisis de la disposición señalada en el párrafo anterior, para la aplicación de la sanción de amonestación deben concurrir los siguientes aspectos: (i) que no haya generado perjuicio económico; y (ii) que la infracción sea susceptible de enmienda y regularización.

Adicionalmente, debe considerarse lo señalado en los puntos 1) y 3) del inciso a) del Artículo 20 del DS que señalan, respectivamente, que son sancionables con amonestación por causa de "No realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente" y de "Ocasionar confusión o error a sus clientes o potenciales inversionistas". En ningún momento, la Resolución ASFI-160 hace alusión a estos artículos

no justifica la falta de aplicación de los mismos, tal como lo señalamos en nuestro recurso de revocatoria.

4.5. Argumentos utilizados por ASFI en la Resolución ASFI-160.

4.5.1. *La ASFI señala el Principio de Proporcionalidad para reiterar que corresponde al (sic) aplicación de una sanción a la infracción de la BBV. Señala que debe haber cierto grado de flexibilidad y simetría con el comportamiento y culpabilidad del sujeto al que se imputa. Justamente basados en ese mismo principio, la ASFI debió haber valorado la actuación de la BBV y aplicado un criterio de flexibilidad al aplicar la sanción, pero sobre todo y haberse basado en* ***el principio de legalidad,*** *que establece que todos los actos de la Administración deben estar enmarcados bajo las facultades y premisas que la misma Ley otorga al órgano administrativo. La adecuada valoración de la conducta de la BBV en el presente caso, demuestra que debe ser sancionada con la aplicación del inciso a) del artículo 12 del DS y con los puntos 1) y 3) del inciso a) del Artículo 20 del DS. No existe en la Resolución ASFI-160 ninguna argumentación que justifique la falta de aplicación de estos artículos a la conducta de la BBV, que era la base de nuestra argumentación en el Recurso Jerárquico.*

4.5.2 *La ASFI señala que la BBV emitió reportes con inconsistencias a SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. que ocasionó distorsiones en los reportes remitidos a ASFI. Esta aseveración tiende a distorsionar los hechos para aplicar la sanción de multa que la ASFI considera que en este caso debe aplicarse. El espíritu del punto 1) del inciso b) (multa de primer rango) del artículo 20 del DS que la ASFI pretende aplicar a este caso, (que señala textualmente "Enviar información con errores o inconsistencias salvando lo establecido por el artículo 24° del presente Decreto Supremo") se refiere a información remitida a esa entidad de regulación. En el presente caso, cuando remitimos información errónea a clientes de la BBV, ocasionamos a éstos errores e inconsistencias en su propia información remitida a ASFI, actuación que tiene un tratamiento especial en el Reglamento de sanciones sancionable con amonestación, en aplicación del punto 3 del inciso a) del artículo 20 del DS.*

4.5.3. *La ASFI señala que hemos cubierto el costo de reproceso y eso implica un reconocimiento del incumplimiento. Nuevamente ratificamos que ASFI parece no haber considerado nuestro recurso de revocatoria, pues en ningún momento desconocemos la existencia de una infracción sancionable, pero con una sanción de amonestación y no de multa como la que ha sido impuesta.*

4.6. Sanción aplicable.

La infracción sancionada a la BBV mediante la Resolución ASFI-068, contiene todos los aspectos necesarios para ser sancionada mediante la aplicación de una amonestación escrita, tomando en cuenta los siguientes criterios:

4.61*. No ha generado ningún perjuicio económico, entendiéndose a éste en el derecho civil como la ganancia lícita que deja de obtenerse o deméritos o gastos que se ocasionaron por acto u omisión de otro.*

Al haber la BBV pagado el costo directamente al proveedor de software del mercado, se ha evitado que el mercado y, particularmente, SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. efectúe un gasto que hubiera podido ser considerado como perjuicio económico; por lo tanto no hubo ningún perjuicio en este sentido para la SAFI ni para ningún participante del Mercado.

4.6.2. *La conducta ha sido subsanada y corregida. SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. accedió al archivo que estaba en proceso de revisión por la BBV, situación que fue inmediatamente corregida, enmendada y regularizada por la BBV, poniendo a su disposición y a disposición del resto de los participantes, el archivo con la información correcta. Asimismo, la información fue corregida a través del reproceso de información que la SAFI realizó posteriormente.*

4.6.3*. De ninguna manera la BBV considera que al haber cubierto el costo por el perjuicio ocasionado a SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. se habría eliminado la infracción cometida. Al contrario, la BBV acepta y reconoce que cometió la infracción, razón por la cual a la fecha se han tomado todos los recaudos para evitar otra infracción similar.*

4.6.4. *La BBV no ha podido prever al momento de la generación de los archivos de valoración de valores en el extranjero, que éste podía haber sido revisado y retirado por SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., lo que demuestra una falta de diligencia en su actuación, entendida ésta como la falta de cuidado (nuevamente el concepto de culpa es aplicable a este caso) en la ejecución de una función de la BBV, siendo aplicable el punto 1) del inciso a) del artículo 20 del DS.*

4. 6.5*.Adicionalmente, a tiempo de valorar una acción sujeta a sanción, es importante aplicar el caso particular en lugar de criterios generales. El artículo 20, inciso a) punto 3. del DS, indica explícitamente que son sujetos a amonestación los actos que ocasionen confusión o error a sus clientes (en este caso a los participantes). Efectivamente, el archivo de valoración de valores en el extranjero que la BBV genera a través del SIVEE tiene como destino ser utilizado por los participantes para la valoración de sus carteras de inversión, por lo que el envío de un archivo con datos desactualizados que aún merecían una revisión genera error en los clientes de la BBV, por lo que corresponde la aplicación de esta "tipificación" en lugar de aplicar otras tipificaciones sancionatorias más generales.*

4.7. Otros antecedentes. *Es importante tomar en cuenta que el mismo Órgano Regulador emitió la Resolución ASFI No. 154/2012 de 27 de abril de 2012, mediante la cual se sanciona una infracción de la BBV mediante una amonestación, donde señala en su parte considerativa: "Que, con la conducta descrita, la Bolsa Boliviana de Valores S.A., incurrió en infracción considerada como leve* ***que no ha generado perjuicio económico y que fue susceptible de enmienda y regularización,*** *correspondiendo en tal caso la aplicación del inciso a) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de amonestación a quienes incurran en infracciones leves, susceptibles de enmienda y regularización".[Las negrillas son nuestras].*

5. CONCLUSIONES.

En virtud de lo señalado anteriormente, se evidencia claramente que:

a) La infracción cometida por la BBV no ha generado ningún perjuicio económico y ha sido enmendada y regularizada.
b) La infracción de la BBV debería considerarse como incumplimiento de los puntos 1. "No realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente" y 3. "Ocasionar confusión o error a sus clientes o potenciales inversionistas" del inciso a) del Artículo 20 del DS.

Por lo tanto, amerita una sanción de amonestación y no una sanción de multa como lo reflejan inadecuadamente tanto la Resolución ASFI-068 como la Resolución ASFI-160, que no aplican adecuadamente las causales establecidas para la aplicación de las sanciones establecidas en el Reglamento de Aplicación de Sanciones y no adecúan la conducta de la BBV a esas causales.

6. PETITORIO. *Por las razones y argumentos debidamente probados y expuestos precedentemente, respetuosamente solicitamos que en aplicación de lo previsto por el Parágrafo I del Artículo 68° de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas* ***dicte resolución revocatoria*** *respecto de la Resolución ASFI No. 160/2012 de 03 de mayo de 2012, en consecuencia se revoque la Resolución ASFI No.068/2012 de 06 de marzo de 2012 en cuanto a la sanción aplicada a la BBV, en base a las argumentaciones expuestas mediante el presente Recurso Jerárquico, debiendo en aplicación del Reglamento de Aplicación de Sanciones aplicarse a la BBV la sanción de amonestación…."*

CONSIDERANDO:

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

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

1. Antecedentes.-

Conforme se tiene de la transcripción realizada del Recurso Jerárquico por la propia recurrente (Bolsa Boliviana de Valores S.A.), ésta determina inequívocamente "…*que efectivamente BBV ha reconocido que* ***ha remitido información desactualizada*** *en el proceso de generación de precios y tasas de valores emitidos en el extranjero que* ***han generado confusión o error a uno de sus clientes que es SAFI Mercantil Santa Cruz S.A...".***

Sin embargo, reconocida la infracción, la recurrente presenta impugnación sobre la determinación y graduación de la sanción impuesta por el Ente Regulador por el incumplimiento al inciso a) del artículo 33 y Segundo Párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, el artículo 18 de la Regulación para las Bolsas de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 762 de 21 de septiembre de 2005, así como el Apartado VI.4 de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005, modificada mediante Resolución ASFI N° 581 de 13 de julio de 2010 y el inciso a) Parte III del Manual de Procedimiento Interno para la Difusión de información sobre Valores Emitidos en el Extranjero, de la Bolsa Boliviana de Valores.

Por lo que, el presente recurso se pronunciará única y exclusivamente sobre la impugnación presentada cual en derecho corresponde, sin entrar a consideraciones de fondo respecto a la infracción misma.

1.2. Normativa aplicable.-

En primer término corresponde revisar la normativa aplicable para la imposición de la sanción, cual se procede a continuación:

El Reglamento de Sanciones para el Mercado de Valores, emitido a través del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, establece que:

> ***"Artículo 4*** **(Aplicación de Sanciones).-**
>
> *La Superintendencia aplicará sanciones en el marco de los principios establecidos por el artículo anterior, previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción que se establecen en el artículo 11° del presente Decreto Supremo...."*
>
> ***"Artículo 11°. (Circunstancias de la infracción).-***
>
> *La Superintendencia aplicará las sanciones señaladas en el Título II del presente Decreto Supremo, en el marco de los principios consagrados en el artículo 3° y sobre la base de las siguientes circunstancias de la infracción, que determinarán la sanción correspondiente:*
>
> ***a)*** *La acción, deliberada o no, del presunto infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*
> ***b)*** *El perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción.*
> ***c)*** *Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*
> ***d)*** *Las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el mercado de valores.*
> ***e)*** *Los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero."*

"Artículo 12 (Sanciones aplicables).-

I. *La aplicación de las sanciones, que la Superintendencia está facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores, es la siguiente:*
a) Amonestación: *Esta sanción será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.*
b) Multa: Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa*, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/**o se hayan ocasionado perjuicios económicos.***
Esta sanción también se aplicará en los casos de reincidencia en las infracciones que ameriten la sanción de amonestación, considerando para el efecto el plazo previsto en el artículo 7° inciso a) del presente Decreto Supremo..."

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

"Artículo 13°. (Multas aplicables).-

Salvo lo específicamente establecido en el Capítulo II del Título III del presente Decreto Supremo respecto a las infracciones en materia de información, la Superintendencia aplicará la sanción de multa, respetando los principios señalados en el artículo 3° y considerando lo establecido en el artículo 11° precedente, según los rangos que se describen a continuación:

a) *Primer Rango: Desde $us. 500 hasta $us. 10.000*
b) *Segundo Rango: Desde $us. 10.001 hasta $us. 20.000*
c) *Tercer Rango: Desde $us. 20.001 hasta $us. 35.000*
d) *Cuarto Rango: Desde $us. 35.001 hasta $us. 70.000"*

"Artículo 20° (Infracciones específicas).-

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

"a) *Amonestación por las siguientes causales:*

1*. No realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente….*

3*. Ocasionar confusión o error a sus clientes o potenciales inversionistas….*
b) *Multas por las siguientes, causales conforme a los rangos de multa correspondientes:*

Primer Rango

(…)

4. *Incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por la Superintendencia*

7. *No cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas..."*

2. Análisis de la Controversia.-

2.1. Sobre la imposición de la sanción de multa.-

La recurrente señala que el Ente Regulador en la Resolución Administrativa impugnada no habría hecho una correcta valoración de los hechos y de las pruebas, toda vez que ha establecido una sanción de multa por haber remitido información errónea, cuando la misma ha sido subsanada, de manera inmediata, por lo que –a su criterio- se debió imponer una sanción de amonestación, conforme lo establece el inc. a) del artículo 12 y de los numerales 1 y 3 del inciso a) del Artículo 20 del Decreto Supremo Nº 26156, de 12 de abril de 2001.

Que, en función a tal argumentación que se circunscribe a la graduación de la sanción y consiguiente aplicación del principio de proporcionalidad, corresponde traer a colación lo ya determinado sobre la materia en cuestión, por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, quien en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011de 4 de mayo de 2011, expresa:

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

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

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

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

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

Teniendo claro el lineamiento a seguir, corresponde la compulsa de las argumentaciones vertidas por la entidad recurrida, quien mediante Resolución Administrativa ASFI N° 160/2012 de 3 de mayo de 2012, se pronuncia de la siguiente manera:

"(…)

*a) De la evaluación de los antecedentes presentados por el recurrente, se advierte la existencia de culpa, en su elemento negligencia, toda vez que la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.,** proporcionó precios incorrectos a SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. para la valoración de sus inversiones en el extranjero el día 9 de marzo de 2011.*

El actuar negligente del recurrente se advierte por cuanto conocido el error de la información, no alertó al mercado de esta situación, incumpliendo su obligación y responsabilidad de cumplir y velar por el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias del Mercado de Valores.

*b) Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, la información proporcionada por el recurrente ha ocasionado a la SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., el reproceso de su información el cual asciende a Bs2.287, de acuerdo a la factura N° 000001, emitida por la empresa Daza Software, suma que ha sido cancelada por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.,** sin embargo el hecho de cancelar dicho monto, no elimina la infracción cometida.*

c) En relación a la reincidencia, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado al recurrente, por incumplimiento al inciso a) del artículo 33 y el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 18 de la Regulación para las Bolsas de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 762 de 21 de septiembre de 2005. Así como el apartado VI 4 Fuentes de Información para inversiones en el extranjero de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 174 de 10 de marzo de 2005 y modificada mediante Resolución ASFI N° 581/2010 de 13 de julio de 2010 y el inciso a) de la parte III del Manual de Procedimiento Interno para la Difusión de información sobre valores emitidos en el extranjero de la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

d) Respecto a la cuantía para la imposición de la sanción el inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numerales 4 y 7 del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, disponen que la aplicación de multa se prevé a "quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos", determinando la aplicación de multas, según los rangos".

Asimismo, es necesario considerar lo establecido por el artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, el cual dispone que "La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones

u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados

En tal sentido, la Resolución ASFI N° 068/2012 de 6 de marzo de 2012, aplicó todos los criterios de graduación, disponiendo la multa de Primer Rango calculada en $us650 (SEISCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), en este marco no es viable la sanción de amonestación, toda vez que el recurrente ha proporcionado información incorrecta a través de su sistema de valores emitidos en el extranjero SIVEE, para la valoración de inversiones en el extranjero…"

De lo transcrito se evidencia un correcto análisis que realiza la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a los elementos que hacen la imposición de una sanción con multa, cuales son la negligencia, culpa y el perjuicio ocasionado, así como la existencia de la valoración suficiente para determinar el monto de sanción a imponerse en sujeción al principio de proporcionalidad.

Ahora bien, congruentemente con lo anotado, se refrenda la existencia de negligencia de la propia aseveración dada por la recurrente, cuando señala en su Recurso Jerárquico lo siguiente "…*Cabe señalar que al 9 de marzo de 2011, el diseño del SIVEE contemplaba que al momento de generar archivos de valoración con precios y tasas de valores emitidos en el extranjero,* ***éstos podían ser descargados de manera inmediata por los participantes aún antes de que la BBV inicie inmediatamente la verificación***." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con lo cual, la Bolsa Boliviana de Valores, reconoce y admite que existía una debilidad en el sistema y en el procedimiento al momento de que los agentes descargaran la información, hecho que pudo ser evitado por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. si ésta hubiera instaurado los mecanismos de control, de manera previa, a la comisión del error.

Asimismo, y siguiendo la misma línea de razonamiento, se tiene que en el caso de autos, además de los elementos de negligencia y culpa conforme se tiene desarrollado *ut supra*, concurrió **principalmente** el tercer elemento condicionante para determinar una sanción pecuniaria, cual es el perjuicio económico, mismo que bastará de una simple compulsa del expediente administrativo, para comprobar su existencia, y más aún cuando fue aceptado intrínsecamente por la Bolsa Boliviana de Valores, al cancelar y devolver la diferencia que se generó luego del reproceso de la información, así como de la errónea información que fue utilizada por SAFI Mercantil Santa Cruz a tiempo de informar al Ente Regulador.

Por lo que, lo referido por la recurrente de que la sanción debió ser de amonestación, conforme lo establece el inc. a) del Artículo 12 y los numerales 1 y 3) del inciso a) del Artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156, de 12 de abril de 2001, no cuenta con el respaldo legal para ser atendido, ya que conforme determina la normativa sancionadora para que la infracción haya sido considerada como leve **no debió existir perjuicio**, situación que no condice con el caso de autos, conforme ya se tiene anotado.

Por lo tanto el hecho de que la infracción haya ocasionado un perjuicio y que la misma ha sido cometida con culpa y negligencia, ha hecho que la conducta de la Bolsa Boliviana de Valores, se encuentre enmarcada en lo establecido en el artículo 110 de la Ley del Mercado de

Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, que establece *"La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por* ***infracciones u omisiones*** *cometidas por* ***culpa*** *grave (actos y hechos cometidos por* ***negligencia*** *o imprudencia que pudieron o debieron evitar)...", así como en lo establecido en el artículo 12 inc. "****b) Multa: Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa****, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan* ***ocasionado perjuicios económicos..."*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que, se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido con la respectiva valoración en el marco del debido proceso, comprobándose su sujeción al Principio de Legalidad, donde, la multa fue dada atendiendo a las circunstancias del caso, considerando la gravedad y trascendencia del hecho, determinando que correspondía una sanción de multa, en razón a que la misma se debió a la **negligencia, culpa** y **causó perjuicio.**

2.2. De la rectificación inmediata del error.-

La Bolsa Boliviana de Valores S.A., argumenta que la ASFI no habría valorado el hecho fundamental de que se habría regularizado inmediatamente del error y por lo tanto no se habría generado ningún perjuicio al mercado ni a ningún agente.

Sobre dicha argumentación corresponde dividir en dos la argumentación planteada:

2.2.1. De la existencia o no de daño como elemento para la determinación de la sanción.-

En cuanto a que el perjuicio económico habría sido cubierto por el recurrente, por lo cual a tiempo de la sanción dicho perjuicio ya no existiría, se tiene que:

Si bien es verdad lo alegado por la recurrente en sentido de que éste habría cubierto el monto **del reproceso de la información de la SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., que ascendería a Bs2.287,** sin embargo este hecho no significa que la infracción cometida y el consiguiente perjuicio económico haya dejado de existir o haya desaparecido, -como señala la recurrente-, ya que más al contrario, con la reparación del daño producido, se evidencia su existencia, la cual no puede ser desconocida por el Ente Regulador, generando para el caso de autos la consiguiente aplicación de la sanción.

Sin embargo, el hecho de existir una reparación económica inmediata implicará un atenuante a tiempo de determinar el monto de la sanción a imponerse, pero en ningún momento un eximente que permita la no consideración de una acción realizada, ya que el Ente Regulador no puede dejar de considerar todos los elementos para determinar la gradación de la sanción, que en el caso de autos corresponde a la negligencia, culpa y daño ocasionado.

Asimismo, no se puede dejar de lado que en el presente caso, no sólo existe una perjuicio y consiguiente reparación económica, sino también el hecho que a raíz de la información (precios incorrectos para la valoración de sus inversiones en el extranjero) proporcionada, generó que la SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. **reporte erróneamente** al Órgano de Supervisión.

Que, por todo lo expuesto se demuestra claramente que en el presente caso, si se produjo un perjuicio, por lo que al ser este el elemento diferenciador para la aplicación de amonestación o sanción pecuniaria, se constata que la determinación de la multa económica impuesta, se encuentre enmarcada en la normativa aplicable.

2.2.2. De la reparación del daño económico.-

La recurrente, alega que el error fue subsanado de **manera inmediata.**

Conforme se tiene señalado, si bien es cierto que el mismo día la Bolsa Boliviana de Valores S.A., habría procedido a corregir la información, llama la atención que, en el caso de autos, ésta no diera aviso a su agente SAFI Mercantil Santa Cruz S.A, sobre la información errónea remitida, aspecto que provocó justamente que ésta envíe información incorrecta al órgano de regulación, aspectos que hicieron que los efectos de la información errónea perduraran en el tiempo, manteniéndose los mismos en el periodo del 9 al 12 de marzo de 2011**.**

Por último, en este punto, importa precisar que, en relación a que la Bolsa haya subsanado la información, existe norma clara y precisa que establece la **obligación, por parte de los regulados, de remitir información veraz y oportuna, misma que a su vez no puede inducir a error y a confusión** e independientemente de que el error haya sido subsanado, en ningún momento este hecho significa que no pueda ser objeto de sanción, más bien se debe considerar que ante un error cometido por el recurrente, éste está en la obligación de subsanarlo de manera inmediata, esto justamente en procura de que no existan mayores perjuicios, tanto para los usuarios del servicio así como para el propio mercado.

De lo expuesto, se tiene que, todos los aspectos señalados por el recurrente sí fueron objeto de valoración por parte del órgano regulador, cual se evidencia de la lectura de la Resolución Administrativa ASFI Nº 160/2012 de 03 de mayo de 2012, no existiendo, por ende, la vulneración alegada por el recurrente en cuanto a la falta de valoración de la prueba y de los hechos.

Por lo que, se tiene que, en el caso de autos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido con el principio de legalidad, principio de tipicidad y debido proceso, ya que el órgano regulador ha sancionado una conducta típica y antijurídica determinada y sancionada en la norma y ha sancionado al recurrente con multa de acuerdo al criterio de proporcionalidad referido con anterioridad.

2.3. De la aplicabilidad de sanción de amonestación en un caso de similar trascendencia.-

El recurrente argumenta: "*que el órgano regulador emitió la Resolución Administración (sic) ASFI Nº 154/2012 de 27 de abril de 2012 mediante la cual se sanciona a BBV mediante amonestación, donde señalan en su parte considerativa "Que con la conducta descrita, la Bolsa Boliviana de Valores S.A., incurrió en infracción considerada como leve* ***que no ha generado perjuicio económico*** *y que fue susceptible de enmienda y regularización, correspondiendo en tal caso la aplicación del inc. a) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la*

sanción de amonestación a quienes incurran en infracciones leves, susceptibles de enmienda y regularización" (Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, conforme anota la propia recurrente, la sanción de amonestación dada en la Resolución Administrativa ASFI No. 154/2012, se fundamenta en la inexistencia de perjuicio económico, por lo cual y trayendo a colación el análisis *ut supra* dicho elemento -en el caso de autos- es el condicionante para la imposición de la sanción pecuniaria.

Que, es así que la imposición de la multa de Seiscientos Cincuenta 00/100 Dólares Americanos, justamente se debió al hecho probado de que existió negligencia, culpa y **perjuicio económico,** por lo que al no tratarse de un caso análogo o con características similares al presente, no corresponde hacer referencia a la misma.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas llega a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha hecho un correcto análisis de la norma así como una correcta valoración de las pruebas, por lo que la resolución impugnada debe confirmarse en su totalidad.

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE, la Resolución Administrativa ASFI N° 160/2012 de 3 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 068/2012 de 6 de marzo de 2012,

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 165/2012 DE 07 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 056/2012 DE 03 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 056/2012

La Paz, 03 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 165/2012 de 7 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 084/2012 de 16 de marzo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 029/2012 de 21 de agosto de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 106/2012 de 11 de septiembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 24 de mayo de 2012, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado por los señores Holbein Óscar Arévalo Villarroel (Sub Gerente Regional de la Unidad Legal Regional Occidente) y Edwin Ronald Franco García (abogado), presentó contra la Resolución Administrativa ASFI N° 165/2012 de 7 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución

Administrativa ASFI Nº 084/2012 de 16 de marzo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-63994/2012 con fecha de recepción 29 de mayo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 165/2012 de 7 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012 de 16 de marzo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1º de junio de 2012, notificado en fecha 6 de junio de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 165/2012 de 7 de mayo de 2012, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 25 de junio de 2012 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Juan Carlos de la Vía Pereira, Holbein Óscar Arévalo Villarroel, y Edwin Ronald Franco García, en representación del **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-94426/2012 de 2 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros adjunta la documentación complementaria requerida mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 056/2012 de 31 de julio de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR I/R-17929/2012 de 14 de febrero de 2012, notifica al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** con la presunta infracción incurrida por la entidad de intermediación financiera bancaria, conforme el siguiente texto:

> *"...De la información reportada a la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) al 31 de octubre de 2011 y la carta GR-002/2012 remitida a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 12 de enero de 2012, se ha establecido el presunto incumplimiento por parte del Banco de Crédito de Bolivia S.A., al segundo párrafo del artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al haber registrado un exceso del 0.19% al límite máximo del 30% del Patrimonio Neto vigente al 31 de octubre de 2011, por la Boleta de Garantía Nº D201 37092 solicitada por la empresa "The Boeing Company" contragarantizada por el JP Morgan Bank.*
>
> *En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el Título XIII, Capítulo II, Sección 3, Artículo 1 del Reglamento de Sanciones Administrativas de la Recopilación*

de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se notifica al Banco en su persona como Gerente General y representante legal de la entidad, por el presunto incumplimiento antes citado, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de su legal notificación, para que efectúe el descargo o explicación correspondiente debidamente documentado..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 2 de marzo de 2012, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó la nota GR-006/12 referida a los descargos siguientes:

"*…En fecha **27 de septiembre de 2011** nuestra Institución ha emitido la Garantía a Primer Requerimiento N° D201-37092, contragarantizada con un Stand By emitido por el JP Morgan Bank, con las siguientes especificaciones:*

- *A favor de : Aduana Nacional de Bolivia*
- *Por cuenta de : The Boeing Company*
- *Validez : Hasta el 15 de Noviembre de 2011*
- *Monto : **UFV.112.706.935.12.- (Ciento Doce Millones Setecientos Seis Mil Novecientos Treinta y Cinco 12/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)**; moneda exigida según el beneficiario Aduana Nacional de Bolivia.*

*Ahora bien, a la fecha de emisión de la Garantía descrita, el tipo de cambio de la UFV al Boliviano estaba cotizado en 1.67901, según se puede evidenciar del reporte oficial del Banco Central de Bolivia, lo que implica que el monto equivalente en moneda nacional era de **Bs. 189.236.071.14.- (Ciento Ochenta y Nueve Millones Doscientos Treinta y Seis MU Setenta y Uno 14/100 Bolivianos)**.*

*Por otro lado, el patrimonio neto del Banco de Crédito de Bolivia S.A. al 31 de agosto de 2011, el cual se mantenía vigente a la fecha de emisión de la Garantía a Primer Requerimiento, ascendía a la suma de **Bs.632.325.339.- (Seiscientos Treinta y Dos Millones Trescientos Veinticinco Mil Trescientos Treinta y Nueve 00/100 Bolivianos)**.*

*De lo descrito se puede evidenciar, que a la fecha de emisión de la Garantía, el monto afianzado representaba el **29.93% del patrimonio neto de nuestra Institución,** con lo cual dicha operación contingente se otorgó dentro de los parámetros exigidos en el segundo párrafo del Art. 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

Finalmente es necesario mencionar que debido a la variación regular en la cotización de la UFV -como un factor totalmente ajeno a nuestro control- el monto afianzado expresado en Bolivianos, evidentemente a fecha 31 de Octubre de 2011 se vio incrementado, lo cual sin embargo representa un hecho posterior a la emisión de la operación contingente que repetimos, se realizó en plena observancia a lo dispuesto en la normativa legal vigente, y que no podía ser posteriormente cambiada o modificada de forma unilateral por nuestra Institución sin existir un medio efectivo para evitar que esa eventualidad se produzca…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 084/2012 DE 16 DE MARZO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012 de 16 de marzo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"(…)

PRIMERO.- *Sancionar al* ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.****, con la multa pecuniaria de Bs246.411.21 (DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS ONCE 21/100 BOLIVIANOS) equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido al límite determinado en el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por haber registrado al 31 de octubre de 2011, un exceso de 0.19% sobre el Patrimonio Neto vigente a esa fecha por la Boleta de Garantía Nº D201 37092 solicitada por la empresa "The Boeing Company" contragarantizada por el JP Morgan Bank.*

SEGUNDO.- *La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal Nº 1- 4678352 del BANCO UNIÓN S.A., a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

TERCERO.- *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del* ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.*** *debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia del Acta respectiva…"*

Tal determinación se fundamenta en los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, en la evaluación de los descargos presentados por el ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.****, en la carta GR-006/12 de 2 de marzo de 2012, se tomó en consideración la siguiente sucesión de hechos:*

Primera etapa: *Al 27 de septiembre de 2011, el Banco emitió la boleta de garantía contragarantizada, cuando el Patrimonio Neto vigente, era el correspondiente al 31 de agosto de 2011 equivalente a Bs632,325,339 (Seiscientos Treinta y Dos Millones Trescientos Veinticinco Mil Trescientos Treinta y Nueve 00/100 Bolivianos) encontrándose la entidad dentro del margen del límite establecido.*

Segunda etapa: *Al 31 de octubre de 2011, cuando se efectuó la revisión a la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC), el Patrimonio Neto vigente era el correspondiente al 30 de septiembre de 2011, equivalente a Bs632,281,585, siendo el 30% de dicho Patrimonio Bs189,684,475 (Ciento Ochenta y Nueve Millones Seiscientos Ochenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Setenta y Cinco 00/100 Bolivianos), límite que el*

Banco excedió en 0.19% por la Boleta de Garantía a Primer Requerimiento N°D201-37092 emitida el 27 de septiembre de 2011, cuyo saldo a la mencionada fecha equivalía a Bs190,916,531.54 (Ciento Noventa Millones Novecientos Dieciséis Mil Quinientos Treinta y Uno 54/100 Bolivianos).

Que, en ese sentido, el argumento expuesto por el Banco referente a que el tipo de cambio de la UFV al boliviano estaba cotizado en 1.67901, lo que implicaba que el monto equivalente de la Boleta ascendía a la suma de Bs 189,236,071.14 (Ciento Ochenta y Nueve Millones Doscientos Treinta y Seis Setenta y Uno 14/100 Bolivianos) y que el Patrimonio Neto del Banco de Crédito de Bolivia S.A., al 31 de agosto de 2011, vigente a la fecha de emisión de la garantía a primer requerimiento, ascendía a Bs632,325,339 (Seiscientos Treinta y Dos Millones Trescientos Veinticinco Mil Trescientos Treinta y Nueve 00/100 Bolivianos), haciendo que el monto afianzado se encuentre en el margen del 29.93% del patrimonio neto de la institución exigido por el artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras; es un justificativo que no corresponde ser evaluado ya que si bien la boleta de garantía contragarantizada fue emitida el 27 de septiembre de 2011, encontrándose dentro de los límites establecidos por Ley, al 31 de octubre de 2011, el reporte de límites del Sistema de Información Financiera (SIF) registró el exceso en operaciones contingentes en 0.19%, excediendo el límite establecido por el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, en cuanto a la variación regular en la cotización de la UFV que hizo que el monto afianzado expresado en Bolivianos al 31 de octubre de 2011, se viera incrementado, no es un fundamento que desvirtúe el cargo notificado, dado que es responsabilidad de la entidad contar con los controles necesarios que alerten sobre situaciones que según manifestación del propio Banco son regulares, tal es el caso de la variación en el tipo de cambio de la UFV respecto al Boliviano, asimismo, el hecho de que al momento de la emisión de la Boleta de Garantía, ésta representara un 29.93% del Patrimonio Neto, debió ser considerado por la entidad como una alerta para hacer un mayor seguimiento, tomando en cuenta la proximidad al límite legal establecido en el citado artículo 44.

Que, por otra parte, cuando el Banco menciona: "...no podía ser posteriormente cambiada o modificada de forma unilateral por nuestra institución (Banco) sin existir un medio efectivo para evitar que esa eventualidad se produzca", acepta implícitamente el incumplimiento, corroborando además que la entidad no cuenta con los controles suficientes que prevengan la recurrencia de este tipo de eventos.

Que, en aplicación del principio de verdad material que rige al proceso administrativo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, se consideraron todos los documentos y argumentos expuestos por el Banco, concluyendo que éstos no constituyen justificativos válidos para desvirtuar el cargo notificado mediante carta ASFI/DSR I/R-17929/2012 de 14 de febrero de 2012, referido al límite legal establecido en el artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

Que, para la modulación de la sanción debe considerarse lo señalado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de septiembre de 2005, en la que se señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Que, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: a) el hecho se encuentra previsto en el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), b) el exceso se encuentra plenamente demostrado en el reporte de la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) al 31 de octubre de 2011, c) al momento de ponderar las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la debida proporcionalidad de los hechos imputados y la responsabilidad, se tomó en cuenta que el Banco dentro de su gestión de riesgos tiene la obligación de identificar, medir y monitorear los posibles riesgos que se generan en la otorgación de operaciones más aún en el presente caso, cuando el margen para superar el límite establecido en el segundo párrafo del artículo 44 era reducido. Por otro lado, se consideró la inexistencia de reincidencia, lo que muestra que el Banco no ha registrado ninguna otra sanción por el mismo incumplimiento.

Que, a través del Informe Técnico - Legal ASFI/DSR I/R-31765/2012 de 15 de marzo de 2012, se efectuó la evaluación de los descargos presentados por el ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.****, de acuerdo con los principios de sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, concluyendo que los descargos no desvirtuaron los cargos notificados recomendando en aplicación del criterio de discrecionalidad reglada, considerando la concurrencia de los elementos moduladores de la sanción a imponerse, la intencionalidad en el incumplimiento, y lo dispuesto en la norma antes citada, la imposición de sanción de multa equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido por el* ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.*** *…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 4 de abril de 2012, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012 de 16 de marzo de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***3. <u>RECURSO DE REVOCATORIA.</u>***

En el entendido que el regulador ha efectuado una inadecuada aplicación e interpretación de la disposición legal que se acusa incumplida y -por propio criterio- no ha evaluado la posición expresada por el BCP ni de los criterios vertidos, a efectos de la revocatoria de la resolución pronunciada precisamos lo siguiente:

a) *La conjunción disyuntiva que introduce el tenor en la prohibición contenida en el artículo 44 de la Ley 1488, cuando refiere a "…conceder o mantener créditos...", no significa otra cosa que una vez otorgadas las operaciones en contravención de la norma (primera etapa) la entidad financiera no puede mantener ese estado de incumplimiento en lo sucesivo (segunda etapa); no puede mantenerse un estado de incumplimiento cuando previamente no se ha incurrido en él.*

En el marco de los componentes que tiene la prohibición, el concepto relativo a mantener (que prohíbe), no significa otra cosa que proseguir en lo que se está ejecutando, otorgando permanencia a un hecho u acto, en este caso una infracción. De otra manera, sin la primera etapa (otorgar el o los créditos) no es posible <u>mantener</u> algo que aún no existe.

b) *Los límites, límites legales, son aquellos que ponen un marco en el que las personas deben circunscribir sus actos. La prudencia y los actos de prudencia radican en no sobrepasar aquellos a través de una acción u omisión; no importa introducir sub - límites o márgenes (reducidos o no) ya que él o los limites son un absoluto.*

El BCP a tiempo de actuar (otorgar las operaciones) se administró en los límites que fija la ley, ni mucho más ni mucho menos, porque éstos no admiten aproximación, y la diferencia generada no obedece ni a una acción o a una omisión suya, por más que se invoquen controles y medios que la resolución 084/2012 no identifica.

c) *Esa resolución ha reconocido que ha* (sic) *tiempo de otorgarse la operación el BCP se encontraba dentro de los límites establecidos por Ley, en consecuencia no incurrió en infracción alguna. Reconoce también, por el descargo que fue presentado, que hubo una variación en la cotización de la UFV, pese a afirmar que ese descargo representa "...un justificativo que no corresponde ser evaluado...", negando de ese modo el propio sustento legal contenido en el artículo 67 del D.S. 27175 que impone al administrador la prohibición de ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados.*

d) *En función al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26390, las entidades financieras pueden efectuar operaciones y contratos en UFV, que serán cobrados y pagados en moneda nacional con mantenimiento de valor según la evolución diaria del índice de esa unidad, publicado por el Banco Central de Bolivia - BCB. Vale decir que las circunstancias y la definición del valor de la UFV ni siquiera está librada a la facultad de una autoridad sino a un proceso de evolución.*

En ese contexto es incontrovertible la licitud de la operación, como es incontrovertible la existencia de condiciones y mecanismos de variación de la UFV independientes a

cualquier accionar del BCP.

Por todo lo expuesto, existiendo una inadecuada valoración de los hechos a tiempo de adecuarlos a la prohibición del citado artículo 44 de la Ley 1488, conforme al artículo 43 b) del D.S. 22175 su autoridad se servirá revocar la resolución 084/2012, dejando sin efecto la sanción impuesta…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 165/2012 DE 7 DE MAYO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 165/2012 de fecha 7 de mayo de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012 de fecha 16 de marzo de 2012, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO***

Que, el artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define al crédito como: "... todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes ***o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones*** *contraídas por sus clientes".*

Que el artículo 44 de la citada Ley, establece que: "(...) Una entidad de intermediación financiera bancaria ***no podrá conceder o mantener créditos*** *con un solo prestatario o grupo prestatario que, en su conjunto, excedan el veinte por ciento (20%) del patrimonio neto de la entidad.*

Las operaciones contingentes, contragarantizadas a primer requerimiento por Bancos extranjeros de primera línea, según registro de la Superintendencia, podrán alcanzar el límite máximo del treinta por ciento (30%) del patrimonio neto de la entidad".

Que, los artículos 4 y 5 de la Sección 1, Capitulo I del Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dentro de sus definiciones establece que:

"4. Comité de Riesgos: órgano creado por la EIF, responsable de las políticas, sistemas, metodologías, modelos (…) y de proponer los límites de exposición a éstos".

"5. Unidad de Gestión de Riesgos: órgano autónomo responsable de identificar, medir, monitorear, controlar y divulgar todos los riesgos -crediticio, de mercado, liquidez, operativo, legal- que enfrenta la EIF".

CONSIDERANDO:

Que, en referencia al análisis que efectúa el Banco deslindando responsabilidades en

función a que la operación fue otorgada dentro de los límites legales correspondientes, corresponde efectuar las puntualizaciones siguientes:

Evaluación del inciso a)

La conjunción disyuntiva contenida en el Artículo 44 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es clara e inequívoca al manifestar: "Una entidad de intermediación financiera bancaria, no podrá conceder o mantener créditos...". En el presente caso se puede verificar (primera etapa), que si bien la Boleta de Garantía fue otorgada en un estricto marco legal, sin sobrepasar el límite legal permitido, pero muy cerca de éste (29.93%), este crédito no consideró el riesgo crediticio que se traduce en una constante variación de la UFV, que tuvo como consecuencia lógica el desfase del límite legal al 30 de septiembre de 2012 (información vigente a partir del 18 de octubre de 2012), que produjo (segunda etapa) el mantenimiento del desequilibrio, provocando el desfase del límite legal referido.

Evaluación del inciso b)

El límite legal establecido en el capítulo V LIMITACIONES Y PROHIBICIONES de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) expresamente dispone las restricciones que deben observar las entidades de intermediación financiera en el control de sus operaciones con relación al patrimonio neto de la institución.

Al referimos a los límites legales, expresamos la relación que existe entre éstos y el patrimonio neto. En el presente análisis se ha podido verificar que el patrimonio neto de la Institución Financiera ha sufrido descensos, que también han ocasionado la disminución de su límite para otorgar créditos, como se puede observar del siguiente cuadro:

Fecha	Patrimonio Neto (en Bolivianos)	Fecha de Vigencia	
		Desde	Hasta
31/08/2011	632,**325,339**.00	14/09/2011	17/10/2011
30/09/2011	632,**281,585**.00	18/10/2011	16/11/2011
31/10/2011	**631,991,752**.00	17/11/2011	15/12/2011

En este sentido, otro de los riesgos que no ha observado el Banco al momento de otorgar una boleta de garantía, es justamente que al disminuir su patrimonio, también disminuyo (sic) *el porcentaje límite para realizar operaciones, teniendo como consecuencia el desfase de su límite legal permitido.*

Evaluación del inciso c)

Es cierto y evidente que el BCP al momento de otorgar la operación éste se encontraba dentro de los límites establecidos por Ley, pero con margen muy estrecho ***29.93%*** *del 30% permitido para este tipo de operaciones.*

La Sección I del Capítulo I del Título V referida a la Gestión de Riesgo de Crédito, establece que el Comité de Riesgos, de obligatoria aplicación para todas las entidades de intermediación financiera, es responsable del diseño de las políticas, sistemas, metodologías, modelos y principalmente procedimientos para la eficiente gestión integral de los riesgos.

Consecuentemente, el Banco no consideró el riesgo de crédito por la volatilidad de la UFV, cuya proyección, sólo en el mes de septiembre, tiene la siguiente variación:

Cotización de la UFV en el mes de septiembre de 2011

Nro.	Fecha	Valor de la UFV
1	1 de Septiembre de 2011	**1,66678**
2	2 de Septiembre de 2011	1,66727
3	3 de Septiembre de 2011	1,66776
4	4 de Septiembre de 2011	1,66825
5	5 de Septiembre de 2011	1,66874
6	6 de Septiembre de 2011	1,66923
7	7 de Septiembre de 2011	1,66972
8	8 de Septiembre de 2011	1,67021
9	9 de Septiembre de 2011	1,67070
10	10 de Septiembre de 2011	1,67119
11	11 de Septiembre de 2011	1,67165
12	12 de Septiembre de 2011	1,67211
13	13 de Septiembre de 2011	1,67257
14	14 de Septiembre de 2011	1,67303
15	15 de Septiembre de 2011	1,67349
16	16 de Septiembre de 2011	1,67395
17	17 de Septiembre de 2011	1,67441
18	18 de Septiembre de 2011	1,67487
19	19 de Septiembre de 2011	1,67533
20	20 de Septiembre de 2011	1,67579
21	21 de Septiembre de 2011	1,67625
22	22 de Septiembre de 2011	1,67767
23	23 de Septiembre de 2011	1,67717
24	24 de Septiembre de 2011	1,67763
25	25 de Septiembre de 2011	1,67809
26	26 de Septiembre de 2011	1,67855
27	27 de Septiembre de 2011	1,67901
28	28 de Septiembre de 2011	1,67947
29	29 de Septiembre de 2011	1,67993
30	30 de Septiembre de 2011	**1,68039**

En este sentido, el Banco al no considerar los procedimientos de la gestión de riesgos, que se traduce en la incertidumbre en operaciones financieras derivadas de la volatilidad de los índices de cambio en operaciones realizadas por las entidades financieras, ha infringido por una parte la Sección I, Capítulo I del Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, así como el artículo 44 de la Ley de Bancos para Entidades Financieras (Texto Ordenado) por

mantener el exceso del límite legal del 30% permitido al 30 de septiembre de 2012, vigente a partir del 18 de octubre de 2012.

Evaluación del inciso d)

Como se ha explicado en el inciso anterior, es el Banco de Crédito de Bolivia S.A. el obligado a observar el riesgo crediticio para esta clase de operaciones, más aún, la evolución diaria del índice de UFV, la misma que de acuerdo al cuadro tiene una evolución diaria, como se ha podido demostrar en el cuadro anterior, la que no se consideró oportunamente, otorgando un margen muy estrecho al 30% permitido.

Que, el exceso al límite legal establecido en el que incurrió el Banco de Crédito de Bolivia S.A. al 31 de septiembre de 2011 (vigente a partir del 18 de octubre de 2012), no se debió a simple otorgación de la Boleta de Garantía, sino que el Banco al no considerar el riesgo crediticio, la evolución de la UFV y la disminución de su Patrimonio Neto es responsable del exceso del límite legal previsto por el artículo 44° de la LBEF, que supera el 30% patrimonio neto de la entidad…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 24 de mayo de 2012, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 165/2012 de fecha 7 de mayo de 2012, expresando lo siguiente:

"…***RECURSO JERARQUICO.***

En el entendido que el regulador ha efectuado una inadecuada aplicación e interpretación de las disposiciones legales que se reputa haber sido incumplidas, habiendo, así mismo, evaluado de manera incorrecta la posición expresada por el BCP a efectos de la revocatoria de la resolución previamente citada, interponemos el presente Recurso Jerárquico en mérito a los siguientes fundamentos de orden legal:

a) *La conjunción disyuntiva que introduce el tenor en la prohibición contenida en el artículo 44 de la Ley N° 1488, cuando refiere a "...conceder **o** mantener créditos...", no significa otra cosa que una vez otorgadas las operaciones en contravención de la norma (primera etapa) la entidad financiera no puede mantener ese estado de incumplimiento en lo sucesivo (segunda etapa); dicho en otros términos, no puede mantenerse un estado de incumplimiento cuando previamente no se ha incurrido en él.*

En el marco de los componentes que tiene la prohibición, el concepto relativo a mantener (que prohíbe), no significa otra cosa que proseguir en lo que se está ejecutando, otorgando permanencia a un hecho u acto, en este caso una infracción. De otra manera, sin la primera etapa (otorgar él o los créditos) no es posible mantener algo que aún no existe, considerando que uno es consecuencia lógica del otro, motivo por el cual el control y evaluación del riesgo crediticio y de

su otorgación dentro del marco legal establecido, ha sido completado y llevado adelante por nuestra institución en estricto apego a las normas legales vigentes.

b) *Los límites, límites legales, son aquellos que ponen un marco en el que las personas deben circunscribir sus actos. La prudencia y los actos de prudencia radican en no sobrepasar aquellos a través de una acción u omisión; no importa introducir sub-límites o márgenes (reducidos o no) ya que él o los límites son un absoluto.*

El BCP a tiempo de actuar (otorgar las operaciones) se administró dentro de los límites establecidos por ley, sin tomar en cuenta que se encuentre cerca o lejos del límite establecido, enmarcándose únicamente dentro de lo legalmente permitido, así mismo, la diferencia generada no obedece ni a una acción o a una omisión suya. Los controles y medios que el Banco debió observar conforme lo establecen las resoluciones ASFI N° 084/2012 y ASFI N° 165/2012 no han sido identificados ni expuestos por el Ente Regulador.

c) *Tanto la Resolución ASFI N° 084/2012 como la ASFI N° 165/2012 reconocen de manera expresa que el Banco se encontraba en sujeción a las normas legales a tiempo de otorgarse la operación, enmarcando su actuar dentro de los límites establecidos por Ley, entendiéndose en consecuencia que el BCP no incurrió en infracción alguna. Reconoce también, por el descargo que fue presentado, que la variación en el porcentaje al que alcanzaba la operación sufrió variación a consecuencia de la volatilidad en la cotización de de la UFV.*

d) *En función al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26390, las entidades financieras pueden efectuar operaciones y contratos en UFV, que serán cobrados y pagados en moneda nacional con mantenimiento de valor según la evolución diaria del índice de esa unidad, publicado por el Banco Central de Bolivia, en este entendido, la variación y volatilidad de la UFV se encuentra ligada a un proceso de evolución, quedando fuera del alcance del Banco o de cualquier otra institución pública o privada la posibilidad de prever la evolución positiva o negativa que la moneda pudiera sufrir.*

e) *Entendiendo que, la relación comercial con el cliente se encontraba ya establecida, contratada bajo determinadas condiciones de forma y tiempo, y en atención de que por la misma naturaleza de la operación el Banco no podría haber afectado, modificado o suspendido esta relación de manera unilateral, el Banco se encontraba imposibilitado de introducir nuevos elementos en la relación contractual con el cliente, por el sólo hecho de haberse registrado una variación positiva en la cotización de la UFV. En este contexto es importante mencionar que, normativamente, el Banco no cuenta con las herramientas que permitan identificar un proceso dirigido a la eliminación de estos riesgos crediticios, que llegan a producirse por la variación de elementos externos fuera del control de nuestra entidad.*

En este contexto, debe quedar en claro que a la fecha no existe ninguna norma regulatoria en la cual se establezca la previsión para actuar en estos casos, es

decir, que no existe regulación sobre el procedimiento que los Bancos deberían asumir frente a posibles contingentes de riesgo crediticio que se presentaran por variaciones del mercado. Así mismo, no existe norma alguna ni pronunciamiento del regulador respecto al momento adecuado para tomar las previsiones comerciales necesarias que permitan mantener las operaciones dentro de los límites establecidos, sin que esto llegare a afectar la relación ya establecida entre el Banco y el cliente, no existiendo las pautas que indique el momento para tomar las previsiones correspondientes en caso de haberse celebrado operaciones dentro de los parámetros legales, siendo que las mismas sufran variaciones a consecuencia de factores externos.

f) *En cuanto al **desfase** del límite al cual hace referencia el Regulador, debemos aclarar que los límites como tal, son indicadores máximos o mínimos establecidos por norma a fin de otorgar los niveles dentro de los cuales deben enmarcarse las operaciones, en este entendido, consideramos que no corresponde entender que hubo un desfase del límite legal, mismo que como señalado, fue observado y cumplido al momento de la otorgación de la operación con el cliente.*

g) *Finalmente el Banco considera que la sanción impuesta por el regulador, no se encuentra enmarcada dentro de los parámetros legales vigentes, siendo que conforme lo dispuesto por la resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de septiembre de 2005, no se cumple con los presupuestos del Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria: "a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas, infracciones en la norma aplicable" presupuesto incumplido toda vez que, conforme lo expuesto, el Art. 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece la obligación de observar el límite legal en la otorgación de las operaciones crediticias, entendiendo que con el término **mantener** se refiere a los casos en los que habiendo otorgado una operación fuera de límites la misma se mantuviera sin ser corregida, lo cual no ocurrió en el presente caso, siendo que la tipificación de la obligación, corresponde netamente a una interpretación normativa realizada por la ASFI.*

Por otra parte, observamos el incumplimiento del presupuesto del inciso "c)...el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad", observamos que en un análisis adecuado de las circunstancias, el presunto incumplimiento al que refiere la interpretación normativa del regulador, no valora de manera correcta los factores que derivaron en el exceso del límite impuesto, siendo que éste se dio por circunstancias ajenas al Banco y no así por un inadecuado control en la asignación de créditos.

Por todo lo expuesto, existiendo una inadecuada valoración de los hechos así como una incorrecta interpretación de las normas legales a tiempo de adecuarlos a la prohibición del citado artículo 44 de la Ley N° 1488, en tiempo hábil y conforme al artículo 66 de la Ley N° 2341 interponemos el presente Recurso Jerárquico, a los efectos de que su autoridad remita los antecedentes ante la

autoridad competente, para que en estricta valoración de la prueba y los argumentos expuestos en el presente memorial, se pronuncie en mérito al artículo 68 de la Ley N° 2341 y artículos 59 y 60 del D.S. N° 27175 disponiendo REVOCAR las referidas Resoluciones ASFI N° 084/2012 de fecha 16 de marzo de 2012 y ASFI N° 165/2012 de fecha 7 de mayo de 2012…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 25 de junio de 2012 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Juan Carlos de la Vía Pereira, Holbein Óscar Arévalo Villarroel, y Edwin Ronald Franco García, en representación del **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme al registro que queda en la grabación magnetofónica correspondiente.

8. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-94426/2012 de 2 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta la documentación que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2012, consistente en copia del Recurso de Revocatoria que fuera presentado por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 4 de abril de 2012, conforme ha sido relacionado en el numeral 4 supra.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Del contrato de fianza bancaria suscrito por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** con la empresa The Boeing Company, tal entidad financiera, ahora recurrente, emitió en fecha 27 de septiembre de 2011, la Boleta de Garantía a primer requerimiento N° D201-37092 por cuenta de la mencionada empresa y a favor de la Aduana Nacional de Bolivia, con validez hasta el 15 de noviembre de 2011, y por el valor afianzado de UFV 112.706.935.12.- (Ciento doce millones setecientos seis mil novecientos treinta y cinco 12/100 Unidades de Fomento a la Vivienda). Según los datos que salen del expediente, la operación se encontraba contragarantizada con un "*Stand By*" emitido por el JP Morgan Bank (Banco extranjero de primera línea, conforme se anota en el Informe Técnico Legal/ASFI/DSR I/R-31765/2012 de 15 de marzo de 2012).

Emergente de ello y una vez reportada la información correspondiente a tal operación por ante la Central de Información de Riesgo Crediticio, la Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero determinó que el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.** habría incumplido lo establecido por el artículo 44º de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras.

La norma precitada (Art. 44º de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, modificado por la Ley Nº 2297 de 20 de diciembre de 2001, según el texto ordenado y aprobado por el Decreto Supremo Nº 26581 de 3 de abril de 2002), establece que:

> "…***Artículo 44.-*** *Una entidad de intermediación financiera bancaria no podrá conceder o mantener créditos con un solo prestatario o grupo prestatario que, en su conjunto, excedan el veinte por ciento (20%) del patrimonio neto de la entidad.* ***Las operaciones contingentes contragarantizadas a primer requerimiento por bancos extranjeros de primera línea, según registro de la Superintendencia, podrán alcanzar el límite máximo del treinta por ciento (30%) del patrimonio neto de la entidad***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El Informe Técnico Legal/ASFI/DSR I/R-31765/2012 de 15 de marzo de 2012, define a la infracción cometida en función de la norma precitada, de la siguiente manera:

> "…*el incumplimiento no ocurrió a la fecha de emisión de la Boleta de Garantía (27 de septiembre de 2011), sino el 31 de octubre 2011, cuando el monto equivalente en bolivianos de la misma excedió el límite máximo del 30% dispuesto por el segundo parágrafo del artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado). En consecuencia, para la determinación del exceso a dicho límite se utilizó como parámetro el Patrimonio Neto del Banco al 30 de septiembre de 2011, vigente a partir del 18 de octubre de 2011, que ascendía a Bs632,281,585 del cual el monto de la Boleta de Garantía, representa el 30.19%, generando un exceso del 0.19%, …*"

La sustanciación del proceso sancionatorio, ha dado lugar a la Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012 de 16 de marzo de 2012, por la que se sanciona al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.** "*con la multa pecuniaria de Bs246,411.21 (DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS ONCE 21/100 BOLIVIANOS) equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido al límite determinado en el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por haber registrado* ***al 31 de octubre de 2011****, un exceso de 0.19% sobre el Patrimonio Neto vigente a esa fecha por la Boleta de Garantía Nº D201 37092 solicitada por la empresa "The Boeing Company" contragarantizada por el JP Morgan Bank*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Posteriormente -dado habérsele opuesto Recurso de Revocatoria-, dio lugar a la Resolución Administrativa ASFI Nº 165/2012 de 7 de mayo de 2012, confirmatoria de la anterior, cuya impugnación constituye al presente, objeto de la Resolución Ministerial Jerárquica presente.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1.- Del momento en que se produjo la infracción.-

El alegato presentado por el **BANCO DE CREDITO S.A.** (inciso a)) del Recurso Jerárquico, está referido a que en el entender del recurrente, el artículo 44º de la Ley de Bancos y Entidades

Financieras le es aplicable a operaciones otorgadas "*en contravención de la norma*" (a lo que denomina *primera etapa*), determinando que no se pueda "*mantener ese estado de incumplimiento en lo sucesivo (segunda etapa)*".

Tal diferenciación tiene que ver -se entiende- con la establecida por la Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012 de 16 de marzo de 2012, cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha definido las siguientes etapas en la comisión de la infracción:

> "…***Primera etapa: Al 27 de septiembre de 2011, el Banco emitió la boleta de garantía… encontrándose la entidad dentro del margen del límite establecido***.
>
> ***Segunda etapa: Al 31 de octubre de 2011****, cuando se efectuó la revisión a la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC), el Patrimonio Neto vigente era el correspondiente al 30 de septiembre de 2011, equivalente a Bs632,281,585, siendo el 30% de dicho Patrimonio Bs189,684,475 (Ciento Ochenta y Nueve Millones Seiscientos Ochenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Setenta y Cinco 00/100 Bolivianos),* ***límite que el Banco excedió en 0.19% por la Boleta de Garantía***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Recuérdese que la boleta de garantía de referencia, otorgada en fecha 27 de septiembre de 2011, tuvo una validez hasta el 15 de noviembre de 2011, por lo que el periodo comprendido entre tales fechas (31 de octubre de 2011, incluido) constituyó una operación bancaria contingente.

Entonces, en la posición de la entidad recurrente, cuando se emitió la Boleta de Garantía Nº D201 37092, la operación se encontraba dentro del margen del límite establecido por el artículo 44º de la Ley Nº 1488 (primera etapa), determinando resulte intrascendente que, de la revisión del patrimonio neto al 31 de octubre de 2011 que importa la segunda etapa, resultare haberse excedido tal límite.

Tal interpretación, siempre según el recurrente, corresponde al uso de la conjunción disyuntiva "*o*" en el artículo 44º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras -"*no podrá conceder* ***o*** *mantener créditos*"-, concluyendo que "*no puede mantenerse un estado de incumplimiento cuando previamente no se ha incurrido en él*".

Entonces, en tal pretensión, **para que una entidad sea sancionada por mantener** operaciones por encima del límite máximo del treinta por cuento (30%) de su patrimonio neto, necesariamente tuvo también que haberlo **concedido** con esa misma circunstancia; resulta entonces que el *conceder* y el *mantener*, en la lógica del recurrente, tienen que acaecer con respecto a una misma operación, de manera tal que para que la misma sea sancionable, tuvo que otorgarse la operación con el vicio (exceso en el límite legal) pero **además**, la irregularidad tuvo que mantenerse.

En ello radica la contradicción de la propuesta del **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**: el carácter de permanencia de la infracción que él exige para la viabilidad de la sanción, no puede devenir de la expresión "*no podrá conceder* ***o*** *mantener créditos*" que sale de la norma, toda vez que tal conjunción disyuntiva, como dice su

nombre, plantea la existencia de una alternativa: teleológicamente, la norma no ha sido concebida para un proceso único en el que necesariamente debe concurrir y persistir la misma infracción.

Más por el contrario, la conjunción disyuntiva "o" en el artículo 44º de la Ley Nº 1488, hace referencia a la concurrencia de la infracción en cualquiera de las dos etapas del proceso, previstas por la Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012: sea durante su otorgamiento **o** sea durante su vigencia (cuando se lo mantiene en tal calidad).

Bajo la lógica del recurrente, no tendría sentido sancionar (y así mencionarse en la Ley) el mantenerse un crédito en el que existe el exceso, cuando necesariamente también tuvo que haberse otorgado con la misma característica, bastaría con sancionar el otorgamiento por cuanto, así se corrigiera la irregularidad lo más antes posible, igual la tendría que mantener por algún periodo de tiempo.

Queda establecida que, la finalidad de la norma contenida en el artículo 44º de la Ley Nº 1488 (de Bancos y Entidades Financieras), es la de evitar la concentración del crédito en un sólo prestatario o grupo prestatario, lo que es independiente de si ello pueda suceder a tiempo del otorgamiento o en el transcurso de su vigencia; en tanto el prestatario o grupo prestatario resulte deudor de la entidad financiera, el endeudamiento no puede ser superior a los límites dispuestos por el artículo señalado, no siendo del caso considerar si a tiempo de su otorgamiento el crédito no sobrepasaba el límite legal, o si sobrepasándolo en su vigencia resulta intrascendente al haber sido otorgado con observancia momentánea de la norma. La realidad fáctica determina que al 31 de octubre de 2011 la norma estaba incumplida.

Consiguientemente, corresponde rechazar la interpretación normativa que a este respecto ha realizado el recurrente: independientemente de haberse otorgado la operación sin infracción a la norma, puede en el transcurso del tiempo y en tanto esté vigente, presentarse la irregularidad como ha sido en el caso de autos, resultando por ello sancionable.

2.2. Consideraciones sobre los restantes alegatos del Recurso Jerárquico.-

Establecida la controversia en, si el cumplimiento de la norma a tiempo del otorgamiento de una operación, determina la intrascendencia del incumplimiento en el mantenimiento de la misma, y estando ello dilucidado en el numeral 2.1 precedente, en sentido contrario a ello, es decir, que el cumplimiento a tiempo del otorgamiento es independiente del cumplimiento que debe existir mientras se mantiene vigente la operación, resulta que los restantes alegatos (incisos 'b', 'c', 'd', 'e', 'f' y 'g') corresponden también a la lógica del considerado supra inciso 'a', por lo que corren igual suerte en sentido de ser rechazados por su improcedencia.

No obstante, en observancia del artículo 16º, inciso h) (*las personas tienen los siguientes derechos:… a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen*) de la Ley Nº 2341 de de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), es menester esclarecer aspectos concretos a los que se refiere el recurso Jerárquico.

Así, el inciso b) señala que:

> "…*El BCP a tiempo de actuar (otorgar las operaciones) se administró dentro de los límites establecidos por ley, sin tomar en cuenta que se encuentre cerca o lejos del límite establecido, enmarcándose únicamente dentro de lo legalmente permitido*…"

El inciso c) complementa:

> "…*la Resolución ASFI N° 084/2012 como la ASFI N° 165/2012 reconocen de manera expresa que el Banco se encontraba en sujeción a las normas legales a tiempo de otorgarse la operación, enmarcando su actuar dentro de los límites establecidos por Ley, entendiéndose en consecuencia que el BCP no incurrió en infracción alguna. Reconoce también, por el descargo que fue presentado, que la variación en el porcentaje al que alcanzaba la operación sufrió variación a consecuencia de la volatilidad en la cotización de de la UFV*…"

En el mismo sentido el inciso f):

> "…*no corresponde entender que hubo un desfase del límite legal, mismo que como señalado, fue observado y cumplido al momento de la otorgación de la operación con el cliente*…"

Estando fuera de discusión el que, en fecha 27 de septiembre de 2011, a tiempo de emitir la boleta de garantía N° D201-37092, la operación se encontraba dentro del margen del límite establecido por el artículo 44° de la Ley N° 1488, resulta licencioso -porque de ello está también consciente el recurrente- aclarar que la irregularidad se produjo con posterioridad, en fecha 31 de octubre de 2011, cuando el Patrimonio Neto del Banco al 30 de septiembre de 2011, tenido como parámetro y vigente desde el 18 de octubre de 2011, ascendía a Bs 632,281,585.- (seiscientos treinta y dos millones doscientos ochenta y un mil quinientos ochenta y cinco 00/100 bolivianos), representando el monto de la boleta de garantía el 30.19% del mismo, entonces en un exceso del 0,19% del margen permitido.

La diferencia generada entre el 29.93% existente a tiempo del otorgamiento, y el 30.19% al 31 de octubre de 2011, está determinada por la variación del valor Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) en el transcurso del tiempo, variación que el Ente Regulador califica como *regular*.

Entonces, como señala el Recurso Jerárquico, la "*diferencia generada no obedece ni a una acción o a una omisión*" del Banco sancionado, por tanto no radica la infracción en la conducta apriorística a tiempo del otorgamiento, sino en la falta de análisis previsional futuro, sobre si por la variación regular del valor Unidad de Fomento a la Vivienda, podría resultar excederse -como al final sucedió- el límite legal previsto por el artículo 44° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras; esa es la conducta -omisiva- que en definitiva ha determinado la sanción, por cuanto, la misma ha dado lugar al exceso ilegal en el límite legal.

La entidad recurrente señala además que "…*Los controles y medios que el Banco debió*

observar conforme lo establecen las resoluciones ASFI N° 084/2012 y ASFI N° 165/2012 no han sido identificados ni expuestos por el Ente Regulador…"; no obstante, el suceso de la infracción es independiente del cómo se debió evitar que ello suceda, por lo que mal puede pretender la entidad recurrente que sea el Ente Regulador, quien le señale los mecanismos de control con los que debió evitar la efectiva ocurrencia de la infracción, lo que en definitiva y dado su propio interés, tanto en operar con la prestación comercial de servicios bancarios (tal cual resulta la fianza bancaria), como evitar las sanciones por infracción a la norma, es de interés primario suyo.

En el inciso d) del Recurso Jerárquico, acusa que:

> "*… En función al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26390, las entidades financieras pueden efectuar operaciones y contratos en UFV, (…) la variación y volatilidad de la UFV se encuentra ligada a un proceso de evolución, quedando fuera del alcance del Banco o de cualquier otra institución pública o privada la posibilidad de prever la evolución positiva o negativa que la moneda pudiera sufrir…*"

Tal extremo, sin embargo, ha sido esclarecido por la Resolución Administrativa ASFI N° 165/2012 de fecha 7 de mayo de 2012, por el que la entidad recurrida establece que:

> "*…La Sección I del Capítulo I del Título V referida a la Gestión de Riesgo de Crédito, establece que el Comité de Riesgos, de obligatoria aplicación para todas las entidades de intermediación financiera, es responsable del diseño de las políticas, sistemas, metodologías, modelos y principalmente procedimientos para la eficiente gestión integral de los riesgos.*
>
> *Consecuentemente, el Banco no consideró el riesgo de crédito por la volatilidad de la UFV, (…)*
>
> *En este sentido, el Banco al no considerar los procedimientos de la gestión de riesgos, que se traduce en la incertidumbre en operaciones financieras derivadas de la volatilidad de los índices de cambio en operaciones realizadas por las entidades financieras, ha infringido por una parte la Sección I, Capítulo I del Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, así como el artículo 44 de la Ley de Bancos para Entidades Financieras (Texto Ordenado) por mantener el exceso del límite legal del 30% permitido al 30 de septiembre de 2012, vigente a partir del 18 de octubre de 2012…*"

Siendo evidente lo expresado por el Ente Regulador, corresponde darle razón, y rechazar lo mencionado referente a, "*la posibilidad de prever la evolución positiva o negativa que la moneda pudiera sufrir*" que ha sido expresada por el recurrente, lo que amén de sí ser factible, hace además a una práctica normal de los operadores del mercado financiero en la perspectiva de reducir, a su favor, el riesgo de sus operaciones.

En el mismo sentido, le es aplicable este último criterio a lo señalado por el recurrente en el inciso e), segundo párrafo, de su Recurso Jerárquico (sobre que no existiría "*ninguna norma regulatoria en la cual se establezca la previsión para actuar en estos casos*"); por lo demás,

lo señalado en el primer párrafo del mismo inciso e), acerca de que "*por la misma naturaleza de la operación el Banco no podría haber afectado, modificado o suspendido esta relación de manera unilateral, el Banco se encontraba imposibilitado de introducir nuevos elementos en la relación contractual con el cliente*", no constituye un argumento válido contra el cargo impuesto y sancionado, sino por el contrario, justifican la necesidad de prevención de la trascendencia negativa y principalmente positiva emergente de la fluctuación del valor Unidad de Fomento a la Vivienda, a efectos de evitar la infracción del límite de endeudamiento permitido, dado además (entre otros) el extremo mencionado por el propio recurrente.

2.3. Trascendencia del Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria.-

El **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en el inciso g) de su Recurso Jerárquico, acusa que:

> "…*la sanción impuesta por el regulador, no se encuentra enmarcada dentro de los parámetros legales vigentes, siendo que conforme lo dispuesto por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de septiembre de 2005, no se cumple con los presupuestos del Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria: "a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas, infracciones en la norma aplicable*" (…)
>
> …*observamos el incumplimiento del presupuesto del inciso "c)...el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad", observamos que en un análisis adecuado de las circunstancias, el presunto incumplimiento al que refiere la interpretación normativa del regulador, no valora de manera correcta los factores que derivaron en el exceso del límite impuesto, siendo que éste se dio por circunstancias ajenas al Banco y no así por un inadecuado control en la asignación de créditos*…"

En ambos presupuestos, incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de septiembre de 2005, el recurrente los hace depender nuevamente, de su interpretación particular en cuanto a que las etapas de otorgar y mantener una operación, deben ocurrir con respecto a una misma operación, lo que determinaría que, al haberse otorgado la operación en una oportunidad en la que no existía transgresión al artículo 44º de la Ley Nº 1488, y al haber ocurrido la infracción durante la vigencia misma de tal operación (por el transcurso del tiempo en función de la fluctuación del valor Unidad de Fomento a la Vivienda y no así por conducta sancionable suya), no correspondería la imposición de sanción alguna.

Amén que ello ha sido dilucidado en el numeral 2.1. supra, es pertinente establecer que lo ahora expresado en el inciso g) del Recurso Jerárquico, conforme se evidencia del tenor de su redacción, resulta en una continuación -como lo es en general todo el Recurso- del alegato del inciso a), antes que un agravio específico por la falta de aplicación del Principio de Proporcionalidad en sí mismo, al caso de autos.

A efectos de su consideración, es pertinente pasar a definir el principio señalado como conculcado. Así, la Ley N°2341 establece:

> "…***ARTÍCULO 75° (Principio de Proporcionalidad).-*** *el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la normas infringidas*…"

Coincidente con lo anterior, señala Juan José Díaz Guevara en *El Principio de Razonabilidad en la Ley Administrativa Peruana* (que no obstante el título, lo toca en su aspecto universal), que el principio de razonabilidad es aquel por mediante el cual:

> "…*las autoridades deben prever que la comisión de la* ***conducta*** *sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las* ***normas*** *infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción*…".

A estos criterios se acomodan perfectamente las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/018 de 30 de noviembre de 2009 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009, las que coinciden al rescatar lo señalado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), cuando expresa que:

> "…*El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material...*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión*…"

Dado que se encuentra determinado el que el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, al 31 de octubre de 2011, excedió en un 0.19% el límite del 30% de su Patrimonio

Neto, durante la vigencia de la Boleta de Garantía D201- 37092, emitida el 27 septiembre de 2011, corresponde la aplicación de la sanción, a cuyo efecto, la entidad recurrida se ha remitido a lo establecido por el artículos 99º, numeral 2, y 102º, de la ley Nº 1488 (de Bancos y Entidades Financieras).

No obstante, el primero de los artículos señalados, establece que:

> "…***Artículo 99.-*** *Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas* (…)
>
> *2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo*…"

Por su parte, la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012 de 16 de marzo de 2012 ha señalado que:

> "…*los descargos no desvirtuaron los cargos notificados recomendando en aplicación del criterio de discrecionalidad reglada, considerando la concurrencia de los elementos moduladores de la sanción a imponerse, la intencionalidad en el incumplimiento, y lo dispuesto en la norma antes citada, la imposición de sanción de multa equivalente al veinte por ciento (20%) del exceso incurrido por el* ***BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.***…"

Determinación asumida por la autoridad reguladora, según se desprende del Informe Técnico Legal/ASFI/DSR I/R-31765/2012 de fecha 15 de marzo de 2012, en atención a los precedentes de las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 y SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en sentido que "*El Principio de Proporcionalidad en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer*", señalando además que se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros:

> "…*a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión.*"

Por lo que al hecho han correspondido las siguientes consideraciones: a) el hecho se encuentra previsto en el segundo párrafo del artículo 44º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, b) el exceso queda plenamente demostrado en el reporte de la Central de

Información de Riesgo crediticio (CIRC) al 31 de octubre de 2011, c) que el Banco tiene la obligación de monitorear los posibles riesgos que se generan en sus operaciones, además que se consideró la inexistencia de reincidencia.

En virtud a toda la normativa señalada y las consideraciones de lo expuesto en el párrafo precedente, se impuso la sanción con multa pecuniaria del 20% del exceso en el que incurrió el recurrente, vale decir sobre Bs 1.232.056,04.- (UN MILLÓN DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CINCUENTA Y SEIS 04/100 BOLIVIANOS), cuyo importe resulta en Bs 246.411,21.- (DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS ONCE 21/100 BOLIVIANOS), representando el 0,41% del Capital Mínimo, por lo que se encuentra dentro del margen permitido en la normativa sancionatoria aplicada por el Ente Regulador.

La motivación que ha llevado a la imposición de dicha cuantía en la sanción pecuniaria, se funda en la discrecionalidad del Ente Regulador, para lo cual es pertinente remitirse a lo expresado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional N° 1464/2004-R, que en la parte pertinente señala:

> "…***Principio de los límites a la discrecionalidad.*** *La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."*

Por consiguiente y contrariamente a lo pretendido por el recurrente, la Resolución sancionatoria (Resolución Administrativa ASFI N° 084/2012 de 16 de marzo de 2012, que fuera confirmada por la ASFI N° 165/2012 de 7 de mayo de 2012), así como se encuentra debidamente fundamentada, se encuentra enmarcada en general, dentro de los parámetros que la norma impone y en especial, en lo que atañe al Principio de Proporcionalidad, conforme lo establecido precedentemente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, parágrafo I, inciso a), del Reglamento a la Ley de

Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la Resolución impugnada en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 165/2012 de 7 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 084/2012 de 16 de marzo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS "FORTALEZA" S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 295-2012 DE 09 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 057/2012 DE 05 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 057/2012

La Paz, 05 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 295-2012 de 9 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente y confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 043-2012 de 24 de enero de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 030/2012 de 23 de agosto de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 107/2012 de 13 de septiembre de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 29 de mayo de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., representada legalmente por el Subgerente de Ajustes y Reclamos de Fianzas y Crédito Dr. Sandro Rubén Soliz Morato, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 041/2012 de 19 de marzo de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 081 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Helen Kate

Mendoza, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 295-2012 de 9 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente y confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 043-2012 de 24 de enero de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 8 de junio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.**, mismo que fue notificado el 15 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 13 de junio de 2012, se hizo un llamamiento al tercer interesado **Gobernación del Departamento de Tarija-Sección O'Connor** para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos.

Que, el 31 de agosto de 2012, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.**,

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Cite APS/DJ/DS/5778/2011, de 21 de diciembre de 2011, notificó a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., con la presunta contravención en la que habría incurrido la entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

" …

- *Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998 al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra CCO-TJA-0506402/09 y de Correcta Inversión de Anticipo CIA-TJA-0510394/09, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.*

*En consecuencia, **NOTIFICAMOS** a usted, en su condición de representante legal de **FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,** al no haber observado debidamente la normativa señalada por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa..."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 10 de enero de 2012, mediante CITE. GTSG-LP Nº 001/2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., presentó descargos expresando lo siguiente:

"… ALEGATOS Y DESCARGOS

NATURALEZA JURIDICA DE LAS POLIZAS CONDICIONALES Y LAS POLIZAS A PRIMER REQUERIMIENTO

1. La Resolución Administrativa Nº IS/ Nº.731 de 11 de Septiembre de 2007 en su Artículo 8, diferencia en forma clara las clases de pólizas aprobadas mediante la indicada Resolución e indica: "Las Pólizas aprobadas mediante la presente Resolución, deberán ser Comercializadas obligatoriamente con la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas ó con la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí…"

*Aquí podemos ver claramente que esta Resolución **aprueba solo el texto** y clasifica en dos clases de pólizas las que se deben suscribir con las Entidades Públicas, una la CONDICIONAL y la otra llamada A PRIMER REQUERIMIENTO.*

*LA EJECUCIÓN INMEDIATA **CONDICIONAL,** tiene como naturaleza jurídica la **accesoriedad** ya que siempre estas pólizas dependen de un contrato principal cuyo cumplimiento garantizan, por lo que en estas fianzas, la responsabilidad del afianzador sólo nace en caso de incumplimiento **probado** del afianzado.*

Por lo mencionado, en esta clase de garantía, no basta la sola presentación del reclamo por escrito de parte del beneficiario sino la presentación de los documentos que prueben y respalden el incumplimiento del afianzado.

Por otra parte debemos tomar en cuenta que otra de las características de la fianza condicional es la SUBSIDIARIDAD, que considera que para reclamar el pago de una fianza debe existir el incumplimiento probado del fiado para que se haga exigible la obligación del beneficiario.

Como se puede ver por lo mencionado por la cláusula de ejecución inmediata CONDICIONAL la misma que se encuentra en el Condicionado General de la póliza, se evidencia que los efectos de la garantía concedida por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. , se encuentra condicionada a que el beneficiario pruebe sin lugar a dudas el incumplimiento del afianzado ya que además de debe tomar en cuenta que a pesar de esta cláusula todos los demás términos y/o condiciones de las pólizas suscritas se mantienen inalterables y en pleno vigor, última afirmación que se encuentra refrendada, por el ULTIMO PÁRRAFO DE LA CLAUSULA DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PUBLICAS que a la letra dice:

"... Todos los demás términos y/o condiciones se mantienen en pleno vigor."

*La garantía a **primer requerimiento en cambio,** es una figura contractual autónoma y atípica de garantía **no accesoria,** un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste último se lo reclame ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente respecto de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza, pero siempre si el siniestro ha ocurrido dentro de la vigencia de la póliza y si la ejecución ha sido solicitada dentro del plazo que el Art.1028 del Código de Comercio manda.*

*Esta diferenciación entre las pólizas para Entidades Públicas, ha sido ratificada por la ASFI mediante su Carta Circular/ASFI/DSS/2558/2010, la misma que indica que "... las Entidades Aseguradoras deberá emitir Póliza de Fianzas, que contengan, **únicamente la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento**...", repetimos, diferenciándola de la Póliza CONDICIONAL.*

APLICACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONDICIONADO GENERAL DE LAS PÓLIZAS MENCIONADAS EN LA REFERENCIA

Los Condiciones Generales de las Pólizas con Texto Único aprobadas por la SPVS ahora APS mediante la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de Septiembre del 2007 en su Clausula 1era (sic) indican:

"…Ley de las Partes contratantes

La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas:

a) Ley de Seguros 1883
b) Código de Comercio
c) Código de Procedimiento Civil
d) Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios.

Las indicadas normas legislan en sus partes pertinentes la "FIANZA" a saber:

- *Ley de Seguros 1883.- Artículo 5... SEGURO DE CAUCIÓN*
- *Código de Comercio, Por tratarse de un Contrato de Seguros por los Arts.979 al 1071 y siguientes (CONTRATO DE SEGURO) y Arts.902 al 918 (FIANZA)*
- *Por los Arts. 916 al 924 del Código Civil, en aplicación del Art. 1 del Código de Comercio que indica: "... En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de esta Código y, en su defecto, las del Código Civil."*

Estas normas, para estos casos no son aplicadas por analogía, sino porque (sic) las Pólizas se encuentran suscritas AMPARADAS bajo las mismas.

*Las pólizas afectadas y mencionadas en la referencia, como ya dijimos líneas arriba, tiene como característica el ser CONDICIONALES, situación que es confirmada por la **Cláusula 9na (sic) del Contrato** denominada " **EJECUCIÓN DE GARANTIA",** dicha cláusula indica: "... Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución de la póliza y el pago del valor caucionado, **quedan sujetos a lo dispuesto por el Contrato Principal y a los establecido en la (sic) Cláusulas y Anexos de la presente póliza..."***

Al respecto debemos indicar que el "CONTRATO PRINCIPAL" garantizado por las pólizas Condicionales de referencia, tienen un único formato, contrato que incluyen a las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo y a las de Cumplimiento de Contrato de Obra. Estos contratos tienen en su contenido las causales de resolución del contrato y el procedimiento para que se haga efectivo éste.

El procedimiento para le Resolución del Contrato, es decir para que se haga efectivo el siniestro es el siguiente:

- ✓ *"…Para procesar la Resolución del Contrato por cualquiera de las causales señaladas, las garantías deben estar plenamente vigentes y si el CONTRATANTE o el CONTRATISTA darán aviso mediante carta notariada, a la otra parte, de su intención de resolver el contrato, estableciendo la causal que se aduce."*
- ✓ *"... Si al vencimiento del término de los quince (15) días no existe ninguna respuesta, el proceso de resolución continuará a cuyo fin el CONTRATANTE o el CONTRATISTA, según quién haya requerido la resolución del contrato, notificará mediante carta notariada a la, otra parte que la resolución del contrato se ha hecho efectiva"*

Por lo expuesto y ante las características de las pólizas contratadas, que son, volvemos a repetir CONDICIONALES, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. ha procedido ha (sic), en primer término, solicitar la información suficiente para evidenciar el incumplimiento de nuestro afianzado y en segundo término una vez analizada la documentación pronunciarse en base a la misma.

Pronunciamiento que ha determinado que la Resolución del Contrato Garantizado se ha hecho efectiva según carta notariada CITE GPO No.039/2011, de fecha 24 de Enero del 2011, recibida por SOINBOL en fecha ***26 de Enero del 2011****, es decir el siniestro a (sic) ocurrido fuera de la vigencia de las pólizas contratadas, cuyos vencimientos eran el 01/12/2010 y el 07/12/2010, configurándose así la extemporaneidad.*

UNA NECESARIA ACLARACIÓN REFERENTE AL PLAZO DE VIGENCIA DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE FIANZA.-

Teniendo claramente establecido que las fianzas en cuestión son CONTRATOS DE SEGURO, el Tratadista Messineo en su tratado de Derecho Civil y Comercial tomo 6 página 162 indica:

"... elemento ulterior del seguro ***es su duración;*** *o más bien, la duración de la asunción del riesgo por parte del asegurador. A este respecto, es importante saber desde que preciso momento (hora) tiene efecto el contrato y en qué momento deja de tenerlo, ya que el asegurador no responde de los siniestros que se hayan verificado fuera del tiempo de duración del contrato. "*

El tratadista, Rubén S. Stiglitz en su tratado " Derecho de Seguros" indica en forma clara: "... En el contrato de seguro, el ***elemento tiempo es esencial*** *porque precisamente la prolongación temporal de la ejecución de las prestaciones, es el medio o instrumento para dar satisfacción continuada a una necesidad más a o menos duradera de las partes. El plazo es uno de los elementos a enunciar en la póliza... " ; "... En el contrato de seguro el tiempo de duración no se establece en función de la prestación, sino está en función de aquél y* ***por ello se extingue no por el cumplimiento, sino por el transcurso del tiempo,*** *"... el contrato de seguro se extingue por el transcurso del tiempo de su vigencia; durante éste las partes se hallan sometidas a la observancia de cargas y quedan recíprocamente obligadas a cumplir con sus prestaciones principales. "*

Por lo anteriormente mencionado, se evidencia que EL PLAZO DE VIGENCIA de una póliza de Seguro es uno de los requisitos más importantes en la suscripción de esta clase de contratos y por lo tanto aplicable a los casos-que nos ocupan.

Asimismo, y teniendo en cuenta que, el plazo de vigencia de las pólizas en cuestión, al momento del siniestro (Notificación con la resolución del contrato) se encontraba vencido y ante lo mencionado en la cláusula 1era (sic) del Condicionado General de las mismas, son aplicables al presente caso los Arts.939 del Código Civil, 909 del Código de Comercio, ambas disposiciones concordantes con el Art. 351 del Código Civil se ha determinado la extemporaneidad de las ejecuciones.

Por otra parte, la aplicación de todas las bases legales con las cuales actúa Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., y que se mencionan en el presente alegato referente al Contrato de Seguro, se encuentran también apoyadas en los siguientes preceptos jurídicos básicos, los que pasamos a mencionar:

Art. 513 del Código Civil:

(CLAUSULAS DE USO NO EXPRESADAS)
Se debe suplir en el contrato las cláusulas que son de uso, aunque no se hayan expresado.

Art. 466 del Código Civil:
(INCLUSION AUTOMATICA DE CLAUSULAS)
Se consideran incluidas en todo contrato las cláusulas impuestas por la Ley.

Art.520 del Código Civil:
(EJECUCIÓN DE BUENA FE E INTEGRACIÓN DEL CONTRATO),
*El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que sea expresado en él, **sino también a todos los efectos que deriven conforme su naturaleza según la ley, (contrato de seguro)** o a falta de ésta según los usos y la equidad."Lo mencionado en paréntesis es comentario nuestro"*

Por último, vemos importante hacer un comentario a la Resolución Administrativa No. 731 de 11 de Septiembre del 2007.

Esta Resolución emitida por la SPVS ahora APS, en su contenido aprueba solo el " Texto Único" de las pólizas en cuestión como textualmente lo mencionan los artículos del 1 al 5.

*El Artículo 6to de la misma Resolución indica: "... deberán registrar ante esta Superintendencia, **los textos únicos y uniformes** de las pólizas anteriormente señaladas, incluyendo la dos cláusulas de ejecución..."*

*En primer término, debemos mencionar que el Art. 28 del DS 27113 en su Parágrafo II inciso d) menciona que el ACTO ADMINISTRATIVO DEBE SER PRECISO Y CLARO, requisito que cumple la tantas veces mencionada Resolución Administrativa 731, al indicar en varias partes de la misma que ésta, **SOLO APRUEBA EL TEXTO ÚNICO** y no aprueba*

procedimiento alguno y menos menciona la no aplicación de normas relacionadas con el contrato de seguro.

Por otra parte, la Ley 2341 de 23 de Abril del 2002 en su Artículo 4 inciso h) indica:

" ... Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y particularmente la facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley ***observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las Leyes"***

Por lo anteriormente mencionado, consideramos inviable que su Autoridad quiera anteponer la Resolución Administrativa No.731 a normas superiores como son La Ley de Seguros, el Código Civil y el Código de Comercio y la misma Constitución Política de Estado, las mismas que Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. de forma legal ha venido aplicando es este caso y en otros similares que son ya de su conocimiento, normas que además amparan las pólizas, como lo dice la cláusula primera de los textos únicos.

Por último, seguimos manteniendo nuestra posición en relación a las facultades que tiene la APS para ordenar implícitamente el pago de un siniestro ya que al haber determinado una Contravención al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de Junio del 1998, concluye implícitamente que Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., debe pagar un siniestro legalmente rechazado, para lo que volvemos a transcribir la jurisprudencia que para casos similares ha expedido la extinta SIREFI:

Al respecto, vemos necesario y en primera instancia, precisar nuevamente y puntualmente cuales son las atribuciones y competencias de la APS ex (ASFI), las mismas que se encuentran detalladas en el Art.43 de la Ley de Seguros inciso a) a inciso u), y en los Arts. 167 y 168 de la Ley 065 (Ley de Pensiones) atribuciones y/o competencias ***que no incluyen el determinar la procedencia y/o improcedencia de una (sic) siniestro y menos su pagabilidad.***

La variada jurisprudencia emanada del SIREFI (RJ 84/2006 de 19/12/2006 y RJ 37/2005 de 12/09/2005, sobre la ***Competencia Administrativa*** *en forma correcta indica muy claramente que "... Toda; declaración, disposición o decisión de la Administración Pública que se considera acto administrativo, sea de alcance general o particular, sea normada o discrecional, que se emita en ejercicio de la potestad administrativa, debe contener los elementos esenciales del Acto Administrativo que en nuestro ordenamiento jurídico han sido enumerados en el Art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentra, como uno de los elementos esenciales,* ***LA COMPETENCIA.***

La competencia, con la que toda Autoridad Administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponden ejercer y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas, aunque debe señalarse que la capacidad es la regla y se la presume, mientras no sea limitada o negada por una norma; ***en cambio la competencia en el derecho administrativo no se presume y debe estar otorgada en forma expresa a través***

de una norma jurídica que la señale. *De ahí nace el principio jurídico que la Administración Pública solo puede hacer únicamente lo que manda la Ley, en cambio el administrado puede hacer todo lo la (sic) ley no lo prohíba.*

En éste marco, la competencia no puede ser absoluta, sino que aparece siempre limitada por el propio medio que la confiere; la Ley. *Por ello, el acto administrativo es válido, cuando el órgano que lo emitió en ejercicio de la función administrativa que le corresponde actúa dentro de los límites de la competencia asignada.*

Esta limitación o determinación de la competencia que corresponde a cada Autoridad Administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el arado, materia, territorio o tiempo. Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la Autoridad *Pública y que constituye los límites de su actuación."*

En relación al caso que nos ocupa y aplicando lo mencionado líneas arriba, la competencia de la APS se encuentra limitada por la Ley de Seguros y la Ley de Pensiones en actual vigencia, en relación a sus atribuciones , entre las cuales, ***volvemos a repetir no están las de interpretar coberturas y ordenar como consecuencia de ésta interpretación el cumplimiento del contrato de seguro y menos el pago de siniestros****, lo que lamentablemente ha vuelto a hacer en el presente caso, al haber sido notificados con un cargo por una presunta infracción al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, creemos nosotros inexistente, circunstancia que pone a SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. en total indefensión, ante primero una orden de cumplimiento de un contrato de seguro en el que el beneficiario aún no ha cumplido con el envío de documentación, en cumplimiento a lo estipulado por el Art. 58 inciso f) de la Ley de Seguros que modifica el Art.1033 del Código de Comercio concordantes con los Arts. 1027 y 1031 del mismo cuerpo legal, segundo ante el inicio de un proceso administrativo en base presunciones que no tiene base legal alguna HABIENDO LA ASEGURADORA CUMPLIDO CON SU OBLIGACIÓN, ES DECIR DE HABER PRONUNCIADO SOBRE LAS EJECUCIONES DENTRO DE LOS PLAZOS LEGALES, teniendo por lo tanto el beneficiario la vía del arbitraje para solucionar esta divergencia.*

Asimismo, el extinto SIREFI dejó en su momento establecido jurisprudencialmente que, los entes reguladores tiene competencia plena respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza su supervisado pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas) aplicables al área del supervisado, como control interno, (manuales de funciones, resoluciones de Directorio etc.) ***sin embargo no pueden entrar a dirimir o resolver controversias de NATURALEZA PRIVADA como la APS intenta hacer en el presente caso*** *HABIENDO, REPETIMOS, CUMPLIDO COMO ASEGURADORA CON SUS OBLIGACIONES ANTE EL BENEFICIARIO .*

Asimismo, su Autoridad no ha tomado en cuenta que la Ley de Seguros l883 que trata Sobre la Fianza e indica. "... el Seguro de Fianza es aquel por el que el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales y contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los

*daños patrimoniales sufridos **dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato.**", límites que han sido superabundantemente explicados por SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*

SOLICITUD

Por lo expuesto, y ante el inicio de un procedimiento a todas luces injusto en contra de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., debemos agregar que la actuación de su Autoridad va en contra y/o infringe el Art. 122 del la Nueva Constitución Política del Estado que indica: "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la Ley."

Agravada esta actuación por el hecho de intentar hacer pagar (sic) un siniestro que a todas luces es improcedente, como consecuencia de, consideramos nosotros, un fallido procedimiento de parte los servidores públicos, al haber ejecutado las pólizas en forma incorrecta (fuera de plazo), dando como resultado el rechazo de la ejecuciones presentadas, circunstancia prevista en el texto único aprobado.

Circunstancias que invocamos y que ratificaremos en las instancias que correspondan.

Por último, y como prueba de todo lo mencionado líneas arriba, adjuntas a la presente carta adjuntamos como descargo en fotocopias simples, la correspondencia señalada en la presente carta cuyos originales se encuentran en la Compañía, documentos que además cursan en esas Oficinas, y que en aplicación a los principios de sometimiento pleno a la Ley Buena Fe, imparcialidad, legalidad y legitimidad consagrados por el Art.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°.2341, y Art.65 y siguientes del DS 27175 , se deje sin efecto el procedimiento sancionatorio iniciado en contra de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., todo de de (sic) acuerdo a lo estipulado por el Art.68 del D.S.2175 en actual vigencia."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 043-2012 DE 24 DE ENERO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 043-2012 de 24 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

***"…PRIMERO.- SANCIONAR SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con una multa de cuarenta y cinco mil uno (45.001) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), por la contravención artículo 12, inciso a) de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa.*

***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá ser depositadas en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía correspondiendo remitir a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio."*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que de la lectura cuidadosa de la nota de descargos, se pasan a examinar los argumentos probatorios y demostrativos, esgrimidos por ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.,*** *a objeto de establecer si la entidad contravino o no el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N°1883 de 25 de junio de 1998, a efectos de la emisión de una justa resolución administrativa.*

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PÓLIZAS CONDICIONALES Y LAS PÓLIZAS A PRIMER REQUERIMIENTO Y APLICACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONDICIONADO GENERAL DE LAS PÓLIZAS MENCIONADAS EN LA REFERENCIA.

Que en este acápite el representante legal de la entidad aseguradora hace una explicación y diferenciación entre las pólizas con cláusulas de ejecución a primer requerimiento y de ejecución inmediata condicional, resaltando las siguientes disimilitudes:

a) En cuanto a la póliza con cláusula de ejecución inmediata condicional, indica que tiene como naturaleza la accesoriedad, siendo que siempre dependen de un contrato principal cuyo cumplimiento garantizan y la obligación del fiador nace una vez ***probado*** *el incumplimiento por parte del afianzado.*

b) En relación a la póliza con cláusula de ejecución a primer requerimiento, indica que son autónomas respecto del contrato que garantizan y la obligación asumida por el fiador se hace exigible siempre que el siniestro haya ocurrido dentro de la vigencia de la póliza y condicionando su ejecución al cumplimiento del plazo establecido en el artículo 1028 del Código de Comercio.

Asimismo, la entidad regulada define las pólizas afianzadas como "CONDICIONALES", es decir, pólizas con cláusulas de ejecución inmediata condicional; refiriendo de manera equivocada que las mismas en la cláusula novena - siendo lo correcto cláusula décima - indicarían:

"Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución de la póliza y el pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto por el Contrato Principal y a lo establecido en la Cláusula y Anexos de la presente póliza..."

Que cita este párrafo textual, con la finalidad de demostrar que dichas pólizas tienen un único formato conteniendo las causales de resolución y el procedimiento para tal efecto (previsto en la cláusula vigésima del Testimonio 77/2008 de 18 de marzo de 2008, extendido ante la Notaría de Gobierno de la Prefectura del Departamento de Tarija, a cargo del Dr. Ornar Vargas Fernández y referente al contrato principal cuyo cumplimiento garantizan las pólizas indicadas).

Que de lo señalado precedentemente la aseguradora ***FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *en su calidad de profesional en la industria del seguro pretende desconocer los términos de su contrato de seguro, conociendo perfectamente los términos estipulados en el mismo, por lo que no puede abstraerse del contenido de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, que conforme establece la cláusula 1° del Condicionado General de la póliza, tiene prevalencia sobre el contrato principal, sobre el condicionado general condicionado particular cuando señala:*

"(...) en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, ***EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.***

La ejecución de la póliza, no estará sujeta A NINGUNA OTRA CONDICIÓN que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) (...)".

Que la redacción de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional es muy clara:

1. La indemnización procede de forma inmediata o a más tardar dentro de los 15 días.
2. La Entidad Aseguradora no puede esperar que mediante un acto judicial se le pida el cumplimiento de la prestación; como tampoco puede esperar que mediante un acto extrajudicial, como son los emitidos por un tribunal arbitral u otro órgano competente, se les pida el cumplimiento de la obligación asumida, (sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial)
3. La única condición a la que está sometida la ejecución de la póliza, es la declaración de incumplimiento plasmada en una Resolución Administrativa (documento de mayor jerarquía ***A NIVEL EJECUTIVO DEL ESTADO)*** *firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).*

Que es cierto y evidente que el contrato de seguro que vincula a la Entidad Aseguradora, al tomador y al beneficiario, contiene de manera expresa el procedimiento que la Compañía de Seguros debe observar para la ejecución de la Póliza, (en este caso la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional) por ello el artículo

14 del Condicionado General de la Póliza en cuestión, determina que ***"el arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".***

Que debe asimismo dejarse establecido que esta Autoridad de Fiscalización entiende, contrario sensu lo aseverado por el recurrente, que el vocablo "CONDICIONAL" está referido a la condición de demostración de incumplimiento del contrato, pero no a través de un proceso que establezca el incumplimiento ***probado*** *del fiado, sino a la declaración de incumplimiento plasmada en una Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad Estatal, como lo determina la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional al mencionar que: "la ejecución de la póliza, no estará sujeta a* ***NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MÁXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA (MAE)".***

Que precisamente por ello la cláusula 9 del Condicionado General de la Póliza señala, con meridiana claridad, que: "Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, ***serán de entera responsabilidad del Funcionario Público ante el Fiador y ante las Autoridades competentes, por tanto LOS ACTOS O HECHOS QUE DERIVEN EN LA EJECUCIÓN "INCONSISTENTE" O "INCORRECTA" DE LA PRESENTE PÓLIZA, SERÁN SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES LEGALES RESPECTIVAS".***

Que asimismo en base a lo expuesto anteriormente la entidad aseguradora llega a la siguiente conclusión:

"(...) la Resolución del Contrato Garantizado se ha hecho efectiva según carta notariada CITE GPO No. 039/2011, de fecha 24 de Enero de 2011, recibida por SOINBOL en fecha ***26 de Enero de 2011,*** *es decir el siniestro ha ocurrido fuera de la vigencia de las pólizas contratadas, cuyo vencimientos eran él 01/12/2010 y 07/72/2010, configurándose la extemporaneidad*

Que sobre la fundamentación expuesta en este punto por Fortaleza Seguros y Reaseguros S.A., se deben hacer las siguientes consideraciones:

a) El Testimonio 77/2008 de 18 de marzo de 2008, cuyo cumplimiento garantizan las pólizas objeto de examen en su cláusula vigésima primera subtitulado "Terminación del Contrato", numeral 21.4, establece las reglas aplicables a la resolución de contrato, sea por parte del contratante o contratista y establece:

(…)Para procesar la Resolución del Contrato por cualquiera de las causales señaladas, las garantías deberán estar plenamente vigentes el CONTRATANTE o el CONTRATISTA darán aviso escrito mediante carta notariada, a la otra parte, de su intención de resolver el CONTRATO, estableciendo claramente la causal que se aduce.

Si dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de la fecha de notificación, se enmendarán las fallas, se normalizará el desarrollo de los trabajos y se tomaran las

medidas necesarias para continuar normalmente con las estipulaciones del Contrato y el requirente de la resolución expresa por escrito su conformidad a la solución, el aviso de intención de resolución retirado.

En caso contrario si al vencimiento del término de los quince (15) días no existe ninguna respuesta, el proceso de resolución continuará a cuyo fin el CONTRATANTE o el CONTRATISTA, según quien haya requerido la resolución del contrato, notificará mediante carta notariada a la otra parte, que la resolución del contrato se ha hecho efectiva."

Que de lo relacionado y de la conclusión arribada por el representante de la empresa aseguradora, se establece que ellos consideran que el siniestro constituye la comunicación de resolución del contrato por parte del beneficiario al afianzado y que siendo éste trámite establecido en el cláusula vigésima primera, numeral 21.4 del contrato principal concluyó-según lo indicado por ellos-el 26 de enero de 2011, mediante carta CITE GPO No. 039/2011, dicho acontecimiento futuro -siniestro-acaeció fuero de la vigencia de las pólizas que expiraron a partir de las 12:00 del 1 y 7 de diciembre de 2010.

Que dicha afirmación esta errada y esto se demuestra de la exposición de la sola definición del término "siniestro", entendido por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, como:

"En el contrato de seguros, concreción del riesgo cubierto en dicho contrato que determina el nacimiento de la prestación del asegurador.

Además de la ofrecida por el Código de Comercio en su artículo 1025 que señala:

"El siniestro se produce al acontecer él riesgo cubierto por el contrato de seguros y da origen a la obligación del asegurador de indemnizar o efectuar la prestación convenida.

Que en los hechos y de los antecedentes se puede evidenciar que el "siniestro" cubierto y afianzado por las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos y de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, se tradujo en el incumplimiento del plazo de entrega de la obra establecido en la cláusula cuarta del contrato principal y de acuerdo a lo relacionado en la nota CITE GPO No. 476/2010 de 30 de noviembre de 2010, dirigida por el Ejecutivo de la Sección de Desarrollo de la Provincia O'Conor al representante legal de la Empresa Constructora SOINBOL Ltda., como a continuación se transcribe:

Plazo de ejecución	Fecha de inicio de obras	Fecha de conclu-sión de obras	O.C. N° 1 por ampliación de plazos (días calendario)	Nueva fecha prevista de conclusión del proyecto	O.C.N°2 por ampliación de plazo (días calendario)	Nueva fecha prevista de conclusión del proyecto	O.C. N° 3 por ampliación de plazo (días calendario)	Nueva fecha prevista de conclusión del proyecto
355	28/11/08	17/11/09	97	23/2/10	87	25/5/10	51	11/07/10

Que del cuadro indicado se acredita que la obra debió concluir el 17 de noviembre de 2009 - entendido como el hecho que constituye "siniestro" - y no obstante las

ampliaciones realizadas el último plazo de entrega de obra venció el 11 de julio de 2010, eso es antes de la fecha de vencimiento de las pólizas (1 y 7 de diciembre de 2010).

Que en el entendido el artículo 13 del considerado general de las pólizas en análisis; establecen el plazo de prescripción, indicando al efecto:

"Las acciones emergentes de un Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos años a contar de la fecha de siniestro."

Que este plazo por el cual el transcurso del tiempo consolida la situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas, en el caso concreto no ha transcurrido, ya que la vigencia de las pólizas era eficaz al momento de concreción del "siniestro", sea computándose a partir de la fecha de la nota de comunicación de la resolución del contrato mediante CITE GPO No. 039/2011-entendió por la aseguradora como momento de producción del siniestro-o al momento de la comunicación de la última fecha prevista para la conclusión del proyecto citado en el CITE GPO No. 476/2010 de 30 de noviembre de 2010 y transcrito en el cuadro previo a esta conclusión.

2. COMPETENCIA DE LA APS.

Que finalmente y en cuanto a la afirmación de que la APS estaría actuando sin competencia y en vulneración de la previsión constitucional contenida en el art. 122, ya que según su entendimiento, con este proceso sancionatorio y la correspondiente emisión de la nota de cargos, se estaría ordenando el pago de un siniestro, debemos mencionar que no es así-comprendiendo que la afirmación no se debe a la falta de conocimiento de las normas por parte del personero legal de Fortaleza Seguros y Reaseguros S.A., como tampoco a una mal intencionada interpretación de ellas-y que solo responde a un lapsus calarais, es necesario recordar las obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, entre ellas la prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, que prevé:

"Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista."

Que como así es necesario recordar las atribuciones de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (ahora APS), contenida en el artículo 43 de la citada norma legal, que dispone:

Inciso c) "Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción."
Inciso t) "Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones"

Que es necesario también señalar las funciones y objetivos de la APS, que en el artículo 41 de la Ley de Seguros 1883 dispone:
Inciso c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

Inciso e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Que desde la perspectiva de una básica conclusión, se puede entender que si Fortaleza Seguros y Reaseguros S.A. no se encontraría bajo la jurisdicción o tuición de la APS, sí se estaría actuando sin competencia de otra manera no es sustentable su afirmación.

Que en este entendido, se consideran desvirtuados los descargos presentados por la aseguradora, no siendo suficientes los mismos, para eximir a la compañía del cumplimiento a su contrato de seguro…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 27 de febrero de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N°043-2012 de 24 de enero de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 295-2012 DE 9 DE MAYO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 295-2012 de 9 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

*"…PRIMERO.- **ACEPTAR** el Recurso de Revocatoria formulado por el personero de la compañía Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A, en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nª 043-2012 de 24 de enero de 2012 y en consecuencia **REVOCAR PARCIALMENTE** la misma, desestimando el cargo correspondiente a la contravención del inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998 por incumplimiento en el pago del valor caucionado por la póliza de seguros de correcta inversión de anticipos para entidades públicas.*

*SEGUNDO.- **CONFIRMAR** el cargo y la sanción impuesta por la contravención del inciso a) del artículo 12 de la ley Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, por incumplimiento en el pago del valor caucionado por la póliza de garantía de cumplimiento de contrato de obra para "entidades públicas."*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que, cumplidos los requisitos de forma, corresponde pasar al análisis de los agravios expresados por la compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., dentro del Recurso de Revocatoria formulado mediante memorial de 27 de febrero de 2012, de acuerdo a la siguiente relación:

- ***INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY 1883 DE LA LEY (sic) DE SEGUROS***

Que bajo este acápite la compañía Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., señala que para que proceda a la cancelación del monto caucionado, ya sea por una póliza de seguro de cumplimiento de contrato o correcta inversión de anticipos, deben configurase dos situaciones, o concurrir dos requisitos: el primero referido a la configuración del incumplimiento por parte del afianzado y el segundo, declarar el incumplimiento en una resolución administrativa firmada por la máxima autoridad ejecutiva de la entidad beneficiaria. Continua señalando: que en el caso concreto el siniestro (traducido en la configuración de la causal de resolución del contrato) se habría producido fuera del plazo de vigencias de las pólizas, considerando se (sic) la fecha de tal evento, el 24 de enero de 2011, data correspondiente al CITE: GPU N° 039/2011, mediante el cual, la Gobernación del Departamento de Tarija comunica a SGINBOL S.R.L., que hace efectiva la resolución del contrato.

Que con relación a la póliza de buena ejecución de obra, nuevamente ***FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *pretende desconocer los términos de su contrato de seguro, abstrayéndose del contenido de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, que conforme establece la cláusula 1ª del Condicionado General, de la póliza, tiene prevalencia sobre el contrato principal, sobre el condicionado general y aún sobre el condicionado particular cuando señala:*

"(..,) en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, ***EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.***

La ejecución de la póliza, no estará sujeta A NINGUNA OTRA CONDICIÓN que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel, ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido o firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) (..,)".

Que la redacción de la Cláusula de Ejecución inmediata Condicional es muy clara:

1. *La indemnización procede de forma inmediata o a más tardar dentro de los 15 días.*

2. *La Entidad Aseguradora no puede esperar que mediante un acto judicial se le pida el cumplimiento de la prestación; como tampoco puede esperar que mediante un acto extrajudicial, como son los emitidos por un tribunal, arbitral u otro órgano competente, se les pida el cumplimiento de la obligación asumida, (sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial).*

3. *La única condición a la que está sometida la ejecución de la póliza, es la declaración de incumplimiento plasmada en una Resolución Administrativa (documento de mayor jerarquía* ***A NIVEL EJECUTIVO DEL ESTADO****) firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).*

*Que es cierto y evidente que el contrato de seguro que vincula a la Entidad Aseguradora, al tomador y al beneficiario, contiene de manera expresa el procedimiento que la Compañía de Seguros debe observar para la ejecución de la Póliza, (en este caso la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional) por ello el artículo 14 del Condicionado General de la Póliza en cuestión, determina que "**el arbitraje no afectará ni demorará, en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".***

Que adicionalmente la cláusula 9 del Condicionado General de la Póliza señala que: "Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente** póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva; **serán de entera responsabilidad del Funcionario Público ante el Fiador y ante las Autoridades competentes, por tanto LOS ACTOS O HECHOS QUE DERIVEN EN LA EJECUCIÓN "INCONSISTENTE" O "INCORRECTA" DE LA PRESENTE PÓLIZA, SERÁN SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES LEGALES RESPECTIVAS",

Que asimismo, con relación a la fecha de siniestro, la aseguradora pretende asimilar como fecha de siniestro la fecha de resolución del contrato principal, no tomando en cuenta que en fechas anteriores, durante la vigencia del contrato de seguro, se suscitaron eventos que demuestran que el siniestro se suscito durante la vigencia de la póliza de seguro, argumentos expuestos en detalle en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N0 043-2012 de 24 de enero de 2012.

Que como ejemplo para demostrar que el siniestro se suscito (sic) durante la vigencia de la póliza, basta determinar la fecha de las multas que se impusieron al afianzado y que ascendieron al veinte por ciento (20%) del monto total del contrato de obra, lo cual acaeció el 11 de julio de 2010, última fecha, pactada para la entrega de la obra, según los documentos que cursan en esta autoridad.

Que al haberse emitido la Resolución Administrativa N° 07/2011, la aseguradora conforme la cláusula de ejecución inmediata condicional, debió proceder con la ejecución de la póliza en el plazo máximo de 15 días posteriores a la notificación de la mencionada Resolución, la cual fue efectuada en fecha 11 de abril de 2011, no obstante, la aseguradora expone argumentos que se encuentran al margen de su contrato de seguro, que es importante reiterar, la aseguradora, se comprometió a cumplir entre las partes.

Por consiguiente, se ratifica que los descargos planteados por la Entidad Aseguradora, no son suficientes para desvirtuar el incumplimiento.

Que con relación a la póliza de correcta inversión de anticipó (sic) se observa que la Resolución Administrativa de declaración de incumplimiento de Contrato N° 07/2011, resuelve en su artículo segundo la ejecución de la póliza que Cauciona el Cumplimiento de Contrato de Obra, no obstante, no requiere la ejecución de la póliza de correcta inversión de anticipos, no demostrando el beneficiario, la emisión de alguna Resolución Administrativa que avale este aspecto.

Que en ese sentido, al ser la emisión del documento señalado precedentemente un requisito para la ejecución de la póliza de correcta inversión de anticipo, conforme

establece la cláusula de ejecución inmediata condicional, no existen elementos que permitan a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ratificar la infracción al artículo 12, inciso a) de la Ley de Seguros 1883, con relación a la póliza de correcta inversión de anticipos.

- ***INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS.***

Que la compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., expresa como agravio ocasionado por la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/BOS/No. 043 - 2012 de 24 de enero de 2012, el hecho de que la APS (según su versión) no tendría competencia para sancionarla por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros, en vista que estaría implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que correspondería el pago de la indemnización, resolviendo de esta manera una controversia legal y técnica, cuya facultad le corresponde a un tribunal arbitral.

Que en relación a esta afirmación debemos y en el comprendido que la afirmación no se debe a la falta de conocimiento de las normas por parte del personero legal de Fortaleza Seguros y 'Reaseguros S.A., como tampoco a una mal intencionada interpretación de ellas - y que solo responde a un lapsus calamis, es necesario recordar las obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, entre ellas la prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, que prevé:

"Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

Que las atribuciones de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (ahora APS), contenida en el artículo 43 de la citada norma legal, que dispone:

Inciso c) "Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción."

Inciso t) "Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones"

Que es necesario también señalar las funciones y objetivos de la APS, que en el artículo 41 de la Ley de Seguros 1883 dispone:

Inciso c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

Inciso e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación, de sus principios, políticas y objetivos.

Que desde la perspectiva de una básica conclusión, se puede entender que si Fortaleza Seguros y Reaseguros S.A. no se encontraría bajo la jurisdicción o tuición de la APS, sí se estaría actuando sin competencia, de otra manera no es sustentable su afirmación.

CONSIDERANDO

Que en relación a lo puntos solicitados a probar a las partes intervinientes en el presente procedimiento sancionatorio y la documentación adjunta se tiene:

1. *Mediante Decreto No. 002/2010 de 2 de junio de 2010, demostró haber sido designado y posesionado en el cargo de Ejecutivo Seccional de Desarrollo del Entre Ríos, Provincia O'connor del Departamento-de Tarija.*

2. *A través del Decreto Departamental No. 033/2010; Resolución Administrativa No. 090/2010 y CITE: Desp./Gob/No. 582/2010, se acredita la capacidad y facultades de Nelson Walter Ferrufino Gaite, para suscribir la Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento de Contrato No. 07/2011.*

3. *El Ejecutivo Seccional, de-Desarrollo de Entre Ríos, Provincia O'connor del Departamento de Tarija, no demostró el haberse realizado un cálculo de saldos de la parte no invertida y exigible del total del valor caucionado por la póliza de seguro de correcta inversión de anticipos para entidades públicas.*

4. *Con la presentación de la certificación emitida por Alvaro Avila R. en fecha 23 de abril de 2012 y los anexos correspondientes a la tercera orden de cambio de fecha final de entrega de la-obra, el Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Entre Ríos, Provincia O'connor del Departamento de Tarija, demostró que el 11 de julio de 2010 se cumplió el plazo para el efecto.*

5. *La compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. a través del CITE GPO No. 476/2010; CTTE/DOC/No. 20/10 e informe legal No. 029/2010, no demostró la existencia de más: de tres (3) órdenes de cambio de fecha de entrega final de la obra y que modifiquen la prevista para el 11 de julio de 2010.*

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo relacionado en la presente resolución se llegan a las siguientes conclusiones:

1. *Nelson Walter Ferrufino Gaite, demostró documentalmente y en forma idónea haber sido designado Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Entre Ríos, Provincia O'connor del Departamento de Tarija y además tener facultades para disponer la resolución del Contrato No. 07/2011 para la construcción del proyecto "Construcción Sistema Riego Timboy".*

2. *Durante la tramitación del presente procedimiento sancionatorio se ha verificado que el Ejecutivo Seccional de Desarrollo de Entre Ríos, Provincia O'connor del Departamento de Tarija solo presentó documentación que respalda el reclamo referente al incumplimiento del pago de la caución correspondiente a la póliza de seguro de cumplimiento de contrato y no así en relación al pago de la caución correspondiente a la póliza de correcta inversión de anticipos, no siendo posible sancionar a la compañía aseguradora por dicha omisión."*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 29 de mayo de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 295-2012 de 9 de mayo de 2012, argumentado lo siguiente:

"…I.2 ANTECEDENTES

I.2.I.- Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. ha emitido la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA TJA - 0510394/09 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas COO-TJA (sic) 0506402/09, cuyas obligaciones fueron asumidas con posterioridad por Fortaleza.

La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA TJA - 0510394/09 *fue suscrita bajo las siguientes características:*

Condicionado Particular

- *Beneficiario: Prefectura del Departamento de Tarija.*
- *Afianzado: SOIMBOL S.R.L.*
- *Valor caucionado: Bs.- Bs.- (sic) 2.880.368.*
- *Prima total: Bs.-30.000*
- *Documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo a ser presentados (sic) para la ejecución en caso de ejecución inmediata: Resolución Administrativa de Contrato.*
- *Vigencia. Desde las 12:00 del 01/12/2009 hasta las 12:00 del 01/12/2010.*

-Condicionado General

-La cláusula primera estipula: "La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas: a) La Ley de Seguros Nº 1883, b) Código de Comercio, c) Código de Procedimiento Civil, d) Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios".

-La cláusula tercera dispone: "Objeto de esta Póliza: El fiador garantiza el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza como consecuencia dela (sic) incorrecta inversión de anticipo recibidos, por causas imputables al Afianzado. El Contrato principal que estipula tal (es) anticipo (s) forma parte indivisible de la presente póliza".

-La cláusula séptima dispone: "Riesgos no cubiertos. La garantía de esta Póliza no se extiende a los casos de incumplimiento debido a fuerza mayor o caso fortuito, tales como:.. .f) Montos o sumas debidas por multas, penalidades, sanciones o intereses".

-La cláusula décima estipula: "Ejecución de la garantía. Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por partes del Beneficiario, que den lugar ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el Contrato Principal y a lo establecido en las Cláusulas y/o Anexos de la presente póliza adjuntos a la misma que

alternativamente y en forma excluyente podrán ser:

- *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional.*
- *Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.*

Cualquiera de dichas Cláusulas adheridas a la presente Póliza formarán parte integrante e indivisible de la misma y prevalecerán sobre lo dispuesto en el texto de dicha póliza.

Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (los) Funcionario (s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente e incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas".

La cláusula décima quinta (arbitraje) dispone que: "Las controversias de hecho sobre las características técnica de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llevará a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía de arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje). El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".

-Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas

-La citada Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas estipula: "No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extra judicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".

La Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA-0506402/09 *fue suscrita bajo las siguientes características:*

-Condicionado Particular

- *Beneficiario: Prefectura del Departamento de Tarija.*
- *Afianzado: SOINBOL S.R.L.*
- *Valor caucionado: Bs.-1.204.202*
- *Prima total: Bs.- 14.000*
- *Documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo a ser presentados para la ejecución en caso de ejecución inmediata: Resolución Administrativa de Contrato.*
- *Vigencia. Desde las 12:00 del 07/12/2009 hasta las 12:00 del 07/12/2010.*

-Condicionado General

-La cláusula primera estipula: "La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas: a) La Ley de Seguros N° 1883, b) Código de Comercio, c) Código de Procedimiento Civil y, d) Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios"

-La cláusula séptima dispone: "Riesgos no cubiertos. La garantía de esta Póliza no se extiende a los casos de incumplimiento debido a fuerza mayor o caso fortuito, tales como:.. .f) Montos o sumas debidas por multas, penalidades, sanciones o intereses".

-La cláusula décima estipula: "Ejecución de la garantía. ***Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el Contrato Principal y a lo establecido en las Cláusulas y/o Anexos de la presente póliza*** *adjuntos a la misma que alternativamente y en forma excluyente podrán ser:*

- *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional.*
- *Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento.*

Cualquiera de dichas Cláusulas adheridas a la presente Póliza formarán parte integrante e indivisible de la misma y prevalecerán sobre lo dispuesto en el texto de dicha póliza.

Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (sic) (los) Funcionario (s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente e incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas".

-La cláusula décima quinta (arbitraje) dispone que: "Las controversias de hecho sobre las características técnica (sic) de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llevará a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía de arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje). El

Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva".

-Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas

***-**La citada Cláusula de. Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas estipula: "Aplicable a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas. No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes.*

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extra judicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".

***I.2.2.**El Contrato de Obra para el Proyecto "Construcción del Sistema de Riego TIMBOY" (Contrato de Construcción) fue suscrito por la Prefectura del Departamento de Tarija, a través de la Subprefectura de la Provincia O'Connor, y la Empresa Constructora SOINBOL S.R.L., el 13 de febrero de 2008.*

El Contrato de Construcción dispone: i) En su cláusula tercera (Objeto del Contrato) que el CONTRATISTA se compromete y obliga a ejecutar todos los trabajos necesarios para la ejecución del proyecto "Construcción del Sistema de Riego TIMBOY"; ii) en su cláusula cuarta prevé que el plazo de ejecución es de 355 días calendario que serán computados a partir de la fecha en la que el Supervisor expida la orden de proceder; iii) en su cláusula sexta se prevé que con el objeto de cubrir los gastos de movilización, el CONTRATANTE a solicitud del CONTRATISTA entregará un anticipo hasta el 20% del monto total del contrato, con el objeto de cubrir los gastos de movilización; iv) en la cláusula vigésima primera se establece que el Contrato de Construcción concluirá por el cumplimiento del contrato y por la resolución del mismo y establece las causales de resolución que pueden ser alegadas por el CONTRATANTE, entre éstas se encuentran el incumplimiento en la iniciación de la obra, la disolución del CONTRATISTA, por quiebra de éste, por suspensión de los trabajos sin justificación, por incumplimiento en la movilización a la obra, por incumplimiento injustificado del Cronograma de Obra, por negligencia reiterada en el cumplimiento de las especificaciones, por la subcontratación de una parte de obra y cuando el monto de la multa por atraso en la entrega provisional o definitiva, alcance el

10% del monto total del contrato; v) en la cláusula vigésima primera, numeral 21.4, se estipulan las reglas aplicables a la resolución del contrato, señalándose que para procesar la resolución del contrato las garantías deben estar plenamente vigentes y el CONTRATANTE o el CONTRATISTA darán aviso mediante carta notariada, a la otra parte, de su intención de resolver el contrato, estableciéndose claramente la causal que aduce, si dentro de los 15 días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación se enmendaren las fallas, se normalizará el desarrollo de los trabajos y se tomaran (sic) las medidas necesarias para continuar normalmente con las estipulaciones del Contrato y que, en caso contrario, si al vencimiento del término de los quince (15) días no existe ninguna respuesta, el proceso de resolución continuará a cuyo fin el CONTRATANTE o el CONTRATISTA, notificará mediante carta notariada a la otra parte, que la resolución del contrato se ha hecho efectiva; y, vi) en la cláusula vigésima segunda denominada "Solución de Controversias" se establece que las controversias se solucionaran por la vía judicial, bajo la jurisdicción coactiva fiscal.

El Contrato de Construcción fue modificado por la variación de los precios unitarios, sin alterar el plazo de ejecución.

***1.2.3**. Cursa en Fortaleza, los siguientes antecedentes:*

*-El Fiscal de Proyecto - Marco Antonio Palacios Romero, a través del **Informe Técnico CITE/DOC/Nº 20/10 de 13 de octubre de 2010,** informa que la fecha de conclusión del Contrato de Construcción es el 11 de julio de 2010 en función al plazo fijado contractualmente y a las ampliaciones del plazo, también, señala que el avance físico de la obra es de un 53,51% y un avance financiero del 37,98%, además afirma que el monto total de las multas supera el 20% del costo del proyecto. Finalmente, recomienda que se inicie el proceso de resolución del contrato.*

*El Gerente de Supervisión de la Asociación Accidental de Consultores TIMBOY, a través de la nota TYSEN-SEG-SRT- 019/2010 de **23 de noviembre de 2010**, informa que se emitieron dos órdenes de cambio que disponen la ampliación del contrato hasta el 21 de mayo de 2010 y que se está a la espera de la aprobación de dos órdenes de cambio por incremento de volúmenes; además, se informa que el avance físico de la obra es de 37,88% y que el avance financiero es de 49,03%.*

*El Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Provincia O'Connor. mediante **nota GPO N° 476/2010 de 30 de noviembre de 2010 (documento notariado),** señala que:*

-Se ha cumplió (sic) el plazo de ejecución de obra el 11 de julio de 2010, computado desde el 28 de noviembre de 2008, en concreto, establece que el plazo de ejecución del Contrato de Construcción fue de 355 días calendario y que éste fue prorrogado en tres oportunidades (en función a la O.C. N° 1, 2 y 3), la primera vez por 97 días hasta el 23 de febrero de 2010, la segunda por 87 días hasta el 21 de mayo de 2010 y la tercera por 51 días hasta el 11 de julio de 2010; y, que hasta la fecha no se ha procedido a la entrega provisional de la obra.

-Se ha acumulado el 20% en multas sobre el monto total del Contrato de Construcción.

-La Empresa Contratista conforme a lo dispuesto en la cláusula 21°, numeral 21.2.1., tiene 15 días hábiles para establecer qué medidas tomará para la continuidad de sus servicios, lo que podrá dar lugar al retiro de la intención de la resolución de contrato.

El Administrador de la Gobernación del Departamento de Tarija de la Provincia O'Connor, ***a través de la nota N° 0059/2010 de 30 de noviembre de 2010,*** *solicita la ejecución de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo N° 0510394 y la Póliza de Cumplimiento de Contrato N° 0506402/09, al no haberse renovado.*

El Asesor de la Gobernación del Departamento de Tarija, a través de la nota de ***30 de noviembre de 2010,*** *solicita la ejecución la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo N° 0510394 y la Póliza de Cumplimiento de Contrato N° 0506402/09, sin precisar el motivo.*

El Administrador de la Gobernación del Departamento de Tarija de la Provincia O'Connor, a través de la nota N° 0060/2010 de ***3 de diciembre de 2010,*** *ratifica la solicitud de la ejecución de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo N° 0510394 y la Póliza de Cumplimiento de Contrato N° 0506402/09.*

El Gerente General de la Sociedad de Ingeniería Boliviana S.R.L. (SOINBOL S.R.L.), mediante nota ***GR.GRAL/N°065/2010/J:R:Z-D de 31 de diciembre de 2010,*** *informa que el Contrato de Construcción está vigente, por lo que, no corresponde la ejecución de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo N° 0510394 y la Póliza de Cumplimiento de Contrato N° 0506402/09.*

El Ejecutivo Seccional de la Provincia O'Connor, ***mediante nota GPO N° 039/2011 de 24 de enero de 2011 (carta notariada recibida por SOINBOL S.R.L. el 26 de enero de 2011),*** *dirigida al representante legal de SOINBOL S.R.L., luego de exponer los argumentos por los cuales observa los alegatos formulados por el CONTRATISTA, señalan que se ha cumplido el término previsto en el numeral 21.4 de la cláusula 21° y comunican que se hace efectiva la resolución del Contrato de Construcción.*

La Gobernación del Departamento de Tarija - Sección O'Connor, ***mediante carta notariada CITE GPO N° 039/2011 de 24 de enero de 2011,*** *comunica al CONTRATISTA que la Resolución de Contrato de Obra se hizo efectiva al no haber sido desvirtuadas las causales señaladas en la "Carta Notariada de Intención de Resolución de Contrato CITE GPO N° 476/2010 de 30 de noviembre de 2010".*

El Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Provincia O'Connor. a través de la ***Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento de Contrato N° 07/2011 de 4 de febrero de 2011,*** *declara formalmente el incumplimiento que dio lugar a la Resolución de Contrato Efectivizada el* ***24 de enero de 2011,*** *cuando el monto de la multa por atraso en la entrega provisional o definitiva, alcance el 10% del monto total del contrato (decisión optativa) o, el 20% de forma obligatoria; y, se instruye la ejecución de la Póliza que cauciona el Cumplimiento de Contrato de Obra del Proyecto "Construcción Sistema de Riego TIMBOY".*

El Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Provincia O'Connor, ***a través de la nota GPO N° 234/2011 de 6 de abril de 2011,*** *remite a Fortaleza, la Resolución Administrativa N°*

007/2011 en la que se demuestra que el incumplimiento por parte del Afianzado SOINBOLS.R.L. (sic) y solicitan el depósito del monto caucionado.

Fortaleza, a través de la ***nota FORT/AL/Nº 94/11 de 18 de abril de 2011,*** *rechaza el siniestro y señala que: i) el Contrato de Construcción en su cláusula 21, numeral 21.4, estipula que cuando la resolución sea por las causales imputables al contratista se consolide a favor del contratante la garantía de cumplimiento de contrato, manteniéndose pendiente de ejecución la garantía de correcta inversión del anticipo; ii) el siniestro ha ocurrido, configurado o perfeccionado el 26 de enero de 2011 dado que a través de la nota GPO N° 039/2011 de 24 de enero de 2011 recepcionada por SOINBOL S.R.L. el 26 de enero de 2011 se ha procedido a la resolución del Contrato de Construcción; iii) las pólizas en ejecución tenían vigencia hasta el 1 de diciembre de 2010 y el 7 de diciembre de 2010, respectivamente, fechas en las que quedaron extinguidas las fianzas otorgadas, por lo que, procede la aplicación de lo dispuestos por los artículos 939 y 351 del Código Civil y el artículo 909 del Código de Comercio; y, iv) al haberse extinguido la vigencia de las garantías a la fecha de la ocurrencia del siniestro que data de la fecha en la que se presentó la resolución del contrato procede el rechazo el siniestro.*

Fortaleza, a través de la ***nota GPO CITE 383/2011de 25 de abril de 2011,*** *señala que: i) la entidad aseguradora tomó conocimiento del incumplimiento del Contrato de Construcción el 30 de noviembre de 2010, a través de la que se requirió la ejecución de las garantías.*

La Gobernación de Tarija, ***a través de la nota GPO CITE 383/2011 de 25 de abril de 2011,*** *señala que cumplió con el procedimiento adecuado y oportuno para comunicar la existencia del siniestro antes de que se cumpla el término de vigencia de las pólizas de ejecución que tuvo lugar el 7 de diciembre de 2010. La Gobernación, también, afirma que cumplió con el procedimiento adecuado y oportuno para comunicar la existencia del siniestro antes de que se cumpla el término de vigencia de las pólizas de ejecución que tuvo lugar el 7 de diciembre de 2010.*

Fortaleza, ***a través de la nota FORT/AL/121/10 del de junio de 2011,*** *i) acusan recibo de la nota GMER-PO CITE N° 330/2011 mediante la que solicita la renovación y/o ejecución de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra N° CCE-TJA-905 (sic); y, ii) solicitan la siguiente documentación: Contrato afianzado y sus adendas, carta notariada de intensión (sic) de Resolución de Contrato, carta notariada mediante la cual se hace efectiva la resolución de contrato, resolución administrativa que resuelve el contrato, informe del supervisor de la obra e informe legal donde se determina las causales de resolución de contrato y correspondiente ejecución de póliza.*

1.2.4. *La APS,* ***a través de la nota APS7DS/JTS/2564/2011 (sic) de 23 de agosto de 2011,*** *señala que: i) de acuerdo a la cláusula 12 el Condicionado General, las acciones emergentes de un Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos (2) años a contar de la fecha del siniestro; ii) las fianzas están reguladas por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, por lo que, no aplican lo establecido por el Código de Comercio; y, iii) al haberse emitido el 4 de febrero de 2011 la Resolución Administrativa de declaración de Incumplimiento de Contrato N° 07/2011, de acuerdo a lo dispuesto*

por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros, remitan la documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros.

1.2.5. *Cursa en los antecedentes de la entidad aseguradora: i) la Planilla de Avance de Obra N° 4, del 11/10/2009 al 15/12/2009, suscrito por el Contratista, el Supervisor de Obra y el Fiscal de Obra; ii) Certificado de Avance de Obra N° 4, suscrito por el Contratista, el Supervisor de Obra y el Fiscal de Obra; y, iv) el Certificado de Pago N° 4, suscrito por el Contratista, el Supervisor de Obra y el Fiscal de Obra.*

II.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO

Fortaleza interpone el presente recurso administrativo jerárquico contra la RA N° 295/2012, en mérito a los siguientes fundamentos legales:

II.1 INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY N° 1883 DE SEGUROS.

II. 1.1. *Magee y Bullo afirman que el seguro de caución ha sido concebido como aquél que se lleva a cabo para garantizar que serán resarcidos al acreedor de una obligación no directamente dineraria los daños que pueda provocar su incumplimiento. En el momento de delimitarse específicamente el riesgo que se conviene, la definición del concepto de incumplimiento es estricta y clara.*

El seguro de caución se caracteriza por la necesaria conexión de dos contratos (el contrato de seguros y el contrato principal, ya sea de obra, prestación de servicios, etc. que suscriban el afianzado y el asegurado en su calidad de contratante y contratista)y la intervención de tres sujetos: El tomador, el asegurado y el asegurador; el tomador es un empresario de obras, suministros o servicios que se encuentra vinculado por un contrato del que resulte una obligación; el asegurado es el acreedor de la obligación referida precedentemente y a quien, por tener el interés asegurable, le corresponde la prestación de indemnización del asegurador. El fin principal del contrato de caución es resarcir al asegurado en su condición de acreedor del tomador del contrato que no cumpliera con la obligación vinculada, de los daños que se le causaren conforme a las estipulaciones que se hubieran establecido.

Por lo tanto, en este tipo de seguro, el interés asegurable es el cumplimiento por parte del empresario de una prestación económica no dinerada que debe ejecutar en el futuro; en garantía de la cual, asegura al acreedor para que, en caso de no realizarse la obra o cumplirse con el suministro o servicio, reciba una indemnización por parte del asegurador.

Esta relación resulta evidente si concluimos que existirá siniestro siempre y cuando haya un incumplimiento de la obligación del otro contrato que se protege a través de este seguro de caución. La nota distintiva en relación con otros seguros patrimoniales es que en el seguro de caución el siniestro resultará originado en el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato específico por parte del tomador del seguro.

De lo expuesto, se tiene como una primera conclusión que el seguro de caución garantiza que serán resarcidos al acreedor de una obligación, los daños que pueda provocar el incumplimiento del que debe cumplir una obligación, con lo cual, existirá

siniestro siempre y cuando exista el incumplimiento de una obligación asumida en un contrato por parte del tomador del seguro.

Broseta Pont afirma que siendo el contrato de seguro de caución un contrato por el cual, en última instancia se conviene la protección del cumplimiento de una obligación, su naturaleza jurídica es la de garantía, esto no implica que el seguro de caución no sea un seguro, estas afirmaciones la sostiene la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio Argentina, en el fallo emitido al resolver la controversia entre Alba Compañía Argentina de Seguros S.A. contra Dé los Electrónica S.A., lo mismo que hiciera la Sala A en el fallo 98592 de la Cámara Nacional de Comercio Argentina emitido dentro del proceso Rigolleau S.A. contra Solvencia S.A. de Seguros Generales. La doctrina ha entendido mayoritariamente que el seguro de caución se encuentra dentro de los denominados seguros de daños patrimoniales.

Una segunda conclusión, aunque resulte obvia, consiste en sostener que el seguro de caución es un seguro y que es un seguro de daños patrimoniales.

La señal distintiva del seguro de caución respecto de otros contratos es su basamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, su interpretación debe efectuarse dentro de los parámetros que dicha técnica establece y que reconoce el Derecho de seguros en sus previsiones (Código de Comercio - Contrato de Seguros).

Finalmente, una tercera conclusión consiste en que el seguro de caución al constituirse en un seguro de daños patrimoniales encuentra su fundamento en la técnica aseguradora y, por lo tanto, sólo puede interpretarse en clave aseguradora, de técnica aseguradora, y por supuesto en las normas que rigen la contratación de seguros que recoge, precisamente, la técnica aseguradora.

Ahora bien, definido como está el concepto, el contenido, el alcance y los efectos del seguro de caución, y, al concluirse explícitamente que al momento de establecer el alcance del seguro de caución y al momento de resolverse las controversias en materia de seguro de caución sólo puede aplicarse la técnica aseguradora y su normativa específica, entendiéndose por ésta toda la normativa referente a la contratación de seguro prevista en el Código de Comercio y a las disposiciones emitidas por la APS, se tiene en cuanto al "seguro de caución en ejecución de contrato" que el asegurador cubre al asegurado, hasta el límite del capital asegurado o suma asegurada, con una indemnización en caso de incumplimiento, por parte del tomador del seguro, de algunas o todas las obligaciones asumidas en un contrato determinado.

La garantía prestada a través del seguro de caución cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza. Esta afirmación se encuentra contenida en el fallo dictado por la Sala IV de lo Contencioso Administrativo de Argentina del 19 de noviembre de 1993.

El fin de este seguro de caución en ejecución del contrato es el de cubrir los perjuicios económicos que sufre el acreedor-asegurado como consecuencia del incumplimiento de su deudor, contratante del seguro. El objeto principal del seguro de caución en

ejecución del contrato es el de garantizar en favor de un tercero el beneficiario, las consecuencias de los posibles incumplimientos del tomador, vinculado con el beneficiario por un contrato anterior a la caución y del cual ésta resulta accesoria.

El seguro de caución en ejecución del contrato, reemplaza la caución exigida por el dueño de la obra, para asegurar el cumplimiento del contrato; esta caución real, que el seguro sustituye, funciona como una verdadera cláusula penal que asegurado y tomador fijan anticipadamente como aval convencional de resarcimiento.

En consecuencia, se entiende que el seguro de caución cubre el pago de aquello que debería afrontar el deudor como garantía de cumplimiento, ***ya que no se trata de que lisa y llanamente el asegurador se constituya en un codeudor solidario del deudor original, cubre los incumplimientos verificados, las pérdidas ocasionadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, todo gasto realizado por el comitente y todo perjuicio causado por el contratista, hasta el límite máximo establecido en la póliza.*** *Teniendo en cuenta lo expresado, se concluye que para que proceda el pago de la indemnización debe existir un incumplimiento verificado, una pérdida económica ocasionada por la inobservancia de las cláusulas contractuales sometida a constatación.*

De lo hasta aquí expuesto se concluye, en sujeción a la doctrina, la legislación comparada, la técnica aseguradora y las normas comerciales de contratación de seguros (Art. 1027, 1032 y 1038 del Código de Comercio) que para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de contrato, debe mediar necesariamente la constatación de que se hubiese producido un siniestro, un incumplimiento de una obligación, establecida con este carácter, por el contrato.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento, sustento del seguro de caución, debe derivar de la responsabilidad del deudor de la obligación vinculada, y no de una circunstancia extraña a la voluntad del mencionado sujeto.

Bulló, en su obra Derecho de Seguros, afirma que el incumplimiento, al menos culpable del deudor, significará la necesidad de una consideración analítica por parte del asegurador, para conocer desde ese extremo la procedencia del derecho del asegurado a ser indemnizado. Esto nos lleva al deber de comunicar la ocurrencia del siniestro y del hecho material del incumplimiento por parte del asegurado al asegurador.

Por más que el asegurador tenga conocimiento exacto del plazo que se ha pactado para el cumplimiento de la obligación vinculada, ya que estaba en su derecho haber requerido los términos contractuales del caso, es deber del asegurado, el acreedor de dicha obligación, informarle del incumplimiento y, por consiguiente, que el siniestro ha sucedido.

En esta misma dirección hay que establecer con precisión y de manera segura que el contratante del seguro, deudor de la obligación materia del aseguramiento no ha cumplido con la misma y que ese incumplimiento es de su responsabilidad. En otras palabras, debe establecerse si ha sucedido el siniestro para delimitar su extensión y, dentro del plazo que se dispusiera, pagarse la indemnización.

Esto igualmente nos lleva a remarcar que el contrato de seguro de caución no tiene en su estructura la condición de ejecutabilidad inmediata, como si se tratara de un procedimiento de ejecución.

Corresponde que la denuncia del siniestro que concretara el asegurado se transmita a quien dejo (sic) de cumplir el contrato en cuestión. Se debe recordar que en este contrato, la parte de cuyo incumplimiento se buscaba proteger las consecuencias es precisamente aquella a la que en el contrato de seguro de caución se denomina tomador. De ahí que interesa establecer, con esa denuncia informativa si el tomador al que se imputa incumplimiento del contrato ajeno convalida o no tal pretensión del asegurado, quien obviamente es el contratante de aquél.

En la medida en que el siniestro en esta clases (sic) de contrato de seguro es de orden jurídico y no meramente material, como se puede calificar al hecho que lo desencadena en otros tipos de seguros patrimoniales, la evaluación de la denuncia, las manifestaciones que a su respecto pudiese hacer el deudor y las consideraciones de la evaluación jurídica acerca del incumplimiento cohonestado con el contrato causa de la obligación establecerán el débito y la cuantía por parte del asegurador y el crédito del asegurado en su contra.

El contratante del seguro asume responsabilidad frente al asegurador que ha pagado un siniestro. Producido el hecho y aceptado el siniestro por el asegurador, este último debe proceder a indemnizar al beneficiario del resarcimiento, al asegurado, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato de seguro.

Bajo esta línea de pensamiento, expuesta en clave aseguradora y, teniendo en cuenta como fundamento la técnica asegurativa y el Derecho de seguros, se concluye que:

La ejecución de una "póliza de fianza'" procede cuando se materializan los siguientes elementos: primero es el incumplimiento de los deberes contractuales del afianzado, traducido en el riesgo cubierto por el seguro de caución; y, el segundo, es la "Declaración de Incumplimiento" plasmada en una resolución administrativa. Al respecto, al tenerse en cuenta que si la cobertura del riesgo se extiende al incumplimiento de las obligaciones contractuales del afianzado, debe verificarse que se hubiese producido su incumplimiento, dado que de haberse producido corresponde indefectiblemente el pago de la indemnización.

En consecuencia Fortaleza, requiere para efectuar el pago de la indemnización que se configure este primer requisito, la existencia de un incumplimiento contractual del afianzado (ya sea en la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato o en la Póliza de Garantía de la Correcta Inversión del Anticipo), porque precisamente éste elemento es el riesgo sujeto a cobertura. En el presente caso, no sólo no se ha demostrado la existencia del incumplimiento del contrato (o, por lo menos no cursa documentación en Fortaleza, dada que no ha sido presentada en la aseguradora, que acredite la configuración del siniestro), sino que el incumplimiento así "declarado" (solamente declarado por la autoridad pública), a través de la ***Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento de Contrato N° 07/2011 de 4 de febrero de 2011,*** *afirma que la resolución del Contrato de Construcción se efectivizó el* ***24 de enero de 2011,*** *cuando el monto de la multa por atraso en la entrega provisional fue superior al 20% del costo de la obra (por lo menos, así lo entendemos dado que la redacción empleada por la autoridad pública es absolutamente confusa), lo que implica naturalmente que hace (sic) fecha (24 de enero de 2011) el Afianzado* ***incurrió en el incumplimiento de la***

obligación contractual, *por lo tanto, el siniestro se produjo fuera de la vigencia de las "pólizas" que fenecían el 1 y el 7 de diciembre de 2010.*

Dado lo afirmado y aplicando criterios técnico - legales asegurativos, no corresponde mayores interpretaciones que distorsionen no sólo la naturaleza del seguro y de la técnica aseguradora sino también el alcance de las disposiciones legales. El accionar de los entonces funcionarios y autoridades públicas de la Gobernación del Departamento Autónomo de Tarija no fue diligente ni oportuno.

Asimismo (sic) debe tenerse en cuenta que los propios funcionarios y autoridades públicas de la citada Gobernación (obviamente, nos referimos a los que trabajaban en la Gobernación hasta el 2010) han confundido con sus actuaciones a Fortaleza porque han solicitado a esta empresa la renovación de las pólizas, sólo se pide una renovación cuando las garantías no están vigentes, lo contrario podría traducirse en gastos no justificados de la Administración Pública.

II.1.2. *Que la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 (R.A. N° 731), en su artículo segundo y quinto, aprueba el texto único y uniforme de la Póliza de Garantía de Cumplimiento del Contrato de Servicios para Entidades Públicas y de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo, cuya cobertura es el incumplimiento de los contratos suscritos por el afianzado y la incorrecta inversión de los anticipos, respectivamente, con lo cual, y bajo la misma tesitura debe producirse el evento que se constituya en el riesgo sujeto a cobertura el "incumplimiento de los contratos suscritos por el afianzado" y la "incorrecta inversión de los anticipos", con lo cual, el asegurador debe formar convicción de que efectivamente se ha producido el riesgo sujeto a cobertura, por lo que, es necesario no sólo la presentación de documentación sino también la fundamentación de la resolución administrativa que dicte la autoridad competente del órgano público beneficiario que declara el incumplimiento, con la finalidad de que el asegurador realice su evaluación técnico-legal, aspectos que no han concurrido en el presente caso.*

II.1.3.*Las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA TJA - 0510394/09 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas COO-TJA (sic) 0506402/09, establece que la ejecución de la póliza, estará sujeta a la presentación del original o copia legalizada de la declaración del incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares y,* ***precisamente el Condicionado Particular de las citadas pólizas señalan que el documento a presentarse es la Resolución Administrativa de Contrato,*** *documento que establece o declara formalmente el incumplimiento del afianzado y por consiguiente el que configuraría el siniestro cubierto por la aseguradora, sin embargo en este caso este documento ha sido emitido por el beneficiario fuera de la vigencia de las pólizas, en consecuencia al momento de configurarse el siniestro de manera formal, las pólizas ya se habían extinguido naturalmente, por lo que dicha resolución, es extemporánea con relación a la vigencia de las pólizas reclamadas.*

En el presente caso la APS al momento de dictar la R.A. N° 295/2012 se limita a realizar un análisis de la personería jurídica del Beneficiario y la capacidad y facultades del Sr. Nelson

Walter Ferrufino Gaite para suscribir la Resolución Administrativa, hecho que en ningún momento fue cuestionado por nuestra compañía, sin entrar al fondo del asunto que era el de establecer si el siniestro (Resolución Administrativa que resuelve el contrato) se produjo dentro o no de la vigencia de las pólizas, hecho que el Beneficiario NO pudo probar no obstante lo solicitado por la misma APS mediante Auto notificado en fecha 26 de marzo de 2012, que textualmente pide descargar al Beneficiario en el punto 2 " PROBAR DOCUMENTAMENTE (sic) HABER NOTIFICADO A SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. (DENTRO DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA) LA RESOLUCIÓN QUE ESTABLECE EL INCUMPLIMIENTO DE LA CORRECTA INVERSIÓN DE ANTICIPO).

Asimismo la APS al momento de dictar la R.A. N° 295/2012 entra en contradicción al REVOCAR PARCIALMENTE la RA APS/DJ/DS/No.04372012 de 24 de enero de 2012 solo para una de las pólizas (Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA TJA - 0510394/09) y mantiene la declaración de incumplimiento y la multa para la otra, es decir para la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas COO-TJA (sic) 0506402/09, cuando la causal para el rechazo para ambas ha sido la falta de una declaración de incumplimiento válida y oportuna por parte del Beneficiario. Por otra parte la APS jamás tomo en cuenta nuestras pruebas y argumentos, para llegar a este fallo, tanto así que ni son tomados en cuenta en los CONDIDERANDOS (sic), ni si quiera para desvirtuarlos, habiéndose limitado a tomar una decisión sobre la base de lo aportado por el beneficiario.

II.2.INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.1, complementariamente, dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

En clave de técnica aseguradora -no corresponde una interpretación no sujeta a ésta, dada la naturaleza de la citada Ley N° 1883 de Seguros- en materia de seguros generales, las aseguradoras tienen la obligación de indemnizar los daños y pérdidas, en el momento en que se hubiese producido un evento que fuese catalogado, legal y técnicamente, como un riesgo sujeto a cobertura. Esta interpretación, también, se encuentra recogida por el artículo 979 del Código de Comercio.

Ahora bien, en qué momento se determina que el evento ocurrido se traduce en un riesgo sujeto a cobertura; obviamente, cuando la aseguradora acepta el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo, previa su evaluación técnico - legal. Un asegurador munido de conocimientos del orbe técnico y legal en materia aseguradora, no podría emitir una conclusión diversa a la esgrimida, dadas las características que hacen al seguro. Lo contrario implica la inobservancia de los principios básicos de la técnica aseguradora y que se afecte la seguridad y solvencia de las aseguradoras, por pagar indemnizaciones cuando éstas no corresponden, afectando la ecuación económica financiera de las aseguradoras.

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido (como se puede advertir por la demanda de cumplimiento de contrato presentado ante el Juez de Partido en lo Civil, acreditado por la empresa a través del memorial de demanda en el que se registra el cargo de recepción), la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que esta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios

de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro. Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso jerárquico.

La APS en la R.A. N° 295/2012 se limita a realizar un análisis sesgado y únicamente aclara lo establecido en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883, referente a la obligación de las aseguradoras a indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación debida al producirse la eventualidad prevista", omitiendo deliberadamente pronunciarse sobre el objeto del reclamo en sí que es la FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO O INCUMPLIMIENTO durante la vigencia de la póliza.- Asimismo, la APS al dictar la R.A. N° 295/2012 se limita a señalar que su atribución es genérica, soslayando la previsión contenida en el artículo 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece que toda atribución de un órgano público debe ser expresa y específica y no genérica. Las atribuciones de la APS están tasadas a diferencia de lo que ocurre con los ciudadanos en general, obviamente, por mandato de una norma en concreto, el artículo 5 de la Ley N° 2341.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso Jerárquico interpuesto contra la R.A. N° 295/2012.***
2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la R.A. N° 295/2012 y en su mérito de la R.A. N° 043/2012, dado que Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento del inciso a) del***

artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha impuesto la sanción sin competencia viciando de nulidad de pleno derecho el acto administrativo impugnado y, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en el presente memorial, en la nota de descargos presentada por Fortaleza, además de todos los antecedentes que cursan en el expediente administrativo.

Mediante memorial presentado el 5 de septiembre de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., complementa su Recurso Jerárquico, argumentado lo siguiente:

"…*En fecha 31 de Agosto de 2012, se efectuó la "Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos" del Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 295-2012, resultado de la misma tenemos a bien adjuntar lo siguiente:*

I. ***DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA AL RECURSO JERÁRQUICO.***

Nos permitimos hacerles llegar una copia de la ***póliza CCO-TJA-0506402/09*** *emitida por Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A., que comprende sus correspondientes Condiciones Particulares, Condiciones Generales y la cláusula anexa de Ejecución Inmediata.*

II. ***VIGENCIA DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE OBRA.***

Sobre este punto, es necesario citar lo establecido en la Cláusula Décima de las Condiciones Generales, que señala textualmente: "Otorgada la presente póliza, ésta adquiere el carácter de irrevocable ***hasta que se cumpla la vigencia de la misma****, no pudiendo el Fiador demandar su recisión por causas imputables al Afianzado,* ***ni quedar liberado de su obligación mientras esta póliza se encuentre vigente****."*

Al respecto, es evidente que las obligaciones emergentes de las Pólizas de Garantía, para la entidad Aseguradora solamente se encuentran restringidas al cumplimiento de la vigencia que las mismas establecen, y por ende transcurrido este plazo, las pólizas pierden su carácter de irrevocables y libran de cualquier obligación a la Aseguradora.

III. ***INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PÚBLICAS.***

La Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas ***CCO-TJA-0506402/09,*** *que está acorde a los "textos únicos y uniformes" aprobados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros SPVS mediante la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de Septiembre de 2007 establecen textualmente: "... La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo..."*

Analizando el citado texto de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, se tiene que los ***únicos requisitos*** *para dar curso a la ejecución de las Pólizas de caución*

a favor de la entidad beneficiaría, son que las pólizas de garantía se encuentren vigentes y que el beneficiario cumpla con el procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento de contrato plasmada en una Resolución Administrativa.

En relación a la ejecución de la póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra ***CCO-TJA-0506402/09,*** *la declaración de incumplimiento del Contrato Principal fue realizada fuera de la vigencia de la póliza, por tanto no cumpliría con los requisitos exigidos por los textos únicos y uniformes..."*

7. FORMULACIÓN DE CRITERIOS DE TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 13 de julio de 2012, el Lic. Nelson Walter Ferrufino Gaite en su condición de Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Provincia O'Connor del Departamento de Tarija, presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"…III.1 Sobre la Inexistencia de la Infracción del Artículo 12 Inciso a) del a *(sic)* ***Ley N[6] 1883 de Seguros.-*** *Fortaleza afirma que para efectuar la indemnización requiere que se configure la existencia de un incumplimiento contractual del afianzado, e insólitamente asegura:*

"(„,) En el presente caso, no solo no se ha demostrado la existencia del incumplimiento del contrato (o, por lo menos no cursa documentación en Fortaleza, dada que no ha sido presentada a la aseguradora, que acredite la configuración del siniestro), sino que el incumplimiento así "declarado" (solamente declarado por la autoridad pública) a través de la Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento de Contrato N° 07/2011 de 4 de febrero de 2011 afirma que la resolución de contrato de construcción se efectivizo el 24 de enero de 2011 (…) "

Afirmación por demás absurda, y contraria al Orden Publico (sic), considerando que de acuerdo al inc. g) del Art. 4 (Principios Generales de la Administración Pública) de la Ley No. 2341, se prevé el principio de legalidad y presunción de legitimidad que dice: autoridad competente del órgano publico (sic) beneficiario.., ", es decir, que FORTALEZA no es la empresa aseguradora, si no es parte interesada, en este sentido se debe tomar en cuenta que en todo caso, y siendo base del fundamento de FORTALEZA cuestionar y desconocer la eficacia jurídica de los actos administrativos emitidos en el proceso de Resolución de Contrato por incumplimiento atribuible al afianzado, FORTALEZA debió haber interpuesto los recursos administrativos previstos en la Ley contra la Resolución Administrativa N° 07/2011, por cuanto, la base legal que FORTALEZA esgrime contempla la concurrencia de una ineficacia de los actos administrativos emitidos y en particular la mencionada resolución, cuando estos actos administrativos se encuentran plenamente vigentes y sin impugnación alguna,

Por otro lado y en relación a la diferencia cualitativa de la Póliza de Cumplimiento de Contrato con la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo, FORTALEZA sostiene ilegalmente que:

"de acuerdo a las estipulaciones contractuales que señala se prevé que la póliza garantiza al beneficiario que si el afianzado no invierte correctamente el monto de dinero entregado se pagara la indemnización, con lo cual, de la revisión de toda la documentación, incluida Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento de Contrato N° 07/2011 de 4 de febrero de 2011, solo se puede concluir que en ningún momento se ha declarado que el afianzado no ha invertido correctamente el anticipo ni se ha presentado documento que permita formar convicción sobre este punto... "

En primer término se ha (sic) notar que de acuerdo a lo previsto en la Cláusula Vigésima Primera (Terminación del Contrato), la solicitud de ejecución de garantías deriva del proceso de Resolución de Contrato, el mismo que se ha materializado de acuerdo a:

1.-Carta notariada de fecha 30 noviembre de 2010, con cite GPO N° 476/2010 emitida por Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Provincia O'Connor por la que se notifica al afianzado la Intención de Resolución de Contrato.

2.-Carta notariada de fecha 24 enero de 2010, con cite GPO N° 039/2011 emitida por el Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Provincia O'Connor por la que se notifica al afianzado que se ha hecho efectiva la resolución de Contrato.

Ahora bien, este proceso de resolución de contrato es aplicado de acuerdo a lo previsto en las Reglas Aplicables a la Resolución d Contrato, consecuentemente, toda vez que la vigencia de la Póliza de Correcta Inversión de anticipo estaba vigente hasta 7 de diciembre de 2010 y él inicio de la resolución de contrato habría tenido lugar en fecha 30 de noviembre de 2010, está claro que la vigencia de la garantía de correcta inversión

*"**Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario";***

Asimismo en el inc. b), Art. 28 de la Ley No. 1178, esta contenido este mismo principio, cuando se establece;

"Se presume la licitud de las operaciones y actividades realizadas por todo servidor público, mientras no se demuestre lo contrario".

De tal manera que por las disposiciones citadas se infiere claramente toda actuación, operación y actividad de la administración pública se presume legal y sometido plenamente a la Ley, salvo resolución emitida por autoridad competente que demuestre lo contrario.

En el caso concreto la Fortaleza indica que para efectuar la indemnización requiere que se haya configurado el incumplimiento de los deberes contractuales del afianzado, traducido en el riesgo cubierto por el seguro de caución, indicando de forma desleal que; "(...) En el presente caso no solo no se ha demostrado la existencia del incumplimiento del contrato (...)"

*Afirmación por la que Fortaleza pretende que se le **demuestre** la existencia del incumplimiento del contrato, lo cual raya en lo absurdo e inadmisible, en observancia al principio de legalidad, toda vez que es justamente de acuerdo al proceso de resolución de*

contrato que se procede a emitir la Resolución Administrativa N° 07/2011 con respecto a la Resolución de Contrato:

1.- Carta notariada de fecha 30 noviembre de 2010, con cite GPO N° 476/2010 emitida por Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Provincia O'Connor por la que se notifica al afianzado la Intención de Resolución de Contrato.

2.- Carta notariada de fecha 30 noviembre de 2010, con cite GPO N° 039/2011 emitida por Ejecutivo Seccional de Desarrollo de la Provincia O'Connor por la que se notifica al afianzado que se ha hecho efectiva la resolución de Contrato.

Ambos documentos emitidos por esta Administración y según los cuales esta (sic) acreditado el incumplimiento del contrato atribuible a la Empresa Constructora SOINBOL Ltda. (afianzado), lo cual se ha declarado en la Resolución Administrativa N° 07/2011, por cuanto, lo que pretende Fortaleza al oponer que esta Administración debía "demostrarle" la existencia del incumplimiento atribuible al afianzado es negar el valor legal y eficacia jurídica, no solo de los actos administrativos emitidos en el proceso de Resolución de Contrato de Obra, también de la Resolución Administrativa, argumento que no toma en cuenta la inobservancia al Principio de Legalidad vigente para toda la administración (sic) de anticipo se encontraba próxima a finalizar, por lo que mediante carta notariada dé fecha 30 de noviembre de 2010 se solicitó la ejecución de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo, toda vez que esta se vencía misma que debía ejecutarse con cargo a la ejecución de la liquidación que debe ser realizada después de pagada la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo. Por lo que la ejecución de la Garantía de Correcta Inversión de Anticipo corresponde.

III2. Sobre la Incompetencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.- *Al respecto se pude (sic) establecer lo siguiente que la Ex Superintendencia de Pensiones, valores y Seguros AHORA APS contenido en la citada norma legal dispone;*

Inciso c) supervisar, Inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción"

Inciso t) "Todas Aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones".

Es necesario también señalar las funciones y objetivos de la APS, que el articulo 41de la Ley 1883 dispone;

Inciso c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

Inciso e) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

VI. CONCLUSIÓN: *De acuerdo a todo lo expuesto:*

a) Existe la Infracción del Articulo 12 Inciso a) del a Ley N° 1883 de Seguros.
b) Existe plena competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

V. PETICIÓN: *De acuerdo a todo lo expuesto y conforme lo previsto en el Art. 49 del Decreto Supremo No. 27175, solicito emita resolución negando totalmente la solicitud del recurrente.*

CONSIDERANDO:

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

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

1. Antecedentes.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo, se tienen los siguientes antecedentes:

- La Empresa Constructora SOIMBOL contrata dos seguros de caución con el fiador Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre, cuyas obligaciones fueron asumidas con posterioridad por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.
- A raíz de estos contratos, nacen dos garantías a favor del beneficiario (Gobernación del Departamento de Tarija- Sección O'Connor): i. Póliza de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA TJA- 0510394/09 y ii. Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA-0506402/09.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº043-2012 de 24 de enero de 2012, mediante la cual sanciona a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. con una multa de 45.001.- UFV (CUARENTA Y CINCO MIL Y UNO Unidades de Fomento a la Vivienda), por incumplimiento al artículo 12, inciso a) de la Ley de Seguros, al no haber dado cumplimiento a la prestación convenida consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra CCO-TJA - 0506402/09 y de Correcta Inversión de Anticipo CIA-TJA-0510394/09.

Que, en fecha 9 de mayo de 2012, la APS emite la Resolución Administrativa ASP/DJ/DS/Nº 295-2012, misma que resuelve:

- **Revocar Parcialmente** el cargo correspondiente a la contravención del inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998, **en cuanto a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA TJA-0510394/09;** y
- **Confirmar Parcialmente** el cargo y la sanción impuesta por la contravención del inciso a) del artículo 12 de la ley Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, en cuanto a la

Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA-0506402/09.

Que, el objeto del presente procedimiento administrativo versa sobre la competencia que tiene el ente regulador de fiscalizar a sus regulados y determinar el cumplimiento de la Ley de Seguros Nº 1883, así como el cumplimiento a la normativa que rige en el sector de seguros "…*asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos dentro de este mercado*…" conforme ya lo determinó la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2012 de 5 de julio de 2012.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Competencia de la APS.-

La Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. refiere que no puede ser sancionada por incumplimiento a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº1883, debido a que no aceptan que haya ocurrido el siniestro y que en caso que el asegurado considere lo contrario, deberían someterse a un peritaje y, si corresponde, a un arbitraje de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 de la Ley Nº 1883; sin embargo, la APS, al sancionar a la entidad aseguradora, está afirmando implícitamente la ocurrencia del siniestro, siendo que no tiene competencia para resolver una controversia legal y técnica dado que no hay una previsión legal o reglamentaria que establezca dicha competencia, omitiendo pronunciarse sobre la falta de configuración del siniestro o incumplimiento durante la vigencia de la póliza.

Quedando claro que la Entidad Aseguradora alega la falta de competencia, corresponde dilucidar dicha situación.

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

> *"(…) Competencia con la que toda* autoridad *administrativa debe estar investida para ejercitar la* función *administrativa,* es el *conjunto de funciones que de acuerdo al* ordenamiento *jurídico le corresponde ejercitar desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas (…) "Esta limitación* o *determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa,* se encuentra en el *derecho* positivo, *generalmente a través de criterios* como el grado, *materia, territorio* o *tiempo.*
>
> *Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural* con el *principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia (norma Fundamental dispone en su artículo 122 La sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de*

las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley…"

De lo transcrito, se tiene que, es imprescriptible determinar si la Ley le otorga competencia o no de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, para proceder conforme lo ha hecho. Por lo que debe revisarse la normativa de la materia, para determinar las facultades y atribuciones, cual se procede a continuación:

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, importa dejar en claro que la competencia se circunscribe a las determinaciones que la normativa la faculta, implicando que la Autoridad Fiscalizadora, no podrá realizar actos más allá de dichas determinaciones, es decir para el caso de autos, la APS no podrá pronunciarse sobre derechos controvertidos de las partes del contrato o Póliza suscrita, debiendo ser dilucidadas en las instancias legales competentes.

Congruentemente con lo anterior, el órgano regulador, dentro del marco de competencia legal que le asiste, determinó sancionar a Fortaleza por infracción a lo dispuesto en el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, al haber incumplido la prestación convenida

consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra CCO-TJA -0506402/09.

Que, el hecho que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se haya pronunciado en sentido de que Fortaleza habría incumplido el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, se debió justamente a que la aseguradora no habría cumplido con la prestación convenida, **conforme lo establece la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007.**

Por lo que, de ninguna manera, este hecho, implica que la APS se haya pronunciado sobre controversias legales ni técnicas con relación al siniestro.

2.2. De la falta de valoración de la prueba y ausencia de motivación.-

La recurrente señala que la APS, no se habría pronunciado sobre lo alegado en su Recurso de Revocatoria, referente a que:

- No corresponde ejecutar las pólizas a favor del beneficiario en razón a que el siniestro y la Resolución del contrato se produjo fuera de la vigencia de las Pólizas, encontrándose las garantías extinguidas.
- Que, por ende no existiría un incumplimiento al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros.
- Que, para que proceda el pago de la indemnización emergente de un seguro de caución en ejecución de un contrato, debe mediar la existencia de un incumplimiento contractual por parte del afianzado y, necesariamente, la constatación de que se hubiese producido un siniestro.

De la revisión del Recurso de Revocatoria así como de la Resolución Administrativa que resuelve el Recurso de Revocatoria, se tiene que, efectivamente, la APS sí se pronunció en el marco de su competencia y no así sobre hechos controvertidos que hacen a las partes, quienes deberán demandar ante las instancias legales llamadas por Ley.

En cuanto a que la Autoridad, no se habría pronunciado sobre el hecho que la Declaración de Incumplimiento del Contrato Principal fuera realizada fuera de la vigencia de la póliza, y por tanto se encontrarían las garantías extinguidas, generándose que no se cumplan con los requisitos exigidos por los textos únicos y uniformes se tiene:

Compulsado el expediente administrativo, se evidencia que el Ente Regulador en la propia Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 043-2012 de 24 de enero de 2012, se pronuncia determinando que:

> *"…Que de lo relacionado y de la conclusión arribada por el representante de la empresa aseguradora, se establece que ellos consideran que el siniestro constituye la comunicación de resolución del contrato por parte del beneficiario al afianzado y que siendo éste trámite establecido en el cláusula vigésima primera, numeral 21.4 del contrato principal concluyó-según lo indicado por ellos-el 26 de enero de 2011, mediante carta CITE GPO No. 039/2011, dicho acontecimiento futuro -siniestro-acaeció*

fuero de la vigencia de las pólizas que expiraron a partir de las 12:00 del 1 y 7 de diciembre de 2010.

Que dicha afirmación esta errada y esto se demuestra de la exposición de la sola definición del término "siniestro", entendido por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, como:

"En el contrato de seguros, concreción del riesgo cubierto en dicho contrato que determina el nacimiento de la prestación del asegurador.

Además de la ofrecida por el Código de Comercio en su artículo 1025 que señala:

"El siniestro se produce al acontecer él riesgo cubierto por el contrato de seguros y da origen a la obligación del asegurador de indemnizar o efectuar la prestación convenida.

Que en los hechos y de los antecedentes se puede evidenciar que el "siniestro" cubierto y afianzado por las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos y de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, se tradujo en el incumplimiento del plazo de entrega de la obra establecido en la cláusula cuarta del contrato principal y de acuerdo a lo relacionado en la nota CITE GPO No. 476/2010 de 30 de noviembre de 2010, dirigida por el Ejecutivo de la Sección de Desarrollo de la Provincia O'Conor al representante legal de la Empresa Constructora SOINBOL Ltda., como a continuación se transcribe:

Plazo de ejecución	Fecha de inicio de obras	Fecha de conclusión de obras	O.C. N° 1 Por ampliación de plazos (días calendario)	Nueva fecha prevista de conclusión del proyecto	O.C.N°2 Por ampliación de plazo (días calendario)	Nueva fecha prevista de conclusión del proyecto	O.C. N° 3 por ampliación de plazo (días calendario)	Nueva fecha prevista de conclusión del proyecto
355	28/11/08	17/11/09	97	23/2/10	87	25/5/10	51	11/07/10

Que del cuadro indicado se acredita que la obra debió concluir el 17 de noviembre de 2009 - entendido como el hecho que constituye "siniestro" - y no obstante las ampliaciones realizadas el último plazo de entrega de obra venció el 11 de julio de 2010, eso es antes de la fecha de vencimiento de las pólizas (1 y 7 de diciembre de 2010).

Que en el entendido el artículo 13 del considerado general de las pólizas en análisis; establecen el plazo de prescripción, indicando al efecto:

"Las acciones emergentes de un Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos años a contar de la fecha de siniestro."

Que este plazo por el cual el transcurso del tiempo consolida la situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas, en el caso concreto no ha transcurrido, ya que la vigencia de las pólizas era eficaz al momento de concreción del "siniestro", sea computándose a partir de la fecha de la nota de comunicación de la resolución del contrato mediante CITE GPO No. 039/2011-entendió por la aseguradora como momento de producción del siniestro-o al momento de la

comunicación de la última fecha prevista para la conclusión del proyecto citado en el CITE GPO No. 476/2010 de 30 de noviembre de 2010 y transcrito en el cuadro previo a esta conclusión…."

Que de igual manera y en busca de la verdad material la APS se ha pronunciado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 295-2012 de 9 de mayo de 2012, que **la sanción impuesta por la contravención del inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, corresponde a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA-0506402/09**, debido a que la Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento de Contrato N° 07/2011 de fecha 4 de febrero de 2011, no solicita la ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas CIA TJA- 0510394/09.

Finalmente, y respecto al argumento "adicional" presentado por la recurrente, que la Autoridad se habría pronunciado sobre un hecho controvertido y sin competencia, **corresponde PRECISAR** a la recurrente, que conforme ha señalado la Autoridad Fiscalizadora, la infracción emerge del incumplimiento a la Póliza que corresponde a una de Ejecución Inmediata Condicional, que conforme establece la cláusula 1° del Condicionado General de la póliza, tiene prevalencia sobre el contrato principal, sobre el condicionado general condicionado particular cuando señala:

"(...) en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, ***EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS*** *de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.***

La ejecución de la póliza, no estará sujeta A NINGUNA OTRA CONDICIÓN que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) (...)".

Dicha situación genera una obligación por parte de la Entidad Aseguradora, misma que conforme al precedente ya sentado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 de 5 de julio de 2012, que señala:

"……*No obstante l****o que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza,*** *mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es irrevocable, de ejecución inmediata condicional…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de

acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

***La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento**, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el procedimiento administrativo…"*

De lo transcrito, se tiene que al haber cumplido el beneficiario con el procedimiento de Resolución y declaratoria de incumplimiento del contrato ha cumplido con el único requisito para que la aseguradora proceda a la ejecución de la Póliza.

Es así que del análisis a la fundamentación presentada por la propia Autoridad Fiscalizadora, *-ut supra-*, el precedente dado por este Ministerio de Economía y Finanzas, se tiene que el Ente Regulador se evidencian dos hechos indiscutibles, el primero que el fundamento se encuentra debidamente respaldado y el segundo la existencia de fundamentación extrañada por la recurrente.

Por lo que, de lo precedentemente señalado, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma y una correcta valoración de la prueba sobre los cargos imputados en sujeción a los principios de motivación y congruencia, debido proceso, en cuanto al incumplimiento al inc. a) artículo 12 de la Ley de Seguros para el caso de la póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA-0506402/09.

2.3. De la documentación adicional presentada en Recurso Jerárquico.-

La entidad recurrente, en instancia jerárquica ha presentado en calidad de prueba la Póliza CCO-TJA-0506402/09 de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra Para entidades Públicas misma que a decir del recurrente demostraría *"…que la declaración de incumplimiento del Contrato Principal fue realizado fuera de la vigencia de la póliza por tanto no cumpliría con los requisitos exigidos por los textos únicos y uniformes."*.

Revisada la documentación presentada, se tiene que si bien la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas CCO-TJA-0506402/09, haría referencia a que la vigencia de la Póliza es de 365 días de horas 12:00 Medio día del 7/12/2009 hasta horas 12:00 Medio día del 07/1/2010 se tiene que dicha situación, conforme al análisis arribado por el Ente Regulador, no enerva la infracción cometida y corresponderá a la entidad recurrente que en caso de existir hechos controvertidos entre las partes pueda reclamar ante las instancias legales pertinentes.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo Nº27175 de fecha 15 de septiembre

de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 295-2012 de 9 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente y confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 043-2012 de 24 de enero de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
FONDO FINANCIERO "PRODEM" S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI N° 183/2012 DE 15 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N° 058/2012 DE 05 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 058/2012

La Paz, 05 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 183/2012 de 15 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 092-2012 de 22 de marzo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por el órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 031/2012 de 24 de agosto de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 108/2012 de 13 de septiembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 30 de mayo de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 183/2012 de 15 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 092-2012 de 22 de marzo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de junio de 2012, notificado en fecha 15 de junio de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución

Administrativa ASFI Nº 183/2012 de 15 de mayo de 2012, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota ASFI/DSR I/R-20763/2012 de 23 de febrero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó con el cargo al **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA**, en los términos transcritos a continuación:

> "…*De la evaluación de la información y documentación remitida a esta Autoridad de Supervisión adjunto a la carta GG-08/2012 de 6 de enero de 2012, se ha determinado el presunto incumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por no haber informado a este Organismo de Supervisión dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez.*
>
> *En consecuencia y a efecto de lo dispuesto por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, SE NOTIFICA a PRODEM FFP S.A., en la persona de su Gerente General, como representante legal de la entidad, por el incumplimiento mencionado anteriormente, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de su legal notificación, para que efectúe el descargo o explicación correspondiente debidamente documentado…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota GG-063/3012 de fecha 8 de marzo de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta, en descargo, los extremos siguientes:

> "…*Acuso recibo de su Nota ASFI/DSR I/R-20763/2012 del 23 de febrero de 2012, relativa a un presunto incumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por no haber informado al Órgano Rector del Sistema Financiero dentro de los 10 días calendario sobre los hechos delictivos ejecutados por el ex Funcionario, Henry Muñoz Ramírez.*
>
> *En primera instancia, es importante poner en su consideración que se remitió la información a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adoptando las directrices regulatorias del artículo 1 de la Sección 10 (Otras Disposiciones); Capítulo II del Reglamento para el Envío de Información a la ASFI contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que dispone:*

SECCIÓN 10. OTRAS DISPOSICIONES

*Artículo 1º - **Responsabilidad.-** Es responsabilidad de la entidad supervisada:*

- *Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, **integridad y legibilidad de la misma**.*
- *Asegurar la **exactitud y veracidad** de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad.*
- *Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento.*
- *Mantener actualizada la información cargada en sistemas captura de información.*

Como se podrá apreciar el envío de la información a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuando se trata de hechos que involucran la responsabilidad penal de un ex funcionario y las implicancias que esta calificación tiene en los registros propios del Sistema Financiero, deben ser cuidadosamente analizados y deben estar acompañados de información, útil, oportuna, confiable y verificable.

En ese sentido, en mérito a lo anteriormente expuesto ejerciendo el Derecho de Defensa que asiste el procedimiento administrativo, se cumple con poner en su atención los siguientes extremos del orden legal, técnico y administrativo que demuestran la absoluta inexistencia de contravención del artículo 107 de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras:

1. *El análisis y la definición sobre la comisión de un hecho delictivo suscitado dentro de una entidad regulada, por un Principio de Responsabilidad Gerencial, no debe ser producto de la interpretación unilateral del nivel ejecutivo, sino que por el contrario debe apoyarse en la **VERDAD MATERIAL**, establecida en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, a través del cual la máxima autoridad de la entidad mediante los instrumentos de control técnico legales debe lograr tener certeza razonable sobre la comisión de un acto tipificado en el sustantivo penal, toda vez que el realizar afirmaciones erráticas que involucren responsabilidad penal, puede tener una acción recriminatoria por parte del afectado, quien podría reclamar por Acusación y Denuncia Falsa y generar una situación legal compleja para la Gerencia y la propia entidad, situación que se mitiga en la medida en que exista un Informe de Auditoría que revele la existencia de actividades con connotaciones de orden penal.*
2. *En mérito a lo expuesto anteriormente, siendo que un hecho delictivo, debe cumplir con requisitos de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y ser producto de una opinión técnicamente y documentalmente calificada, es que mi persona ordenó, la ejecución de una Auditoría Interna que tenga el objetivo de verificar la existencia del posible delito y demuestre el posible daño económico causado a la entidad regulada, así como la mecánica operativa utilizada para la*

comisión del ilícito, aspecto que no se puede realizar informalmente, sino que debe ser producto de una metodología de control y regulación como la Auditoría Interna, lo cual es plenamente compatible con la obligación de remisión de la información a la Autoridad de Supervisión del sistema Financiero con cualidades de integridad y verificabilidad.

3. *Una vez que se conoció sobre la existencia de un indicio de que se habrían cometido actos "irregulares" en la entidad regulada, mi persona además de aplicar los mecanismos de reacción inmediata, ante los hechos irregulares detectados y reconocidos expresamente por el ex empleado, ordenó la ejecución de procedimientos de control interno posterior, a través de la Auditoría Interna, la cual después de una revisión extensa, posteriormente establecería técnicamente que muchos de los actos ejecutados por el ex funcionario, cumplían con los requisitos de ser tipificados como delitos y además revelaba la existencia de un daño económico adicional a la entidad.*
4. *Se debe tomar en cuenta que el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece con absoluta nitidez que la información a ser remitida debe ser "documentada", lo cual se cumplió estrictamente ya que a momento de tener certeza razonable de la comisión del delito a través del Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero fue informada dentro del plazo establecido por ley mediante Nota GG-08/2012 del 6 de enero de 2012, tanto sobre el hecho delictivo en sí mismo, así como del inicio de las acciones legales conforme lo previsto en el artículo 290 de la Ley Nro. 1970 del Código de Procedimiento Penal.*

De lo expuesto se evidencia que la entidad regulada obtuvo certeza razonable que los actos ejecutados por el Sr. Henry Muñoz Ramírez, constituían ilícitos penales tipificados en el Código Penal, a través del Informe de Auditoría Interna Nro. SNAI-056/2011 del 29 de diciembre de 2011 lo cual fue puesto en conocimiento de la entidad reguladora en fecha 6 de enero de 2012, cumpliendo lo previsto por el artículo 107 de la Ley Nro.-1488 de Bancos y Entidades Financieras y preservando la directrices regulatorias expuestas en el artículo 1 de la Sección 10 (Otras Disposiciones); Capítulo II del Reglamento para el Envío de Información a la ASFI contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras

En ese sentido, solicito respetuosamente a su Autoridad que una vez verificados los extremos expuestos en el presente descargo y tomando en cuenta que la entidad regulada es actualmente querellante dentro del proceso penal iniciado en contra de Henry Muñoz Ramírez, se proceda al archivo de la Notificación de Cargos por corresponder en Derecho y ante la inexistencia absoluta de contravenciones por parte de la entidad que represento…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 092/2012 DE 22 DE MARZO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 092/2012 de 22 de marzo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** de la siguiente manera:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar al* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.*** *con multa de DEGS 1,000 (UN MIL 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), por incumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por no haberse informado dentro de los diez días calendario posteriores a su conocimiento, el hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez.*

SEGUNDO.- *La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 del BANCO UNIÓN S.A., a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

TERCERO.- *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio, debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia del Acta respectiva…*"

Tales decisiones se fundamentan en los argumentos que se transcriben a continuación:

"***…CONSIDERANDO:***

Que, el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la entidad financiera, informará documentadamente, bajo responsabilidad, al Organismo de Supervisión dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido en la entidad financiera por sus funcionarios o por terceros así como cuando se sancione a directores, síndicos gerentes o empleados por hechos delictivos.

Que, el artículo 25, Sección 2, Capítulo II del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determina que las entidades financieras que omitan informar documentadamente al Órgano de Supervisión de cualquier hecho delictivo cometido en la entidad financiera por sus funcionarios o por terceros, dentro de los diez (10) días posteriores a su conocimiento o cuando se sancione a directores, síndicos gerentes o empleados por hechos delictivos, será sancionada con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la gravedad del caso.

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los descargos presentados por el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.****, se ha establecido lo siguiente:*

a) Mediante carta GG-08/2012 de 6 de enero de 2012, informó a la Autoridad de Supervisión la comisión de un hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry

Eduardo Muñoz Ramírez, remitiendo el Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011.

b) El Informe de Auditoría señala los siguientes aspectos:

i. A través del área de Administración de la Oficina Nacional se evidenció irregularidades cometidas por el ex – funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez evaluándose las operaciones realizadas por dicho empleado quien desempeñó labores como Asistente Nacional de Administración hasta al 10 de agosto de 2011.

ii. El 9 de de agosto de 2011, se reunieron las áreas de Recursos Humanos, Seguridad Integral, Legal y Administración con el señor Muñoz, quien señaló que en el ejercicio de sus funciones cometió irregularidades durante los meses de septiembre de la gestión 2010 a julio de la gestión 2011, reconociendo haber generado un daño económico a la entidad cuantificado preliminarmente en la suma de Bs156,919.00 (CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DICIENUEVE 00/100 BOLIVIANOS), motivo por el cual el ex funcionario se ofreció a suscribir un documento comprometiéndose a la reparación del daño, quedando pendiente la firma de los representantes del Fondo hasta que concluya el Informe de Auditoría y se verifique el monto señalado por el señor Muñoz.

iii. Asimismo, el 10 de agosto de 2011, el Departamento de Administración comunicó a la Gerencia General y Departamento de Auditoría Interna dichas irregularidades, solicitando se amplíe la investigación.

Los aspectos anteriores evidencian que la entidad financiera tuvo conocimiento de los actos irregulares cometidos por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, el 9 de agosto de 2011, fecha en la que inclusive la persona mencionada admitió la comisión de actos irregulares, comprometiéndose a reparar el daño ocasionado. Sin embargo, el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.****, informó a la Autoridad de Supervisión, los antecedentes ocurridos recién el 6 de enero de 2012, es decir fuera del plazo de los diez (10) días previstos en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*

c) El Fondo ha manifestado en descargos que el nivel ejecutivo debiera lograr certeza razonable sobre un acto delictivo que involucre responsabilidad penal considerando la posibilidad de que el afectado podría realizar una acción recriminatoria quien podría reclamar por acusación y denuncia falsa. Al respecto, corresponde precisar que el artículo 107 de la citada Ley establece la obligación para que las entidades financieras informen a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sobre los hechos delictivos cometidos en la entidad por sus funcionarios o por terceros, tal situación tiene por finalidad que el Organismo Supervisor tome conocimiento en ese plazo, de los mismos, independientemente de la realización de Informes de Auditoría Interna u otras acciones que deban ser realizadas con la finalidad de cuantificar daños económicos o tomar otras

acciones.

d) En cuanto a lo manifestado por la entidad en sentido de falta de certeza en los hechos podría verse expuesta a una acción recriminatoria o reclamo por acusación o denuncia falsa, no se ha considerado que, tal cual consta en el Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, pone de manifiesto el reconocimiento de los hechos irregulares por parte del ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, así como con información y documentación sobre dichos hechos. En consecuencia, se contaba con suficientes elementos que indicaban la comisión de un hecho delictivo el cual debía ser reportado a esta Autoridad de Supervisión en el plazo señalado por Ley.

e) Si bien la alta gerencia del Fondo instruyó medidas a ser realizadas para reparar el daño ocasionado por un hecho delictivo a través de la realización de informes de auditoría interna, denuncias en instancias competente u otros, dichas acciones no pueden ser consideradas como condicionantes para informar situaciones acaecidas en la entidad y que caen bajo el ámbito de lo previsto en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), más aún como en el presente caso, cuando se cuenta con información suficiente y veraz de la ocurrencia de un hecho delictivo, tal como aconteció en el presente caso e inclusive con la admisión del hecho por parte del responsable y con el planteamiento de la reparación del daño ocasionado.

f) Asimismo, el Fondo no ha considerado que el citado artículo 107, ni ninguna otra disposición legal, condicionan que el reporte de hechos delictivos en el plazo de los diez (10) días calendario sean realizados a la conclusión de acciones o realización informes de Auditoría Interna como en el caso presente, toda vez que la entidad ante el hecho de contar con elementos que demuestren la comisión de un hecho delictivo cometido en la entidad tiene la obligación de informar a la Autoridad de Supervisión en el señalado plazo, aspecto que no exime ni contradice la realización de acciones posteriores que ameriten en términos de implementar controles internos, realizar verificaciones de Auditoría Interna, cuantificación de daño económico, realización de denuncias e interposición de acciones legales que cada caso amerite.

g) Con relación al argumento de descargos de haber remitido información a la Autoridad de Supervisión, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1 Sección 10, Capítulo II, del Reglamento para el Envío de Información a ASFI contenido en el Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, cabe señalar que el citado Reglamento está referido al envió de información periódica a este Órgano de Supervisión por parte de las entidades supervisadas en los plazos y formas previstas en dicho Reglamento, no estando comprendida de manera específica la información a remitirse para los casos previstos en el Artículo 107 de la Ley, tomando en cuenta que en dicho precepto legal se establece el plazo para remitirse la información sobre todo hecho delictivo.

Que, en virtud a lo anterior los argumentos de descargos no desvirtúan el

incumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por parte del ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.****, al no haber reportado dentro del plazo previsto por dicha norma el hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, situación que amerita la imposición de sanción administrativa a la citada entidad financiera.*

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo con lo expuesto, para la gradación de la sanción, se ha establecido parámetros que fundamentan la aplicación de sanción pecuniaria, basada principalmente en el incumplimiento en el que incurrió PRODEM FFP S.A., el cual se encuentra establecido en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, para la modulación de la sanción debe considerarse la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Que, en consecuencia, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: a) el incumplimiento se encuentra debidamente tipificado en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), b) la infracción se encuentra plenamente demostrada, c) ausencia de reincidencia y d) inexistencia de perjuicios a terceros, por lo que corresponde imponer sanción administrativa.

Que, el artículo 25, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, prevé la imposición de sanción pecuniaria a las entidades financieras que omitan informar documentadamente al Órgano de Supervisión de cualquier hecho delictivo, será sancionada con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la gravedad del caso.

Que, en virtud a lo anterior y de acuerdo con el numeral 2 del Artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), corresponde la imposición de sanción de multa a la entidad financiera de DEGS 1,000 (UN MIL 00/100 DERECHOS

ESPECIALES DE GIRO), considerando que las infracciones cometidas pudieron evitarse con la debida observancia de las disposiciones citadas anteriormente.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del Informe Legal ASFI/DSR I/R-30224/2012 de 13 de marzo de 2012, efectúo la evaluación de los descargos presentados por la entidad, concluyendo que no se desvirtuó la infracción del artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 18 de abril de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 092/2012 de 22 de marzo de 2012, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, bajo los siguientes argumentos:

"…***4. Fundamentación del Recurso de Revocatoria***

4.1. Analogía de Procedimiento

La hipótesis legal que se ha venido defendiendo desde la Notificación de Cargos está orientada a que una Autoridad Ejecutiva, debe tener una prudencia extrema en tipificar una conducta como delito, debido a las posibilidades de recriminación que se puede tener por una ***"acusación o denuncia falsa"****, en caso de que las conductas denunciadas o difundidas no sean evidentemente delitos.*

Esta prudencia ejecutiva, no es producto de la interpretación unilateral o coyuntural por la Notificación de Cargos de la cual estamos siendo objeto, sino que responde a una medida gerencial que es de cumplimiento obligatorio y transversal, la cual también se produce en el sector público, donde existe un procedimiento mucho más extenso antes de tipificar una conducta como delito.

En ese sentido, en la vía de la ***analogía****, como recurso argumentativo válido en el Derecho Administrativo Sancionador, pongo respetuosamente en su consideración lo previsto en el artículo 35 de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales que dispone:*

> *"****ARTICULO 35°.-***
>
> *Cuando los actos o hechos examinados presenten indicios de responsabilidad civil o penal, el servidor público o auditor los trasladara a conocimiento de la unidad legal pertinente y ésta mediante la autoridad legal competente solicitará directamente al juez que corresponda, las medidas precautorias y preparatorias de demanda a que hubiere lugar o denunciará los hechos ante el Ministerio Público".*

Como se podrá apreciar el obtener informes de auditoría y legales previos a realizar una denuncia o poner en conocimiento de Autoridades Regulatorias, por parte de los

ejecutivos es una práctica que también se ejercita en el sector público.

Esta práctica, denota que el Ejecutivo, tiene el deber y el derecho de obtener una certeza razonable sobre la comisión del delito, con carácter previo a proceder a la denuncia y a la difusión de la información.

CONCLUSION

El marco de la Sana Crítica y el Prudente Arbitrio, en la vía de la analogía con el Sector Público, la práctica de tener prudencia en la identificación de delitos, a través de pronunciamientos técnicos y legales previos, no sólo es una recomendación, sino que como se puede observar es un mecanismo de carácter obligatorio, aspecto que respetuosamente pongo en su consideración, con el objetivo de revocar la decisión de sanción de primera instancia administrativa.

4.2. <u>Preservación de las Normas Propias del Regulador sobre remisión de información.</u>

Habiendo sido notificado con la Nota ASFI/DSR I/R-20763/2012 del 23 de febrero de 2012, relativa a un presunto incumplimiento al artículo 107 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras por no haber comunicado al Órgano Rector del Sistema Financiero dentro de los 10 días calendario sobre los presuntos hechos delictivos cometidos por el ex funcionario, Henry Muñoz Ramírez, hice presente mis descargos y justificaciones en los cuales expuse los motivos por los cuales no correspondía sanción alguna, los cuales ciertamente no han sido correctamente evaluados, tal como lo dispone el artículo 29 parágrafo III del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175.

En todo caso se puso en atención del regulador -prima fasie-, que la remisión de la información a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe cumplir con la normatividad específica que rige el reporte regulatorio, asociado a las cualidades descritas en las propias normas emitidas para el efecto.

En ese sentido, es importante reiterar ante su Autoridad que se remitió la información, adoptando las directrices regulatorias del artículo 1 de la Sección 10 (Otras Disposiciones); Capítulo II del Reglamento para el Envío de Información a la ASFI contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que son de orden público y que deben ser cumplidas por todas las entidades reguladas y por su parte debe ser cuidadosamente analizada por parte del regulador.

> ***SECCIÓN 10. OTRAS DISPOSICIONES***
>
> ***Artículo 1° - Responsabilidad.-*** *Es responsabilidad de la entidad supervisada:*
>
> - *Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, **<u>integridad y legibilidad de la misma</u>**.*

- *Asegurar la **exactitud y veracidad** de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad.*

- *Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento.*

- *Mantener actualizada la información cargada en sistemas captura de información.*

Al respecto, se de (sic) *tomar en cuenta que el análisis que realiza el Regulador en la propia Resolución Sancionatoria, admite que el Informe de Auditoría SNAI-056/2011 del 29 de diciembre de 2011 identificó "irregularidades" cometidas por el funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, pero en todo caso no se estableció en forma expresa e indubitable la existencia de la comisión de "**delito**", ya que como se conoce jurídicamente existe una diferencia diametral entre lo que es una "irregularidad" y "delito", que sólo puede ser visualizada a través del lente conceptual de un profesional en leyes.*

A mayor abundamiento, corresponde recordar que el 10 de agosto de 2011 el Departamento de Administración comunicó a la Gerencia General la existencia de "irregularidades", motivo por el cual esta instancia ejecutiva tuvo que adoptar los mecanismos gerenciales para determinar que las "irregularidades" anunciadas, eran típicamente antijurídicas, culpables y punibles, o sea en otras palabras si se trataban de delitos, aspecto que no está siendo evaluado correctamente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

De igual forma resulta absolutamente inadmisible en el marco jurídico que el Regulador adopte como argumento de la existencia de la comisión de un delito a la "confesión" que habría sido realizada por el funcionario, ya que la CONFESIÓN no es admisible ni hace plena prueba en la vía administrativa, ni siquiera en la vía penal, tal como lo dispone el artículo 121 parágrafo I de la CPE, que a la letra dispone:

> *"ARTICULO 121 CPE.- "...ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma...".*

Como se podrá apreciar el envío de la información a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuando se trata de hechos que involucran la responsabilidad penal de un ex funcionario y las implicancias que esta calificación tiene en los registros propios del Sistema Financiero, deben ser cuidadosamente analizados y deben estar acompañados de información, útil, oportuna, confiable y verificable, aspectos que fueron prudentemente cumplidos por parte de la entidad que represento.

CONCLUSION

La resolución sancionatoria adopta como mecanismos de argumentación para sancionar un informe de Auditoría que no identifica con precisión la institución jurídica del delito y por otra parte, se apoya en una "confesión" la cual es inadmisible como prueba plena, tal

como lo establece el artículo 121 de la Constitución Política del Estado Plurinacional.

4.3. <u>Reitera pronunciamiento expreso sobre los siguientes argumentos.</u>

En atención a que no ha existido una evaluación correcta y completa de los argumentos expuestos en el contenido del descargo inicial, solicitamos se sirva pronunciarse expresamente y con la debida fundamentación a los siguientes extremos de orden legal:

1. *Siendo que un hecho delictivo, debe cumplir con requisitos de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y ser producto de una opinión técnicamente y documentalmente calificada, es que mi persona ordenó la ejecución de una* ***Auditoría Interna que tenga el objetivo de verificar la existencia del posible delito y demuestre el posible daño económico causado a la entidad regulada****, así como la mecánica operativa utilizada para la comisión del ilícito, aspecto que no se puede realizar informalmente, sino que debe ser producto de una metodología de control y regulación como la Auditoría Interna, lo cual es plenamente compatible con la obligación de remisión de la información a la Autoridad de Supervisión del sistema* (sic) *Financiero con cualidades de integridad y verificabilidad.*

2. *Una vez que se conoció sobre la existencia de un <u>indicio</u> de que se habrían cometido actos "irregulares" en la entidad regulada, mi persona además de aplicar los mecanismos de reacción inmediata, ordenó la ejecución de procedimientos de control interno posterior a través de la Auditoría Interna, la cual posteriormente confirmaría técnicamente que los actos ejecutados por el ex funcionario, evidentemente cumplían con los requisitos de ser tipificados como delitos y además revelaba la existencia de un daño económico a la entidad.*

3. *Se debe tomar en cuenta que el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece con absoluta nitidez que la información a ser remitida debe ser "<u>documentada</u>", lo cual se cumplió estrictamente ya que al momento de tener certeza razonable de la comisión del delito a través del Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero fue informada dentro del plazo establecido por ley mediante Nota GG-08/2012 del 6 de enero de 2012, tanto sobre el hecho delictivo en sí mismo, así como del inicio de las acciones legales conforme lo previsto en el artículo 290 de la Ley Nro. 1970 del Código de Procedimiento Penal.*

CONCLUSIÓN

De lo expuesto se evidencia que la entidad regulada obtuvo certeza razonable que los actos ejecutados por el Sr. Henry Muñoz Ramírez, constituían ilícitos penales tipificados en el Código Penal, a través del Informe de Auditoría Interna Nro. SNAI-056/2011 del 29 de diciembre de 2011 lo cual fue puesto en conocimiento de la entidad reguladora en fecha 6 de enero de 2012, cumpliendo lo previsto por el artículo 107 de la Ley Nro.- 1488 de Bancos y Entidades Financieras y preservando la directrices regulatorias expuestas en el artículo 1 de la Sección 10 (Otras

Disposiciones); Capitulo II del Reglamento para el Envío de Información a la ASFI contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

4.4. Contradicción en la Resolución Sancionatoria

Por otra parte se debe considerar que en la propia Resolución ASFI 092/2012 del 22 de marzo de 2012, objeto del presente Recurso de Revocatoria, se considera como motivo fundamentado para la resolución "el parágrafo II del artículo 67 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que presentados los Descargos o transcurrido el plazo sin que ello hubiera ocurrido, se procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonable de la prueba, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa", aspecto que no fue cumplido, toda vez que la resolución no realiza una fundamentación de todos los extremos descritos en el descargo y se limita a una repetición de normas que por sí mismas no se subsumen a los hechos generados en nuestra entidad.

5. Petitorio

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar la Resolución ASFI N° 092/2012 de 22 de marzo de 2012 por supuesta multa de DEGS 1,000 (UN MIL 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), por incumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por no haberse informado dentro de los diez días calendario posteriores a su conocimiento, el hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez.*

2. *Se sirva considerar con Sana Crítica y Prudente arbitrio la fundamentación asociada a la falta de documentación que pruebe el hecho denunciado por parte de la entidad a la cual represento y en cumplimiento fiel a la norma y en protección a los derechos tanto de la entidad como del ex funcionario denunciado en este caso.*

3. *Con el objetivo de ejercer nuestro legítimo Derecho de Defensa, solicito a su Autoridad se sirva extenderme triple copia legalizada del Informe Legal Nro. ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, estando mi petición amparada en lo previsto por el artículo 5 inciso d) del reglamento aprobado por D.S. 23318-A y sus consiguientes modificaciones, concordante con el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo Nro. 28168 del 16 de mayo de 2005…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 183/2012 DE 15 DE MAYO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 183/2012 de 15 de mayo de 2012 y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 092/2012 de 22 de marzo de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece (sic) *los aspectos siguientes:*

- *El artículo 107 de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), dispone que: "La entidad financiera, informará documentalmente bajo responsabilidad, a la Superintendencia dentro de los diez días calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros".*

  La norma transcrita determina de manera clara que la entidad financiera, informará documentalmente a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero todo hecho delictivo cometido en la entidad, de ahí la obligatoriedad para el recurrente de hacer conocer dentro de los diez días calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido por sus funcionarios o por terceros.

  En el presente caso, el recurrente tuvo conocimiento de los actos irregulares cometidos por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, el 9 de agosto de 2011, por cuanto de acuerdo al Informe de Auditoría SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, se estableció que en fecha 9 de agosto de 2011, se reunieron las áreas de Recursos Humanos, Seguridad Integral, Legal y Administración con el señor Muñoz, quien señaló que en el ejercicio de sus funciones cometió irregularidades durante los meses de septiembre de la gestión 2010 a julio de la gestión 2011, reconociendo haber generado un daño económico a la entidad cuantificado preliminarmente en la suma de Bs156,919,00 (CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE 00/100 BOLIVIANOS), motivo por el cual el ex funcionario se ofreció a suscribir un documento comprometiéndose a la reparación del daño, quedando pendiente la firma de los representantes del Fondo hasta que concluya el Informe de Auditoría y se verifique el monto señalado por el señor Muñoz.

  Sin embargo mediante carta GG-08/2012 de 6 de enero de 2012, el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.*** *informó al Órgano Regulador la comisión del citado hecho delictivo, es decir fuera del plazo de los diez días previstos por el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado).*

Debe señalarse que la falta de información a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro de los diez días calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido en la entidad, constituye un incumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), el cual es sujeto de sanción de conformidad a lo dispuesto por el artículo 25, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual dispone "La entidad financiera que omita informar documentalmente a la Superintendencia de cualquier hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o terceros, dentro de los diez días posteriores a su conocimiento o cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos, será sancionada con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la gravedad del caso".

- *Respecto a la aplicación del artículo 35 de la Ley de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO) N° 1178 de 20 de julio de 1990, el cual dispone "Cuando los actos o hechos examinados presenten indicios de responsabilidad civil o penal, el servidor público o auditor los trasladará a conocimiento de la unidad legal pertinente y esta mediante la autoridad legal competente solicitará directamente al juez que corresponda, las medidas precautorias y preparatorias de demanda a que hubiere lugar o denunciará los hechos ante el Ministerio Público", corresponde precisar que el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) establece la obligación que tienen las entidades financieras de informar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sobre los hechos delictivos cometidos en la entidad por sus funcionarios o por terceros, tal situación tiene por objetivo que el Órgano de Supervisión tome conocimiento en el plazo de diez días de los hechos acaecidos, independientemente de la realización de Informes de Auditoría Interna u otras acciones que deban ser realizadas con la finalidad de cuantificar daños económicos o tomar otras acciones pertinentes.*

- *Respecto al argumento de haber remitido información a la Autoridad de Supervisión conforme lo previsto por el artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Título II del Reglamento para el Envió de Información a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cabe señalar que el citado Reglamento se refiere a los plazos de envío de información diaria de las entidades supervisadas al Órgano Regulador, no estando comprendida de manera específica la información a remitirse sobre todo hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros, de conformidad a lo previsto en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).*

- *Contrario sensu lo aseverado por el recurrente, la Resolución ASFI N° 092/2010 de 22 de marzo de 2012, ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada por el* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.****, como se desprende del análisis de descargos contenido en la página 4 de la citada Resolución, la cual arribo a las siguientes conclusiones:*

b) "El Informe de Auditoría señala los siguientes elementos:

i. A través del área de Administración de la Oficina Nacional se evidenció irregularidades cometidas por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez evaluándose las operaciones realizadas por dicho empleado quien desempeño labores como Asistente Nacional de Administración hasta el 10 de agosto de 2011.

ii. El 9 de agosto de 2011, se reunieron las áreas de Recursos Humanos, Seguridad Integral, Legal y Administración con el señor Muñoz, quien señaló que en el ejercicio de sus funciones cometió irregularidades durante los meses de septiembre de la gestión 2010 a julio de la gestión 2011, reconociendo haber generado un daño económico a la entidad cuantificado preliminarmente en la suma de Bs156,919.00 (CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DICINUEVE 00/100 BOLIVIANOS) motivo por el cual ex funcionario se ofreció a suscribir un documento comprometiéndose a la reparación del daño, quedando pendiente la firma de los representantes del Fondo hasta que concluya el Informe de Auditoría y se verifique el monto señalado por el señor Muñoz.

iii. Asimismo, el 10 de agosto de 2011, el Departamento de Administración comunicó a la Gerencia General y Departamento de Auditoría Interna dichas irregularidades, solicitando se amplíe la investigación.

Los aspectos anteriores evidencian que la entidad financiera tuvo conocimiento de los actos irregulares cometidos por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez el 9 de agosto de 2011, fecha en la que inclusive la persona mencionada admitió la comisión de actos irregulares, comprometiéndose a reparar el daño ocasionado. Sin embargo, el FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A., informó a la Autoridad de Supervisión, los antecedentes ocurridos recién el 6 de enero de 2012, es decir fuera del plazo de los diez (10) días previstos en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)".

Lo expuesto demuestra que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero valoró en su integridad con racionalidad y sana crítica las pruebas de descargo presentadas por el recurrente, toda vez que el recurrente tuvo conocimiento de los hechos irregulares cometidos por el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez en fecha 9 de agosto de 2011, de acuerdo a lo señalado en el Informe de Auditoría SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, página 1, el cual señala lo siguiente:

"2. De esta manera, el martes 9 de agosto se reúnen las áreas de Recursos Humanos, Seguridad Integral, Legal y Administración para la primera entrevista sobre el tema con el Sr. Muñoz, quien sin necesidad de citarle el motivo de la reunión, señalo que cometió irregularidades en el ejercicio de sus funciones durante los meses de septiembre de 2010 a julio 2011 y que reconocía habría generado un daño económico que se cuantificó preliminarmente en la suma de Bs156,919.03.

3. Ante el reconocimiento voluntario del daño económico ocasionado, el señor Muñoz ofreció suscribir un documento en el que se comprometía a la reparación del daño que él dijo haber ocasionado y a devolver ese importe, el mismo que fue suscrito por él y por su esposa Sra. Elizabeth Nancy Miranda Irahola, quedando pendiente la firma de los representantes de PRODEM, hasta que se complete el informe de auditoría y se verifique el importe de Bs156,919.03 señalado por el Sr. Muñoz.

4. El día miércoles 10 de agosto de 2011, el Departamento de Administración comunica a la Gerencia General y Departamento de Auditoría Interna sobre lo encontrado, solicitando se amplíe la investigación".

En tal sentido, el recurrente presta un servicio público, su ejercicio requiere de profesionalidad, en el entendido de que quien presta de manera masiva un servicio para el que se requiere preparación particular, conoce de manera previa las obligaciones a las que está constreñido, siendo una de sus obligaciones, precisamente el conocimiento exacto de la normativa que regula el sector y de manera muy especial las obligaciones a las que está sometido, por lo que no puede desconocer la prudencia establecida en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).

- *El artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), señala claramente la obligación que tiene el recurrente de informar en el término de diez días al Órgano Regulador sobre el conocimiento de un hecho delictivo cometido en la entidad financiera, por sus funcionarios o por terceros, dicha disposición legal tiene como objetivo reportar los hechos delictivos, cometidos en la entidad financiera, con el fin de alertar al sistema regulado, así como a los usuarios en general sobre prácticas ilícitas que pudieran originar víctimas múltiples, independientemente de las gestiones que la entidad pueda efectuar en sede administrativa o jurisdiccional, por lo que dichas acciones no eximen a la entidad de cumplir el plazo establecido por el citado artículo.*

- *En lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase" (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).*

  Aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto

al Principio de Proporcionalidad:

- ***Tipificación.*** *El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto y de la sanción, es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presente caso, conforme lo señala la Resolución ASFI N° 092/2012 de 22 de marzo de 2012, página 6, se tiene que el* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.*** *tuvo conocimiento en fecha 9 de agosto de 2011, sobre los actos irregulares cometidos por el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez, sin embargo informó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 6 de enero de 2012, es decir fuera del plazo de los diez días previstos en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).*

  En tal sentido, el recurrente incumplió el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).

- ***Gradación.*** *Las infracciones cometidas por el recurrente son incumplimientos susceptibles de sanción por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las entidades supervisadas, ponderando el grado de la infracción, en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y sancionada por el artículo 25, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la cual dispone "que la entidad financiera que omita informar documentalmente a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de cualquier hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o terceros, dentro de los diez días posteriores a su conocimiento o cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos, será sancionada con una multa de no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la gravedad del caso".*

  Adicionalmente, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión de las infracciones.

  Aplicando lo citado precedentemente, en el presente caso, se tiene lo siguiente:

  a) De la evaluación de los antecedentes presentados por el recurrente, se advierte la existencia de culpa, en su elemento negligencia, toda vez que el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.*** *no informó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro de los diez días calendario posteriores al conocimiento del hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez.*

El actuar negligente del recurrente se advierte por cuanto la entidad tuvo conocimiento de los actos irregulares cometidos por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, el 9 de agosto de 2011.

b) *Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, la entidad mediante carta GG-08/2012 de 6 de enero de 2012, informó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, sin embargo el recurrente tuvo conocimiento de dicho acto el de agosto de 2011, en este marco el hecho de reportar dicho acto fuera del plazo establecido por el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), no elimina la infracción cometida.*

c) *En relación a la reincidencia, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado al recurrente, por incumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).*

d) *Respecto a la cuantía para la imposición de la sanción el artículo 25, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dispone que la imposición de sanción pecuniaria a las entidades financieras que omitan informar documentalmente al Órgano de Supervisión de cualquier hecho delictivo, será sancionada con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la gravedad del caso.*

En virtud de lo citado precedentemente y de acuerdo con el numeral 2 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), se sancionó a la entidad con una multa de DEGS 1,000(UN MIL 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), considerando que las infracciones cometidas pudieron evitarse con la debida observancia de las disposiciones legales citadas.

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.****, no son suficientes para desvirtuar los alcances de la Resolución ASFI N° 092/2012 de 22 de marzo de 2012, por cuanto es obligación del recurrente informar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro de los diez días calendario posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido en la entidad pos sus funcionarios o por terceros* (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) dispone que la entidad financiera, informará documentalmente bajo responsabilidad del Órgano de Supervisión dentro de los diez días calendario

posteriores al conocimiento de todo hecho delictivo cometido en la entidad financiera por sus funcionarios o por terceros así como cuando se sancione a directores, síndicos gerentes o empleados por hechos delictivos.

Que, el artículo 99 de la citada Ley dispone la aplicación de multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo, cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de sanciones administrativas.

Que, el artículo 25, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determina que las entidades financieras que omitan informar documentalmente al Órgano de Supervisión de cualquier hecho delictivo cometido en la entidad financiera por sus funcionarios o por terceros, dentro de los diez días posteriores a su conocimiento o cuando se sancione a directores, síndicos gerentes o empleados por hechos delictivos, será sancionada con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la gravedad del caso.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-55030/2012 de 7 de mayo de 2012, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 092/2012 de 22 de marzo de 2012, al haber incumplido el recurrente lo dispuesto por el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado)…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 30 de mayo de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 183/2012 de 15 de mayo de 2012, expresando lo siguiente:

"…***Fundamentación del Recurso Jerárquico***

a. Inconsistencias del Informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012.

De la revisión del Informe emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos I, se tiene que el mismo adolece de varios vicios de interpretación técnico legal los cuales se detallan a continuación:

1. *En el punto III relativo a Análisis Legal, la entidad reguladora, manifiesta que se tuvo conocimiento de las irregularidades el 9 de agosto de 2011 y se informó recién el 6 de enero de 2012, los actos cometidos por Henry Muñoz Ramírez. Al respecto, corresponde poner en su atención que la existencia de "irregularidades", no implican necesariamente "Hechos Delictivos", los cuales son reportables en el marco del artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades*

Financieras (Texto Ordenado), por lo cual la existencia de precedentes "indiciarios" conocidos el 9 de agosto de 2011 en la reunión que se realizó en la entidad y que es aludida en el Informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, no pueden ser constituirse en el hito cronológico con el cual se inicie el cómputo del plazo para poner en conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ya que como el propio informe lo menciona solo identificó irregularidades, pero no se tenía certeza de "hechos delictivos".

2. *De igual forma en el inciso c) del numeral III relativo a Análisis Legal, establece que la finalidad del Informe de Auditoría estaba "únicamente" orientado a cuantificar daños económicos y tomar acciones, lo cual no es cierto, toda vez que como lo establece el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, de la comisión de un delito surgen dos acciones; la penal, para lograr la penalización de la conducta y la civil para la reparación del daño, en consecuencia, como se podrá apreciar el Informe de Auditoría solicitado por la Gerencia, tenía el propósito de verificar si evidentemente las "irregularidades" detectadas e incluso aceptadas por el funcionario, tenían las características para ser consideradas como "delitos", lo cual implica que el Informe de Auditoría, debía realizar una análisis* ***cualitativo*** *y cuantitativo y no como el Informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, sugiere que era únicamente para determinar la cuantificación de los daños económicos.*

3. *Por otra parte, el Informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, manifiesta que PRODEM S.A. tenía los suficientes indicios para que una acción sea considerada como delictiva, el 9 de agosto de 2011, lo cual es una apreciación totalmente subjetiva, ya que el riesgo legal que involucra el hecho de no tener certeza sobre la denuncia de delitos, resulta de muy alto riesgo para la alta gerencia, aspecto que no está siendo evaluado por la entidad reguladora.*

4. *Asimismo, corresponde poner en su atención que en total contrasentido a lo previsto en el artículo 28 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, el Informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, no se pronuncia sobre la analogía establecida en el artículo 35 de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales, donde ni siquiera un gerente del sector público puede apresurarse a presentar una "denuncia" si es que antes no se tiene la certeza de que los "indicios" corresponden evidentemente a la comisión de delitos.*

Conclusión.

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

b. Existencia de precedente jurídico contenido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Es importante poner en su atención que la Resolución ASFI Nro. 183/2012 del 15 de mayo de 2012, en forma totalmente inexplicable manifiesta que no existe ningún precedente contenido en las normas del sector financiero que regule el tratamiento de la remisión de hechos delictivos, ***CON INFORME PREVIO*** *ante autoridades competentes en el ámbito regulatorio e incluso jurisdiccional, lo cual no es cierto, toda vez que la propia Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, orienta el tratamiento de hechos "DELICTIVOS" y la remisión de éstos ante las autoridades correspondientes.*

Sobre el particular, invocamos ante Ud. la previsión legal contenida en el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Último párrafo incorporado por el artículo 12 de la Ley Nro. 2297 del 20 de diciembre de 2001, que dispone:

> ***"Los actos que puedan tipificar la comisión de delitos, serán debidamente documentados para su remisión, CON INFORME al Ministerio Público, a efectos de que promueva la acción penal conforme lo previsto en el artículo 124 de la CPE (vigente en dicho momento).***

En ese marco legal, se puede apreciar con absoluta nitidez que incluso la propia Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, antes de definir una conducta como "delito", tiene la OBLIGACIÓN de emitir un INFORME, requisito sin el cual se ingresaría en un defecto absoluto el cual podría determinar el rechazo de denuncias o querellas, conforme las previsiones legales del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal.

Como se podrá apreciar la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, contrariamente a lo manifestado por la Resolución ASFI Nro. 183/2012 del 15 de mayo de 2012 (Segundo párrafo de la Pág. 4), incluso el propio Órgano Rector del Sistema Financiero, ***SI TIENE LA OBLIGACION DE EMITIR INFORME PREVIO*** *a la afirmación de que una acto es o no posible de ser tipificado como delito.*

Conclusión.

Conforme lo previsto por el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Ultimo (sic) *párrafo incorporado por el artículo 12 de la Ley Nro. 2297 del 20 de diciembre de 2001, la existencia de* ***INFORME PREVIO*** *a la determinación de DELITOS,* ***si existe*** *y es un requisito legal imprescindible, el cual en el marco de la norma citada tiene el objetivo de preservar la seguridad jurídica de los ejecutivos de la ASFI, lo cual fue la filosofía de las actuaciones realizadas por PRODEM FFP. S.A., aspecto que no fue correctamente evaluada al momento de emitir la Resolución ASFI Nro. 183/2012 del 15 de mayo de 2012.*

c. Prudencia Legal en Identificación de Delitos- Analogía.

La hipótesis legal que se ha venido defendiendo desde la Notificación de Cargos está

orientada a que una Autoridad Ejecutiva, debe tener una prudencia extrema en tipificar una conducta como delito, debido a las posibilidades de recriminación que se puede tener por una ***"acusación o denuncia falsa",*** *en caso de que las conductas denunciadas o difundidas no sean evidentemente delitos, situación legal que no ha sido correctamente evaluada en el contenido de la Resolución ASFI Nro. 183/2012 del 15 de mayo de 2012.*

Esta prudencia ejecutiva, no es producto de la interpretación unilateral o coyuntural por la Notificación de Cargos de la cual estamos siendo objeto, sino que responde a una medida gerencial que es de cumplimiento obligatorio y transversal, en ese sentido, en la vía de la ***analogía,*** *como recurso argumentativo válido en el Derecho Administrativo Sancionador, pongo respetuosamente en su consideración una vez más, lo previsto por el artículo 35 de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales que dispone:*

> *"**ARTICULO 35°.-***
>
> *Cuando los actos o hechos examinados presenten indicios de responsabilidad civil o penal, el servidor público o auditor los trasladará a conocimiento de la unidad legal pertinente y ésta mediante la autoridad legal competente solicitará directamente al juez que corresponda, las medidas precautorias y preparatorias de demanda a que hubiere lugar o denunciará los hechos ante el Ministerio Público".*

Como se podrá apreciar el obtener informes de auditoría y legales previos a realizar una denuncia o poner en conocimiento de Autoridades Regulatorias, por parte de los ejecutivos es una práctica que también se ejercita en el sector público.

Esta práctica, denota que el Ejecutivo, tiene del deber y el derecho de obtener una certeza razonable sobre la comisión del delito, con carácter previo a proceder a la denuncia y a la difusión de la información.

CONCLUSION

El marco de la Sana Crítica y el Prudente Arbitrio, en la vía de la analogía con el Sector Público, la práctica de tener prudencia en la identificación de delitos, a través de pronunciamientos técnicos y legales previos, no sólo es una recomendación, sino que como se puede observar es un mecanismo de carácter obligatorio, aspecto que respetuosamente pongo en su consideración, con el objetivo de revocar la decisión de sanción de primera instancia administrativa, confirmada por la Resolución 183/2012, de 15 de mayo de 2012, objeto del presente Recurso Jerárquico.

d. Preservación de las Normas Propias del Regulador sobre remisión de información.

Habiendo sido notificado con la Nota ASFI/DSR I/R-20763/2012 del 23 de febrero de 2012, relativa a un presunto incumplimiento al artículo 107 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras por no haber comunicado al Órgano Rector del

Sistema Financiero dentro de los 10 días calendario sobre los presuntos hechos delictivos cometidos por el ex funcionario, Henry Muñoz Ramírez, hice presente mis descargos y justificaciones en los cuales expuse los motivos por los cuales no correspondía sanción alguna, los cuales ciertamente no han sido correctamente evaluados, tal como lo dispone el artículo 29 parágrafo III del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175.

En todo caso se puso en atención del regulador -prima fasie-, que la remisión de la información a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe cumplir con la normatividad específica que rige el reporte regulatorio, asociado a las cualidades descritas en las propias normas emitidas para el efecto.

En ese sentido, es importante reiterar ante su Autoridad que se remitió la información, adoptando las directrices regulatorias del artículo 1 de la Sección 10 (Otras Disposiciones); Capítulo II del Reglamento para el Envío de Información a la ASFI contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que son de orden público y que deben ser cumplidas por todas las entidades reguladas y por su parte debe ser cuidadosamente analizada por parte del regulador.

SECCIÓN 10. OTRAS DISPOSICIONES

***Artículo 1° - Responsabilidad.-** Es responsabilidad de la entidad supervisada:*

- *Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, **integridad y legibilidad de la misma**.*

- *Asegurar la **exactitud y veracidad** de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad.*

*Al respecto, se debe tomar en cuenta que el análisis que realiza el Regulador en la propia Resolución Sancionatoria, admite que el Informe de Auditoría SNAI-056/2011 del 29 de diciembre de 2011 identificó "irregularidades" cometidas por el funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, pero en todo caso no se estableció en forma expresa e indubitable la existencia de la comisión de **"delito"**, ya que como se conoce jurídicamente existe una diferencia diametral entre lo que es una "irregularidad" y "delito", que sólo puede ser visualizada a través del lente conceptual de un profesional en leyes.*

A mayor abundamiento, corresponde recordar que el 10 de agosto de 2011 el Departamento de Administración comunicó a la Gerencia General la existencia de "irregularidades", motivo por el cual esta instancia ejecutiva tuvo que adoptar los mecanismos gerenciales para determinar que las "irregularidades" anunciadas, eran típicamente antijurídicas, culpables y punibles, o sea en otras palabras si se trataban de delitos, aspecto que no está siendo evaluado correctamente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Como se podrá apreciar el envío de la información a la Autoridad de Supervisión del

Sistema Financiero, cuando se trata de hechos que involucran la responsabilidad penal de un ex funcionario y las implicancias que esta calificación tiene en los registros propios del Sistema Financiero, deben ser cuidadosamente analizados y deben estar acompañados de información, útil, oportuna, confiable y verificable, aspectos que fueron prudentemente cumplidos por parte de la entidad que represento.

CONCLUSION

La resolución sancionatoria adopta como mecanismos de argumentación para sancionar un informe de Auditoría que no identifica con precisión la institución jurídica del delito y por otra parte, se apoya en una "confesión" la cual es inadmisible como prueba plena, tal como lo establece el artículo 121 de la Constitución Política del Estado Plurinacional:

> *"ARTICULO 121 CPE.- "...ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma..."*

e. *Reitera pronunciamiento expreso sobre los siguientes argumentos.*

En atención a que no ha existido una evaluación correcta y completa de los argumentos expuestos en el contenido del descargo inicial, solicitamos se sirva pronunciarse expresamente y con la debida fundamentación a los siguientes extremos de orden legal:

1. *Siendo que un hecho delictivo, debe cumplir con requisitos de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y ser producto de una opinión técnicamente y documentalmente calificada, es que mi persona ordenó la ejecución de una* ***Auditoria*** (sic) ***Interna que tenga el objetivo de verificar la existencia del posible delito y demuestre el posible daño económico causado a la entidad regulada,*** *así como la mecánica operativa utilizada para la comisión del ilícito,* ***aspecto que no se puede realizar informalmente, sino que debe ser producto de una metodología de control y regulación como la Auditoria*** (sic) ***Interna,*** *lo cual es plenamente compatible con la obligación de remisión de la información a la Autoridad de Supervisión del sistema Financiero con cualidades de integridad y verificabilidad.*

2. *Una vez que se conoció la existencia de un indicio de que se habrían cometido actos "irregulares" en la entidad regulada, mi persona además de aplicar los mecanismos de reacción inmediata, ordenó la ejecución de procedimientos de control interno posterior, a través de la Auditoría Interna, la cual posteriormente confirmaría técnicamente que los actos ejecutados por el ex funcionario, evidentemente cumplían con los requisitos de ser tipificados como delitos y además revelaba la existencia de un daño económico a la entidad.*

3. *Se debe tomar en cuenta que el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece con absoluta nitidez que la información a ser remitida debe*

*ser "**documentada**", lo cual se cumplió estrictamente ya que al momento de tener certeza razonable de la comisión del delito a través del Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero fue informada dentro del plazo establecido por ley mediante Nota GG-08/2012 del 6 de enero de 2012, tanto sobre el hecho delictivo en sí mismo, como del inicio de las acciones legales conforme lo previsto en el artículo 290 de la Ley Nro. 1970 del Código de Procedimiento Penal.*

CONCLUSIÓN

*De lo expuesto se evidencia que la entidad regulada obtuvo certeza razonable que los actos ejecutados por el Sr. Henry Muñoz Ramírez, constituían ilícitos penales tipificados en el Código Penal, a través del Informe de **Auditoria*** (sic) ***Interna Nro. SNAI-056/2011 del 29 de diciembre de 2011** lo cual fue puesto en conocimiento de la entidad reguladora en fecha 6 de enero de 2012, cumpliendo lo previsto por el artículo 107 de la Ley Nro.- 1488 de Bancos y Entidades Financieras y preservando la directrices regulatorias expuestas en el artículo 1 de la Sección 10 (Otras Disposiciones); Capítulo II del Reglamento para el Envío de Información a la ASFI contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

f. Contradicción en la Resolución Sancionatoria

*Por otra parte se debe considerar que en la propia Resolución ASFI 092/2012 del 22 de marzo de 2012, objeto del Recurso de Revocatoria de fecha 18 de abril de 2012, se considera el motivo fundamentado para la resolución "el parágrafo II del artículo 67 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que presentados los Descargos o transcurrido el plazo sin que ello hubiera ocurrido, se procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de la sana crítica y **valoración razonable de la prueba**, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa", aspecto que no fue cumplido, toda vez que la resolución no realiza una fundamentación de todos los extremos descritos en el descargo y se limita a una repetición de normas que por sí mismas no se subsumen a los hechos generados en nuestra entidad y que no fueron correctamente evaluados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución ASFI No. 183/2012 de 15 de mayo de 2012, objeto del presente Recurso Jerárquico.*

g. Inaplicabilidad de sanción del Artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado).

Por lo que el argumento de sustento legal de la Resolución ASFI No. 183/2012 de 15 de mayo de 2012, está en el artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), señalando el mismo la obligación que tiene la entidad de informar en el término de diez días al Órgano Regulador sobre el conocimiento de un hecho delictivo cometido en la entidad financiera, por sus funcionarios o por terceros, dicha disposición legal tiene como objetivo reportar los hechos delictivos cometidos

en la entidad financiera, con el fin de alertar al sistema regulado, así como a los usuarios en general sobre prácticas ilícitas que pudieran originar víctimas múltiples, independientemente de las gestiones que la entidad pueda efectuar en sede administrativa o jurisdiccional, por lo que dichas acciones no eximen a la entidad de cumplir el plazo establecido por el citado artículo.

*Si bien es lo que manifiesta el artículo, sin entrar al campo de interpretaciones muy subjetivas de la propia Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es que dicho artículo en su espíritu y condición sine qua non señala que la información a ser remitida **debe ser documentada**; por lo que señora Directora, una vez más pongo en manifiesto que aparte de haber cumplido con los 10 días de plazo para informar, cumplí con una información fidedigna y no respaldada en simples sospechas que podrán hacer caer a la Entidad que represento no en una simple sanción sino en un problema penal serio por registrar a un funcionario sin prueba alguna que respalden una denuncia de esa naturaleza.*

En todo caso el mencionado artículo 107 pierde toda efectividad de crear sanciones por lo señalado en el artículo 25, sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual dispone "La entidad financiera que omita informar documentalmente a la Superintendencia de cualquier hecho delictivo cometido en la entidad por sus funcionarios o terceros, dentro de los diez días posteriores a su conocimiento o cuando se sancione a directores, síndicos, gerentes o empleados por hechos delictivos, será sancionada con una multa no menor a mil ni mayor a veinte mil Derechos Especiales de Giro, en atención a la Gravedad del caso".

CONCLUSIÓN

Por todo lo fundamentado en el párrafo anterior, se hace evidente que la entidad a la cual represento no cometió ninguna omisión que la haga pasible a una sanción, puesto que por lo contrario, tuvimos todas las precauciones necesarias para enviar una información documentada que respalde nuestras denuncia y fue en cuanto tomamos conocimiento fiel de éste hecho, y se supone que el tomar conocimiento se sustenta en la realidad de los hechos, con fundamento técnico para poder sustentar el perjuicio económico sufrido por la entidad financiera a la cual represento.

VI. Petitorio

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por el artículo 66 parágrafos I y II de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con los artículos 52 y siguientes del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 183/2012 de 15 de mayo de 2012 que resuelve confirmar la Resolución ASFI No. 092/2012 de 22 de mayo de 2012 por incumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto

Ordenado), por no haberse informado dentro de los diez días calendario posteriores a su conocimiento, el hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Según refiere el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** en su informe SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, en la tarea de revisar las operaciones realizadas por su entonces funcionario **Henry Eduardo Muñoz Ramírez**, se llegó a establecer que el precitado había incurrido en duplicidad de pagos y documentación de respaldo.

El extremo determinó que en fecha 9 de agosto de 2011, se reunieran con él las áreas de Recursos Humanos, Seguridad integral, Legal y Administración, de la entidad financiera, cuando el señor **Henry Eduardo Muñoz Ramírez** "*sin necesidad de citarle el motivo de la reunión, señaló que cometió irregularidades en el ejercicio de sus funciones durante los meses de Septiembre 2010 a Julio 2011 y que reconocía habría generado un daño económico que se cuantificó preliminarmente en la suma de Bs. 156.919.03*", llegando a suscribir, juntamente con su esposa, un compromiso de reparación del daño y a la devolución de ese importe.

Posteriormente, en fecha 10 de agosto de 2011, el Departamento de Administración solicita se amplíe la investigación, para lo que se constituye una Comisión de Auditoría Interna con la colaboración de funcionarios de las áreas de Operaciones y Contabilidad.

En fecha 6 de enero de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** hace presente por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la nota GG-08/2012 en la que señala:

"*…En cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 107 de la Ley de Banco* (sic) *y Entidades Financieras, comunicamos a su autoridad que, conforme lo establece el Informe de Auditoría Interna SNAI - 056/2011 de fecha 29 de diciembre de 2011, el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez, habría incurrido en irregularidades que derivaron en la comisión de hechos delictivos tipificados en el Código Penal. Los anexos respectivos se encuentran a disposición en la entidad.*

En los siguientes días se procederá con la presentación de la denuncia correspondiente

ante el Ministerio Público.

Asimismo, hacemos conocer que nuestros aseguradores han tomado conocimiento del hecho…"

Valorada la nota por el ente regulador, y en su criterio expresado en la nota ASFI/DSR I/R-20763/2012 de 23 de febrero de 2012:

"…*se ha determinado el presunto incumplimiento* -por parte de la entidad financiera- *al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por no haber informado a este Organismo de Supervisión dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del hecho delictivo cometido por el ex funcionario Henry Eduardo Muñoz Ramírez*…"

Extremo que determina el inicio del proceso sancionador en contra del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA**, como a las consecuentes Resoluciones Administrativas ASFI Nº 092-2012 de 22 de marzo de 2012 y ASFI Nº 183/2012 de 15 de mayo de 2012, esta última, objeto de Recurso Jerárquico que pasa a resolverse por la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Irrecurribilidad del informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012.-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley" (Art. 122º, Constitución Política del Estado).

Entonces, corresponde a la máxima autoridad, dentro de la actividad intelectual necesaria para la toma de decisión que importa la Resolución, considerar los datos contenidos en el informe, para su examen y aplicación dentro de los alcances del mencionado artículo 48º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo.

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

Ahora bien; si el informe es tenido en cuenta por la máxima autoridad ejecutiva a los fines de su Resolución, ello se constatará en el tenor de la misma, dentro de su parte de fundamentos (considerativa), conforme lo determina el artículo 52º, parágrafo III (*La aceptación de informes o dictámenes servirá de fundamentación a la resolución cuando se incorporen al texto de ella*) de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo.

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

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

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

Lo anterior da lugar a inferirse que, lo que el recurrente **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** pretende, impugnar el informe ASFI/DSR I/R-30224/2012 del 13 de marzo de 2012, que conforme se ha argumentado resulta inadmisible por cuanto los mismos no son objeto de impugnación.

Realizada la precisión anterior, y entrando a la impugnación misma, se evidencia que los actos administrativos impugnables para el caso son las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 092-2012 de 22 de marzo de 2012 y ASFI Nº 183/2012 de 15 de mayo de 2012, cuyo fundamento y resolución ha correspondido al recurrente, hacer valer los derechos subjetivos o intereses legítimos que a su criterio le estuvieren afectando, lesionando o perjudicando, derechos que, de la revisión del expediente, se evidencia haberse ejercitado plenamente en el caso.

2.2. Sobre la sugerida inexistencia de precedentes referidos al informe previo.-

Por otra parte, señala el Recurso, que

> "…*la Resolución ASFI Nro. 183/2012 del 15 de mayo de 2012, en forma totalmente inexplicable manifiesta que no existe ningún precedente contenido en las normas del sector financiero que regule el tratamiento de la remisión de hechos delictivos,* ***CON INFORME PREVIO*** *ante autoridades competentes en el ámbito regulatorio e incluso jurisdiccional…*"

Sin embargo, la mencionada Resolución Administrativa ASFI Nº 183/2012 de 15 de mayo de 2012 (como tampoco su precedente, la Resolución Administrativa ASFI Nº 092/2012 de 22 de marzo de 2012) no contiene una mención o sugerencia a "*que no existe ningún precedente contenido en las normas del sector financiero que regule el tratamiento de la remisión de hechos delictivos,* ***CON INFORME PREVIO*** *ante autoridades competentes en el ámbito regulatorio e incluso jurisdiccional*", como mal señala el recurrente.

Lo que establece la Resolución Administrativa ASFI Nº 183/2012 (y a lo que aparentemente se refiere el recurrente), es:

> "…*En relación a la reincidencia, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiera sancionado al recurrente, por incumplimiento al artículo 107 de Ley de Bancos…*"

Mención que corresponde a la graduación de la sanción una vez que la infracción -en criterio del órgano supervisor- ha sido ya evidenciada y constatada; a tal fin, previamente había señalado la Resolución impugnada, que "*se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c)* ***La reincidencia en la comisión de las infracciones***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, el alegato del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** se encuentra descontextualizado, en relación a lo expresado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución Administrativa recurrida.

2.3. El informe como elemento de supervisión prudencial.-

Sin perjuicio de lo anterior, se infiere que la mención que hace el recurrente del artículo 99º de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, según su texto ordenado y aprobado por el Decreto Supremo Nº 26581 de 3 de abril de 2002, tiene que ver cierto carácter secuencial en determinados procedimientos a los que se refiere tal norma.

Así, el último párrafo del artículo 99º de la Ley Nº 1488 (evidentemente incorporado por la Ley Nº 2297 de 20 de diciembre de 2001), señala que:

> "…*Los actos que puedan tipificar la comisión de delito, serán debidamente*

documentados para su remisión, con informe al Ministerio Público, a efectos de que se promueva la acción penal conforme a lo previsto en el Artículo 124 de la - abrogada- *Constitución Política del Estado...*"

Entonces, en el entender del recurrente, el procedimiento aplicable al caso exige que, previamente a la remisión de la información a la que se refiere el artículo 107° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras (por cuya infracción ha sido sancionado), debe existir un informe por el cual se hubiera determinado con "*certeza razonable sobre la comisión de un acto tipificado en el sustantivo penal*" (nota GG-063/3012 de fecha 8 de marzo de 2012).

Lo contrario "*puede tener una acción recriminatoria por parte del afectado, quien podría reclamar por Acusación y Denuncia Falsa y generar una situación legal compleja para la Gerencia y la propia entidad, situación que se mitiga en la medida en que exista un Informe de Auditoría que revele la existencia de actividades con connotaciones de orden penal*" (ídem).

De las menciones anteriores se infiere que, la evaluación que realiza el recurrente de la normativa por la que se le sanciona, lo hace en función de los efectos que, en su entender, devienen de la misma, toda vez que el artículo 107°, primer párrafo, de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, efectivamente está referido a los casos de existencia de hechos delictivos, es decir, hechos que constituyen en conductas que se subsumen a algún tipo penal y que como tales, pueden adquirir un tratamiento técnico-jurídico especial.

Conforme se establece de los numerales siguientes, en ello radica la controversia planteada por el recurrente.

2.3.1. Evaluación del Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 por parte del ente sancionador.-

Según señala el Recurso Jerárquico, existen aspectos que no han sido evaluados por el órgano regulador, entre ellos, que:

> "*…La resolución sancionatoria adopta como mecanismos de argumentación para sancionar un informe de Auditoría que no identifica con precisión la institución jurídica del delito y por otra parte, se apoya en una "confesión" la cual es inadmisible como prueba plena, tal como lo establece el artículo 121 de la Constitución Política del Estado Plurinacional:*
>
> > *"ARTICULO 121 CPE.- "...ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma...*"

Corresponden aquí las acotaciones siguientes:

- La sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 092-2012 de 22 de marzo de 2012) ha hecho mención concreta al Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, y este a su vez, a la reunión de fecha 9 de agosto de

2011, de las diversas áreas del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** con su entonces funcionario, señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez, quien en la oportunidad reconoció haber cometido las irregularidades en el ejercicio de sus funciones.

Entonces y en principio, el ente regulador si consideró y evaluó la existencia, tanto del Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, como el reconocimiento del hecho delictivo -por parte del funcionario- de fecha 9 de agosto de 2011.

- Consiguientemente, lo que se impugna es el resultado de dicha evaluación, la que consta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 183/2012 de 15 de mayo de 2002, en sentido que, ni tal informe de auditoría, ni el reconocimiento de la comisión del delito -al que el recurrente califica de confesión-, debieron servir para fundamentar la decisión de la sanción, esto porque el informe de auditoría "*no identifica con precisión la institución jurídica del delito*", y la confesión porque es inadmisible como prueba plena, toda vez conforme al artículo 121º, parágrafo I. de la Constitución Política del Estado, "*ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma*".

  Sin embargo, en cuanto al Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, no correspondió al ente regulador, como no corresponde tampoco al presente, evaluar sus alcances desde el punto de vista jurídico y la precisión y rigor científico con el que ha sido emitido, sino simplemente extraer del mismo la información que refiere y en cumplimiento del artículo 4º, literal d), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo: "*La Administración Pública investigará la verdad material…*"

  En ello, está claro que el Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, ha señalado que en fecha 9 de agosto de 2011 se reunieron las áreas correspondientes del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** con el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez, oportunidad en la que este último "***sin necesidad de citarle el motivo de la reunión, señaló que cometió irregularidades en el ejercicio de sus funciones****… y que reconocía habría generado un daño económico…*"

  Y señala además que:

  > "…*Ante el* ***reconocimiento voluntario*** *del daño económico ocasionado, el señor Muñoz, ofreció suscribir un documento en el que se comprometía a la reparación del daño que* ***él dijo*** *haber ocasionado y a devolver ese importe…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en lo que atañe a la disposición del artículo 121º de la Constitución y a diferencia de lo que establece en su tenor el mismo, el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez **no ha sido obligado** a reconocer la comisión de los hechos delictivos, sino que **lo hizo <u>voluntariamente</u>**, "***sin necesidad de citarle el motivo de la reunión***".

En este sentido, la declaración de un presunto autor del hecho delictivo tiene valor jurídico legal; de lo contrario, por ejemplo, todo el capítulo II (*Declaración del imputado*) del Título IV, Libro Segundo del Código de Procedimiento Penal, no tendría razón ni sentido jurídico; obviamente más allá del tratamiento que corresponda al sospechoso, imputado o investigado, su declaración sirve como un elemento de información a los fines de esclarecer la comisión del ilícito, y conforme se desprende del Informe de Auditoría Interna SNAI-056/2011 de 29 de diciembre de 2011, ese es el valor que se le ha otorgado a la declaración voluntaria de fecha 9 de agosto de 2011, nada menos que por la unidad de auditoría del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Son pertinentes además las acotaciones siguientes:

- El artículo 107º, primer párrafo, de la Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras, está referido a la obligación emergente **del conocimiento** del hecho delictivo; desde luego que conocer un hecho delictivo no importa su constatación o procesamiento, se trata únicamente de dar informe sin mayor mediatez, de lo recién conocido, no del resultado de los trámites ulteriores a tal conocimiento.

- La percepción subjetiva de la víctima -como para el caso lo es el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA**- de la existencia de un hecho delictivo en su contra, una vez que ha conocido del mismo, es independiente del estudio que de ello pueda hacer un profesional en leyes.

  Aún así, hay que recordar que en oportunidad de la reunión de 29 de agosto de 2011 en la que el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez reconociera la comisión de los ilícitos, entre las áreas allí presentes estaba la de Legal, lo que importa que se encontraba quien por cuestión profesional bien diferencia lo delictual de lo simplemente irregular.

- Asimismo, el informe de auditoría dispuesto como emergencia de haberse conocido la comisión de los ilícitos, viene a pronunciarse sobre los alcances reales de los hechos delictivos y de la consiguiente cuantía del daño civil ocasionado por el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez, empero no en cuanto a su presumible autoría, toda vez que ello era ya conocido desde la fecha señalada.

Por consiguiente, no se encuentra razón a lo alegado por el recurrente en lo que hace a todos estos extremos.

2.3.2. No correspondencia de los informes dispuestos por los artículos 99º y 107º, primer párrafo, de la Ley Nº 1488.-

Siempre a decir del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** en su Recurso Jerárquico:

> "…*la existencia de* ***INFORME PREVIO*** *a la determinación de DELITOS,* ***si existe*** *y es un requisito legal imprescindible, el cual en el marco de la norma citada tiene el objetivo de preservar la seguridad jurídica de los ejecutivos de la ASFI, lo cual fue la filosofía de las actuaciones realizadas por PRODEM FFP. S.A., aspecto que no fue correctamente evaluada al momento de emitir la Resolución ASFI Nro. 183/2012 del 15 de mayo de 2012*…"

Corresponde aclarar que, no obstante haga lo mismo a la determinación de la existencia de un hecho delictivo, el informe al que se refiere el artículo 99º de la Ley Nº1488, hace a un trámite totalmente distinto al mencionado por el artículo 107º de la misma norma; así:

- El informe señalado por el artículo 99º, último párrafo, de la Ley Nº 1488, corresponde al que debe enviarse al Ministerio Público a los fines que señala el artículo 225º, parágrafo I, de la vigente Constitución Política del Estado (correspondiente al 124º de la abrogada Constitución Política del Estado de 1967).

  Importa entonces, el deber de informar al Ministerio Público -entidad encargada de la defensa de "*la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y ejercerá la acción penal pública*", conforme al Art. 225º, Par. I, Constitución Política del Estado; en el mismo sentido el Art. 3º, Ley Nº 260 de 11 de julio de 2012, *Orgánica del Ministerio Público*- a efectos de que el mismo "***promueva*** *la acción penal*" (Art. 99º, Ley Nº 1488; las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica); el extremo es plenamente concordante con el señalado por el artículo 278º de la Ley Nº 1970 de 25 de marzo de 1999 (Código de Procedimiento Penal), que establece:

  > "…***Artículo 278º.- (Persecución penal pública e investigación fiscal).*** *Cuando* ***el fiscal*** *tenga conocimiento de la comisión de un delito,* ***promoverá*** *y dirigirá su investigación*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

  Corresponde entonces a la lógica del enjuiciamiento penal, el que es en principio y esencia público, conforme lo preceptúa el artículo 116º de la Ley Nº 1970 (Código de Procedimiento Penal; en el mismo sentido, Art. 178º, Par. I, de la Constitución Política del Estado -dice: "*se sustenta en los principios de… publicidad*…"- y Art. 3º, principio 5 -*Publicidad*-, de la Ley Nº 025 de 24 de junio de 2010, del Órgano Judicial), entendido como la garantía de que la instrucción de las causas, con ciertas reservas en lo penal, la práctica de la prueba, los alegatos y los fundamentos de las resoluciones, sean conocidos no solamente de las partes y de los que intervienen en los procesos, sino de todos en general.

  Al respecto además, resulta esclarecedor lo señalado por la Constitución Política del Estado, en su artículo 333º, que se transcribe a continuación:

  "…***Artículo 333.***

  Las operaciones financieras realizadas por personas naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, gozarán del derecho de confidencialidad, ***salvo en los procesos judiciales****,*

en los casos en que se presuma comisión de delitos financieros, en los que se investiguen fortunas y los demás definidos por la ley…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

- No corresponde a la misma órbita jurídica, el informe dispuesto por el artículo 107º, primer párrafo, de la Ley Nº 1488 (aquel por el que se sancionó al **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA**), cuando éste no va ser dirigido al Ministerio Público, sino a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, entonces dentro de los fines señalados por los artículos 153º y 154º de la misma Ley, ello por imperio del artículo 137º, primer párrafo, del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009.

  Por consiguiente, no existe permisión para que el ente regulador o alguno de sus servidores públicos, administren tal información de manera discrecional y la hagan pública; antes más bien, son varias las restricciones a ello:

  Constitución Política del Estado:

  "…***Artículo 21.***

  Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: (…)

  2. *A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad* (…)

  Artículo 333.

  Las operaciones financieras realizadas por personas naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, ***gozarán del derecho de confidencialidad****, salvo en los procesos judiciales, en los casos en que se presuma comisión de delitos financieros, en los que se investiguen fortunas y los demás definidos por la ley.* ***Las instancias llamadas por la ley a investigar estos casos tendrán la atribución para conocer dichas operaciones financieras, sin que sea necesaria autorización judicial****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Código Civil:

  "…*Artículo 18.- (DERECHO A LA INTIMIDAD).*

  Nadie puede perturbar ni divulgar la vida íntima de una persona. Se tendrá en cuenta la condición de ella. Se salva los casos previstos por la ley (…)

  Artículo 23.- (INVIOLABILIDAD).
  Los derechos de la personalidad son inviolables y cualquier hecho contra ellos confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral…"

  Código Penal:

  "…***Artículo 282.-*** *(DIFAMACIÓN) El que de manera pública, tendenciosa y repetida,*

revelare o divulgare un hecho, una calidad o una conducta capaces de afectar la reputación de una persona individual o colectiva, incurrirá en prestación de trabajo de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días (…)

Artículo 302.- *(REVELACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL). El que teniendo conocimiento de secretos en virtud de su estado, ministerio, profesión, empleo, oficio, arte o comisión, los revelare sin justa causa, o los usare en beneficio propio o ajeno, si de ello se siguiere algún perjuicio, será sancionado con privación de libertad de tres meses a un año y multa de treinta a cien días…*"

Consiguientemente, esencial y ontológicamente, no siendo posible la publicidad de la información que así se presenta al órgano regulador y dado su carácter de hoja de antecedentes negativos, no resulta en un registro público, por cuanto no se refiere a una función del Estado que tenga como propósito servir a las personas para la toma de sus decisiones, en la perspectiva del derecho de las personas a acceder a dicha información, sino que se constituye en una información confidencial sobre los antecedentes negativos de funcionarios, empleados, ex funcionarios y ex empleados, no siendo justificada la susceptibilidad del recurrente en cuanto a una acción recriminatoria al que no puede dar lugar, al no hacer a denuncia o querella alguna.

En definitiva y en lo que interesa al caso, resulta por demás evidente que los informes que disponen los artículos 99° y 107° de la Ley N°1488, de Bancos y Entidades Financieras, son diferentes puesto que corresponden a trámites distintos empero fundamentalmente con finalidades diversas, uno como parte de la preparación del enjuiciamiento penal, por esencia público, y el otro propio de la atribución supervisora y confidencial del órgano regulador, por lo que hace mal el recurrente en pretender confundirlos en la intención de justificar su alegato.

2.3.3. Intrascendencia de la duda razonable.-

Señala también el recurrente, que:

"…*la entidad regulada obtuvo* ***certeza razonable*** *que los actos ejecutados por el Sr. Henry Muñoz Ramírez, constituían ilícitos penales tipificados en el Código Penal, a través del Informe de* ***Auditoría*** (sic) ***Interna Nro. SNAI-056/2011 del 29 de diciembre de 2011*** *lo cual fue puesto en conocimiento de la entidad reguladora en fecha 6 de enero de 2012, cumpliendo lo previsto por el artículo 107 de la Ley Nro.- 1488 de Bancos y Entidades Financieras…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Así, la entidad recurrente hace referencia al criterio de certeza razonable, es decir: cuando los elementos acumulados han permitido concluir razonablemente en el Informe de Auditoría Interna Nro. SNAI-056/2011 del 29 de diciembre de 2011, que el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez es el autor de los hechos delictivos, se ha dispuesto recién el cumplimiento del artículo 107° de la Ley N° 1488, en el entendido que es desde ese momento que se ha conocido de su existencia, sin que antes se hubiera tenido certeza de ello.

Como a tales alturas (29 de diciembre de 2011) ya se tenía certeza de la ocurrencia del ilícito, es decir de la duplicidad de pagos y documentación de respaldo con la intencionalidad de defraudar, se entiende que lo que el recurrente refiere es que, hasta ese momento, no se había determinado con certeza razonable que el autor de lo mismo, fuera el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez (no obstante el mismo lo había reconocido ante los funcionarios del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA**, casi cuatro meses antes).

No obstante, debe quedar establecido que, el artículo 107º, primer párrafo, de la Ley Nº 1488, hace referencia al deber de informe "***de todo hecho delictivo***", es decir, con prescindencia del aspecto subjetivo que importa la autoría; tal es así que el mismo artículo prosigue señalando "*cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros*", entonces, es general a los hechos delictivos, que como tales, tuvieron que ser cometidos por alguien, sea funcionario o no, ello es secundario, lo trascendente es que el hecho delictivo haya sucedido.

Si se considera la definición más conocida de lo que es el delito, la del profesor Jiménez de Asúa, en sentido que resulta en la "*conducta típicamente antijurídica y culpable*", debe concluirse que para fecha 9 de agosto de 2011, a la conclusión de la reunión con el señor Henry Eduardo Muñoz Ramírez, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** ya conocía de la existencia de un hecho delictivo, independientemente de quién resultara su autor, puesto que sin duda se trataba de una defraudación como las tipificadas por el Código Penal, por esencia dolosas (dentro de la clasificación que plantean los artículos 14º y 15º del mismo Código Penal, es decir, intencionales), entonces antijurídica.

Se concluye por tanto que, aún fuera cierto que se pretendió proteger a los ejecutivos de la entidad financiera, de los efectos de una falsa acusación, dado existir, según el recurrente, duda razonable, correspondía que en cumplimiento del artículo 107º de la Ley de Bancos, se informe de ello al ente regulador.

2.3.4. Sobre la valoración razonable de la prueba.-

Señala también el recurrente que:

> "…*se procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de la sana crítica y* ***valoración razonable de la prueba****, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa", aspecto que no fue cumplido, toda vez que la resolución no realiza una fundamentación de todos los extremos descritos en el descargo y se limita a una repetición de normas que por sí mismas no se subsumen a los hechos generados en nuestra entidad y que no fueron correctamente evaluados por la Autoridad…*"

No obstante y conforme lo señalado supra, sí ha existido por parte del ente regulador una valoración razonada de la prueba, así como de los elementos de descargos acreditados; ello se infiere de los siete incisos (del 'a' al 'g') de la parte considerativa de la Resolución Administrativa ASFI Nº 092/2012 de 22 de marzo de 2012. Entonces, no puede pretender el recurrente que el ente regulador comparta su mismo criterio -en su caso interesado- sobre los elementos analizados.

Por la misma razón, tampoco es aplicable al caso aquello de que:

> "…*una Autoridad Ejecutiva, debe tener una prudencia extrema en tipificar una conducta como delito, debido a las posibilidades de recriminación que se puede tener por una* ***"acusación o denuncia falsa",*** *en caso de que las conductas denunciadas o difundidas no sean evidentemente delitos, situación legal que no ha sido correctamente evaluada en el contenido de la Resolución ASFI Nro. 183/2012 del 15 de mayo de 2012*…"

Propuesta del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA** en su Recurso Jerárquico, sobre la que además pretende, como "*recurso argumentativo válido en el Derecho Administrativo Sancionador*" la aplicación analógica del artículo 35º de la Ley Nº 1178 de 20 de julio de 1990, del Sistema de Administración y Control Gubernamental, no obstante de que el mismo nuevamente se refiere al procedimiento ante el juez "*que corresponda*" (obviamente el de materia penal) o a la denuncia "*ante el Ministerio Público*", entonces confirmando la inaplicabilidad de tal criterio al caso de autos, amén que contrariamente a lo que sugiere el recurrente y dado su objeto de estudio, la analogía no constituye fuente del Derecho Administrativo, ni siquiera en su rama sancionadora; al efecto, compúlsese el artículo 1º, parágrafo II, del Código de Procedimiento Civil, con el artículo 17º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo:

> **Código de Procedimiento Civil:**
>
> "…***ARTÍCULO 1.- (POTESTAD JUDICIAL)*** **(…)**
>
> ***II.*** (Los jueces y tribunales) ***No podrán excusarse de fallar bajo pretexto de falta, oscuridad o insuficiencia de la ley****, en las causas sometidas a su juzgamiento,* ***debiendo pronunciar sentencia según la equidad que nace de las leyes, conforme a las disposiciones que comprenden casos semejantes al hecho particular que ocurriere***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> **Ley de Procedimiento Administrativo:**
>
> "…***ARTÍCULO 17º (Obligación de Resolver y Silencio Administrativo)***
>
> *I. La Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación*…"

Como se observa, una previsión legal referida a la pertinencia de la analogía cual "*recurso argumentativo válido en el Derecho Administrativo Sancionador*" no se halla implementada expresamente para la materia administrativa, empero aún así fuera y conforme lo señala Cabanellas en su Diccionario, tal instituto jurídico tiene su aplicación como "*extensión de la ley* ***a casos no previstos por ella***" (*falta, oscuridad o insuficiencia de la ley*, dice el Código de Procedimiento Civil en su artículo 1º, parágrafo II, supra transcrito; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Resultando que se deberá recurrir, en ejercicio de la analogía, al espíritu de un

ordenamiento positivo o a los principios generales del Derecho, sólo en el caso de insuficiencia de la Ley específica (fenómeno conocido con el tecnicismo jurídico *vacío legal*), no haciendo lo mismo al caso de autos, por cuanto y conforme se establece del artículo 107º de la Ley Nº1488, de Bancos y Entidades Financieras:

- Sí existe procedimiento legal específico, para el caso de conocerse hechos delictivos en una entidad de intermediación financiera, lo que hace innecesaria cualquier analogía de la Ley Nº 1178.
- Tal procedimiento no hace a la lógica del proceso penal, sino a la de la supervisión prudencial.

En tal sentido, también resultan inatendibles los argumentos expresados por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" SOCIEDAD ANÓNIMA**, en cuanto a que "*en la vía de la analogía con el Sector Público, la práctica de tener prudencia en la identificación de delitos, a través de pronunciamientos técnicos y legales previos, no sólo es una recomendación, sino que como se puede observar es un mecanismo de carácter obligatorio*".

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, parágrafo I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar totalmente la Resolución impugnada, cuando pronunciándose sobre el fondo, la deje sin efecto en su integridad.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 183/2012 de 15 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 092-2012 de 22 de marzo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 186/2012 DE 16 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 059/2012 DE 09 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 059/2012

La Paz, 09 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 186/2012 de 16 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 094/2012 de 23 de marzo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 032/2012 de 27 de agosto de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 109/2012 de 14 de septiembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 5 de junio de 2012, **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** legalmente representada por su Gerente General Sr. Javier Marcelo García Veramendi, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 2210/2009 de 18 de septiembre de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 96 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Maritza Bernal Viera, interpuso Recurso Jerárquico

contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 186/2012 de 16 de mayo de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 094/2012 de 23 de marzo de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-68954/2012 con fecha de recepción 8 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 186/2012 de 16 de mayo de 2012, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 13 de junio de 2012 y notificado a la recurrente el 27 de junio de 2012.

Que, en fecha 1º de agosto de 2012 se desarrolló la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**, a la que asistió en su representación su Gerente General, señor Javier Marcelo García Veramendi.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS ASFI/DSR III/R-21279/2012 DE 24 DE FEBRERO DE 2012.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR III/R-21279/2012 de fecha 24 de febrero de 2012, notificó a **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** con los siguientes cargos:

> "*Mediante la presente, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo Nº 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en base al informe Técnico ASFI/DSR III/R-137769/2011 de 21 de diciembre de 2011 e informe legal ASFI/DSR III/R-138127/2011 de 22 de diciembre de 2011, estableció que la* ***FIRMA DE AUDITORÍA GARCÍA VERAMENDI & ASOCIADOS S.R.L. PKF BOLIVIA,*** *habría incurrido en las infracciones descritas en el Artículo Nº 9, Sección 2, Capítulo II del Reglamento de Auditores Externos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, haciéndose pasible a la imputación de los siguientes cargos:*
>
> - *La Firma de Auditoría habría emitido un dictamen sin aplicar procedimientos de auditoría que respalden la opinión del auditor, tal como se evidencia en los papeles de trabajo entregados correspondientes a la labor desarrollada.*
>
> *Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 4, Artículo Nº 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.*
>
> - *La Firma de Auditoría, no ha revelado ajustes significativos, mismos que de hacerse efectivos modificarían sustancialmente la estructura de Balance de la*

Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., deteriorándose la situación financiera e infringiendo el Principio Contable de Empresa en Marcha.

Dicha conducta, se encuentra en el numeral 6, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.

- *La Firma de Auditoría, no consideró la existencia de un conflicto de intereses con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., al haberse constatado una operación de crédito otorgada al señor Javier García Veramendi, socio principal y representante legal de la firma Auditora, vulnerando de esta manera el carácter de independencia que debe tener un Auditor Externo.*

  Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 9, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.

- *La Firma de Auditoría no utilizó los procedimientos establecidos en la Norma de Auditoría No. 1, para la revisión de algunos saldos de los estados financieros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., observados en el informe de Inspección ASFI/DSR III/R-48290 de 19 de octubre de 2009 de esta Autoridad de Supervisión.*

  Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 10, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.

Los cargos mencionados constituyen causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Sistema Financiero, por lo que de conformidad al artículo N° 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto ordenado) se concede a la ***FIRMA DE AUDITORÍA GARCÍA VERAMENDI & ASOCIADOS S.R.L. PKF BOLIVIA,*** *en el plazo de siete (7) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente nota, para !a presentación de los descargos que correspondan…"*

2. NOTA DE DESCARGOS GV PKF SC 60/2012 DE 7 DE MARZO DE 2012.-

Mediante nota GV PKF SC 60/2012 de fecha 7 de marzo de 2012, **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** presenta los siguientes descargos:

*"…**Auditoría externa gestión 2009***

Fuimos contratados para evaluar y examinar los estados financieros de la gestión 2009, dicha auditoría se efectuó sin considerar la normativa y alcance de trabajo citado en la Circular SB/603/08 (12/08) en razón a que la misma y de acuerdo al "Capítulo I Disposiciones Generales Sección 1 Alcance de la Norma, Articulo (sic) *2" Ámbito de Aplicación" solamente son sujetas a ese Reglamento todas las "entidades financieras supervisadas", por lo tanto consideramos que esta obligatoriedad no le alcanzaba a la Cooperativa San Luís Ltda. y con mayor razón no podía ser aplicada en su integridad.*

Trámite N° 462492 Plan de Acción

Iniciamos nuestra respuesta tomando en cuenta que para el cierre de los estados financieros (sic) *de la Cooperativa con efecto al 31 de diciembre, 2009, la Entidad efectuó ajustes contables planteados en un Plan de Acción (no tuvimos acceso al mismo) según se menciona y considera en la Nota ASFI/DSR III/R-9854/2010 Trámite N° T-462492 Plan de Acción de 1° de febrero, 2010, (comunicación que adjuntamos del Trámite de la referencia y requerimiento del Informe de Inspección ASFI /DSR III/R-48290/2009-* ***Anexo I).***

Comunicación ASFI/DSR/ III/R-49879/2009 Informe de Inspección ASFI

Este documento que corresponde a la Inspección Especial al 30 de junio, 2009 por parte de la Comisión correspondiente, ***no nos fue entregado*** *para su consideración y seguimiento durante la auditoría externa de la gestión 2009, cabe mencionar que el citado informe recién nos facilitaron el 11 de abril, 2011, (adjunto evidencia fechada de entrega al auditor -* ***Anexo II)*** *con motivo de la auditoría externa de la gestión 2010 y que sirvió de base para nuestra opinión de ese ejercicio económico.*

El argumento principal para no facilitarnos dicho informe fue ***"el que no lo recibieron"*** *sin embargo la Cooperativa recepciono* (sic) *ese documento el 20 de octubre, 2009, insinuamos tomar nota de este aspecto.*

Por lo tanto, nuestra auditoría y que concluyo (sic) *en un dictamen (2009) con párrafos de énfasis, tiene como base de opinión todo lo que nos entrego* (sic) *el "ente auditado", asimismo pusimos a disposición de la Comisión que nos efectuó el control de calidad, toda la documentación (papeles de trabajo) solicitada y que cursa en poder de ASFI.*

Solicitamos tomar nota del dictamen 2009 emitido el 25 de marzo, 2010 (adjunto - ***Anexo III),*** *en lo referente a:*

- ***El párrafo intermedio de responsabilidad no indica que efectuamos la auditoría en base al Título III ASFI (de uso obligatorio para Entidades Supervisadas), en razón a que no correspondía ni el requerimiento fue bajo esos parámetros.***

- ***El párrafo de la Opinión, no incluye lo relacionado a que los estados financieros fueron preparados de acuerdo a normas contables establecidas por ASFI.***

- ***Párrafos de énfasis, relacionados con Proceso de Adecuación y Plan de Acción Trámite N° 462492***

Sin embargo nos corresponde mencionar y aclarar que si bien emitimos un "informe largo de auditoría" para la gestión 2009 entregado a la Comisión de Inspección de ASFI (Lic. Héctor Del Callejo), fue un trabajo adicional, donde incluimos en la Parte III páginas 120 y 121 (adjunto - ***Anexo IV)*** *relacionada al seguimiento a Inspecciones ASFI y claramente indicamos que nuestro análisis incluye el Trámite T-462492 Plan de Acción -* ***Anexo I.***

Notificación de Cargos - Marco Normativo Legal

Los cargos que nos imputan están directamente relacionados con el Reglamento ASFI/110/12 Circular ASFI/110/2012 de 24 de febrero, 2012, nuestra Firma ***rechaza*** *esa imputación en razón a que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria San Luís Ltda., en la gestión observada no se encontraba supervisada ni contaba ni cuenta con Licencia de Funcionamiento de ASFI, al mismo tiempo la Circular SB/0603/2008 de 24 de diciembre, 2008 en su Capítulo I, Sección I y Articulo* (sic) *2º no incluye en su ámbito de aplicación a Entidades Financieras No Bancarias que no tengan la autorización pertinente de ASFI para la intermediación financiera.*

En nuestra opinión no puede existir ni aplicarse Circulares en forma retroactiva, situación que vulnera todo aspecto legal vigente.

Seguimiento al Trámite Nº T- 462492 Auditoría Externa Gestión 2010

Cabe mencionar que auditamos la gestión 2010, al respecto nuestro informe de auditoría externa tuvo como resultado final una ***"negación de opinión"*** *tomando en cuenta el análisis que efectuamos al grado de cumplimiento del Tramite* (sic) *de la referencia que incluye el informe de Inspección Especial al 30 de junio, 2009 (adjuntamos el dictamen correspondiente -* ***Informe de auditoría externa 2010 ajunto- Anexo V).***

Solicitamos tomar nota del dictamen final 2010 emitido el 20 de mayo, 2011 y que reporta las siguientes situaciones:

- ***El párrafo intermedio de responsabilidad indica "excepción" y que "efectuamos la auditoría en base al Título III ASFI" (de uso obligatorio para Entidades Supervisadas, base Circular SB/603/08), la solicitud de auditoría para esa Gestión 2010, incluía esta situación de revisión o alcance de trabajo.***

- ***Incluimos los párrafos 2 a 6 situaciones relacionadas con limitación al alcance de trabajo y salvedades determinadas relacionadas con los siguientes rubros contables: Inversiones permanentes, Ingresos, Centro de consumo club de oro, Ingresos operativos, Cartera, Otras cuentas por cobrar y Bienes realizables que afectan y afectaron la opinión y no cumplen con lo instruido y normado en el Tramite*** (sic) ***Nº 462492 (ASFI/DSR III/R-9854/2010)***

- ***El párrafo de la Opinión, concluye con una "negación de opinión sobre los estados financieros*** (sic)**" *ya que "no fueron preparados de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados y las normas contables emitidas por ASFI."***

Al mismo tiempo, nos permitimos incluir en la presente documentación el ***Anexo VI*** *y que guarda relación con los párrafos precedentes, solicitando a la Autoridad tenga a bien analizar el informe largo de auditoría externa 2010 en lo correspondiente a la Parte III páginas 131 a 144 relacionadas con el seguimiento a las observaciones de ASFI Trámite Nº T-462492.*

Referente al crédito obtenido

Debemos indicar que este aspecto hace referencia a Entidades Financieras con Licencia de Funcionamiento (según la norma respectiva) y no así a Entidades que no sean supervisadas ni se encuentren en proceso de adecuación, este crédito

(recompra deuda bancaria empresarial y que paso (sic) *a un crédito como persona natural) ya que en fue en calidad de persona natural y como cualquier derecho que posee el socio de estas Entidades. Dicha operación se trata de una recompra de un crédito rotatorio de gestiones anteriores que mantenía mi persona en el Banco Unión S.A. situación que puede ser evidenciada por su Autoridad en los reportes correspondientes y* ***Anexo VII*** *que adjuntamos (fecha de compra antes de ser nombrados auditores externos)…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 094/2012 DE 23 DE MARZO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 094/2012 de 23 de marzo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta los siguientes argumentos:

"***CONSIDERANDO:***

Que, mediante informe técnico ASFI/DSR III/R-137769/2011 de 21 de diciembre de 2011 e informe legal ASFI/DSR III/R-138127/2011 de 22 de diciembre de 2011, se señaló que la FIRMA DE AUDITORÍA GARCÍA VERAMENDI & ASOCIADOS S.R.L. PKF BOLIVIA, incurrió en posibles infracciones al Reglamento de Auditores Externos previstos en el Título III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, en cumplimiento al artículo 66 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante nota ASFI/DSR IIIIR-21 279/2012 de 24 de febrero de 2012 se notificó en fecha 29 de febrero los cargos detallados a continuación, para que en el plazo de siete días hábiles administrativos, presente los descargos correspondientes:

1. *Haber emitido un dictamen sin aplicar procedimientos de auditoría que respalden la opinión del auditor, tal como se evidencia en los papeles de trabajo entregados correspondientes a la labor desarrollada.*
   Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 4, Artículo Nº 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.

2. *No haber revelado ajustes significativos, mismos que de hacerse efectivos modificarían sustancialmente la estructura de Balance de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., deteriorándose la situación Financiera e infringiendo el Principio Contable de Empresa en Marcha.*
   Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 6, Artículo Nº 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.

3. *No haber considerado la existencia de un conflicto de interés con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., al haberse constatado una operación de crédito otorgada al señor Javier García Veramendi, socio principal y representante legal de la firma Auditora, vulnerando de esta manera el carácter de independencia que debe tener un Auditor Externo.*
   Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 9, Artículo Nº 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.

4. *No haber utilizado los procedimientos establecidos en la Norma de Auditoría No. 1, para la revisión de algunos saldos de los estados financieros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., observados en el informe de Inspección ASFI/DSR III/R-48290 de 19 de octubre de 2009 de esta Autoridad de Supervisión.*
   Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 10, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.

Que, dentro el plazo probatorio, la Firma de Auditoría García Veramendi & Asociados SRL. PKF Bolivia mediante carta GV PKF SC 60/2012 presentada el 9 de marzo de 2012, solicita audiencia y señala lo siguiente:

- *Que la Auditoría de la gestión 2009 de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., se efectuó sin considerar la normativa y alcance de trabajo citado en la Circular SB/603/08 (12/08) en razón a que la misma y de acuerdo al "Capítulo 1 Disposiciones Generales Sección 1 Alcance de la Norma, Artículo 2º Ámbito de Aplicación solamente son sujetas a ese Reglamento todas las entidades financieras supervisadas.*

- *Que para el cierre de los estados financieros de la Cooperativa con efecto al 31 de diciembre 2009, la Cooperativa efectuará ajustes contables planteados en el Plan de Acción al cual no tuvieron acceso, según se menciona y considera en la Nota ASFI/DSR III/R-9854/2010 Trámite N° T-462492 Plan de Acción de 1 febrero 2010.*

- *El Documento ASFI/DSR III/R-49879/2009 que corresponde a la Inspección Especial al 30 de junio 2009 por parte de la Comisión correspondiente, no fue entregado por la Cooperativa para su consideración y seguimiento durante la auditoría externa de la gestión 2009, menciona que el citado informe recién fue facilitado el 11 de abril de 2011 con motivo de la auditoría externa de la gestión 2010 y que sirvió de base para su opinión en ese ejercicio económico.*

El argumento principal para no facilitarles dicho informe fue "el que no lo recibieron"; sin embargo, hace notar que la Cooperativa recepcionó ese documento el 20 de octubre de 2009, solicitando se tome nota de este aspecto.

- *Reitera que no realizó la auditoria en base al Título III ASFI.*

- *Menciona y aclara que si bien emitió un "informe largo de auditoría" para la gestión 2009 el cual fue entregado a la Comisión de Inspección de ASFI, fue un trabajo adicional, donde incluyó en la Parte III páginas 120 y 121 relacionada al seguimiento a Inspecciones ASFI e indica que su análisis incluye el Trámite T-462492 Plan de Acción.*

- *Referente al crédito obtenido, indica que este aspecto hace referencia a entidades Financieras con Licencia de Funcionamiento y no así a Entidades no supervisadas y/o que no se encuentren en proceso de adecuación, ya*

que dicho crédito fue otorgado en calidad de persona natural y como cualquier derecho que posee el socio de estas entidades (recompra deuda bancaria empresarial y que paso a un crédito como persona natural).

Que, la empresa auditora arguye que los cargos que se les imputa están directamente relacionados con el Reglamento ASFI/110/12, Circular ASFI/110/2012 de 24 de febrero de 2012, por lo que su Firma ***rechaza*** *esa imputación en razón a que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria San Luis Ltda., en la gestión observada no se encontraba supervisada ni contaba ni cuenta con la Licencia de Funcionamiento de ASFI, al mismo tiempo la Circular SB/0603/2008 de 24 de diciembre de 2008 en su Capítulo I, Sección I, Artículo 2° no incluye en su ámbito de aplicación a Entidades Financieras No Bancarias que no tengan la autorización pertinente de ASFI para la intermediación financiera.*

Que, asimismo, menciona que auditaron la gestión 2010, teniendo como resultado final una negación de Opinión, tomando en cuenta el análisis que efectuaron al grado de cumplimiento del trámite T-462492 que incluye el informe de Inspección Especial al 30 de junio 2009.

Que, Por (sic) *otro lado, indica que el crédito obtenido, se trata de una recompra de un crédito rotatorio de gestiones anteriores que mantenía el Sr. Javier García Veramendi en el Banco Unión S.A. siendo la fecha de compra anterior a su nombramiento como auditores externos.*

Que, finalmente y a solicitud expresa de la Firma de Auditoría mencionada, se llevó a cabo una audiencia en fecha 22 de marzo de 2012, en la que el representante legal de dicha firma ratificó los descargos expresados en su nota añadiendo que aplicó los procedimientos rutinarios que se aplican en una Auditoría Externa de los diferentes sectores económicos y que las observaciones realizadas son aceptadas para mejorar su trabajo, reiterando en diversas oportunidades que no corresponde la aplicación retroactiva del Reglamento de Auditores Externos y expresando la existencia de un vacío legal en la aplicación de esta normativa (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 154 numeral 3 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuenta con la atribución de ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias.

Que, el artículo 154 numeral 2 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, estipula que es competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera.

Que, el artículo 154 numeral 10 de la misma Ley, determina que esta Autoridad tiene la facultad de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en sus artículos 66 y 65 reglamenta el procedimiento sancionador, estableciendo que una vez determinada la existencia de presuntas infracciones se notificará a los supuestos infractores para que dentro del término de prueba presente descargos y que en el plazo de diez días hábiles de vencido el término de prueba se dictará resolución imponiendo o desestimando la sanción administrativa con los fundamentos de hecho y de derecho.

Que, el Reglamento para Auditores Externos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras aprobado mediante Resolución SB 266/2008 de 24 de diciembre de 2008, en el capítulo 1, Sección 1, artículo 2, establece que dentro el ámbito de aplicación de dicho reglamento se encuentran las Firmas de Auditoría que se incorporen al Registro de Firmas de Auditoría de ASFI.

Que, el artículo 9 del citado reglamento establece como infracciones específica las siguientes situaciones:

Num. 4) Papeles de trabajo que no respalden el trabajo desarrollado.
Num. 6) Como resultado de los trabajos de inspección y/o análisis realizados por funcionarios de la SBEF se determine que existiendo observaciones que afectan significativamente los Estados Financieros de la entidad supervisada, estas no fueron reveladas por la Firma de Auditoría.
Num. 9) Cuando se establezca falta de independencia.
Num. 10) Cuando no se apliquen en el desarrollo del trabajo Normas de Auditoría Generalmente aceptadas.

Que, el artículo 10 del referido reglamento, establece que las firmas de auditoría y sus funcionarios que incurran en las infracciones tipificadas en el artículo 9, serán sancionadas de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Sanciones del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, referente a la aplicación de multas y sanciones en lo conducente y que dichas sanciones serán comunicadas al Colegio de Auditores o Contadores Públicos autorizados de Bolivia.

Que, el artículo 23, sección 1, Capítulo II del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece específicamente que los Auditores Externos de entidades financieras cuyos trabajos a criterio de ASFI, no reflejen la diligencia profesional necesaria, no cumplan con las disposiciones de ASFI sobre Auditoría Externa o con las correspondientes Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas, serán excluidos temporal o definitivamente del Registro de Auditores Externos, previo proceso administrativo, sin perjuicio de comunicar por escrito sobre dicha situación al correspondiente colegio profesional.

Que, para la imposición de cualquier sanción de índole administrativa en el sector financiero, corresponde tomar en cuenta la modulación realizada por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de

2005 que señala que: "El principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido principio, como ser a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas e infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

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

CONSIDERANDO:

Que, en virtud a la evaluación de los antecedentes, la nota de cargos ASFI/DSRIII/R-21279/2012 de 24 de febrero de 2012 y los descargos presentados por la Firma de Auditoría García Veramendi & Asociados S.R.L. PKF Bolivia con carta GV PKF SG 60/2012 recibida el 9 de marzo de 2012, como la audiencia realizada en fecha 22 de marzo de los corrientes, se concluyó que no se han desvirtuado las infracciones imputadas bajo las consideraciones que se desarrollan a continuación.

Que, con carácter previo a la evaluación de cada uno de los cargos y descargos presentados en el proceso administrativo objeto de autos, corresponde realizar una aclaración previa sobre aspectos legales de fondos que fueron observados por la Firma de Auditoría García Veramendi & Asociados SRL. PKF Bolivia.

Que, la interpretación que realiza la Firma Auditora de la notificación de cargos efectuada, no es compatible con el contenido de la misma por cuanto, como la misma entidad señala, la revisión y evaluación de calidad efectuada por ASFI a los informes, papeles de trabajo y el Dictamen efectuado por la Firma de Auditoría a los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2009 de la Cooperativa, se realizó en función a Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas en Bolivia y no así en base a la Circular SB/603/08 (12/08) como aduce constantemente la Firma Auditora.

Que, en ese contexto, cabe aclarar que la aplicación de la circular SB/603/08(12/08) es utilizada para determinar si los hallazgos evidenciados en el control de calidad, basados en Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas en Bolivia, se encuentran tipificadas como infracciones sujetas a una posible sanción, en virtud a que la Firma Auditora García Veramendi SRL. PKF Bolivia, al estar registrada en el Registro de Firmas Auditora, se encuentra también sujeta al ámbito de aplicación del Reglamento de Auditores Externos por aplicación del artículo 2, Sección 1, Capítulo 1 de dicho Reglamento.

Que, por otro lado existe una contradicción en cuanto al Trámite T-.462492 Plan de Acción, debido a que como descargo la Firma de Auditoría indica que dicho documento no se les fue proporcionado, sin embargo también indican que en la Parte III de su Informe Largo de Auditoría realizada en la gestión 2009, páginas 120 y 121, realizaron seguimiento a Inspecciones de ASFI, aclarando que su análisis incluye el Trámite T-462492 Plan de Acción.

Que, de la misma manera, corresponde tener presente la alusión referida a que el hecho de que la Cooperativa de Ahorro de Crédito "San Luis" Ltda. no cuente con licencia de funcionamiento, inviabiliza la aplicación del Reglamento de Firmas Auditoras Externas. Al respecto, conviene aclarar que de conformidad al artículo 2, sección 1, capítulo 1 del Reglamento de Firmas Auditoras, comunicado mediante carta circular SB/603/08, el ámbito de aplicación de dicho reglamento alcanza a todas las firmas incorporadas en el registro de firmas auditoras de ASFI, tal cual es el caso de la Firma de Auditoría García Veramendi SRL. PKF Bolivia.

Que, el artículo 30 del mismo Reglamento faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a revisar los informes de Auditoría Externa el momento que crea pertinente, verificando la calidad técnica del examen y la observancia de las normas aplicables.

Que, realizadas las aclaraciones sobre la procedencia del presente proceso sancionatorio seguido a la Firma de Auditoría García Veramendi SRL. PKF Bolivia, corresponde a realizar una compulsa de los argumentos esgrimidos en relación a los cargos notificados

CONSIDERANDO:

El primer cargo: "Haber emitido un dictamen sin aplicar procedimientos de auditoría que respalden la opinión del auditor, tal como se evidencia en los papeles de trabajo entregados correspondientes a la labor desarrollada.

Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 4, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos".

Que, en lo referente a este cargo y de la revisión de la nota de descargos, se puede evidenciar que la Firma Auditora García Veramendi no hace referencia alguna a la infracción que se le imputa.

Que, cabe señalar que en este caso, y como lo establece el numera 4, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos, el cargo se refiere a que la Firma Auditora emitió un Dictamen que no guarda relación con los papeles de trabajo presentados en la inspección de calidad de trabajo, a razón de que los mismos describen limitaciones a su alcance de trabajo e imposibilita la realización de pruebas de auditoría.

Que, en cuanto a la negación de opinión que expresa, la misma fue realizada para la emisión del dictamen de la revisión de los estados financieros correspondientes a la gestión 2010 y no así a la revisión de la gestión 2009, la cual es objeto del presente proceso sancionatorio.

El segundo cargo: "No haber revelado ajustes significativos, mismos que de hacerse efectivos modificarían sustancialmente la estructura de Balance de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., deteriorándose la situación financiera e infringiendo el Principio Contable de Empresa en Marcha.

Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 6, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos."

Que, en lo referente a este cargo y de la revisión de la nota de descargos, tampoco la Firma hace referencia alguna a dicha infracción.

Que, al respecto, conviene precisar que la absorción de pérdidas acumuladas realizadas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. en la gestión 2008, cuyo importe provenía de una revalorización técnica practicada a las inversiones en la empresa SIDERESTE SA., era de conocimiento de la Firma de Auditoría, según consta en el legajo de planificación de Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2009: "Aspectos de especial interés", que menciona: "Se absorbe un 50% de la inversión en libros por un monto aproximado de Bs98. 760.700, que afecta a las reservas contables/técnicas patrimoniales (para otras disposiciones) al cierre del ejercicio 2009", señalando sobre este punto que no contaban con la documentación respaldatoria.

Que, asimismo y de la revisión de su informe largo de Auditoría gestión 2009, en lo referente a la situación de cartera de créditos, la Firma de Auditoría, afirmó que no realizó procedimientos específicos de cumplimiento, ya que la integridad de las partidas representaban una limitación en el alcance de su trabajo, afirmando la existencia de operaciones por Bs.15.109,853.80.- que no se adecuan a normativa.

Que, finalmente, en su legajo de papeles de trabajo, la Firma Auditora evidencié una incorrecta apropiación contable de las inversiones permanentes "Centro de Consumo Club de Oro" por Bs. 6,273,000.-, debido a que dicho centro perseguía fines lucrativos.

Que, de lo explicado, se concluye que tanto la absorción de perdidas, la existencia de operaciones crediticias que no se enmarcan en las Políticas de la entidad y la incorrecta apropiación contable de inversiones permanentes, fueron de conocimiento de la Firma Auditora; sin embargo, dichas situaciones no fueron consideradas al momento de emitir la opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros en su conjunto, emitiendo un dictamen limpio, mismo que no guarda relación con los hallazgos antes descritos.

Que, dicha conducta, además de ser tipificada como infracción por el Reglamento de Firmas de Auditoría Externa numeral 6, Artículo Nº 9, Sección 2, infringe la Norma de Auditoría Generalmente Aceptada en Bolivia Nro. 2 punto 1 que establece: "El Auditor debe revisar y evaluar las conclusiones extraídas de la evidencia de auditoría que se obtuvo, como base para expresar su opinión respecto a la información financiera. Esta revisión y evaluación incluye el formarse una conclusión global en cuanto a que: a) La información financiera se ha preparado utilizando políticas de contabilidad aceptables, las que se han aplicado consistentemente. b) La información financiera cumple con las reglamentaciones aplicables con los requisitos legales. c) El panorama que presenta la información financiera como un todo es congruente con el conocimiento que tiene el auditor con respecto a la entidad. d) Existe relación suficiente de todos los asuntos importantes relativos a la adecuada presentación de la información financiera".

El tercer cargo: "No haber considerado la existencia de un conflicto de interés con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., al haberse constatado una operación de crédito otorgada al señor Javier (sic)

García Veramendi, socio principal y representante legal de la firma Auditora, vulnerando de esta manera el carácter de independencia que debe tener un Auditor Externo.

Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 9, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos".

Que, en lo referente al crédito obtenido, la interpretación que se realiza de la notificación de cargos efectuada no es compatible con su contenido, debido a que es la Norma de Auditoría Nº 1 en el punto 2.1 Integridad, objetividad e independencia, inciso c), la que describe: "El auditor independiente debe mantener una actitud imparcial y debe ser y aparecer libre de cualquier interés que pudiera considerarse, cualquiera que sea su efecto real, como incompatible con la integridad y objetividad".

Que, respecto a este cargo, el Sr. Javier García Veramendi, tanto en la nota de descargos como en la audiencia realizada en fecha 22 de marzo de 2012, ratifica la titularidad de una operación crediticia con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., vigente en el periodo durante el cual su Firma efectuaba la Auditoría Externa a la mencionada Cooperativa.

Que, de lo mencionado, se concluye que el cargo no ha sido negado y se tiene que al momento de realizar la auditoria, el Sr. Javier García Veramendi, socio principal de la Firma Auditora, no aparecía libre de interés, comprometiendo de esta manera su grado de independencia.

Cuarto cargo: "No haber utilizado los procedimientos establecidos en la Norma de Auditoría No. 1, para la revisión de algunos saldos de los estados financieros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., observados en el informe

de Inspección ASFI/DSR III/R-48290 de 19 de octubre de 2009 de esta Autoridad de Supervisión.

Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 10, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos.

Que, en lo referente al Trámite N° 462492 Plan de Acción, y a la Comunicación ASFIIDSR III/R-49879, si bien la Firma de Auditoría, tal como describe, no tuvo acceso a los mencionados documentos, la notificación de cargos se refiere a que la Firma Auditora, no aplicó en el desarrollo de su trabajo Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas vigentes en Bolivia, al no haber utilizado los procedimientos de auditoría establecidos en la Norma de Auditoría N° 1 por los siguientes motivos:

- *Independientemente de que la firma de Auditoría Externa haya tenido o no acceso al Informe de Inspección ASFI/DSR III/R-48290/2009 de fecha 19 de octubre, cabe recalcar que no aplicó los procedimientos analíticos y sustantivos necesarios para la revisión de las partidas materiales planteadas en el Legajo de Planificación de la Auditoría Externa practicada a los Estados Financieros gestión 2009 de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria San Luis Ltda.*

- *En el informe referido a la revisión de Cartera, menciona una limitación al alcance de su trabajo, por la existencia de operaciones otorgadas sin considerar las políticas crediticias internas de la entidad ni la normativa ASFI, al respecto, la Firma de Auditoría en la parte II, punto 2.1 referido a la situación de la cartera de créditos afirma no haber realizado ningún procedimiento, porque su integridad presentaba una limitación.*

Que, de acuerdo a lo descrito en relación a este cargo, se concluye que la Firma de Auditoría Externa no realizó su trabajo tomando en cuenta los procedimientos descritos en la Norma de Auditoria N° 1 referidos a la evidencia de auditoría y las limitaciones descritas, tal como lo señala dicha norma, "El auditor debe obtener evidencia de auditoría suficiente y competente a través de la aplicación de procedimientos de cumplimientos y sustantivos, que le permitan obtener conclusiones razonables en las cuales base su opinión en la información financiera". Adicionalmente, dicha norma señala lo siguiente: "Las limitaciones al alcance de la auditoría de estados financieros que restrinjan la capacidad del auditor para expresar una opinión sin salvedades sobre tales estados financieros, deberán mencionarse en su dictamen y según sea el caso deberán expresar una opinión con salvedades o una abstención de opinión".

CONSIDERANDO:

Que, todo lo señalado ha causado una distorsión de la situación real de la Cooperativa, lo que a su vez ha generado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no haya tomado acciones oportunas en sus labores de supervisión, más aún considerando que dicha entidad se encuentra en proceso de

adecuación al ámbito de regulación de ASFI, por lo que se requiere información veraz, confiable y oportuna sobre su situación financiera y patrimonial, ante todos los usuarios de los estados financieros que incluyen a los socios de la Cooperativa, que permitan tomar las medidas pertinentes.

Que, en consecuencia, se establece que por los argumentos precedentes expuestos a los incumplimientos identificados y al no haberse desvirtuado dichos incumplimientos, corresponde la imposición de sanción administrativa prevista por el artículo 23 del Reglamento de Sanciones que prevé la exclusión temporal o definitiva del Registro de Firmas Auditoras.

Que, para la imposición de la sanción corresponde tomar en cuenta la modulación realizada por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 que señala: "El principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponen Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido principio, como ser a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas e infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión.

Que, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: a) Las infracciones imputadas, se encuentran tipificadas como sanción en el Reglamento de Auditores Externos inserto en el Título III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras vigente a partir del 24 de diciembre de 2008 hasta el 23 de febrero de 2012, b) las mismas han sido debidamente comprobadas, y c) se evidenció falta de información oportuna y veraz que permita tomar acciones pertinentes a los socios como gestiones de supervisión inmediata a esta Autoridad.

Que, finalmente para la gradación de la sanción, corresponde señalar que si bien no existe reincidencia en este tipo de actos, ni se cuenta con un fallo judicial que califique los perjuicios causados, se observa que la firma de Auditoría Externa con conocimiento de las deficiencias y limitaciones de su trabajo emitió un dictamen limpio, encontrándose comprometida la independencia del Auditor al no aparecer como independiente en el periodo de planificación, ejecución y emisión de dictamen, situaciones que denotan la impericia al no revelar datos que afectaban la real situación financiera de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "San Luis" Ltda., causando con dicha omisión perjuicios a terceros y al propio de órgano de Supervisión.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 23, sección 1, Capítulo II del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, prevé que los incumplimientos a las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas como a las disposiciones emitidas por ASFI para Auditores Externos serán sancionados como exclusión temporal o definitiva del Reglamento de Firmas Auditoras.

Que, de acuerdo al artículo 1, Sección 2, Capítulo 1, Título III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la inscripción en el Registro de Firmas Auditoras de esta Autoridad de Supervisión, se constituye en un requisito previo para que las Firmas de Auditoría puedan realizar tareas de auditoría en las diferentes entidades supervisadas, situación por la cual que, en caso de que el infractor recurra y demuestre ante instancias posteriores del procedimiento. Causales que puedan ameritar la nulidad o revocatoria de la presente Resolución Administrativa Sancionatoria, la exclusión temporal o definitiva de este registro representa una sanción que podría causar un efecto irreversible en el trabajo habitual del administrado.

Que, el Parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, prevé que en el caso de actos que puedan causar efectos irreversibles en el administrado, la Autoridad administrativa se encuentra facultada a suspender la ejecución del acto mientras no se agote la vía administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expuesto el informe técnico legal ASFI/DSR III/R-35284/2012 de 23 de marzo de 2012, habiendo analizado, los antecedentes, los descargas y las explicaciones realizadas por parte de la Firma Auditora García Veramendi SRL PFK Bolivia a través de su representante legal, en el marco del artículo 23 de la Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ha recomendado la imposición de una sanción de exclusión temporal de un año del Registro de Firmas Auditoras de esta entidad, difiriendo de oficio la ejecución de dicha sanción en la forma prevista por el artículo 40 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003…"

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa ASFI Nº 094/2012 resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a la Firma de Auditoría Externa García Veramendi S.R.L. PKF con la exclusión temporal de un año del Registro de Firmas Auditoras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera, por haber incurrido en las infracciones dispuestas en los numerales 4), 6), 9) y 10) del artículo 9, Sección 3, Capítulo II, Título III de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras.*

SEGUNDO.- *Suspender la ejecución de la sanción mientras no se agote la vía administrativa conforme lo prevé el artículo 40 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

TERCERO.- *La Dirección de Normas y Principios queda encargada de ejecutar la sanción dispuesta precedentemente…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 16 de abril de 2012 **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 094/2012 de 23 de marzo de 2012, con los siguientes argumentos:

"…Resolución que no solo nos causa un grave perjuicio económico y moral, sino que pone en tela de juicio el trabajo que desarrollamos como Auditores Externos. Máxime si no han valorado la prueba que hemos presentado.

Razón por la que paso a refutar punto por punto, las acusaciones vertidos (sic) *por la ASFI, de acurdo* (sic) *al siguiente detalle y argumentos:*

1) *Haber emitido un Dictamen sin Aplicar Procedimientos de Auditoría que respalden la opinión del Auditor.- Al respecto cabe indicar tal como consta en el Dictamen de fecha 25 de marzo de 2010, referente a la Auditoría Externa de la gestión 2009, se ha realizado la misma de acuerdo a normas de Auditoría generalmente aceptadas en Bolivia, que incluye evaluar los principios de contabilidad utilizados y las estimaciones significativas hechas por la Gerencia.*

   Por tanto el Dictamen, ha estado apegado a normas de auditoría, que han apoyado y sustentado la Auditoría y por tanto el Dictamen. Lo que desvirtúa totalmente la acusación realizada por la ASFI.

2) *No haber revelado ajustes significativos, mismos que de hacerse efectivos modificarían la estructura del Balance de la Cooperativa.- Cabe señalar que se ha realizado un correcto análisis, al realizar el Balance aspectos que se encuentran mencionados en el mismo. Es más nuestra opinión profesional se limita a emitir un Dictamen con párrafos de énfasis, dada la situación que ASFI le permite á la Cooperativa, regularizar y cumplir los compromisos asumidos con la Autoridad durante el ejercicio 2010. Al respeto nos apoyamos en la Comunicación ASFI III/R72327/2009 REF. TRAMITE No. T462492 PLAN DE ACCIÓN y ASFI DSR III/R9854/2009 Ref.: TRAMITE No. 462492 PLAN DE ACCIÓN. Ambas notas o cartas mencionan un Plan de Acción que debe seguir la Cooperativa, como compromiso asumido ante la ASFI, cuyas recomendaciones son las siguientes:*

   - *Efectivisar* (sic) *en un 10% semestralmente el restante 50% del registro contable original de la inversión en SIDERESTE S.A.*

- *Recuperación de la Cartera "2" Finanzas, bajo la condicionante de incorporar una 'previsión trimestral del 25% en caso de no recuperar lo programado.*
- *Concluir la relación comercial existente entre la Cooperativa y el Centro de Consumo Club de Oro, requiriendo el desalojo del centro de consumo de las instalaciones de la Cooperativa.*
- *La unidad de Auditoría Interna, deberá reportar directamente a ASFI el seguimiento trimestral de las acciones correctivas fijadas por la entidad, mismo que debe ser remitido con una periodicidad trimestral.*
- *Renovación y recomposición del 50% de los órganos de gobierno en la próxima Asamblea General Ordinaria.*

Como se puede ver en el párrafo 3 del Dictamen, mencionamos que ASFI en el marco de adecuación, acepta a la Cooperativa el Plan de Acción Institucional que corresponde al proceso de adecuación.

Hacemos énfasis que nunca pese a haber solicitado varias veces, no nos dieron copia del INFORME DE INSPECCIÓN ESPECIAL AL 30.06.2009.

Por tanto el Balance fue realizado, en la forma mas (sic) *minuciosa, y en base a toda la documentación presentada por la Cooperativa.*

3) No haber considerado la existencia de un conflicto de intereses con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "SAN LUIS" Ltda.- Nuevamente cabe recalcar tal como se ha explicado en la Audiencia y por los documentos respaldatorios, Javier García Veramendi, actuó como persona natural, o sea como cualquier cliente de la Institución, en ningún momento le regalaron el Crédito o se lo pagó la institución. Esa operación de Crédito es anterior al mencionado Balance y no tiene nada que ver con el trabajo que realizó la Firma Auditora. Las personas naturales son libres de poder solicitar créditos o préstamos en cualquier institución financiera que le pueda otorgar, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos. Por tanto esa aseveración, es totalmente sesgada y maliciosa. "Si se mira desde ese punto, ningún trabajador de ASFI podría prestarse dinero, ya que trabajan para un ente que regula el Sistema Financiero de todo el país".

4) No haber utilizado procedimientos establecidos en la Norma de Auditoría Nº 1.- Hacemos constar que el Reglamento ASFI/110/12 Circular ASFI/110/2012 de 24 de febrero de 2012, y no son retroactivas ya que la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Luis Ltda. En la gestión observada o sea la gestión 2.009, no se encontraba supervisada ni contaba ni cuenta con la Licencia de Funcionamiento de ASFI. Es menester explicar que la Circular SB/0603/2008 de fecha 24 de diciembre de 2008, en el Capítulo I, Sección I, Artículo 2, no incluye en su ámbito de aplicación a Entidades Financieras No Bancarias que no tengan autorización pertinente de ASFI, para intermediación Financiera. Por tanto de acuerdo a la Constitución Política del estado Plurinacional de Bolivia, las Normas o Leyes rigen para lo

venidero, no son retroactivas (solo en materia social y penal cuando benefician al reo).

"POR TANTO LA RESOLUCIÓN DEBE SER REVOCADA TOTALMENTE, YA QUE COMO FIRMA AUDITORA, HEMOS ACTUADO DE ACUERDO A LA LEY VIGENTE EN LA GESTIÓN REALIZADA y EN BASE A LA BUENA FE. Caso contrario se estarían vulnerando nuestros derechos constitucionales, especialmente los sociales, ya que tenemos derecho a un trabajo digno y amparado por el estado.

II.- NORMAS VIOLADAS POR LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA DICTADA.

Art. 47. I- de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: "Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad económica lícita….."

Art. 47. II- El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas.

Tal como podemos ver la Resolución Sancionatoria, dictada sin haber realizado una correcta valoración de las pruebas, VIOLAN LOS DERECHO DE LA EMPRESA A LA QUE REPRESENTO, ya que no solo causan un perjuicio económico, sino que socavan la confianza que tenemos en el cumplimiento de nuestras leyes, ya que estaríamos a merced de los ánimos de quienes administran y dictan Resoluciones o imponen multas, imponiendo trabas al trabajo.

III.-PRUEBAS

Nos ampramos y ratificamos todas las pruebas de descargo presentadas con anterioridad, a la ASFI, para que las mismas sean valoradas nuevamente.

IV.-OBJETO

El objeto del presente, es el de ***Plantear RECURSO DE REVOCATORIA,*** *contra la Resolución ASFI No. 094/2012* ***Resolución que pretende que nos suspendan por un año, negándonos el derecho a un trabajo digno. Recurso planteado en termino*** (sic) ***hábil en razón a la distancia (art 34 D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2.003)***.

V.- PETITORIO

Por todas las razones expuestas, acudo ante su digna y proba autoridad, para solicitarle que DICTE RESOLUCIÓN REVOCATORIA TOTAL, dejando sin efecto la Resolución ASFI No. 094/2012…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 186/2012 DE 16 DE MAYO DE 2012.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 186/2012 de 16 de mayo de 2012, resolvió "***CONFIRMAR*** *en todas sus partes la Resolución ASFI N° 094/2012 de 23 de marzo de 2012*"; los fundamentos presentados en la parte

considerativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- *El numeral 4, artículo 9, Capítulo II, Título III del Reglamento de Auditoría Externa contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, define como infracción especifica papeles de trabajo que no respalden el trabajo desarrollado.*

  En este marco, los papeles de trabajo son la "evidencia documental del trabajo del auditor y están constituidos por documentos que contienen información obtenida y elaborada por el auditor, desde la etapa de planificación hasta la emisión del informe de auditoría". (Ederlys Hernández Meléndrez y Adelkys Rosa Sánchez Gómez, Auditoría y Control Interno).

  En el presente caso, el recurrente emitió un dictamen respecto a la auditoría externa realizada a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., la cual no guarda relación con los papeles de trabajo presentados a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es decir que los papeles de trabajo no reflejan el resultado obtenido, así se desprende del control de calidad efectuado a dicho dictamen y papeles de trabajo, cuyo resultado se encuentra establecido en el Informe Técnico ASFI/DSR III/R-105427/2011 de 7 de octubre de 2011, el cual en su página 3, señala que "La falta de respaldo documentario de lo descrito en los puntos 1 y 2, precedentes, es una situación suficiente para respaldar un informe de auditoría con limitación en el alcance de trabajo y constituirse en un factor que respalda una opinión negativa o abstención por parte de la Firmas de Auditoría".

  Asimismo el citado Informe Técnico ASFI/DSR III/R-105427/2011, en el párrafo segundo de la página 7, dispone que "…La Firma de Auditoría en sus papeles de trabajo demuestra incertidumbre sobre partidas no evaluadas, en consecuencia, no debió emitir una opinión sobre los estados financieros como un todo, por lo que correspondía emitir un dictamen adverso o con abstención de opinión…"

  Lo expuesto demuestra que el recurrente emitió un dictamen con limitaciones a su alcance de trabajo que imposibilitan la realización de pruebas de auditoría, es decir, que dicho dictamen no es congruente, por cuanto no guarda relación con los papeles de trabajo, situación que ocasiona la falta de respaldo sobre las opiniones vertidas.

  La importancia de los papeles de trabajo se basa básicamente en que estos son evidencias que fundamentan otorgando validez, confiabilidad e integridad a los juicios y conclusiones del auditor, documentos que en el presente caso no guardan relación con el dictamen.

Por la razón anotada el recurrente, no puede pretender exonerarse de responsabilidad arguyendo que el dictamen emitido ha sido realizado de acuerdo a las normas de Auditoria Generalmente Aceptadas en Bolivia, cuando dicha norma en el Punto 1 de la Norma de Auditoria N° 2, establece que "El auditor debe revisar y evaluar las conductas extraídas de la evidencia de auditoría que se obtuvo, como base para expresar su opinión respecto a la información financiera. Esta revisión y evaluación incluye el informarse una conclusión global en cuanto a que: a) la información financiera se ha preparado utilizando políticas de contabilidad aceptables, las que se han aplicado consistentemente. b) la información financiera cumple con las reglamentaciones aplicables con los requisitos legales. c) el panorama que presenta la información financiera como un todo es congruente con el conocimiento que tiene el auditor con respecto a la entidad. d) existe relación suficiente de todos los asuntos importantes relativos a la adecuada presentación de la información financiera", en este marco, dicha disposición ha sido incumplida, toda vez que el dictamen emitido imposibilita la realización de pruebas de auditoría.

- *Respecto a la emisión del dictamen de auditoría con párrafos de énfasis, evidentemente el recurrente presenta párrafos de énfasis, así lo establece al señalar sobre los estados financieros de la entidad "presentan razonablemente en todo aspecto significativo, la situación patrimonial y financiera de la Cooperativa de Crédito Comunal "San Luis" Ltda., al 31 de diciembre de 2009 y 2008, los resultados de sus operaciones, la evolución de su patrimonio neto y sus flujos de efectivo por los ejercicios terminados en esas fechas, de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados en Bolivia", de lo citado se advierte que el recurrente emite un dictamen limpio, obviando las correspondientes excepciones y/o salvedades que debieron ser consideradas a momento de emitir el respectivo dictamen, en este marco al ser los párrafos de énfasis, párrafos que fortalecen la opinión del auditor, el recurrente debió enfatizar los aspectos relevantes para emitir una opinión adversa, considerando las observaciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el Informe ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009.*

  En tal sentido el recurrente, no consideró, valoró ni tomó en cuenta el Informe de Inspección ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009, el cual señala en su página 16 que "…Dado el nivel de pérdidas identificado, la entidad se encuentra en quiebra técnica y su funcionamiento expone los depósitos del público, por la situación identificada en el párrafo anterior. El esquema contable aplicado en la inversión en Siderúrgica del este S.A., refleja una conducta irregular tendiente a distorsionar la verdadera situación económica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., y a confundir a los socios y al sistema financiero en general, sobre ingresos no reales…", dichas observaciones emitidas por el Órgano Regulador no fueron reveladas por la FIRMA DE AUDITORIA EXTERNA GARCIA VERAMENDI S.R.L. PKF, más aún considerando que en lo referente a la evaluación de la Siderúrgica del este S.A. afecta significativamente los estados financieros de la entidad.

  En este marco, el recurrente no puede eximir su responsabilidad señalando que desconocía tal observación, por cuanto la Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero determinó que la Cooperativa al 31 de diciembre de 2008, absorbió pérdidas acumuladas de gestiones pasadas por Bs50.300.000, dicho importe proveía de una revalorización técnica practicada en octubre de 2008 a las inversiones en la empresa SIDERESTE S.A., al respecto lo descrito era de conocimiento del recurrente de acuerdo al legajo de planificación de la Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2009, el cual señala "Aspectos de especial interés" "se absorbe un 50% de la inversión en libros por un monto aproximado de Bs98.760.700 que afecta a las reservas contables/técnicas patrimoniales (para otras disposiciones9 al cierre del ejercicio 2009", señalando el respecto que no contaba con la documentación respaldatoria.

Asimismo, el recurrente evidenció una incorrecta apropiación contable de las inversiones permanentes respecto al "Centro de Consumo Club de Oro" por Bs.6.273.000, debido a que dicho centro perseguía fines lucrativos, en este marco, de acuerdo al Informe ASFI/DSR III/R-105427 de 7 de octubre de 2011, página 4, señala que "el Centro de Consumo Club de Oro, presentaba una situación financiera deteriorada que reflejaba un patrimonio negativo de Bs4.6 millones, generada por pérdidas acumuladas de Bs11.8 millones, por lo cual esta Autoridad de Supervisión instruyó a la Cooperativa en el Informe ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009, la constitución de la previsión respectiva, debido a la dudosa recuperabilidad del importe citado en el primer párrafo y suspender cualquier incremento adicional en las partidas registradas…", en este marco, dichas situaciones no fueron consideradas al momento de emitir opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros, emitiendo el recurrente un dictamen limpio, el cual no guarda relación con los hallazgos antes descritos.

De igual manera, respecto a la situación de la cartera de créditos, el recurrente, afirma que no realizó procedimientos específicos de cumplimiento, ya que la integridad de las partidas representan una limitación en el alcance de su trabajo, afirmando la existencia de operaciones por Bs15.109.853.80, los cuales no se adecuan a la norma.

De lo descrito, tanto la absorción de pérdidas, la existencia de operaciones crediticias que no se enmarcan en las políticas de la entidad y la incorrecta apropiación contable de inversiones permanentes, fueron de conocimiento del recurrente; sin embargo dichas situaciones no fueron consideradas al momento de emitir la opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros en su conjunto, emitiendo un dictamen limpio, mismos que no guardan relación con los hallazgos del Órgano Regulador.

Finalmente, es importante aclarar que según el Glosario de Basilea II, los Estados Financieros "constituyen una representación estructurada de la situación financiera y de las transacciones llevadas a cabo por la empresa o entidad de intermediación financiera cuyo objetivo es suministrar información general, acerca de la situación y rendimiento financiero, así como los flujos de efectivo, que sea útil a una amplia variedad de usuarios al tomar sus decisiones económicas. Los Estados Financieros también muestran los resultados de la gestión que los administradores han realizado con los recursos que se les han confiado", en tal sentido el emitir una opinión

distorsionada de los estados financieros afecta a la calidad de información induciendo a error a los destinatarios en general.

- *En relación al crédito obtenido por Javier García Veramendi de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., cabe señalar que la Norma de Auditoria N° 1 en el punto 2.1, dispone que "El auditor independiente debe mantener una actitud imparcial y debe ser y aparecer libre de cualquier interés que pudiera considerarse, cualquiera que sea su efecto real, como incompatible con la integridad y objetividad", de la interpretación teleológica y sistemática de la norma transcrita, se tiene que el objeto y razón de ser de la independencia del auditor, es la de resguardar la imparcialidad en el dictamen a emitir, velando porque dicho informe refleje la realidad, evitando impresiones que comprometan la situación financiera de la entidad, a objeto de preservar los recursos de los socios.*

  En tal sentido, Javier García Veramendi al realizar el trabajo de Auditoría Externa a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. y ser titular de una operación crediticia con la citada entidad, compromete su imparcialidad y grado de independencia en el trabajo desarrollado, toda vez que el dictamen u opinión independiente tiene trascendencia a los terceros, pues da plena validez a la información generada obligando a los mismos a tener plena credibilidad en la información examinada.

- *En relación a no haber utilizado procedimientos establecidos en la norma de auditoría, cabe señalar que para determinar si los hallazgos evidenciados en el control de calidad se encuentran tipificados como infracciones administrativas se aplicó la Circular SB/0603/2008 de 24 de diciembre de 2008, Reglamento de Auditoría Externa y no así la Circular ASFI/110/2012 de 24 de febrero de 2012, toda vez que de acuerdo al artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, la Ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto a materia laboral, penal y en materia de corrupción, en este entendido se ha evaluado el Informe emitido por el recurrente de manera adecuada en función a la citada Circular SB/0603/2008.*

  En relación al ámbito de aplicación de la Circular SB/0603/2008, el artículo 2, Sección I, Capítulo I, Título III Reglamento de Auditoría Externa dispone que dicho reglamento se aplica para aquellas Firmas de Auditoría que se encuentran registradas en el Registro de Firmas de Auditoría de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como es el caso de la FIRMA DE AUDITORIA EXTERNA GARCIA VERAMENDI S.R.L. PKF.

  Por otra parte, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., se encuentra en proceso de adecuación a objeto de obtener la Licencia de Funcionamiento, no obstante como se estableció precedentemente el recurrente al estar inscrito en el Registro de Firmas, debe de emitir un informe acorde a las normas de Auditoria Generalmente aceptadas en Bolivia, por lo que no puede exonerar su responsabilidad bajo el pretexto de la citada Cooperativa se encuentra en proceso de ser incorporada a la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

En consecuencia, al ser el recurrente un profesional especializado en Auditorías Externas tiene la obligación de aplicar las Normas de Auditoría N° 1, con el máximo profesionalismo, toda vez que los informes que emite, son el reflejo de los estados financieros de una determinada entidad, tomando en cuenta que el auditor emite su opinión sobre la razonabilidad de los mismos.

- *Contrario sensu lo aseverado por el recurrente, la Resolución ASFI 094/2012 de 23 de marzo de 2012, ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada como se desprende del análisis de descargos contenido en la página 11, la cual arribo a la siguiente conclusión "Todo lo señalado ha causado una distorsión de la situación real de la Cooperativa, lo que a su vez ha generado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no haya tomado acciones oportunas en sus labores de supervisión, más aún considerando que dicha entidad se encuentra en proceso de adecuación al ámbito de regulación de ASFI, por lo que se requiere información veraz, confiable y oportuna sobre su situación financiera y patrimonial, ante todos los usuarios de los estados financieros que incluye a los socios de la Cooperativa que permitan tomar las medidas pertinentes".*

  Lo expuesto demuestra que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero valoró en su integridad con racionalidad y sana crítica las pruebas de descargo presentadas por el recurrente, toda vez que la Firma de Auditoría mostró falta de transparencia, integridad, independencia, oportunidad y ética, en las labores de auditoría y en la emisión del dictamen de auditoría externa de la gestión 2009 de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda.

- *En lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase" (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).*

Aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto al Principio de Proporcionalidad:

- ***Tipificación.** El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto y de la sanción, es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presente caso, la **FIRMA DE AUDITORIA EXTERNA GARCIA VERAMENDI S.R.L. PKF** emitió un dictamen de auditoría externa realizada a la Cooperativa de*

Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. sin aplicar procedimientos de auditoría, incumpliendo los numerales 4, 6, 9 y 10, del artículo 9, Sección 3, Capítulo II, Título III del Reglamento de Auditoría Externa contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

- ***Gradación.*** *Las infracciones cometidas por el recurrente son incumplimientos susceptibles de sanción por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las firmas de auditoría que se encuentran registradas, ponderando el grado de la infracción, en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en el numerales 4, 6, 9 y 10, del artículo 9, Sección 3, Capítulo II, Título III del Reglamento de Auditoría Externa contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y sancionada por el artículo 23, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que dispone: "Los Auditores Externos de entidades financieras cuyos trabajos, a criterio de la Superintendencia, no reflejan la diligencia profesional necesaria, no cumplan con las disposiciones de la Superintendencia sobre Auditoría Externa o con las correspondientes normas de Auditoría Generalmente Aceptadas, serán excluidos temporal o definitivamente del registro de Auditores Externos, previo proceso administrativo, sin perjuicio de comunicar por escrito sobre dicha situación al correspondiente colegio profesional".*

  Adicionalmente, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión de las infracciones.

  Aplicando lo citado precedentemente, en el presente caso, se tiene lo siguiente:

  a) *De la evaluación de los antecedentes presentados por el recurrente, se advierte la existencia de culpa, en su elemento negligencia, toda vez que la* ***FIRMA DE AUDITORIA EXTERNA GARCIA VERAMENDI S.R.L. PKF*** *ha causado una distorsión real de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., lo que generó que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no haya tomado acciones oportunas en su labor de supervisión, considerando que dicha entidad se encuentra en proceso de adecuación al ámbito de regulación.*

  b) *Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, el recurrente emitió un dictamen limpio el cual no refleja la situación real financiera de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. situación que denota negligencia del recurrente, generándose un perjuicio para los socios y para el Órgano Regulador, toda vez que dicha Cooperativa se encuentra en proceso de adecuación al ámbito de regulación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

c) *En relación a la reincidencia, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado al recurrente, por incumplimiento a los numerales 4, 6, 9 y 10, del artículo 9, Sección 3, Capítulo II, Título III del Reglamento de Auditoría Externa contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

d) *Respecto a la imposición de la sanción el artículo 23, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dispone que: "Los Auditores Externos de entidades financieras cuyos trabajos, a criterio de la Superintendencia, no reflejan la diligencia profesional necesaria, no cumplan con las disposiciones de la Superintendencia sobre Auditoría Externa o con las correspondientes normas de Auditoría Generalmente Aceptadas, serán excluidos temporal o definitivamente del registro de Auditores Externos, previo proceso administrativo, sin perjuicio de comunicar por escrito sobre dicha situación al correspondiente colegio profesional".*

En virtud de lo citado precedentemente, se impone una sanción de exclusión temporal de un año del Registro de Firmas Auditoras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, difiriendo de oficio la ejecución de dicha sanción de conformidad a lo previsto por el artículo 40 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para El Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por la ***FIRMA DE AUDITORIA EXTERNA GARCIA VERAMENDI S.R.L. PKF****, no son suficientes para desvirtuar los alcances de la Resolución ASFI N° 094/2012 de 23 de marzo de 2012, por cuanto de acuerdo al trabajo de análisis realizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al dictamen de auditoría externa emitida por el recurrente, existen varias observaciones que afectan significativamente los estados financieros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda.* (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 2, Sección 1, Capítulo I, Título III del Reglamento para Auditores Externos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras aprobado mediante Resolución SB N° 266/2008 de 24 de diciembre de 2008, dispone que dentro el ámbito de aplicación de dicho reglamento se encuentran las Firmas de Auditoría incorporadas en el Registro de Firmas de Auditoría Externa.

Que, el artículo 9 del citado Reglamento dispone como infracción específica las siguientes situaciones:

Numeral 4) Papeles de trabajo que no respalden el trabajo desarrollado.
Numeral 6) Como resultado de los trabajos de inspección y/o análisis realizados por funcionarios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se

determine que existiendo observaciones que afecten significativamente los Estados Financieros de la entidad supervisada, estas no fueron reveladas por la Firma de Auditoría.

Numeral 9) Cuando se establezca falta de independencia.

Numeral 10) Cuando no se apliquen en el desarrollo del trabajo Normas de Auditoria Generalmente Aceptadas y las Normas Internacionales de Auditoría.

Que, el artículo 10 del citado Reglamento, dispone que las Firmas de Auditoría y sus funcionarios que incumplan el presente reglamento o incurran en las infracciones señaladas en el artículo precedente, serán sancionadas de acuerdo con lo establecido en el reglamento de Sanciones del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras referente a la aplicación de multas y sanciones en lo conducente. Dichas sanciones, serán comunicadas al Colegio de Auditores o Contadores Públicos de Bolivia.

Que, el artículo 23, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras señala que los auditores externos de entidades financieras cuyos trabajos, a criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sobre auditoría externa o con las correspondientes normas de auditoría generalmente aceptadas, serán excluidos temporalmente o definitivamente del Registro de Auditores Externos, previo proceso Administrativo, sin perjuicio de comunicar por escrito sobre dicha situación al correspondiente colegio profesional.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-59086/2012 de 15 de mayo de 2012, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 094/2012 de 23 de marzo de 2012, al haber incumplido el recurrente los numerales 4, 6, 9 y 10, del artículo 9, Sección 3, Capítulo II, Título III del Reglamento de Auditoría Externa contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 5 de junio de 2012, **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 186/2012 de 16 de mayo de 2012, expresando lo siguiente:

"…***I.- ANTECEDENTES***

En fecha 23 de mayo de 2012, he sido legalmente notificado con la RESOLUCIÓN ASFI No. 186/2012, la misma que Resuelve CONFIRMAR EN TODAS SUS PARTES LA Resolución ASFI No. 094/2012, en la que se Sanciona a la Firma de Auditoría Externa García Veramendi S.R.L. PKF, a la que represento, con la exclusión temporal de un año del Registro de Firmas Auditoras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Resolución que no solo nos causa un grave perjuicio económico y moral, sino que pone en tela de juicio el trabajo que desarrollamos como Auditores Externos. Máxime si no han valorado la prueba que hemos presentado.

Razón por la que paso a refutar punto por punto, las acusaciones vertidos por la ASFI, de acuerdo al siguiente detalle y argumentos:

5) (sic) *Haber emitido un Dictamen sin Aplicar Procedimientos de Auditoría que respalden la opinión del Auditor.- Al respectó cabe indicar tal como consta en el Dictamen de fecha 25 de marzo de 2010, referente a la Auditoría Externa de la gestión 2009, se ha realizado la misma de acuerdo a normas de Auditoria generalmente aceptadas en Bolivia, que incluye evaluar los principios de contabilidad utilizados y las estimaciones significativas hechas por la Gerencia.*

Por tanto el Dictamen, ha estado apegado a normas de auditoría, que han apoyado y sustentado la Auditoría y por tanto el Dictamen. Lo que desvirtúa totalmente la acusación realizada por la ASFI.

6) (sic) *No haber revelado ajustes significativos, mismos que de hacerse efectivos modificarían la estructura del Balance de la Cooperativa.- Cabe señalar que se ha realizado un correcto análisis, al realizar el Balance aspectos que se encuentran mencionados en el mismo. Es más nuestra opinión profesional se limita a emitir un Dictamen con párrafos de énfasis, dada la situación que ASFI le permite a la Cooperativa, regularizar y cumplir los compromisos asumidos con la Autoridad durante el ejercicio 2010. Al respeto nos apoyamos en la Comunicación ASFI III/R72327/2009 REF. TRAMITE No. T462492 PLAN DE ACCIÓN y ASFI DSR III/R9854/2009 Ref.: TRAMITE No. 462492 PLAN DE ACCIÓN. Ambas notas o cartas mencionan un Plan de Acción que debe seguir la Cooperativa, como compromiso asumido ante la ASFI, cuyas recomendaciones son las siguientes:*

- *Efectivisar* (sic) *en un 10% semestralmente el restante 50% del registro contable original de la inversión en SIDERESTE S.A.*

- *Recuperación de la Cartera "2" Finanzas, bajo la condicionante de incorporar una 'previsión trimestral del 25% en caso de no recuperar lo programado.*

- *Concluir la relación comercial existente entre la Cooperativa y el Centro de Consumo Club de Oro, requiriendo el desalojo del centro de consumo de las instalaciones de la Cooperativa.*

- *La unidad de Auditoría Interna, deberá reportar directamente a ASFI el seguimiento trimestral de las acciones correctivas fijadas por la entidad, mismo que debe ser remitido con una periodicidad trimestral.*

- *Renovación y recomposición del 50% de los órganos de gobierno en la próxima Asamblea General Ordinaria.*

Como se puede ver en el párrafo 3 del Dictamen, mencionamos que ASFI en el marco de adecuación, acepta a la Cooperativa el Plan de Acción Institucional que corresponde al proceso de adecuación. Hacemos énfasis que nunca pese a haber solicitado varias veces, no nos dieron copia del INFORME DE INSPECCIÓN ESPECIAL AL 30.06.2009.

Por tanto el Balance fue realizado, en la forma más minuciosa, y en base a toda la documentación presentada por la Cooperativa.

7) (sic) *No haber considerado la existencia de un conflicto de intereses con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "SAN LUIS" Ltda. .- Nuevamente cabe recalcar tal como se ha explicado en la Audiencia y por los documentos respaldatorios, Javier García Veramendi, actuó como persona natural, o sea como cualquier cliente de la Institución, en ningún momento le regalaron el Crédito o se lo pagó la institución. Esa operación de Crédito es anterior al mencionado Balance y no tiene nada que ver con el trabajo que realizó la Firma Auditora. Las personas naturales son libres de poder solicitar créditos o préstamos en cualquier institución financiera que le pueda otorgar, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos. Por tanto esa aseveración, es totalmente sesgada y maliciosa. "Si se mira desde ese punto, ningún trabajador de ASFI, podría prestarse dinero, ya que trabajan para un ente que regula el Sistema Financiero de todo el país".*

8) (sic) *No haber utilizado procedimientos establecidos en la Norma de Auditoría No. 1.- Hacemos constar que el Reglamento ASFI/110/12 Circular ASFI/110/2012 de 24 de febrero de 2012, no son retroactivas ya que la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Luis Ltda. En la gestión observada o sea la gestión 2.009, no se encontraba supervisada ni contaba ni cuenta con la Licencia de Funcionamiento de ASFI. Es menester explicar que la Circular SB/0603/2008 de fecha 24 de diciembre de 2008, en el Capítulo I, Sección I, Artículo 2, no incluye en su ámbito de aplicación a Entidades Financieras No Bancarias que no tengan autorización pertinente de ASFI, para intermediación Financiera. Por tanto de acuerdo a la Constitución Política del estado Plurinacional de Bolivia, las Normas o Leyes rigen para lo venidero, no son retroactivas (solo en materia social cuando benefician al trabajador y penal cuando benefician al reo).*

"POR TANTO LA RESOLUCIÓN DEBE SER REVOCADA TOTALMENTE, YA QUE COMO FIRMA AUDITORA, HEMOS ACTUADO DE ACUERDO A LA LEY VIGENTE EN LA GESTIÓN REALIZADA y EN BASE A LA BUENA FE. Caso contrario se estarían vulnerando nuestros derechos constitucionales, especialmente los sociales, ya que tenemos derecho a un trabajo digno y amparado por el estado.

II.- NORMAS VIOLADAS POR LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA DICTADA.

Art. 47. I.- de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: "Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad económica lícita….."

Art. 47.II.- El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas.

Tal como podemos ver la Resolución Sancionatoria, dictada sin haber realizado una correcta valoración de las pruebas, VIOLAN (sic) *LOS DERECHOS DE LA EMPRESA A LA QUE REPRESENTO, ya que no solo causan un perjuicio económico, sino que socavan la confianza que tenemos en el cumplimiento de nuestras leyes, ya que estaríamos a merced de los ánimos de quienes administran y dictan Resoluciones o imponen multas, imponiendo trabas al trabajo.*

III.- DEL RECURSO JERÁRQUICO

"Los Recursos son medios que la ley concede procesal (sic) *para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efectos de subsanar los errores de fondo o los vicios de forma que* (sic) *se haya incurrido al dictarlas" (Manuel Osorio).*

El presente Recurso Jerárquico lo planteo, no solo por vulnerar los derechos a la Empresa a (sic) *la que represento, sino que se han violado Principios que regulan la Actividad Administrativa, consagrados en el artículo 4de* (sic) *la Ley 2341, los mismos que paso a detallar:*

> *a) Principio de Verdad Material.- La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.*

"Al respecto cabe señalar, que nuestro trabajo de Auditoria (sic), *se ha enmarcado a la Información proporcionada por la Cooperativa San Luis Ltda. por eso nuestro Informe están* (sic) *de acuerdo con esa documentación que lo sustentan* (sic), *es más el Informe está resaltado por Párrafos de Énfasis. Lo que demuestra la total transparencia de nuestro trabajo. Las comunicaciones o Cartas enviadas por ASFI a la Cooperativa, ni nos entregaron en su momento. Por lo que nos pueden culpar o sancionar* (sic) *por no tomar conocimiento de esos documentos o cartas."*

> *b) Principio de Buena Fe.- En relación* (sic) *de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo.*

"En todo momento como sujetos administrados, hemos actuado de buena Fe, al momento de realizar nuestro trabajo, y luego al ponernos a disposición de la ASFI, respetando ante todo la autoridad, y depositando nuestra confianza en el principio de Equidad, y ante todo Justicia, que debe tener la autoridad que se encarga de realizar el proceso administrativo".

> *c) Principio de Proporcionalidad.- La administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.*

"Tal como hemos señalado antes, en todo momento hemos obrado de buena fe, y realizado el trabajo de acuerdo a la Información proporcionada por la Cooperativa San Luis Ltda., reflejando los resultados de acuerdo a esa Información o documentación, es más colocando los respectivos Párrafos de Énfasis, para indicar claramente nuestro Informe. Por tanto no se nos puede dar una Sanción tan grande, que no se nos debe aplicar una sanción tan grande que nos perjudique tanto económica como moralmente, especialmente cuando nos hemos sometido y cooperado en todo momento con su autoridad."

IV.- OBJETO

El objeto del presente, es el de ***Plantear RECURSO JERARQUICO****, contra la* ***Resolución ASFI No. 186/2012.*** *Resolución que Confirma la Resolución ASFI094/2012* (sic)*, la misma que pretende que nos suspendan por un año, negándonos el derecho a un trabajo digno. Recurso planteado en termino* (sic) *hábil en razón a la distancia (art. 34 D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2.003).*

V.- SOLICITUD DE JUSTICIA

Señora Directora Ejecutiva, conocedor de su ecuanimidad, acudo ante su autoridad ante todo para solicitarle Justicia, ya que la Sanción Impuesta, no solo nos causa grave perjuicio económico y moral, sino que pone en tela de juicio el trabajo que desarrollamos como Auditores Externos, todos los trabajos que hemos realizado siempre los hemos hecho de acuerdo a las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas.

Razón por la que acudimos ante usted para solicitarle ante todo que se aplique el Principio de Proporcionalidad, ya que la Sanción de Un (1) año es excesiva, esa sanción prácticamente nos dejaría sin trabajo, a todas las personas que trabajamos en la firma, siendo que la misma como firma, genera empleos y por tanto aporta al crecimiento del país.

Por tanto una sanción de esa naturaleza, acabaría con cualquier empresa que preste servicios, violando de esta manera el principio de Proporcionalidad, la Equidad y ante todo la Justicia.

VI.- PETITORIO

Por todas las razones expuestas, acudo ante su digna y proba autoridad, para solicitarle que DICTE RESOLUCION REVOCANDO TOTALMENTE, la Resolución ASFI No. 186/2012, *que confirma la Resolución 094/2012…"*

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

7.1. Documentación complementaria presentada por la autoridad recurrida.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-95135/2012 presentada en fecha 8 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, atiende la solicitud de documentación

complementaria hecha presente mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 31 de julio de 2012, y adjunta la literal siguiente:

1. Nota ASFI/DSR III/R-9854/2010 de 1° de febrero de 2010, enviada por la autoridad supervisora a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. (Fase III); en el entender de la recurrente, "*La mencionada Carta indica en su segundo párrafo: "Al respecto se ha tomado debida nota de los ajustes incorporados al 31/12/2009, de igual forma recordamos la obligatoriedad de los compromisos asumidos con esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…*"

2. Nota ASFI/DSRIII/R-72327/2009 de 30 de diciembre de 2009, enviada por la autoridad supervisora a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. (Fase III); en el entender de la recurrente, "*La mencionada Carta indica claramente en su último párrafo que el Plan de Acción Institucional presentada por la Cooperativa a* (sic) *sido aceptado...*"

3. Acta de Audiencia de fecha 2 de marzo de 2012, dentro del proceso administrativo sancionador seguido contra **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

7.2. Documentación complementaria presentada por la recurrente.-

Mediante nota GV-PKF SC 184/2012, presentada en fecha 4 de julio de 2012, la recurrente **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** presenta documentación complementaria consistente en:

1. Nota ASFI/DSRIII/R-72327/2009 de 30 de diciembre de 2009, enviada por la autoridad supervisora a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. (Fase III), ya relacionada en el numeral 7.1 supra.

2. Nota ASFI/DSR III/R-9854/2010 de 1° de febrero de 2010, enviada por la autoridad supervisora a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. (Fase III), ya relacionada en el numeral 7.1 supra.

3. Nota ASFI/DSR III/R-49879/2009 de 28 de octubre de 2009, enviada por la autoridad supervisora a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. (Fase III), sobre "*informe de inspección especial al 30.06.2009*".

4. Informe ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009, sobre "*inspección especial al 30 de junio de 2009*".

5. Nota GV PKF – SC 371/2009, enviada por el señor Javier García Veramendi como Gerente General de **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., sobre "*Trámite Crédito Hipotecario*".

6. Comprobantes de cancelación total de préstamo, del Banco Unión S.A.

7. Comprobante de pago de tarjetas de crédito.

8. Plan de pagos a un crédito otorgado a favor del señor Javier Marcelo García Veramendi.

9. Testimonio de Escritura Pública Nº 1940/2009, otorgada en fecha 22 de octubre de 2009 por ante Notaría de Fe Pública Nº 44 de la ciudad de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Pura América Urquiza Franco, sobre préstamo con garantía hipotecaria que otorga la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. a favor de los señores Javier Marcelo García Veramendi y Carmen Magaly Rodríguez de García.

10. Nota SL 0161 GGL-054/10 de 8 de marzo de 2010, dirigida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. a SIDERESTE S.A., sobre solicitud de proporcionar directamente a **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**, información disponible.

11. Estados financieros al 31 de diciembre de 2010 correspondientes a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., elaborados por **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**

12. Informe de auditoría independiente sobre los Estados financieros al 31 de diciembre de 2009 y 2008 correspondientes a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., elaborados por **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**

Asimismo, mediante nota GV-PKF SC 235/2012, presentada el 22 de agosto de 2012, la recurrente acredita la prueba documental siguiente:

1. Publicaciones de prensa sobre el caso de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda.

2. Dictamen de auditoría externa sobre estados financieros gestión 2009 de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., que incluye párrafos de énfasis relacionados con el Plan de Acción aprobado por la autoridad reguladora.

3. Informe de inspección especial al 30 de junio 2009, a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda.

4. Nota ASFI/DSR III/R-49879/2009 de 28 de octubre de 2009, ya relacionada supra en el presente numeral.

5. Informe ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009, ya relacionada supra en el presente numeral.

6. Nota ASFI/DSR III/R-65459/2009 de 10 de diciembre de 2009, remitida por la autoridad reguladora a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., sobre "*Plan de acción*".

7. Nota ASFI/DSRIII/R-72327/2009 de 30 de diciembre de 2009, ya relacionada en el numeral 7.1 supra.

8. Nota SL-0021 GGL-007/2010 de 11 de enero de 2010, dirigida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. a la autoridad reguladora, sobre "*Información complementaria a Plan de acción*".

9. Nota ASFI/DSR III/R-9854/2010 de 1° de febrero de 2010, ya relacionada supra en el presente numeral.

10. Página 33 del informe largo de auditoría externa 2009, relacionada con la gestión de riesgo crediticio y cartera observada por Bs15.109.853.

11. Páginas de la 77 a la 85 del informe largo de auditoría externa gestión 2009, Anexo IV sobre cartera observada (ausencia de políticas y normativas).

12. Nota de 25 de marzo de 2010, de **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., sobre informe de seguimiento a las comunicaciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

13. Nota de 20 de mayo de 2011, de **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., sobre informe de los auditores independientes.

14. Página 40 del informe largo de auditoría externa 2010, relacionada con la gestión de riesgo crediticio y cartera 2.

15. Páginas de la 109 a la 113, del informe largo de auditoría externa gestión 2009, Anexo V sobre, cartera observada - ausencia de políticas y normativas.

16. Páginas de la 131 a la 144 del informe gestión 2010 (en lo referido al seguimiento del Tramite N° 462492, observaciones del 2009).

8. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 1° de agosto de 2012, se desarrolló la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**, a la que asistió en su representación el señor Javier Marcelo García Veramendi, y de cuyo desarrollo y contenido queda constancia en el registro magnetofónico arrimado al expediente.

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la

conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme a los datos que salen de la Resolución recurrida, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuó una inspección especial a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., con fecha de corte al 30 de junio de 2009, de cuyo resultado, el Informe ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009 concluye en que:

> "…*los hallazgos establecidos resultantes de la inspección practicada a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., con corte al 30 de junio de 2009, muestran inviabilidad financiera, debido a que la entidad no genera el suficiente nivel de ingresos por cartera vigente que solvente los gastos de administración y por ende se siguen acumulando pérdidas que se viene arrastrando de varias gestiones. Dado el nivel de pérdidas identificado, la entidad se encuentra en quiebra técnica y su funcionamiento expone los depósitos del público, por la situación identificada en el párrafo anterior*…"

No obstante ello y posteriormente a ello, **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** realizó una auditoría externa a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., emitiendo un dictamen limpio.

Los extremos determinaron que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectúe un control de calidad a los papeles de trabajo y al dictamen emitido por **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**, cuyo resultado se encuentra establecido en el Informe Técnico ASFI/DSR III/R-105427/2011 de 7 de octubre de 2011, el cual derivó en la Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-21279/2012 de 24 de febrero de 2012, después en el Recurso de Revocatoria, dada la existencia de sanción, y ahora en el Recurso Jerárquico que pasa a resolverse

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Alegatos contra los cargos de la nota ASFI/DSR III/R-21279/2012 de fecha 24 de febrero de 2012.-

En principio, el Recurso Jerárquico ataca específicamente a cada uno de los cargos -todos ellos sancionados- contenidos en la nota ASFI/DSR III/R-21279/2012 de fecha 24 de febrero de 2012; así:

2.1.1. Sobre la emisión del dictamen sin aplicar procedimientos que respalden la opinión del auditor.-

La nota de cargos establece que:

"…La Firma de Auditoría habría emitido un dictamen sin aplicar procedimientos de auditoría que respalden la opinión del auditor, tal como se evidencia en los papeles de trabajo entregados correspondientes a la labor desarrollada…".

Ahora, el Recurso Jerárquico señala:

"…tal como consta en el Dictamen de fecha 25 de marzo de 2010, referente a la Auditoría Externa de la gestión 2009, se ha realizado la misma de acuerdo a normas de Auditoria generalmente aceptadas en Bolivia, que incluye evaluar los principios de contabilidad utilizados y las estimaciones significativas hechas por la Gerencia…"

No obstante y conforme lo señalara el Ente Regulador en su Resolución Administrativa ASFI Nº 186/2012 de 16 de mayo de 2012:

"…El numeral 4, artículo 9, Capítulo II, Título III del Reglamento de Auditoría Externa contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, define como infracción especifica papeles de trabajo que no respalden el trabajo desarrollado.

En este marco, los papeles de trabajo son la "evidencia documental del trabajo del auditor y están constituidos por documentos que contienen información obtenida y elaborada por el auditor, desde la etapa de planificación hasta la emisión del informe de auditoría". (Ederlys Hernández Meléndrez y Adelkys Rosa Sánchez Gómez, Auditoría y Control Interno).

En el presente caso, el recurrente emitió un dictamen respecto a la auditoría externa realizada a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., la cual no guarda relación con los papeles de trabajo presentados a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es decir que los papeles de trabajo no reflejan el resultado obtenido, así se desprende del control de calidad efectuado a dicho dictamen y papeles de trabajo, cuyo resultado se encuentra establecido en el Informe Técnico ASFI/DSR III/R-105427/2011 de 7 de octubre de 2011, el cual en su página 3, señala que "La falta de respaldo documentario de lo descrito en los puntos 1 y 2, precedentes, es una situación suficiente para respaldar un informe de auditoría con limitación en el alcance de trabajo y constituirse en un factor que respalda una opinión negativa o abstención por parte de la Firmas de Auditoría".

Asimismo el citado Informe Técnico ASFI/DSR III/R-105427/2011, en el párrafo segundo de la página 7, dispone que "…La Firma de Auditoría en sus papeles de trabajo demuestra incertidumbre sobre partidas no evaluadas, en consecuencia, no debió emitir una opinión sobre los estados financieros como un todo, por lo que correspondía emitir un dictamen adverso o con abstención de opinión…"

Lo expuesto demuestra que el recurrente emitió un dictamen con limitaciones a su alcance de trabajo que imposibilitan la realización de pruebas de auditoría, es decir, que dicho dictamen no es congruente, por cuanto no guarda relación con los papeles de trabajo, situación que ocasiona la falta de respaldo sobre las opiniones vertidas.

La importancia de los papeles de trabajo se basa básicamente en que estos son evidencias que fundamentan otorgando validez, confiabilidad e integridad a los juicios y conclusiones del auditor, documentos que en el presente caso no guardan relación con el dictamen.

Por la razón anotada el recurrente, no puede pretender exonerarse de responsabilidad arguyendo que el dictamen emitido ha sido realizado de acuerdo a las normas de Auditoria Generalmente Aceptadas en Bolivia, cuando dicha norma en el Punto 1 de la Norma de Auditoria N° 2, establece que "El auditor debe revisar y evaluar las conductas extraídas de la evidencia de auditoría que se obtuvo, como base para expresar su opinión respecto a la información financiera. Esta revisión y evaluación incluye el informarse una conclusión global en cuanto a que: a) la información financiera se ha preparado utilizando políticas de contabilidad aceptables, las que se han aplicado consistentemente. b) la información financiera cumple con las reglamentaciones aplicables con los requisitos legales. c) el panorama que presenta la información financiera como un todo es congruente con el conocimiento que tiene el auditor con respecto a la entidad. d) existe relación suficiente de todos los asuntos importantes relativos a la adecuada presentación de la información financiera", en este marco, dicha disposición ha sido incumplida, toda vez que el dictamen emitido imposibilita la realización de pruebas de auditoría…"

De la compulsa del alegato del recurrente con la posición del órgano regulador, se concluye en los extremos siguientes:

El cargo y luego su sanción, tienen un fundamento técnico, inspirado en el carácter científico que hace la Auditoría. Ese fundamento no ha sido rebatido por **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** en su Recurso Jerárquico, sino que se ha limitado a una exposición general sobre la trascendencia de su trabajo, si bien también técnica, en cambio sobre aspecto distinto a los señalados por el Ente Regulador.

El recurrente ha señalado que la Auditoría Externa de la gestión 2009, fue realizada de acuerdo a normas de Auditoría generalmente aceptadas en Bolivia, que incluye evaluar los principios de contabilidad utilizados y las estimaciones significativas hechas por la Gerencia, y respecto a no haber revelado ajustes significativos que habrían modificado la estructura del balance de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., señalan que emitieron un Dictamen con párrafos de énfasis considerando que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero le permitía a la Cooperativa, regularizar y cumplir los compromisos asumidos durante la gestión 2010, señalando como respaldo la Comunicación ASFI III/R72327/2009 REF. *TRAMITE N° 462492 PLAN DE ACCIÓN* y ASFI DSR III/R9854/2009 Ref.: *TRAMITE N° 462492 PLAN DE ACCIÓN*, y haciendo notar también que pese a haber solicitado, varias veces, la copia del Informe de Inspección Especial al 30 de junio de 2009, el mismo nunca les fue proporcionado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda.

No obstante, el trabajo de auditoría externa por la gestión 2009, a decir de la autoridad recurrida, no es coherente entre lo recabado en los papeles de trabajo y lo manifestado en el informe final, esta situación está ampliamente descrita en el informe ASFI/DSR III/R-105427/2011, es decir que la firma de auditoría no realizó su trabajo de acuerdo a normas

nacionales de auditoría generalmente aceptadas en el país, pues el informe de los Estados Financieros auditados de la Cooperativa, no informa ni presenta salvedades de los diferentes temas que fueron observados por la ASFI y que tenían un efecto muy importante en sus Estados Financieros al 2009, como ser:

- La Cooperativa absorbió pérdidas por un importe de Bs98.760.700 con efecto a reservas patrimoniales por revalorización de inversiones en la empresa SIDERESTE S.A., de cuya operación no pudieron obtener documentación respaldatoria. Dicho importe representaba 2,89 veces el patrimonio de la Cooperativa.

- En el archivo corriente, los papeles de trabajo, en el rubro de Cartera por Bs59.107.299, mencionan que dicha cartera no cumple con lo establecido en las políticas y reglamentos de créditos de la Cooperativa, sin embargo no mencionan nada en el informe, al respecto, pese a que el importe representaba 1,73 veces el patrimonio de la Cooperativa.

- Como inversiones permanentes la Cooperativa mantenía inversiones en el Centro de Consumo Club de Oro por Bs6.273.000 (18% del patrimonio de la Cooperativa), tal como se habría extractado de los papeles de trabajo, indicando que existe una incorrecta apropiación contable ya que se pudo evidenciar que dicha sociedad persigue fines lucrativos, lo cual no corresponde al giro de la Cooperativa. Adicionalmente, habrían procedido a evaluar el cumplimiento del Plan de Acción Trámite N°462492 ASFI/DSR III/R-9854/2010, al cual la Cooperativa no dio cumplimiento.

De tal manera que, no existe elemento de análisis que permita desvirtuar lo establecido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Por todo lo manifestado, la firma de auditoría no cumplió con la Norma de Auditoría, Generalmente Aceptada en Bolivia, N° 1, párrafo 2.7 "Evidencia de auditoría" que señala: "*El auditor debe obtener evidencia de auditoría suficiente y competente a través de la aplicación de procedimientos de cumplimiento y sustantivos, que le permitan obtener conclusiones razonables en las cuales base su opinión sobre la información financiera*", así como la Norma Internacional de Auditoría 500, en lo que respecta también a la evidencia de auditoría.

2.1.2. Sobre la no revelación de ajustes significativos en el Balance auditado.-

La nota de cargos establece que:

> "…*La Firma de Auditoría, no ha revelado ajustes significativos, mismos que de hacerse efectivos modificarían sustancialmente la estructura de Balance de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., deteriorándose la situación financiera e infringiendo el Principio Contable de Empresa en Marcha*…"

Por su parte, el Recurso Jerárquico señala:

> "…*se ha realizado un correcto análisis, al realizar el Balance aspectos que se encuentran mencionados en el mismo* (…) *nuestra opinión profesional se limita a*

emitir un Dictamen con párrafos de énfasis, dada la situación que ASFI le permite a la Cooperativa, regularizar y cumplir los compromisos asumidos con la Autoridad durante el ejercicio 2010 (…).

…ASFI en el marco de adecuación, acepta a la Cooperativa el Plan de Acción Institucional que corresponde al proceso de adecuación. Hacemos énfasis que nunca pese a haber solicitado varias veces, no nos dieron copia del INFORME DE INSPECCIÓN ESPECIAL AL 30.06.2009…"

A este respecto, la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 186/2012 de 16 de mayo de 2012, establece:

"*…el recurrente emite un dictamen limpio, obviando las correspondientes excepciones y/o salvedades que debieron ser consideradas a momento de emitir el respectivo dictamen, en este marco al ser los párrafos de énfasis, párrafos que fortalecen la opinión del auditor, el recurrente debió enfatizar los aspectos relevantes para emitir una opinión adversa, considerando las observaciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el Informe ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009.*

En tal sentido el recurrente, no consideró, valoró ni tomó en cuenta el Informe de Inspección ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009, (…)

…el recurrente no puede eximir su responsabilidad señalando que desconocía tal observación, por cuanto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó que la Cooperativa al 31 de diciembre de 2008, absorbió pérdidas acumuladas de gestiones pasadas por Bs50.300.000, dicho importe proveía de una revalorización técnica practicada en octubre de 2008 a las inversiones en la empresa SIDERESTE S.A., al respecto lo descrito era de conocimiento del recurrente de acuerdo al legajo de planificación de la Auditoría Externa al 31 de diciembre de 2009, el cual señala "Aspectos de especial interés" "se absorbe un 50% de la inversión en libros por un monto aproximado de Bs98.760.700 que afecta a las reservas contables/técnicas patrimoniales (para otras disposiciones9 al cierre del ejercicio 2009", señalando el respecto que no contaba con la documentación respaldatoria.

Asimismo, el recurrente evidenció una incorrecta apropiación contable de las inversiones permanentes respecto al "Centro de Consumo Club de Oro" por Bs.6.273.000, debido a que dicho centro perseguía fines lucrativos, (…) *dichas situaciones no fueron consideradas al momento de emitir opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros, emitiendo el recurrente un dictamen limpio, el cual no guarda relación con los hallazgos antes descritos* (…)

…, tanto la absorción de pérdidas, la existencia de operaciones crediticias que no se enmarcan en las políticas de la entidad y la incorrecta apropiación contable de inversiones permanentes, fueron de conocimiento del recurrente; sin embargo dichas situaciones no fueron consideradas al momento de emitir la opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros en su conjunto, emitiendo un dictamen limpio, mismos que no guardan relación con los hallazgos del Órgano Regulador…"

Consiguientemente, son posibles las conclusiones siguientes:

El cargo y luego su sanción, tienen un fundamento técnico, inspirado en el carácter científico que hace la Auditoría; ese fundamento no ha sido rebatido por **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** en su Recurso Jerárquico, sino que se ha limitado a una exposición general sobre la trascendencia de su trabajo, si bien también técnica, en cambio sobre aspecto distinto a los señalados por el Ente Regulador.

El extremo referido a los párrafos de énfasis sobre los que ahora el recurrente ha señalado limitar su trabajo, fue oportunamente considerado por el Ente Regulador, en sentido que "*al ser los párrafos de énfasis, párrafos que fortalecen la opinión del auditor, el recurrente debió enfatizar los aspectos relevantes para emitir una opinión adversa*", extremo que en concreto, tampoco ha sido rebatido por el recurrente.

En cuanto al cargo mismo, la Resolución impugnada no hace referencia al "*informe de inspección especial al 30.06.2009*", empero sí al Informe de Inspección ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009, con respecto al cual se señala que "*el recurrente no puede eximir su responsabilidad señalando que desconocía tal observación, por cuanto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó que la Cooperativa al 31 de diciembre de 2008, absorbió pérdidas acumuladas de gestiones pasadas por Bs50.300.000*", extremos sobre los que en concreto, tampoco se pronuncia el recurrente.

Como se puede apreciar de los ejemplos mencionados en el numeral 2.1.1 supra, **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** tenía conocimiento de las observaciones realizadas por la autoridad reguladora, sin embargo en el informe de auditoría y en su recurso mencionan que no tuvieron acceso a dichas observaciones.

En todo caso, de haber sido cierto que no tuvieron acceso a los informes de la ASFI y por lo mencionado en los párrafos precedentes, correspondía que el informe de auditoría, por la gestión 2009, sea de abstención o negación, por la relevancia de los hallazgos, pero no limpio como lo emitieron.

En definitiva, no existe elemento de análisis que permita desvirtuar lo establecido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que corresponde dar razón a los fundamentos del cargo.

2.1.3. Sobre no haberse considerado la existencia de un conflicto de intereses.-

La nota de cargos establece que:

> "*…no consideró la existencia de un conflicto de intereses con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., al haberse constatado una operación de crédito otorgada al señor Javier García Veramendi, socio principal y representante legal de la firma Auditora, vulnerando de esta manera el carácter de independencia que debe tener un Auditor Externo*…"

A este extremo, el Recurso Jerárquico establece que:

> "…*Javier García Veramendi, actuó como persona natural* (…), *Esa operación de Crédito es anterior al mencionado Balance y no tiene nada que ver con el trabajo que realizó la Firma Auditora*…"

Sobre el extremo, la Resolución Administrativa ASFI Nº 186/2012 de 16 de mayo de 2012, ha señalado que:

> "*…la Norma de Auditoria N° 1 en el punto 2.1, dispone que "El auditor independiente debe mantener una actitud imparcial y debe ser y aparecer libre de cualquier interés que pudiera considerarse, cualquiera que sea su efecto real, como incompatible con la integridad y objetividad", de la interpretación teleológica y sistemática de la norma transcrita, se tiene que el objeto y razón de ser de la independencia del auditor, es la de resguardar la imparcialidad en el dictamen a emitir, velando porque dicho informe refleje la realidad, evitando impresiones que comprometan la situación financiera de la entidad, a objeto de preservar los recursos de los socios.*
>
> *…Javier García Veramendi al realizar el trabajo de Auditoría Externa a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. y ser titular de una operación crediticia con la citada entidad, compromete su imparcialidad y grado de independencia en el trabajo desarrollado, toda vez que el dictamen u opinión independiente tiene trascendencia a los terceros, pues da plena validez a la información generada obligando a los mismos a tener plena credibilidad en la información examinada*…"

Corresponde dar razón al Ente Regulador sobre este extremo, por cuanto:

- Consta de la nota GV-PKF-SC 371/2009 (código interno de **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**)de 2 de septiembre de 2009, que a efectos del trámite del crédito hipotecario en su favor, el señor Javier Marcelo García Veramendi se dirige a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. en papel membrete de **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** y en primera persona plural ("*Continuando con **nuestra solicitud** **y aplicación del crédito**…al monto de capital de operaciones, **lo requerimos para cumplir con compromisos propios de nuestra actividad**. **Agradecemos** su gentil atención*…"; las negrillas y los subrayados son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Entonces, el crédito a ser obtenido de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. fue tramitado, no como crédito personal de los señores Javier Marcelo García Veramendi y Carmen Magaly Rodríguez de García (a la cual no se la menciona), sino de **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**, resultando que en su aprobación influyó tal circunstancia.

- El Testimonio de Escritura Pública Nº 1940/2009, otorgada en fecha 22 de octubre de 2009 por ante Notaría de Fe Pública Nº 44 de la ciudad de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Pura América Urquiza Franco, establece la existencia de la relación acreedor-deudor entre la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda. y el señor Javier Marcelo García Veramendi, lo que importa, más allá de resultar en un crédito para este último y no para **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.**, la existencia de un interés personal sobre la entidad financiera, de quien es al mismo tiempo socio principal y Gerente General de la firma que la audita, justificando la posición, nuevamente técnica, del ente regulador en sentido de sancionar el extremo, mismo que además se encuadra a la normativa en la que se fundamenta.

La Norma de Auditoría Nº1 en su punto 2.1, inciso c), señala "*El auditor independiente debe mantener una actitud imparcial y debe ser y aparecer libre de cualquier interés que pudiera*

considerarse, cualquiera que sea su efecto real, como incompatible con la integridad y objetividad", por lo que el socio principal de la firma de auditoría, señor Javier Marcelo García Veramendi, mínimamente debió abstenerse de tomar parte en el trabajo de auditoría a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., para evitar cualquier susceptibilidad sobre la objetividad del trabajo, sin embargo no lo hizo y con ello incumplió la referida norma.

2.1.4. Sobre la no utilización de los procedimientos establecidos en la Norma de Auditoría No. 1.-

La nota de cargos establece que:

> *"…La Firma de Auditoría no utilizó los procedimientos establecidos en la Norma de Auditoría No. 1, para la revisión de algunos saldos de los estados financieros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., observados en el informe de Inspección ASFI/DSR III/R-48290 de 19 de octubre de 2009 de esta Autoridad de Supervisión.*
>
> *Dicha conducta, se encuentra prevista en el numeral 10, Artículo N° 9, Sección 2 del Reglamento de Auditores Externos…"*

Al respecto, señala el recurrente que:

> *"…el Reglamento ASFI/110/12 Circular ASFI/110/2012 de 24 de febrero de 2012, no son retroactivas ya que la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Luis Ltda. En la gestión observada o sea la gestión 2.009, no se encontraba supervisada ni contaba ni cuenta con la Licencia de Funcionamiento de ASFI…"*

Al respecto, la Resolución Administrativa ASFI N° 186/2012 de 16 de mayo de 2012, establece que:

> *"En relación al ámbito de aplicación de la Circular SB/0603/2008, el artículo 2, Sección I, Capítulo I, Título III Reglamento de Auditoría Externa dispone que dicho reglamento se aplica para aquellas Firmas de Auditoría que se encuentran registradas en el Registro de Firmas de Auditoría de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como es el caso de la FIRMA DE AUDITORIA EXTERNA GARCIA VERAMENDI S.R.L. PKF.* (…)
>
> *En consecuencia, al ser el recurrente un profesional especializado en Auditorías Externas tiene la obligación de aplicar las Normas de Auditoría N° 1, con el máximo profesionalismo, toda vez que los informes que emite, son el reflejo de los estados financieros de una determinada entidad, tomando en cuenta que el auditor emite su opinión sobre la razonabilidad de los mismos…"*

Entonces, y en principio, es necesario resaltar que las firmas de auditoría, en general, están obligadas a aplicar las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas en Bolivia (siendo una de ellas la Norma N° 1) en todos los trabajos que realicen, independientemente si la empresa auditada es o no regulada por alguna Autoridad, por lo que bajo ninguna

circunstancia el recurrente puede alegar su no aplicación, en este caso, para la auditoría de la gestión 2009 de la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Luis Ltda.

Entonces, al no haber aplicado los procedimientos de la Norma de Auditoría Nº 1, incumplió dicha norma.

Adicionalmente, es importante señalar que **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** realizó también la auditoría de los Estados Financieros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Luis Ltda. por la gestión 2010 (documento que fue presentado como parte de sus descargos) y en ésa oportunidad, sí tomó en cuenta lo dispuesto en el Título III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Circular SB/0603/2008 de 24 de diciembre de 2008), lo cual contradice su argumento, respecto de que dicha normativa no incluía en su ámbito de aplicación a Entidades no Bancarias que no tengan autorización de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para realizar intermediación Financiera y que por ello no la aplicaron para la auditoría de la gestión 2009. Para guardar consistencia con su argumento, tampoco debieron aplicar dicha normativa en la auditoría de la gestión 2010.

Al respecto, ASFI señala (en la Resolución sancionatoria) que:

> "*…la Circular SB/0603/2008 de 24 de diciembre de 2008, fue para determinar si los hallazgos evidenciados en el control de calidad, basados en Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas en Bolivia, se encuentran tipificadas como infracciones sujetas a una posible sanción, en virtud a que la Firma Auditora García Veramendi SRL. PKF Bolivia, al estar registrada en el Registro de Firmas Auditora (sic), se encuentra también sujeta al ámbito de aplicación del Reglamento de Auditores Externos por aplicación del artículo 2, Sección 1, Capítulo I de dicho Reglamento*…"

De lo que se puede inferir que dicha normativa fue considerada y/o aplicada, por ser una firma registrada en el Ente Regulador y no porque la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Luis Ltda. resulte en una entidad supervisada o regulada, sin embargo esta aseveración deberá ser valorada por la Autoridad de Supervisión.

No obstante, queda claro que el cumplimiento de las funciones de auditor externo en su relación con alguna o varias entidades de intermediación financiera, debe estar sujeta a las normas de supervisión que al efecto ha establecido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, empero porque a la última nombrada le corresponde "*Ejercer y supervisar el control interno y externo…*", a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República, intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables" (Art. 154º, Ley Nº 1488, de Bancos y Entidades Financieras).

Tal mención es pertinente, por cuanto, quedando claro que la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Luis Ltda. es una entidad que no cuenta con licencia de funcionamiento (sino que el trámite procesal refiere tratarse de una en adecuación), entonces no sería propiamente una entidad regulada, correspondiendo aclarar entonces al Ente Regulador si la normativa que hace al tema, le es extensiva y aplicable a la ahora recurrente, por cuanto, lo anterior determinaría que, al no encontrarse prestando sus servicios a favor de una entidad regulada, consiguientemente no le sea inherente la normativa sancionatoria que se ha hecho valer dentro del proceso, circunstancia que justifica la decisión del presente fallo.

Aseveración que ha sido planteada por la recurrente, y que no ha merecido pronunciamiento debidamente fundamentado pro parte de la Autoridad recurrida.

2.2. Observancia del principio de proporcionalidad.-

El Recurrente refiere haberse "*violado Principios que regulan la Actividad Administrativa*" y señala el concreto a los de verdad material, buena fe y proporcionalidad.

En cuanto al primero, de verdad material, en el alegato está referido a "*que nuestro trabajo de Auditoria* (sic), *se ha enmarcado a la Información proporcionada por la Cooperativa San Luis Ltda.*" y que "*Las comunicaciones o Cartas enviadas por ASFI a la Cooperativa, ni nos entregaron en su momento. Por lo que nos pueden culpar o sancionar* (sic) *por no tomar conocimiento de esos documentos o cartas*".

Toda vez que el extremo que hace a ello, ha sido ya considerado y evaluado en el numeral 2.1.2 supra, corresponde remitirse a lo allí señalado.

En cuanto al principio de buena, el recurrente se limita a su enunciación y a la mención de que "*en todo momento como sujetos administrados, hemos actuado de buena Fe, al momento de realizar nuestro trabajo*", pasando por alto que la norma del derecho administrativo, en esencia adjetiva, no es alguna de aquellas por las que se lo ha sancionado, referidas más bien al carácter sustancial que importa el ejercicio profesional de la auditoría.

En todo caso, el recurrente no ha establecido el cómo las resoluciones del Ente Regulador que conforman al proceso sancionatorio y al recursivo, pueden importar infracción al principio de Derecho Administrativo de la buena fe, como lo sugiere.

En lo que hace al principio de proporcionalidad, **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** tiene expresiones como las siguientes:

> "…*Tal como hemos señalado antes, en todo momento hemos obrado de buena fe, y realizado el trabajo de acuerdo a la Información proporcionada por la Cooperativa San Luis Ltda., reflejando los resultados de acuerdo a esa Información o documentación, es más colocando los respectivos Párrafos de Énfasis, para indicar claramente nuestro Informe. Por tanto no se nos puede dar una Sanción tan grande, que no se nos debe aplicar una sanción tan grande que nos perjudique tanto económica como moralmente, especialmente cuando nos hemos sometido y cooperado en todo momento con su autoridad* (…)
>
> *Razón por la que acudimos ante usted para solicitarle ante todo que se aplique el Principio de Proporcionalidad, ya que la Sanción de Un (1) año es excesiva, esa sanción prácticamente nos dejaría sin trabajo, a todas las personas que trabajamos en la firma, siendo que la misma como firma, genera empleos y por tanto aporta al crecimiento del país*…"

A efectos de la consideración de lo mismo y con respecto al Principio de Proporcionalidad en cuanto a la sanción aplicada, el inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece lo siguiente:

"…p) Principio de Proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…"

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, establece lo siguiente:

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

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

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de resultado posible, cuyo advenimiento ratifica la voluntad; es decir hay una representación de la posibilidad del resultado, del cual el autor está seguro, pues hay indiferencia de cumplir el deber, pues a pesar de la representación del resultado como posible, no se actúa conforme al deber impuesto…"

Entonces, en la constatación de tales presupuestos, es pertinente remitirse a la parte pertinente de la Resolución Administrativa ASFI N° 094/2012 de 23 de marzo de 2012, la que establece:

*"…**CONSIDERANDO:***

Que, todo lo señalado ha causado una distorsión de la situación real de la Cooperativa, lo que a su vez ha generado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no haya tomado acciones oportunas en sus labores de supervisión, más aún considerando que dicha entidad se encuentra en proceso de adecuación al ámbito de regulación de ASFI, por lo que se requiere información

veraz, confiable y oportuna sobre su situación financiera y patrimonial, ante todos los usuarios de los estados financieros que incluyen a los socios de la Cooperativa, que permitan tomar las medidas pertinentes.

Que, en consecuencia, se establece que por los argumentos precedentes expuestos a los incumplimientos identificados y al no haberse desvirtuado dichos incumplimientos, corresponde la imposición de sanción administrativa prevista por el artículo 23 del Reglamento de Sanciones que prevé la exclusión temporal o definitiva del Registro de Firmas Auditoras.

Que, para la imposición de la sanción corresponde tomar en cuenta la modulación realizada por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 (…)

Que, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: a) Las infracciones imputadas, se encuentran tipificadas como sanción en el Reglamento de Auditores Externos inserto en el Título III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras vigente a partir del 24 de diciembre de 2008 hasta el 23 de febrero de 2012, b) las mismas han sido debidamente comprobadas, y c) se evidenció falta de información oportuna y veraz que permita tomar acciones pertinentes a los socios como gestiones de supervisión inmediata a esta Autoridad.

Que, finalmente para la gradación de la sanción, corresponde señalar que si bien no existe reincidencia en este tipo de actos, ni se cuenta con un fallo judicial que califique los perjuicios causados, se observa que la firma de Auditoría Externa con conocimiento de las deficiencias y limitaciones de su trabajo emitió un dictamen limpio, encontrándose comprometida la independencia del Auditor al no aparecer como independiente en el periodo de planificación, ejecución y emisión de dictamen, situaciones que denotan la impericia al no revelar datos que afectaban la real situación financiera de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "San Luis" Ltda., causando con dicha omisión perjuicios a terceros y al propio de órgano de Supervisión.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 23, sección 1, Capítulo II del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, prevé que los incumplimientos a las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas como a las disposiciones emitidas por ASFI para Auditores Externos serán sancionados como exclusión temporal o definitiva del Reglamento de Firmas Auditoras…"

Lo anterior determina que, en consideración a lo señalado por la misma Resolución Administrativa ASFI N° 094/2012, en sentido que:

"*…todo lo señalado ha causado una distorsión de la situación real de la Cooperativa, lo que a su vez ha generado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no haya tomado acciones oportunas en sus labores de supervisión, más aún considerando que dicha entidad se encuentra en proceso de adecuación al ámbito de regulación de ASFI, por lo que se requiere información veraz, confiable y oportuna sobre su situación financiera y patrimonial, ante todos los usuarios de los estados financieros que incluyen a los socios de la Cooperativa, que permitan tomar las medidas pertinentes…*"

Que, al respecto de lo mismo, constan en el expediente (porque han sido presentadas por el propio recurrente), las publicaciones de prensa sobre el carácter conflictivo que importa la situación actual de la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Luis Ltda., la que no es un suceso circunstancial y de improviso, sino que se ha desarrollado de tiempo atrás, cuando ya una inspección especial con fecha de corte al 30 de junio de 2009, de cuyo resultado, el Informe ASFI/DSR III/R-48290/2009 de 19 de octubre de 2009 concluyó en:

> "…*inviabilidad financiera, debido a que la entidad no genera el suficiente nivel de ingresos por cartera vigente que solvente los gastos de administración y por ende se siguen acumulando pérdidas que se viene arrastrando de varias gestiones. Dado el nivel de pérdidas identificado, la entidad se encuentra en quiebra técnica y su funcionamiento expone los depósitos del público, por la situación identificada en el párrafo anterior*…"

Por lo que resulta inadmisible que la auditoría externa de **GARCÍA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.** a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "San Luis" Ltda., resulte en un dictamen limpio.

2.3. Discordancia normativa entre la imputación y la sanción.-

Sin perjuicio de todo lo señalado, de la revisión de los antecedentes que conforman el expediente del proceso sancionador, se establece que mientras en la nota de cargos ASFI/DSR III/R-21279/2012 de fecha 24 de febrero de 2012, para la generalidad de los cargos se establece que las conductas imputadas se encuentran previstas en el Título III, Capítulo II, **Sección II**, de la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras, la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI/Nº 094/2012 de 23 de marzo de 2012, señala:

> "…***PRIMERO.-*** *Sancionar a la Firma de Auditoría Externa García Veramendi S.R.L. PKF con la exclusión temporal de un año del Registro de Firmas Auditoras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera, por haber incurrido en las infracciones dispuestas en los numerales 4), 6), 9) y 10) del artículo 9,* ***Sección 3****, Capítulo II, Título III de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Se infiere que tal extremo sería resultante de la aplicación de la norma vigente en la fase procesal correspondiente: a 24 de febrero de 2012 cuando la imposición de los cargos señalados correspondía a la **sección II**, y a 23 de marzo de 2012, cuando correspondían a la **sección 3** (en ambos casos, de Título III – *Auditoría Externa*, de la mencionada *Recopilación*).

No obstante y esa fuera la razón, no debe perderse de vista el carácter secuencial que importa un proceso como el administrativo, en el que las distintas fases se van sucediendo las unas a las otras en virtud a una lógica común; en el caso, la diferencia entre sección II y sección 3, no está determinada por un error formal, sino porque se originan en normas diversas, puesto que la denominación de sección II corresponde a la disposición de la Resolución Administrativa SB Nº 266/2008 de 24 de diciembre de 2008, mientras que la de sección 3 es vigente por la modificación dispuesta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 053/2012 de 24 de febrero de 2012.

Entonces, así como en definitiva la norma del cargo y la de la sanción son distintas, la infracción resulta ser sancionada por una norma que no se encontraba vigente a tiempo de su comisión, en infracción al principio de irretroactividad que debe caracterizar a la norma, conforme se encuentra previsto por el artículo 123º de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, la falta de claridad no es una garantía para el administrado en general ni para el imputado y sancionado en particular, lo que importa una violación al debido proceso administrativo, que debe caracterizar al proceso en virtud al artículo 4º, inciso c), de la ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo analizado en el considerando anterior, se llega a establecer, que la Autoridad de Supervisión Financiera si ha hecho un correcto análisis técnico de la supuesta infracción, **empero y fundamentalmente** no ha fundamentado en ninguna de las Resoluciones Administrativas emitidas respecto a la norma infringida, la vigencia de la misma con relación a la supuesta infracción encontrada, así como si la misma le es aplicable o no a la entidad sancionada, tomando en cuenta la valoración que debió hacer respecto al estatus de regulación de la Cooperativa auditada. Por lo que en el marco del debido proceso que debe regir los actos de la Administración Pública, debe procederse con la anulación de obrados, a efecto que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emita nueva Resolución Administrativa debidamente fundamentada tanto legal como técnicamente, determinando la sanción que corresponda o en su caso su desestimatoria.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI/Nº 094/2012 de 23 de marzo de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia expedirse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 335-2012 DE 23 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 060/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 060/2012

La Paz, 23 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 335-2012 de 23 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 135-2012 de 01 de marzo de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 033/2012 de 28 de agosto de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 110/2012 de 14 de septiembre de 2012**,** emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 14 de junio de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.** representada legalmente por su Gerente de Administración y Medios, Yobana Aguilera Rosado tal como lo acredita el Testimonio Nº 513/2012 de 11 de abril de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 335-2012 de 23 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 135-2012 de 1 de marzo de 2012.

Que, en fecha 19 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA Previsión AFP S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 335-2012 de 23 de mayo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 25 de junio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA Previsión AFP S.A**. mismo que fue notificado el 3 de julio de 2012, en Santa Cruz.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/5908/2011 de 27 de diciembre de 2011, notifica a **BBVA Previsión AFP S.A**., con las supuestas contravenciones en las que habría incurrido la entidad, conforme el siguiente texto:

"II.- CARGOS:

Cargo 1.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

Empleador: *Universidad Autónoma Gabriel René Moreno con NIT 1028037020.*
Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido del 20 de febrero de 2010 al 18 de marzo de 2011.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.*
- *Nota de Débito Nº 6210 - 371 de 15 de diciembre de 2009, emitida por concepto de Contribuciones en Mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por el monto de Bs672.898,55.*
- *Presentación de memorial de inicio de demanda, realizada en fecha 06 de enero de 2010, ante el Juzgado de Turno de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.*

- *El Juez mediante Auto intimatorio de Pago de 07 de enero de 2010, conmina a notificación con el mencionado Auto.*
- *Mediante representación de **20 de febrero de 2010,** el oficial de diligencias informa al Juez que, el representante legal de la parte demandada no pudo ser habido para la correspondiente citación con la demanda.*
- *La parte demandante mediante memorial de **18 de marzo de** 2011, solicita fotocopias legalizadas.*
- *Se puede evidenciar que desde el **20 de febrero de 2010 al 18 de marzo de 2011, existen trescientos noventa y un (391) días sin movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP.*

***Cargo 2.-** Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador:** Universidad Mayor de San Andrés con NIT 1020071028.*
Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social de Distrito Judicial de La Paz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido desde el 11 de diciembre de 2008 al 10 de febrero de 2010.*

A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Nota de Débito N° 3810 de 04 de agosto de 2004, emitida por concepto de Contribuciones en Mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por el monto de Bs3.644.157,19.*
- *Presentación de memorial de inicio de demanda realizada en fecha 20 de agosto de 2004, ante el Juzgado de Turno de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.*
- *El Juez mediante Auto Intimatorio de Pago de 08 de septiembre de 2004, conmina a la parte demandada al pago de lo adeudado dentro del tercer día de su legal notificación con el mencionado auto,*
- *Mediante representación de 17 de septiembre de 2004, el Oficial de Diligencias informa al Juez que, el representante legal de la parte demandada no pudo ser habido para la correspondiente citación con la demanda.*
- *La parte demandante solicita citación por cédula mediante memorial de 21 de septiembre de 2004.*
- *En fecha 04 de octubre de 2004, la parte demandada presenta memorial apersonándose e interpone excepciones.*
- *Mediante memorial de 24 de enero de 2005, la parte demandante responde a las excepciones planteadas.*
- *La parte demandante mediante memorial de 23 de mayo de 2005, solicita la cancelación de gastos judiciales ya que la parte demandada canceló la totalidad de lo adeudado por aportes al SSO omitiendo el pago 3% correspondiente a dichos gastos judiciales.*

- *En fecha 16 de septiembre de 2005, el juez del Juzgado Primero remite el expediente original del PES al Juzgado Séptimo debido a excesiva carga procesal para que éste último conozca el proceso en adelante.*
- *Mediante memorial de 07 de noviembre de 2005, la parte demandante apersona a un nuevo representante legal para la tramitación de ulteriores diligencias en el proceso.*
- *La parte demandada se apersona y solicita se archive obrados mediante memorial de 15 de noviembre de 2005.*
- *El Juez mediante Resolución N° 003/2006 de 23 de enero de 2006, rechaza la solicitud de conminatoria de pago de gastos judiciales y honorarios profesionales realizada por parte demandante.*
- *En fecha 21 de agosto de 2006, la parte demandante anuncia mediante memorial el copatrocinio de un nuevo profesional abogado.*
- *Mediante memorial de 18 de diciembre de 2006, la parte demandante solicita fotocopias simples del proceso.*
- *La parte demandante, mediante memorial de 15 de noviembre de 2007, solicita certificación sobre el estado del proceso.*
- *Mediante memorial de 28 de enero de 2008, la parte demandante solicita fotocopias simples del proceso.*
- *En fecha 20 de junio de 2008, la parte demandante solicita la regulación de honorario profesionales.*
- *Mediante memorial de* ***11 de diciembre de 2008,*** *la parte demandante apersona a un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso.*
- *En fecha* ***10 de febrero de 2010,*** *la parte demandante reitera la solicitud de regulación de honorarios profesionales y asimismo, solicita la retención de fondos de la parte demandada.*
- *Se puede evidenciar que desde el* ***11 de diciembre de 2008*** *al* ***10 de febrero de 2010, existen cuatrocientos veintiséis (426) días sin movimiento procesal,*** *por parte de la AFP.*

Cargo 3.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*

Empleador: *Universidad Mayor de San Andrés con NIT 1020071028.*
Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial La Paz.
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido entre el 12 de diciembre de 2008 al 22 de octubre de 2009, y entre el 22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Nota de Débito N° 3288 de 01 de septiembre de 2003, emitida por concepto de Contribuciones en Mora al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo - SSO, por el monto de Bs5.856.265,67.*

- *Presentación de memorial de inicio de demanda realizada en fecha 03 de septiembre de 2003, ante el Juzgado de Turno de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de la ciudad de La Paz.*
- *La parte demandante mediante memorial de 23 de mayo de 2005, solicita la cancelación de gastos judiciales ya que la parte demandada canceló la totalidad de lo adeudado por aportes al SSP omitiendo el pago de 3% correspondiente a dichos gastos judiciales.*
- *Mediante memorial de 30 de noviembre de 2005, la parte demandante reitera la cancelación de honorarios profesionales*
- *La parte demandante de 24 de mayo de 2006, solicita mediante memorial reiterando por segunda vez la solicitud de cancelación de honorarios profesionales.*
- *En fecha 21 de agosto de 2006, la parte demandante anuncia mediante memorial el copatrocinio de un nuevo profesional abogado.*
- *Mediante memorial de 22 de diciembre de 2006, la parte demandante solicita fotocopias simples del proceso.*
- *Mediante memorial de 20 de junio de 2008, la parte demandante reitera la cancelación de honorarios profesionales*.
- *El abogado patrocinante de la parte demandante solicita mediante memorial de 15 de septiembre de 2008, se oficie certificación por parte de BBVA Previsión AFP S.A. sobre la cancelación de lo adeudado al SSO.*
- *Dicho abogado patrocinante de la parte demandante solicita mediante memorial de 15 de septiembre de 2008, se oficie certificación por parte de BBVA Previsión AFP S.A. sobre la cancelación de lo adeudado al SSO y solicita la cancelación de sus honorarios profesionales.*
- *Mediante memorial de **12 de diciembre de 2008,** la parte demandante apersona a un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso,*
- *En fecha **22 de octubre de 2009,** la parte demandante solicita al Juez dicte Resolución respecto a la regularización de honorarios profesionales.*
- *Se puede evidenciar que desde el **12 de diciembre de 2008** al **22 de octubre de 2009, existen trescientos catorce (314) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP.*
- *Mediante memorial de **06 de enero de 2011,** la parte demandante anuncia el patrocinio de un nuevo profesional abogado para la prosecución del proceso adjuntando el correspondiente pase profesional.*
- *Se puede evidenciar que desde el **22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011, el proceso no tiene un movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP.*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 31 de enero de 2012, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV CO 13/01/2012, presentó descargos refiriendo lo siguiente:

"…

Cargo 1.- Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la

paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.
Empleador: *Universidad Autónoma Gabriel René Moreno con NIT 1028037020.*
Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el periodo comprendido del 20 de febrero de 2010 al 18 de marzo de 2011.*
Nota de Débito *No 6210 – 371 de 15 de diciembre de 2009.*

Respuesta.- La deuda contenida en la Nota de Débito corresponde a "DEUDA POR DEFECTO POR SUSPENSIÓN INDEBIDA DE APORTES". Para fines de regularización y cobro de contribuciones en mora se inició un proceso de conciliación de aportes con participación del empleador. Lamentablemente por una conducta negligente del personal de la Universidad y la falta de colaboración se reinició las acciones judiciales. Como constancia del proceso conciliatorio adjuntamos nota de solicitud de prórroga para la verificación por parte del empleador.
Es importante aclarar que el empleador sigue regularizando dicha deuda, presentando descargos y a la fecha ha reducido la deuda de la ND 6210 – 371 de Bs. 646.212,52 a 245.530,31, durante este periodo de regularización se tuvo la participación de la propia APS.
En este momento y para poder finalizar este proceso la Universidad ha solicitado al SENASIR copias legalizadas de resoluciones de rentas de los rentistas, documentos faltantes para regularizar la deuda. Una vez agotadas las instancias de regularización la Universidad se ha comprometido a cancelar el saldo de deuda. Adjuntamos la nota mencionada.

Cargo 2.- Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Empleador: *Universidad Mayo de San Andrés con NIT 1020071028.*
Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social de Distrito Judicial de La Paz.
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el periodo comprendido desde el 11 de diciembre de 2008 al 10 de febrero de 2010.*
Nota de Débito N° 3810 de 04 de agosto de 2004.

*Respuesta.- La APS levanta cargos a la AFP por "**la postergación de los efectos que persigue el PES**". El objetivo principal de la cobranza es la recuperación de las contribuciones en mora al Seguro Social Obligatorio.*
Revisado el expediente del presente proceso se tiene que a partir del 23 de mayo de 2005, los actuados procesales únicamente persiguen la cancelación de los Gastos Judiciales y los Honorarios Profesionales del abogado patrocinante, y como sustento de ese incidente el propio abogado patrocinante sustenta su demanda en que a la fecha de regularización de honorarios la deuda se encuentra cancelada. A la fecha el incidente no ha sido resuelto, empero es un tema que concierne únicamente a la AFP y al abogado patrocinante porque los periodos demandados se encuentran pagados.

Cargo 3.- Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el

artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Empleador: *Universidad Mayor de San Andrés con NIT 1020071028.*
Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial La Paz.
Periodo comprendido sin movimiento procesal: *Por el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2008 al 22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011.*

*Respuesta.- La APS levanta cargos a la AFP por "**la postergación de los efectos que persigue el PES"**. El objetivo principal de la cobranza es la recuperación de las contribuciones en mora al Seguro Social Obligatorio.*
Revisado el expediente del presente proceso se tiene que a partir del 23 de mayo de 2005, los actuados procesales únicamente persiguen la cancelación de los Gastos Judiciales y los Honorarios Profesionales del abogado patrocinante, y como sustento de ese incidente el propio abogado patrocinante sustenta su demanda en que a la fecha de regularización de honorarios la deuda se encuentra cancelada. A la fecha el incidente no ha sido resuelto, empero es un tema que concierne únicamente a la AFP y al abogado patrocinante porque los periodos demandados se encuentran pagados…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 135-2012 DE 01 DE MARZO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 135-2012 de 01 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió con el siguiente análisis de los argumentos expuestos por el regulado en sus descargos y aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba se procedió al análisis, de naturaleza técnica y jurídica.

Que con respecto a cada uno dé los cargos, se expresa lo siguiente:

AL CARGO N° 1
El cargo imputado a BBVA Previsión AFP S.A. es el siguiente:
***"Cargo 1.-** Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

Empleador: *Universidad Autónoma Gabriel René Moreno con NIT 1028037020.*
Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.

Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido del 20 de febrero de 2010 al 18 de marzo de 2011.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.*
- *Nota de Débito N° 6210 - 371 de 15 de diciembre de 2009, emitida por concepto de Contribuciones en Mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por el monto de Bs672.898,55.*
- *Presentación de memorial de inicio de demanda, realizada en fecha 06 de enero de 2010, ante el Juzgado de Turno de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa-Cruz.*
- *El Juez mediante Auto intimatorio de Pago de 07 de enero de 2010, conmina a notificación con el mencionado Auto.*
- *Mediante representación de* ***20 de febrero de 2010,*** *el oficial de diligencias informa al Juez que, el representante legal de la parte demandada no pudo ser habido para la correspondiente citación con la demanda.*
- *La parte demandante mediante memorial de* ***18 de marzo de 2011,*** *solicita fotocopias legalizadas.*
- *Se puede evidenciar que desde el* ***20 de febrero de 2010*** *al* ***18 de marzo de 2011, existen trescientos noventa y un (391) días sin movimiento procesal diligente,*** *por parte de la AFP."*

Que BBVA Previsión AFP S.A. presenta como descargo lo siguiente:

"La deuda contenida en la Nota de Debito (sic) corresponde a "DEUDA POR DEFECTO POR SUSPENSIÓN INDEBIDA DE APORTES". Para fines de regularización y cobro de contribuciones en mora se inicio un proceso de conciliación de aportes con participación del Empleador. Lamentablemente por una conducta negligente del personal de la Universidad y la falta de colaboración se reinició las acciones judiciales. Como constancia del proceso conciliatorio adjuntamos nota de solicitud de prórroga para la verificación por parte del empleador.

Es importante aclarar que el empleador sigue regularizando dicha deuda, presentando descargos ya la fecha ha reducido la deuda de la ND 6210-371 de Bs. 646.212,52 a 245.530,31, durante este período de regularización se tuvo la participación de la propia APS.

En este momento y para poder finalizar este proceso la Universidad ha solicitado al SENASIR copias legalizadas de resoluciones de rentas de los rentitas, documentos faltantes para regularizar la deuda. Una vez agotadas las instancias de regularización la Universidad se ha comprometido a cancelar el saldo de deuda. Adjuntamos la nota mencionada".

La AFP en sus descargos argumenta haber iniciado un proceso de conciliación con el Empleador Universidad Autónoma Gabriel René Moreno razón por la que se paralizó el PES. Al respecto la norma establece que como representante de los Asegurados, se

encuentra en la obligación de actuar como un buen padre de familia, y obrar con el mayor cuidado y la diligencia necesaria para llevar en movimiento procesal constante y diligente desde el inicio del PES instalado hasta lograr la recuperación del total de las Contribuciones adeudadas por el Empleador.

Asimismo la AFP manifiesta, que durante el supuesto proceso de conciliación, el Empleador ha presentado negligencia en cuanto a sus actuaciones y a lo acordado con la Administradora, razón por la que se reiniciaron las acciones legales dentro del PES. Dicho argumento no es válido, debido a que la AFP como parte demandante del PES no puede estar sujeto a la negligencia y falta de cuidado que haya incurrido el Empleador en sus actuaciones, sino que debe procesar el PES diligentemente, con el sólo propósito de que se efectivicen el pago de los períodos en mora, en el menor, tiempo posible.

Por otro lado, la AFP en sus descargos señala que el Empleador continua regularizando sus deudas y que a la fecha ha reducido la deuda de la ND 6210 -371 de Bs. 646.212,52 a 245.530,31; sin embargo no se ha remitido comprobante del pago parcial que respalde lo aseverado, por lo que dicha situación no es efectiva, sin perjuicio de lo señalado al no haberse pagado el total de la deuda el PES debe seguir.

Asimismo la AFP manifiesta que el Empleador ha solicitado al SENASIR copias legalizadas de resoluciones de rentas de los rentistas y demás documentos para regularizar la deuda. Sin embargo lo señalado no son actuaciones que hayan sido llevadas dentro del PES. De igual manera, la AFP tampoco puede sujetarse a esta actuación de esa repartición pública, para desvirtuar su obligación, la cual debe ser cumplida inexcusablemente y de manera independiente a lo que el Empleador o el SENASIR pudieran argumentar. Por tanto, la Administradora como representante de los Asegurados, debe mantener continuidad necesaria y llevar un movimiento procesal diligente en el PES.

De lo anterior y considerando las aseveraciones de la AFP, las actuaciones del Empleador no imposibilitan a que la Administradora cumpla con la obligación de actuar con el cuidado y la diligencia debida, desde el inicio hasta el final del PES en sujeción estricta a la norma. Por otro lado, la Administradora al conocer todas las actuaciones realizadas del Empleador, debió advertir la dificultad que existía para que el mismo efectivice el pago total de las Contribuciones adeudadas por parte del Empleador, y no paralizar el PES.

Asimismo, la AFP adjunta como documentación de respaldo la siguiente:

1. *Nota de solicitud de prórroga para la verificación y regularización de aportes en mora por parte del Empleador, de 12 de julio de 2010.*
2. *Nota PREV-OP-1998-12-11 de 05 de diciembre del 2011 de BBVA Previsión AFP S.A. dirigida al Empleador.*
3. *Nota PREV-OP 1829/2011de 07 de Diciembre de 2011 de BBVA Previsión AFP S.A. dirigida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS.*
4. *Nota PREV-OP 71/2012 de 16 de enero de 2012 de BBVA Previsión AFP S.A. dirigida*

a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS.

5. *Nota CITE: APS/DPC/UO/526/2012 de 24 de enero de 2012 de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS dirigida a BBVA Previsión AFP S.A.*
6. *Nota Cite: APS/DPC/UO/526/2012 de 24 de enero de 2012, de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS dirigida a BBVA Previsión AFP S.A.*
7. *Nota de 12 de enero de 2011, de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno dirigida al Servicio Nacional del Sistema de Reparto - SENASIR.*

La nota referida en el punto 1, determina que el Empleador solicitó durante el proceso de conciliación, una prórroga de 45 días calendario, con el fin de realizar la verificación de los referidos aportes en mora pendientes de regularización y verificación; al respecto, la AFP no debió supeditarse a las actuaciones del Empleador, asimismo debió advertir las dificultades que existían para efectivizar el pago, y continuar ejerciendo un movimiento procesal diligente en el PES.

La nota referida en el punto 2, no es una actuación procesal del PES instalado, la misma únicamente establece que la AFP ha informado al Empleador cuales son las cuentas de los Asegurados en las que se ha procedido la anulación de la deuda, y cuales se han mantenido, demostrando la existencia de que el Empleador si se encuentra en mora, y la misma debía regularizarse.

Las notas referidas en los puntos 4, 5 y 6 tampoco son parte del PES, como actuaciones realizadas por la AFP. Se refieren a actuaciones de carácter administrativo, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS y la Administradora mantienen, por tratarse de una Entidad Regulada. En lo particular al punto 5, la entidad reguladora transmitió asuntos referidos a la operativa administrativa y no en relación al PES y en especial al presente caso.

La nota referida en el punto 7, no es parte del PES instalado, y el pedido realizado por el Empleador al Servicio Nacional del Sistema de Reparto - SENASIR, solicitando fotocopias legalizadas de las Resoluciones emitidas por el Área de Calificación de rentas (CC), son indicios de que el Empleador quería dilatar el PES.

En ese entendido y luego del análisis anterior, la documentación y los argumentos referidos por la Administradora no justifican su paralización, ya que es deber de la Administradora desempeñarse como un buen padre de familia y continuar la tramitación de las acciones judiciales que la ley prevé hasta efectivizar la recuperación objetiva de la deuda.

Por último de las actuaciones remitidas por BBVA Previsión AFP S.A., se pudo comprobar que no presentó actuaciones con respecto al período de inactividad del PES, por lo que se hace más evidente su paralización desde el 20 de febrero de 2010 al 18 de marzo de 2011 del PES, por esta razón esta Autoridad ha determinado que la Administradora inactivo (sic) *el PES dejándolo paralizado y sin movimiento procesal diligente; sin tener la debida atención, cuidado y diligencia necesarios que establece la norma.*

Por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. no justifican ni desvirtúan el Cargo N° 1, por lo cual el mismo se ratifica.

A LOS CARGO N° 2 Y 3

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha imputado a BBVA Previsión AFP S.A., con los Cargos N° 2 y 3 de la siguiente manera:

> ***"Cargo 2.-*** *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*
>
> *Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:*
>
> ***Empleador:*** *Universidad Mayor de San Andrés con NIT 1020071028*
> ***Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social de Distrito Judicial de La Paz.***
> ***Periodo comprendido sin movimiento procesal:*** *Por el período comprendido desde el 11 de diciembre de 2008 al 10 de febrero de 2010.*
> ***A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:***
> *"…*
> - *Mediante memorial de **11 de diciembre de 2008,** la parte demandante apersona a un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso.*
> - *En fecha **10 de febrero de 2010,** la parte demandante reitera la solicitud de regulación de honorarios profesionales y asimismo, solicita la retención de fondos de la parte demandada.*
> - *Se puede evidenciar que desde el **11 de diciembre de 2008** al **10 de febrero de 2010, existen cuatrocientos veintiséis (426) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP.*

"Cargo 3.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*

Empleador: *Universidad Mayor de San Andrés con NIT 1020071028.*
Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial La Paz.
Periodo comprendido sin movimiento procesal: *Por el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2008 al 22 de octubre de 2009, y entre el 22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:
"…
- *Dicho abogado patrocinante de la parte demandante solicita mediante*

memorial de 15 de septiembre de 2008, se oficie certificación por parte de BBVA Previsión AFP S.A. sobre la cancelación de lo adeudado al SSO y solicita la cancelación de sus honorarios profesionales.

- *Mediante memorial de **12 de diciembre de 2008,** la parte demandante apersona a un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso.*
- *En fecha **22 de octubre de 2009,** la parte demandante solicita al Juez dicte Resolución respecto a la regularización de honorarios profesionales.*
- *Se puede evidenciar que desde el **12 de diciembre de 2008** al **22 de octubre de 2009, existen trescientos catorce (314) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP.*
- *Mediante memorial de **06 de enero de 2011,** la parte demandante anuncia el patrocinio de un nuevo profesional abogado para la prosecución del proceso adjuntando el correspondiente pase profesional*
- *Se puede evidenciar que desde el **22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011, el proceso no tiene un movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP."*

Que de acuerdo a los Cargos N° 2 y 3, BBVA Previsión AFP S.A. presenta uniformemente como descargo lo siguiente:

> *"La APS levanta cargos a la AFP por "la postergación de los efectos que persigue el PES". El objetivo principal de la cobranza es la recuperación de las contribuciones en mora al Seguro Social Obligatorio.*
>
> *Revisado el expediente del presente proceso se tiene que a partir del 23 de mayo de 2005, los actuados procesales únicamente persiguen la cancelación de los Gastos Judiciales y los Honorarios Profesionales del abogado patrocinante, y como sustento de ese incidente el propio abogado patrocinante sustenta demandada (sic) en que a la fecha de regulación de honorarios la deuda se encuentra cancelada. A la fecha el incidente no ha sido resuelto, empero es un tema que concierne únicamente a la AFP y al abogado patrocinante porque los períodos demandados se encuentran pagados."*

La Administradora argumenta respecto a los Cargos que, los períodos identificados sin movimiento procesal se deben a que la deuda habría sido cancelada restando solamente el pago de Gastos Judiciales y Honorarios Profesionales.

*Cabe señalar que la Administradora no remitió documentación de respaldo que permita corroborar los supuestos pagos de lo adeudado por parte de la **"Universidad Mayor de San Andrés"** en ambos PES. Sin perjuicio de ello, la naturaleza del cargo está relacionada a la inactividad procesal y no al pago de aportes. En ese entendido, considerando que no todos los conceptos correspondientes al orden de prelación de pagos han sido oblados, el PES se entiende como vigente.*

Por otro lado, de las actuaciones se puede evidenciar que, en el Cargo N° 2, el 11 de diciembre de 2008, la AFP apersona un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso; posteriormente el 10 de febrero de 2010 reitera la solicitud de regulación de honorarios profesionales y solicita la retención de fondos del Empleador

Universidad Mayor de San Andrés, por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad de cuatrocientos veintiséis (426) días.

Asimismo en el Cargo N° 3, el 12 de diciembre de 2008 la AFP apersonó un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso y posteriormente el 22 de octubre de 2009 solicitó al Juez de la causa dicte Resolución respecto a la regularización de los honorarios profesionales, por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad de trescientos catorce (314) días sin movimiento procesal; posteriormente el 06 de enero de 2011 anuncia el patrocinio de un nuevo profesional abogado para la prosecución del proceso adjuntando el pase profesional, por lo que se evidencia que desde el 22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011 el proceso no tiene un movimiento procesal diligente. Por lo expuesto, la Administradora demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal de ambos PES. Determinándose que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

La AFP como representante de los Asegurados, tiene la obligación de perseguir el cobro de las cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados por el Empleador, por lo que debe mantener un movimiento procesal diligente en los PES, desde su inicio hasta que recaiga sentencia ejecutoriada y se desista el PES una vez pagado todos los conceptos de la deuda del SSO insertos en la Nota de Débito, y se cumpla de esta manera con el fin de perseguir y efectivizar la recuperación de las Contribuciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo. La AFP ha interrumpido el objetivo principal, para perseguir la cancelación de los Honorarios Profesionales de su abogado patrocinante, quedando estos pendientes de pago.

En ese sentido, el artículo 11 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 establece: ***"(PAGO DE COTIZACIONES EN MORA POR PARTE DEL EMPLEADOR).*** *En caso de iniciado e*(sic) *Proceso Ejecutivo Social, el empleador en mora podrá pagar su deuda total o parcialmente en cualquier momento.*
Si el pago fuera parcial, la AFP podrá convenir extrajudicialmente un programa de pagos diferidos incluyendo gastos emergentes de la demanda, en cuyo caso suspenderá la prosecución del proceso o la ejecución judicial de la mora, quedando facultada para reiniciar el proceso o ejecutar la sentencia en caso de incumplimiento del empleador al programa de pagos. Lo convenido extrajudicialmente no podrá ser considerado ni planteado como excepción de conciliación de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones.

Si el pago es total a satisfacción de la AFP y se lo efectúa durante el Proceso Ejecutivo Social, la AFP deberá presentar al Juez de la causa el desistimiento de la acción y posterior solicitud de archivo de obrados, bajo responsabilidad.

En caso de pagos parciales, .la AFP acreditará sin prorrateo las sumas cobradas en el siguiente orden de prelación:

a) Contribuciones al SSO.
b) Intereses y recargos adeudados.

c) Honorarios profesionales y gastos administrativos.
d) Gastos judiciales.

Por esta razón, al no haber pagado aún los Honorarios Profesionales, se evidencia que la AFP no ha pagado toda la deuda al SSO. Por otro lado y como prueba de lo anterior tampoco presenta al Juez de la causa el desestimiento (sic) *del PES instalado, a efectos de demostrar la finalización del PES.*

Asimismo, la AFP no ha comprobado la cancelación total de los períodos incurridos en mora por el Empleador Universidad Mayor de San Andrés; por lo cual sus obligaciones de pago de las deudas del Empleador continúan y el PES también.

Lo que demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador "Universidad Mayor de San Andrés", con el fin hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la seguridad social de los trabajadores, lo que llevó a que los PES se prolonguen superabundantemente en el tiempo.

En ese sentido se tiene que, en el Cargo N° 2 es evidente que el PES tuvo una interrupción desde el 11 de diciembre de 2008 al 10 de febrero de 2010 es decir de cuatrocientos veintiséis (426) días sin movimiento procesal. En el Cargo N° 3 es evidente que el PES tuvo una interrupción desde el 12 de diciembre de 2008 hasta el 22 de octubre de 2009, y desde el 22 de octubre de 2009 hasta el 06 de enero de 2011.

Por tanto, esta Autoridad habiendo evaluado todos los argumentos presentados por la AFP, determina que no son suficientes, por lo que corresponde su sanción.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A*

la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

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

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

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque no existió un movimiento procesal diligente en el PES por parte de la AFP, entre los períodos de tiempo identificados en la infracción de cargos; y los descargos de solicitud de prórroga para verificación y regularización de Aportes en mora remitido por la "Universidad Autónoma Gabriel René Moreno" no son suficientes para desvirtuar lo imputado considerando que el PES una vez iniciado debe concluir con la recuperación de la deuda íntegra;* ***c)*** *La ausencia de descargos idóneos para el PES correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación del cargo imputado, y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo y al perjuicio causado al movimiento continuo desarrollo del PES.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no presentó las actuaciones procesales de forma continua, y no llevó un movimiento procesal diligente en el PES, incurriendo en una prolongada inactividad de trescientos noventa y un (391) días;* ***b)****. El*

perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PES lo cual retraso la recuperación de las Contribuciones.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PES, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento el PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 2 y 3.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *Los hechos imputados se encuentran previamente calificados como infracciones por la normativa imputada, en el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997;* ***b)*** *Los hechos se encuentran comprobados en los Cargos N° 2 y 3 por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 11 de diciembre de 2008 hasta el 10 de febrero de 2010, el 12 de diciembre de 2008 al 22 de octubre de 2009, y el 22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011, la AFP no presentó descargo de respaldo que permita corroborar el supuesto pago de lo adeudado por parte de la Universidad Mayor de San Andrés, pese a la posibilidad otorgada al regulado de poder en esta instancia presentar todas las actuaciones procesales que hubiesen presentado durante ese tiempo, por consiguiente, el incumplimiento se halla comprobado;* ***c)*** *La ausencia de descargos idóneos para el PES correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo y al perjuicio causado.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no presentó las actuaciones procesales de forma continua, y no llevó un movimiento procesal diligente en los PES, incurrió en una prolongada inactividad tanto de cuatrocientos veintiséis (426) días y por trescientos catorce (314) días;* ***b)****. El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en ningún PES lo cual retraso la recuperación de las Contribuciones.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en ninguno de los PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de

conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PES, dicha inobservancia a la norma no causo (sic) *un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento los PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.*

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

> *"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción:

> *"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."*

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

*"**RESUELVE:***

***PRIMERO.-** Sanciona y desestima la sanción a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos imputados:*

*a) En relación al **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

b) En relación a los (sic) ***Cargos N° 2** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*c) En relación al **Cargo N° 3** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de17 de enero de 1997.*

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 23 de abril de 2012, BBVA Previsión AFP S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 135-2012 de 01 de marzo de 2012, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 335-2012 DE 23 DE MAYO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 335-2012 de 23 de mayo de 2012, mediante la cual confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 135-2012 de 01 de marzo de 2012, bajo los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 23 de abril de 2012, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL CARGO N° 1:

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, ha sancionado a BBVA Previsión AFP S.A. al constatar que no actuó con la diligencia necesaria y el cuidado exigible de un Buen Padre de Familia, debido a que infringió la normativa a la Gestión de Cobro Judicial. En ese sentido, el Cargo dispone:

*"**Cargo 1.-** Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador:** Universidad Autónoma Gabriel René Moreno con NIT 1028037020.*
Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido del 20 de febrero de 2010 al 18 de marzo de 2011.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.*
- *Nota de Débito N° 6210 - 371 de 15 de diciembre de 2009, emitida por concepto de Contribuciones en Mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por el monto de Bs672.898,55.*
- *Presentación de memorial de inicio de demanda, realizada en fecha 06 de enero de 2010, ante el Juzgado de Turno de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz,*
- *El Juez mediante Auto intimatorio de Pago de 07 de enero de 2010, conmina a notificación con el mencionado Auto.*
- *Mediante representación de **20 de febrero de 2010**, el oficial de diligencias informa al Juez que, el representante legal de la parte demandada no pudo ser habido para la correspondiente citación con la demanda.*
- *La parte demandante mediante memorial de **18 de marzo de 2011,** solicita fotocopias legalizadas.*
- *Se puede evidenciar que desde el **20 de febrero de 2010** al **18 de marzo de 2011, existen trescientos noventa y un (391) días sin movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP."*

BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado respecto al Cargo N° 1, presenta los siguientes argumentos:

"II.- INTERPOSICIÓN DE REVOCATORIA DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-

Con la facultad conferida por el artículo 36 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 48 y con sujeción a las demás normas legales que rigen la materia, interpone ***RECURSO DE REVOCATORIA*** *contra la Resolución Administrativa* ***APS/DJ/DPC N°135/2012 DE 01 DE MARZO DE 2012,*** *notificada el 30 de marzo de 2012, que en el Artículo primero incisos a), b) y c) resuelve: Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por infracción a lo dispuesto en el artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997.*

Las disposiciones legales supuestamente infringidas por esta Administradora se refieren al inicio y posterior tramitación del Proceso Ejecutivo Social ante los Jueces de Trabajo bajo los preceptos establecidos en el Código de Procedimiento Civil y al cobro de contribuciones en mora más intereses sin otorgar condonaciones...."

"...Con referencia a la sanción del cargo N° 1, la APS rechaza todos los argumentos expresados por esta Administradora por que (sic) no justifican la paralización del Proceso Ejecutivo Social y los califica como actuaciones administrativas que se encuentran fuera del mismo, es más manifiesta: "Las notas referidas en los punto 4, 5 y 6 tampoco son parte del PES, como actuaciones realizadas por la AFP. Se refieren a actuaciones de carácter administrativo, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS y la Administradora mantienen, por tratarse de una Entidad Regulada.

La APS pretende desconocer que el cobro de contribuciones en mora no se circunscribe únicamente al Proceso Ejecutivo Social, es un campo amplio en el que se presentan solicitudes de conciliación de la deuda por parte de las empresas ejecutadas con el único fin de pagar las contribuciones devengadas..."

En el caso de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, la APS participó en la conciliación de la deuda bajo el conocimiento de que esta Administradora de Fondos de Pensiones había iniciado el cobro judicial, participación que tuvo como finalidad el esclarecimiento de la deuda de la mencionada institución estatal que por sus características de autónoma y de aplicación de la Ley 1178 es muy compleja.

La verdad material de la deuda de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno es que como consecuencia de la conciliación se ha reducido de Bs 646.212.52 a Bs. 245,530.31, y que la conciliación realizado (sic) *ha sido positiva aunque la APS no quiera reconocerlo de esa manera...".*

En función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 23 de abril de 2012, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

La Administradora en su Recurso de Revocatoria, respecto al presente Cargo, argumenta que la paralización procesal identificada en el Proceso Ejecutivo Social - PES iniciado contra el Empleador "Universidad Autónoma Gabriel René Moreno" se debe a un supuesto proceso de conciliación iniciado paralelamente al PES entre la AFP y el Empleador antes mencionado.

Al respecto, si bien la AFP argumenta haber iniciado un proceso de conciliación entre el Empleador y la AFP, éste se hubiese iniciado durante la tramitación y sustanciación del PES, hecho que no justifica la paralización injustificada del mismo, ya que independientemente de este supuesto proceso de conciliación, una vez iniciado el Proceso Ejecutivo Social, es deber de la Administradora desempeñarse como un buen padre de familia y continuar la tramitación de las acciones judiciales que así la ley (Código de Procedimiento Civil) prevé, inclusive comunicando al Juez de la causa las gestiones extrajudiciales.

El argumento de que el supuesto proceso de conciliación fue realizado con el fin de esclarecimiento de la deuda del Empleador y su correspondiente regularización, no es relevante debido a que ya habiéndose iniciado un PES, ambas partes conocen la situación en la que se encuentran las Contribuciones adeudadas por el Empleador, por lo cual es importante la continuidad del proceso judicial para la recuperación de dichas Contribuciones en mora.

Asimismo, cabe señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS no pretende desconocer que paralelamente a un PES puede existir un proceso extrajudicial de conciliación entre la Administradora y el Empleador moroso; sin embargo, dicho proceso de conciliación no es justificativo para suspender o paralizar arbitrariamente las actuaciones en el PES ya que éste debe seguir su sustanciación de acuerdo a los plazos y lineamientos establecidos por el Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

La AFP está obligada a seguir el PES continuamente hasta que el Empleador haya pagado la totalidad de los conceptos insertos en la Nota de Débito, para lo cual y en muestra de satisfacción de la obligación pecuniaria, debe contar con el debido desistimiento de la demanda.

En ese entendido y luego del análisis anterior, los argumentos referidos en el Recurso de Revocatoria por la Administradora no son suficientes para justificar la paralización del PES, ya que es deber de la Administradora desempeñarse como un buen padre de familia y continuar la tramitación de las acciones judiciales que la ley prevé hasta efectivizar la recuperación objetiva de la deuda.

Por último BBVA Previsión AFP S.A., en esta instancia no remite documentación sobre actuaciones procesales que hubiese presentado durante el periodo de inactividad del PES por lo que hace evidente la paralización desde el 20 de febrero de 2010 al 18 de marzo de 2011 del PES, por esta razón se confirma que la Administradora no efectuó las diligencias necesarias en el PES dejándolo paralizado y sin movimiento procesal diligente.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. no justifican ni desvirtúan el Cargo N° 1, por lo cual el mismo se ratifica.

A LOS CARGOS N° 2 Y 3

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°135 - 2012 de 01 de marzo de 2012 ha sancionado a BBVA Previsión AFP S.A., por los siguientes Cargos:

***"Cargo N° 2.-** Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador** Universidad Mayor de San Andrés con NIT 1020071028.*
Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social de Distrito Judicial de La Paz.
***Periodo comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido desde el 11 de diciembre de 2008 al 10 de febrero de 2010.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Nota de Débito N° 3810 de 04 de agosto de 2004, emitida por concepto de Contribuciones en Mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por el monto de Bs3.644.157,19.*
- *Presentación de memorial de inicio de demanda realizada en fecha 20 de agosto de 2004, ante el Juzgado de Tumo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.*
- *El Juez mediante Auto Intimatorio de Pago de 08 de septiembre de 2004, conmina a la parte demandada al pago de lo adeudado dentro del tercer día de su legal notificación con el mencionado auto.*
- *Mediante representación de 17 de septiembre de 2004, el Oficial de Diligencias informa al Juez que, el representante legal de la parte demandada no pudo ser habido para la correspondiente citación con la demanda.*
- *La parte demandante solicita, citación por cédula mediante memorial de 21 de septiembre de 2004.*
- *En fecha 04 de octubre de 2004, la parte demandada presenta memorial apersonándose e interpone excepciones.*
- *Mediante memorial de 24 de enero de 2005, la parte demandante responde a las excepciones planteadas.*
- *La parte demandante mediante memorial de 23 de mayo de 2005, solicita la cancelación de gastos judiciales ya que la parte demandada canceló la totalidad de lo adeudado por aportes al SSO omitiendo el pago 3% correspondiente a dichos gastos judiciales.*

- *En fecha 16 de septiembre de 2005, el juez del Juzgado Primero remite el expediente original del PES al Juzgado Séptimo debido a excesiva carga procesal para que éste último conozca el proceso en adelante.*
- *Mediante memorial de 07 de noviembre de 2005, la parte demandante apersona a un nuevo representante legal para la tramitación de ulteriores diligencias en el proceso.*
- *La parte demandada se apersona y solicita se archive obrados mediante memorial de 15 de noviembre de 2005.*
- *El Juez mediante Resolución N° 003/2006 de 23 de enero de 2006, rechaza la solicitud de conminatoria de pago de gastos judiciales y honorarios profesionales realizada por parte demandante.*
- *En fecha 21 de agosto de 2006, la parte demandante anuncia mediante memorial el copatrocinio de un nuevo profesional abogado*
- *Mediante memorial de 18 de diciembre de 2006, la parte demandante solicita fotocopias simples del proceso.*
- *La parte demandante, mediante memorial de 15 de noviembre de 2007, solicita certificación sobre el estado del proceso.*
- *Mediante memorial de 28 de enero de 2008, la parte demandante solicita fotocopias simples del proceso.*
- *En fecha 20 de junio de 2008, la parte demandante solicita la regulación de honorario profesionales.*
- *Mediante memorial de **11 de diciembre de 2008,** la parte demandante apersona a un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso.*
- *En fecha **10 de febrero de 2010,** la parte demandante reitera la solicitud de regulación de honorarios profesionales y asimismo, solicita la retención de fondos de la parte demandada.*
- *Se puede evidenciar que desde el **11 de diciembre de 2008** al **10 de febrero de 2010, existen cuatrocientos veintiséis (426) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP."*

***"Cargo N° 3.-** Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.*

***Empleador:** Universidad Mayor de San Andrés con NIT 1020071028.*
Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial La Paz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2008 al 22 de octubre de 2009, y entre el 22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Nota de Débito N° 3288 de 01 de septiembre de 2003, emitida por concepto de Contribuciones en Mora al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo -SSO, por el monto de Bs5.856.265,67.*

- *Presentación de memorial de inicio de demanda realizada en fecha 03 de septiembre de 2003, ante el Juzgado de Turno de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de la ciudad de La Paz.*
- *La parte demandante mediante memorial de 23 de mayo de 2005, solicita la cancelación de gastos judiciales ya que la parte demandada canceló la totalidad de lo adeudado por aportes al SSP omitiendo el pago de 3% correspondiente a dichos gastos judiciales.*
- *Mediante memorial de 30 de noviembre de 2005, la parte demandante reitera la cancelación de honorarios profesionales*
- *La parte demandante de 24 de mayo de 2006, solicita mediante memorial reiterando por segunda vez la solicitud de cancelación de honorarios profesionales.*
- *En fecha 21 de agosto de 2006, la parte demandante anuncia mediante memorial el copatrocinio de un nuevo profesional abogado.*
- *Mediante memorial de 22 de diciembre de 2006, la parte demandante solicita fotocopias simples del proceso.*
- *Mediante memorial de 20 de junio de 2008, la parte demandante reitera la cancelación de honorarios profesionales.*
- *El abogado patrocinante de la parte demandante solicita mediante memorial de 15 de septiembre de 2008, se oficie certificación por parte de BBVA Previsión AFP S.A. sobre la cancelación de lo adeudado al SSO.*
- *Dicho abogado patrocinante de la parte demandante solicita mediante memorial de 15 de septiembre de 2008, se oficie certificación por parte de BBVA Previsión AFP S.A. sobre la cancelación de lo adeudado al SSO y solicita la cancelación de sus honorarios profesionales.*
- *Mediante memorial de **12 de diciembre de 2008,** la parte demandante apersona a un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso.*
- *En fecha **22 de octubre de 2009,** la parte demandante solicita al Juez dicte Resolución respecto a la regularización de honorarios profesionales.*
- *Se puede evidenciar que desde el **12 de diciembre de 2008** al **22 de octubre de 2009, existen trescientos catorce (314) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP.*
- *Mediante memorial de **06 de enero de 2011,** la parte demandante anuncia el patrocinio de un nuevo profesional abogado para la prosecución del proceso adjuntando el correspondiente pase profesional.*
- *Se puede evidenciar que desde el **22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011, el proceso no tiene un movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP."*

Que mediante memorial de Recurso de Revocatoria de 23 de abril de 2012, la Administradora textualmente señala lo siguiente:

*"...La sanción a los cargos N° dos (2) y tres (3) se sustenta:"(sic) (...) **al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES."***

Al respecto, es importante manifestar que la Ley 1732 de manera precisa determina que es lo que la AFP debe cobrar al manifestar:

"Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones".

Es más, el artículo 23 de la Ley 1732, con referencia al PES define que tiene como finalidad:

"perseguir el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)."

El Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, en su Artículo 11 regla el pago parcial de contribuciones en mora a través de la suscripción de un convenio de pagos en cuyo evento la AFP debe acreditar esos pagos parciales sin prorrateo las sumas cobradas en el siguiente orden de prelación:

a) Contribuciones al SSO (sic)
b) Intereses y recargos adeudados (sic)
c) Honorarios profesionales y gastos administrativos (sic)
d) Gastos judiciales

Esta Administradora de Fondos de Pensiones desde el inicio de la tramitación del proceso judicial no ha dejado de perseguir el cobro de cotizaciones, primas devengadas, más intereses. La APS en ninguno de los considerando de la sanción demuestra que esta Administradora hubiese sido negligente en los actos procesales de cobro de las contribuciones devengadas o hubiese dejado de cobrar las mismas, es más, pretende ignorar que la deuda demandada fue pagada por el empleador sin la suscripción de un convenio de pago, motivo por el que la aplicación de la prelación de acreditación de la deuda establecida en el Decreto Supremo 25722 no se aplica a la realidad de los hechos.

La resolución impugnada se constituye en un acto administrativo arbitrario, por el sólo hecho de que se sanciona por la falta de continuidad en el cobro de ***"honorarios profesionales"*** *del abogado externo de la AFP, concepto que la Ley 1732 no establece como obligación de la AFP, ni como el fin que persigue el Proceso Ejecutivo Social (sic).*

El cobro de costas dentro del Proceso Ejecutivo social (sic) se encuentra regulado en el artículo 512 Código de Procedimiento Civil y su alcance se encuentra definido por el artículo 199 del citado cuerpo de leyes que a la letra manifiesta:

"Art. 199.- (ALCANCE DE LAS COSTAS).

I. Las costas del proceso comprenderán los diversos gastos justificados y necesarios hechos por la parte victoriosa, tales como los de papel sellado, timbres y otros reconocidos por el arancel de derechos procesales.
II. Asimismo, comprenderán el honorario de abogado y los salarios de las personas a quienes se refiere el parágrafo II del artículo 51.
III. Los gastos correspondientes a pedidos desestimados serán de cargo de la parte que los formuló aunque la. sentencia le fuere favorable en lo principal (Art. 198, 201,

443)."

Ninguna de las disposiciones legales citadas (Ley 1732 y Código de Procedimiento Civil) establece como obligación de la parte victoriosa del Proceso Ejecutivo Social el cobro de costas y dentro de ellas el concepto de honorarios profesionales, del abogado, como es en el presente caso, más por el contrario, se constituye en su derecho que no se encuentra bajo la regulación y control de la APS porque se está regulado (sic) por el Arancel del Colegio de Abogados de cada Distrito Judicial.

Es más los honorarios profesionales se constituye (sic) en un derecho de un tercero, como es el caso del abogado externo de la AFP, de cuya, voluntad depende la oportunidad y la efectividad del cobro de sus honorarios. Los actos procesales que persigan el cobro de los honorarios profesionales y que deben realizarse no tienen ninguna relación con la deuda demanda (sic), más aún cuando se establece que la deuda fue pagada por el empleador conforme a las disposiciones legales y administrativas que regulan el pago de contribuciones en mora al SSO y como se demuestra en la documentación que se adjunta.

Con referencia a una supuesta "falta de respaldo del pago de la deuda" mencionada por la APS en la resolución sancionatoria, expresamos a su autoridad que la propia APS en la Nota de Cargo APS/DJ/DPC/5905/2011 de 27 de diciembre de 2011, cita al memorial del 23 de mayo de 2005, manifestando: "la parte demandante mediante memorial de 23 de mayo de 2005, solicita la cancelación de gastos judiciales ya que la parte demandada canceló la totalidad de lo adeudado por aportes al SSP omitiendo el pago 3% correspondiente a dichos gastos judiciales"

Como su autoridad podrá advertir, el ente regulador reconoce el cumplimiento de la deuda demandada, es decir, que el demandado no tiene deuda alguna referida a aportes, primas, comisión y otros conceptos establecidos en el inciso d) del artículo 31 de la Ley 1732 y que los Honorarios Profesionales no son parte del SSO, realidad que es contradicha arbitrariamente por la resolución impugnada al afirmar que los gastos judiciales y honorarios profesionales generan deuda al SSO y que además deben ser contabilizadas como parte de la misma.

En función a los argumentos planteados en el Recurso de Revocatoria presentado por la AFP con respecto a los Cargos 2 y 3, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente:

La Administradora argumenta por ambos cargos que, la paralización injustificada de los PES iniciados en contra de la "Universidad Mayor de San Andrés" radicados en los Juzgados Primero y Tercero de Trabajo y Seguridad Social de Distrito Judicial de La Paz, se debe a que el Empleador habría pagado lo adeudado al SSO; asimismo, sostiene que el PES no persigue como un fin los Gastos Judiciales ni los Honorarios Profesionales.

Asimismo, manifiesta que la cancelación de los Gastos Judiciales se encuentra regulado en el artículo 512 y su alcance se encuentra definido por el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, por lo que esta Autoridad no tendría ninguna competencia para

regular el pago de Honorarios Profesionales, toda vez que seria (sic) *competencia del Colegio de Abogados de cada Distrito Judicial.*

En (sic) *necesario aclarar a la AFP que, el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, en su artículo 11 establece el orden de prelación para el pago de Contribuciones en mora bajo el siguiente orden:*

a) Contribuciones al SSO.
b) Intereses y recargos adeudados.
c) Honorarios profesionales y gastos administrativos.
d) Gastos Judiciales.

De igual manera el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, en su artículo 3 (Gastos Judiciales y Administrativos) dispone lo siguiente: "Los gastos judiciales y administrativos que demanden los procesos judiciales para la recuperación de aportes en mora al SSO, serán del tres por ciento (3%), calculados sobre el importe neto adeudado e incorporado a la Nota de Débito. Dicho porcentaje no comprende los recargos, intereses, ni la comisión que corresponde a la AFP ejecutante."

En ese entendido, queda claro que los Honorarios Profesionales y Gastos Judiciales se hallan comprendidos dentro de uno de los conceptos que se persigue con el PES e insertos en la Nota de Débito, cuando existe mora por Contribuciones al SSO.

En este sentido, es necesario aclarar y advertir a la Administradora que es su obligación efectuar la prosecución y conclusión del PES iniciado hasta el pago de la totalidad de los adeudados insertos en la Nota de Débito.

Sin perjuicio de lo anterior, la naturaleza del cargo está relacionada a la inactividad procesal y no al pago de aportes por el Empleador. En ese entendido, considerando que no todos los conceptos correspondientes al orden de prelación de pagos han sido oblados, el PES se entiende como vigente.

Sobre la continuidad de las actuaciones de la AFP se tiene que para el Cargo N° 2, el 11 de diciembre de 2008, la AFP apersona un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso; posteriormente el 10 de febrero de 2010, solicita la regulación de honorarios profesionales y solicita la retención de fondos del Empleador Universidad Mayor de San Andrés, por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un periodo de inactividad de cuatrocientos veintiséis (426) días, sin que haya otro actuado más realizado por la AFP.

Asimismo en el Cargo N° 3, el 12 de diciembre de 2008, la AFP apersonó un nuevo representante legal para ulteriores diligencias del proceso y posteriormente el 22 de octubre de 2009, solicitó al Juez de la causa dicte Resolución respecto a la regularización de los honorarios profesionales, por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad de trescientos catorce (314) días sin movimiento procesal; posteriormente el 06 de enero de 2011, anuncia el patrocinio de un nuevo profesional abogado para la prosecución del proceso adjuntando el pase profesional, por lo que se evidencia que desde el 22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011, el

proceso no tiene un movimiento procesal diligente.

Por lo expuesto, la Administradora demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal de ambos PES, determinándose que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro, y que el pago de honorarios profesionales es de entera responsabilidad del regulado, quien debió regularizar esta situación considerando que el no hacerlo ocasiona inactividad en el PES, como se comprueba en los dos casos ya expuestos.

En ese sentido, la AFP como representante de los Asegurados, tiene la obligación de perseguir el cobro de las cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados por el Empleador, por lo que debe mantener un movimiento procesal diligente en los PES, desde su inicio hasta el correspondiente desistimiento, es decir una vez pagados todos los conceptos de la deuda al SSO insertos en la Nota de Débito, conforme manda el artículo 23 de la Ley N° 1732, de Pensiones.

Lo que demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador "Universidad Mayor de San Andrés", con el fin de hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la seguridad social de los trabajadores, lo que llevó a que los PES se prolonguen superabundantemente en el tiempo.

Por otro lado, la AFP señala que el Código de Procedimiento Civil regula las costas judiciales en el artículo 512 y su alcance se encuentra definido por el artículo 199, (sic) *A continuación manifiesta que la Ley N° 1732 de Pensiones y el Código de Procedimiento Civil no establecen en ninguna de sus disposiciones que la parte victoriosa del PES, tiene la obligación de efectivizar el cobro de las costas judiciales; incurriendo en una completa contradicción en sus afirmaciones.*

Por lo cual esta Autoridad aclara al regulado, que las costas procesales son los gastos en que debe incurrir cada una de las partes (demandante y demandado) involucradas en un juicio.

Las mismas como lo señala el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil incluyen los siguientes gastos inherentes al proceso: notificaciones, tasas y demás, así como, los honorarios profesionales. Todos estos gastos se engloban bajo el mismo término. Siendo que son inherentes al proceso, el pago de honorarios profesionales es parte de los adeudos al PES, este debe ser cancelado también, para que la terminación del proceso social sea absoluto (sic).

Por tanto, esta Autoridad habiendo evaluado todos los argumentos presentados por la AFP en su Recurso de Revocatoria, determina que no son suficientes, por lo que se ratifica la sanción con respecto a los Cargos N° 2 y 3…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 de mayo de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 335-2012 de 23 de mayo de 2012, argumentado lo siguiente:

"III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.

De la lectura de la Resolución confirmatoria de la sanción se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS no ha valorado objetivamente los argumentos y las pruebas presentadas en el Recurso de Revocatoria, no ha aplicando la sana crítica y el principio de la verdad material establecido en el Artículo 4 de la Ley N° 2341, a tiempo de reiterar los fundamentos expresados en el Recurso de Revocatoria manifestamos a su autoridad lo siguiente:

Con relación al Cargo N° 1: La Resolución de Confirmación de la Sanción de manera reiterativa hace referencia a una supuesta conciliación irrelevante que habría realizado la AFP con la Universidad Gabriel René Moreno que no justifica la paralización del proceso, olvidando que la entidad reguladora y fiscalizadora participó en el proceso de conciliación y que esta Administradora demostró que las "supuestas conciliaciones irrelevantes" si fueron relevantes porque tubo (sic) *como producto la aclaración de la deuda y la consiguiente reducción de la misma de Bs. 646.212.52 a Bs. 245.530.31, y que se realizaron con conocimiento del ente regulador a través de comunicaciones escritas realizadas oportunamente, documentación que se protesta presentar al amparo de la Ley de Procedimiento Administrativo y su reglamento.*

Con relación a los Cargos 2 y 3: la propia Autoridad de Fiscalización y control (sic) *de Pensiones y Seguros manifiesta: "En este sentido, la AFP como representante de los Asegurados, tiene la obligación de perseguir el cobro de las cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados por el Empleador, por lo que debe mantener un movimiento procesal diligente en los PES, desde su inicio hasta el correspondiente desistimiento (...)". De lo expresado por el ente regulador claramente se concluye que la AFP tiene la obligación de perseguir* ***únicamente el cobro de las cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados por el Empleador que se encuentran insertos en la nota de Débito****, y no así el concepto de Honorarios Profesionales, conclusión que la hemos manifestado en nuestro Recurso de Revocatoria y que contrariamente a ello resuelve confirmado la Sanción. Por último el regulador cita la inclusión del concepto de "Gastos Judiciales" del tres por ciento (3%) en la nota de débito y en ella interpreta subjetivamente que los honorarios profesionales se encuentran incluidos en la misma, olvidando que el Decreto supremo* (sic) *25722 en su artículo 11, incisos c) y d) hace una diferencia entre Honorarios profesionales y gastos administrativos y Gastos Judiciales, y que los Honorarios Profesionales no están incluidos en la Nota de Débito.*

A continuación transcribo a usted los fundamentos del Recurso de Revocatoria: Las disposiciones legales supuestamente infringidas por esta Administradora se refieren al inicio y posterior tramitación del Proceso Ejecutivo Social ante los Jueces de Trabajo bajo los preceptos establecidos en el Código de Procedimiento Civil y al cobro de contribuciones en mora más intereses sin otorgar condonaciones.

La sanción a los cargos N° dos (2) y tres (3) se sustenta: "(...) al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES."

Al respecto, es importante manifestar que la Ley 1732 de manera precisa determina que es lo que la AFP debe cobrar al manifestar:

"Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones".

Es más, el artículo 23 de la Ley 1732, con referencia al PES define que tiene como finalidad:

"perseguir el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)."

El Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, en su Artículo 11 regla el pago parcial de de contribuciones en mora a través de la suscripción de un convenio de pagos en cuyo evento la AFP debe acreditar esos pagos parciales sin prorrateo las sumas cobradas en el siguiente orden de prelación:

a) Contribuciones al SSO
b) Intereses y recargos adeudados
c) Honorarios profesionales y gastos administrativos
d) Gastos judiciales.

Esta Administradora de Fondos de Pensiones desde el inicio de la tramitación del proceso judicial no ha dejado de perseguir el cobro de cotizaciones, primas devengadas, más intereses. La APS en ninguno de los considerandos de la sanción demuestra que esta Administradora hubiese sido negligente en los actos procesales de cobro de las contribuciones devengadas o hubiese dejado de cobrar las mismas, es más, pretende ignorar que la deuda demandada fue pagada por el empleador sin la suscripción de un convenio de pago, motivo por el que la aplicación de la prelación de acreditación de la deuda establecida en el Decreto Supremo 25722 no se aplica a la realidad de los hechos.

La resolución impugnada se constituye en un acto administrativo arbitrario, por el sólo hecho de que se sanciona por la falta de continuidad en el cobro de "honorarios profesionales" del abogado externo de la AFP, concepto que la Ley 1732 no establece como obligación de la AFP, ni como el fin que persigue el Proceso Ejecutivo Social. El cobro de costas dentro del Proceso Ejecutivo Social se encuentra regulado en el artículo 512 Código de Procedimiento Civil y su alcance se encuentra definido por el artículo 199 del citado cuerpo de leyes que a la letra manifiesta:

"Art. 199.- (ALCANCE DE LAS COSTAS).

I. Las costas del proceso comprenderán los diversos gastos justificados y necesarios hechos por la parte victoriosa, tales como los de papel sellado, timbres, y otros reconocidos por el arancel de derechos procesales.
II. Asimismo, comprenderán el honorario de abogado y los salarios de las personas a quienes se refiere el parágrafo II del artículo 51.

III. Los gastos correspondientes a pedidos desestimados serán de cargo de la parte que los formuló aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal. (Arts. 198, 201, 443)."

Ninguna de las disposiciones legales citadas (Ley 1732 y Código de Procedimiento Civil) establece como obligación de la parte victoriosa del Proceso Ejecutivo Social el cobro de costas y dentro de ellas el concepto de honorarios profesionales del abogado, como es en el presente caso, más por el contrario, se constituye en su derecho que no se encuentra bajo la regulación y control de la APS porque está regulado por el Arancel del Colegio de Abogados de cada Distrito Judicial.

Es más los honorarios profesionales se constituyen en un derecho de un tercero, como es el caso del abogado externo de la AFP, de cuya voluntad depende la oportunidad y la efectividad del cobro de sus honorarios. Los actos procesales que persigan el cobro de los honorarios profesionales y que deben realizarse no tienen ninguna relación con la deuda demanda, más aún cuando se establece que la deuda fue pagada por el empleador conforme a las disposiciones legales y administrativas que regulan el pago de contribuciones en mora al SSO y como se demuestra en la documentación que se adjunta.

Con referencia a una supuesta "falta de respaldo del pago de la deuda" mencionada por la APS en la resolución sancionatoria, expresamos a su autoridad que la propia APS en la Nota de Cargo APS/DJ/DPC/5905/2011 de 27 de diciembre de 2011, cita al memorial del 23 de mayo de 2005, manifestando: "La parte demandante mediante memorial de 23 de mayo de 2005, solicita la cancelación de gastos judiciales ya que la parte demandada canceló la totalidad de lo adeudado por aportes al SSO omitiendo el pago 3% correspondiente a dichos gastos judiciales"

Como su autoridad podrá advertir, el ente regulador reconoce el cumplimiento de la deuda demandada, es decir, que el demandado no tiene deuda alguna referida a aportes, primas, comisión y otros conceptos establecidos en el inciso d) del Artículo 31 de la Ley 1732 y que los Honorarios Profesionales no son parte del SSO, realidad que es contradicha arbitrariamente por la resolución impugnada al afirmar que los gastos judiciales y honorarios profesionales generan deuda al SSO y que además deben ser contabilizados como parte de la misma.

Con referencia a la sanción del cargo N° 1, la APS rechaza todos los argumentos expresados por esta Administradora porque no justifican la paralización del Proceso Ejecutivo Social y los califica como actuaciones administrativas que se encuentran fuera del mismo, es más manifiesta: "Las notas referidas en los puntos 4, 5 y 6 tampoco son parte del PES, como actuaciones realizadas por la AFP. Se refieren a actuaciones de carácter administrativo, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS y la Administradora mantienen, por tratarse de una Entidad Regulada.

La APS pretende desconocer que el cobro de contribuciones en mora no se circunscribe únicamente al Proceso Ejecutivo Social, es un campo amplio en el que se presentan solicitudes de conciliación de la deuda por parte de las empresas ejecutadas con el único fin de pagar las contribuciones devengadas. En el caso de la Universidad

Autónoma Gabriel René Moreno, la APS participó en la conciliación de la deuda bajo el conocimiento de que esta Administradora de Fondos de Pensiones había iniciado el cobro judicial, participación que tubo (sic) *como finalidad el esclarecimiento de la deuda de la mencionada institución estatal que por sus características de autónoma y de aplicación de la Ley 1178 es muy compleja.*

La verdad material de la deuda de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno es que como consecuencia de la conciliación se ha reducido de Bs 646,212.52 a Bs.245,530.31, y que la conciliación realizada ha sido positiva aunque la APS no quiera reconocerlo de esa manera.

IV.- PETITORIO

Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana crítica disponiendo la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 335/2012 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 135/2012 de 01 de marzo de 2012…".

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes normativos.-

A efectos de ingresar al análisis respectivo, importa previamente revisar la normativa atinente al presente caso de autos, conforme se procede a continuación:

- **LEY Nº 1732 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1996 DE PENSIONES:**

  "ARTÍCULO 23º DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.- *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

  La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito (sic) *del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*

No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación…"

"ARTÍCULO 31° OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP). *Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:…"*

*"…**d)** Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"*

- **DECRETO SUPREMO N° 24469 DE 17 DE ENERO DE 1997:**

"ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE). *A MENOS QUE EN LA Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"*

1.2. Del análisis de los cargos imputados y sancionados objeto del presente proceso.-

1.2.1. Cargo N° 1.- (Proceso Ejecutivo Social seguido contra la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido a la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, durante el período de tiempo comprendido entre el 20 de febrero de 2010 al 18 de marzo de 2011.

BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso Jerárquico señala que la paralización del Proceso Ejecutivo Social iniciado contra el Empleador Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, se debió a un proceso de conciliación, por el cual se logró la reducción de la deuda de Bs. 646.212,52 a Bs.245.530,31, gestiones que a su vez fueron realizadas con conocimiento del Ente Regulador.

Si bien, se evidencia que la Administradora de Fondos de Pensiones, ha realizado un proceso de conciliación dentro del Proceso Ejecutivo Social, por el cual ha logrado una

recuperación parcial de la deuda de Bs.646.212,52 a Bs.245.530,31, sin embargo el cargo imputado y sancionado se refiere a la paralización injustificada, misma que muestra una demora de 391 días durante el periodo transcurrido entre el 20 de febrero de 2010 y el 18 de marzo de 2011.

Esta situación demuestra **en cuanto al cargo imputado y sancionado** la pasividad con la que ha actuado la AFP dentro del Proceso Ejecutivo Social, evidenciándose que no se realizó ninguna gestión y más aún cuando el argumento presentado por la AFP recurrente expresa una recuperación parcial y no así un descargo como tal a la infracción imputada. Es más no debe olvidar la AFP que es responsabilidad de la misma el tramitar el proceso con la diligencia exigible a efectos de lograr la recuperación del cien por ciento (100%) de la deuda.

Por lo que al no contar con mayores elementos que permitan desvirtuar la sanción impuesta por la Entidad Reguladora, se ratifica la infracción a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

1.2.2. Cargos Nº 2 y 3 (Proceso Ejecutivo Social seguido contra la Universidad Mayor de San Andrés).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada del trámite procesal, dentro del Proceso Ejecutivo Social Ejecutivo seguido contra el Empleador Universidad Mayor de San Andrés en los siguientes periodos:

- Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, durante el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2008 al 10 de febrero de 2010 y

- Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, durante el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2008 al 22 de octubre de 2009 y entre el 22 de octubre de 2009 al 06 de enero de 2011.

Ahora bien, BBVA Previsión AFP S.A. señala en su Recurso Jerárquico que la Entidad Reguladora pretende ignorar que la deuda demandada en el Proceso Ejecutivo Social fue pagada por el empleador y que la falta de continuidad de cobro de honorarios profesionales del abogado externo y gastos judiciales, no han producido la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social, por tanto considera que no existe tipicidad y no correspondería la sanción.

En primer término corresponde analizar el principio de tipicidad, para luego entrar a compulsar el proceso administrativo sancionatorio del caso de autos.

El principio de tipicidad, responde al principio sancionatorio de "*nullum crimen sine lege*" lo que quiere decir "no existe crimen sin Ley previa que lo consagre". Por tanto el cumplimiento

del Principio de Tipicidad, se consagra como una garantía jurídica para el supuesto actor de un delito -imputado, juzgado o procesado-, sea juzgado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma.

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

> *"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:*
>
> *La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración:* ***1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***
>
> *Congruentemente con lo anterior, tenemos que el* ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*
>
> *El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.*
>
> *Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".*
>
> *Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:*
>
> *"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.*
>
> *En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera* ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

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

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

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

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

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

Ahora bien, subsumiendo el análisis del cumplimiento estricto del Principio de Tipicidad, importará revisar los tipos imputados y que merecieron sanción, a saber:

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a la AFP, por el incumplimiento a lo establecido en el artículo 23, el inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997.

Sin embargo tal como se advierte de la norma transcrita líneas atrás, los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, y el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establecen la obligación de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales con la diligencia de un buen padre de familia para el cobro de cotizaciones, primas devengadas, comisiones, intereses adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Que en el presente caso y de la revisión de los antecedentes del proceso así como de la nota de cargos APS/DJ/DPC/5908/2011 de 27 de diciembre de 2011, a fs. 21 se tiene que el inicio del proceso sancionador y consiguiente sanción se centra únicamente en la recuperación de contribuciones en mora, al evidenciar una supuesta paralización injustificada de las actuaciones procesales; que hubiera producido una supuesta interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Sin embargo de ello la misma nota de cargos hace referencia a los actuados más relevantes del PES y cita el memorial presentado por la AFP de 23 de mayo de 2005, "*donde se solicita la cancelación de los gastos judiciales ya que la parte demandada canceló la totalidad de lo adeudado por aportes al SSO…*"

Que en el presente caso y una vez explicado lo anterior, se tiene que efectivamente ni los gastos judiciales, ni los gastos de honorarios profesionales, hacen a la imputación dada por el órgano regulador, ya que la falta de diligencia extrañada no ha afectado (cual se imputa) a los afiliados de la Seguridad Social de largo plazo. Asimismo y no menos importante es que la propia Autoridad Fiscalizadora, en ningún momento rebate la falta de diligencia en la tramitación del Proceso Ejecutivo Social seguido hasta la recuperación de las contribuciones, limitándose su observación al momento en que ya sólo faltaba la recuperación de los honorarios profesionales y gastos administrativos.

Por lo que resulta pertinente concluir, que no ha existido ningún incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones en cuanto a los cargos imputados.

Ahora bien, en cuanto al incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, se tiene que el mismo hace referencia a la obligación que tiene AFP de actuar con la diligencia necesaria, es así que el concepto de buen padre de familia debe entenderse como la oportuna diligencia que debe demostrar la AFP con sus Afiliados en el inicio y la tramitación de los Procesos Ejecutivos Sociales, hasta en la recuperación de las contribuciones y intereses, así como recargos si así correspondiese.

Por lo que en el caso de autos al haberse hecho la recuperación total de la deuda, y principalmente **al no existir observación por parte de la Autoridad de Fiscalización** a esa etapa de tramitación, la AFP ha demostrado haber actuado con la diligencia de un buen padre de familia.

Congruentemente con lo desarrollado, se concluye que en el presente caso tampoco corresponde la sanción a la AFP por el incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, en cuanto a la falta de diligencia y persecución del cobro de honorarios profesionales, ni el cobro de gastos judiciales.

Por lo expuesto se tiene que las infracciones imputadas y consiguientemente sancionadas no corresponden a la conducta omitida por parte de la AFP, habiendo el Ente Regulador aplicado incorrectamente el principio de tipicidad para los cargos 2 y 3, al haber sancionado una conducta distinta a la imputada, ya que este hecho conlleva a la vulneración del principio de tipicidad y debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto al Cargo Nº 1, situación que no sucedió para los Cargos Nº 2 y 3, al no haber dado una correcta aplicación a los Principios de Tipicidad y Debido Proceso.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Revocar Parcialmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 335-2012 de 23 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 135-2012 de 01 de marzo de 2012, dejando sin efecto el artículo primero inc. b) y c) correspondientes a los Cargos Nº 2 y 3, y mantener subsistente la sanción correspondiente al artículo primero inc. a) en relación al Cargo Nº 1.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 343-2012 DE 24 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 061/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 061/2012

La Paz, 23 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 343-2012 de 24 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 136-2012 de 1º de marzo de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 034/2012 de 29 de agosto de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 111/2012 de 14 de septiembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 15 de junio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio de Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe

Pública Nº 35 de la ciudad de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 343-2012 de 24 de mayo de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 136-2012 de 1º de marzo de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/4532/2012 con fecha de recepción 20 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 343-2012 de 24 de mayo de 2012, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 26 de junio de 2012 y notificado a la recurrente en fecha 3 de julio de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/6553/2012 de 30 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hizo presente la documentación complementaria que le ha sido solicitada por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2012 de 27 de agosto de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DPC/5761/2011 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/5761/2011 de fecha 20 de diciembre de 2011, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** con los siguientes cargos:

CARGO Nº 1 (REFERIDO A LA EMPRESA MUNICIPAL DE MANTENIMIENTO URBANO – EMMU):

"…***CARGO 1.-*** *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 259 de 23 de junio de 2000, modificado por el artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS-IP No.935 de 01 de septiembre de 2006, al advertir que en el Procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo y de aclaración, no habría remitido las comunicaciones escritas y dentro de plazos señalados al Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU, correspondiente a los siguientes períodos:*

Nro.	*Fecha de recepción de la nota*	*Periodos comprendidos en la nota enviada por la AFP*	*Cumplimiento de Plazo*
17	*14/05/2010*	*Nov-09*	*Fuera de plazo*
18		*Ene-2008 a Nov-2009*	*Fuera de plazo*
19		*Mar-2008 a Dic-2009* *Ene-2010 a Ago-2010*	*Fuera de plazo* *Fuera de plazo*
22		*Mar-2008 a Dic-2009* *Ene-2010 a Ago-2010*	*Fuera de plazo* *Fuera de plazo*

CARGO Nº 2 (REFERIDO A LA EMPRESA MUNICIPAL DE MANTENIMIENTO URBANO – EMMU):

Cargo 2.- *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Período comprendido sin movimiento procesal: *Amplia demanda Primer PES.*

- *Juez Primero de Trabajo y de Seguridad Social de la ciudad de El Alto.*
- *Mediante memorial de fecha 30 de marzo de 1999, se amplía la demanda, por los periodos de septiembre/1997, diciembre/1997, enero/1998, febrero/1998 y enero/1999.*
- *En la demanda presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, ésta solicita la aplicación de las siguientes medidas precautorias:*
  - *a) Se libre mandamiento de Embargo.*
  - *b) Intervención judicial de la Empresa.*
  - *c) Arraigo.*
  - *d) Retención de Fondos.*
  - *e) Anotación preventiva.*

- *Mediante memorial de 15 de abril de 1999, la Administradora subsana lo observado.*
- *El Juez del Trabajo y Seguridad Social dicta Auto Intimatorio de Pago en fecha 16 de abril de 1999.*
- *En memorial de 26 de agosto de 1999, la AFP adjunta liquidación por montos adeudados.*
- *El* ***04 de noviembre de 2010,*** *la AFP presenta memorial ampliando la demanda por los períodos de junio a agosto de 2010.*
- *El* ***19 de abril de 2011,*** *solicita ampliación de embargo.*
- *De lo expuesto, se pudo evidenciar que desde el* ***04 de noviembre de 2010*** *al* ***19 de abril de 2011, existen ciento sesenta y seis (166) días sin movimiento procesal diligente,*** *por parte de la AFP...*"

CARGO Nº 3 (REFERIDO A ARISUR INC.):

"…***Cargo 3.-****Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Período comprendido sin movimiento procesal: *Primer PES.*

- *Juzgado de Trabajo y de Seguridad Social de la ciudad de La Paz.*
- *El primer proceso se inicia en fecha 27 de agosto de 2001, en está Futuro de Bolivia S.A. AFP, solicita la aplicación de las siguientes Medidas Precautorias:*
  - *a) Se libre mandamiento de Embargo.*
  - *b) Retención y Remisión de Fondos.*
  - *c) Se oficie a la oficina de Derechos Reales.*
  - *d) Se oficie a la Cooperativa de Teléfonos.*
  - *e) Se oficie a la Dirección Departamental de Transito.*
- *El Juez del Trabajo y Seguridad Social dicta Auto Intimatorio de Pago en fecha 31 de agosto de 2001.*
- *El 10 de octubre de 2001, el oficial de diligencias del Juzgado realiza una representación indicando que la persona que debía notificar no pudo ser encontrada.*
- *Mediante Memorial de 11 de octubre de 2001, la AFP solicita citación por cédula.*
- *El 24 de octubre de 2001, el Representante Legal de ARISUR INC. opone excepción de pago, excepción de Falta de Fuerza Ejecutiva e Inhabilidad del Título.*
- *En fecha* ***19 de agosto de 2009,*** *la AFP adjunta pase profesional e informe de COTEL.*
- *Mediante memorial de* ***11 de febrero de 2010,*** *la Administradora solicita la aprobación de la certificación del informe de COTEL.*
- *Se pudo evidenciar que desde el* ***19 de agosto de 2009*** *al* ***11 de febrero de 2010, existen ciento setenta y seis (176) días sin movimiento procesal diligente,*** *por parte de la AFP.*
- *El* ***27 de enero de 2011*** *y el 23 de febrero de 2011, por medio de la presentación de memoriales, la AFP solicita retención de fondos de la empresa demandada.*
- *Se pudo evidenciar que del* ***11 de febrero de 2010*** *al* ***27 de enero de 2011, existen trescientos cincuenta (350) días sin movimiento procesal diligente,*** *por parte de la AFP…"*

CARGO Nº 4 (REFERIDO AL CLUB BOLÍVAR):

"…***Cargo 4:*** *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Período comprendido sin movimiento procesal: *Primer PES. Empleador CLUB BOLÍVAR con NIT 1020421020.*

- *Juzgado de Turno de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de La Paz.*

- *Presentación de memorial de inicio demanda realizada en fecha 12 de noviembre de 2002, ante el Juzgado de Turno de Trabajo del distrito de la ciudad de La Paz, solicitando la aplicación de las siguientes Medidas Precautorias:*
  - *Embargo preventivo*
  - *Anotación preventiva.*
  - *Retención de Fondos.*
- *El Juez emite Auto Intimatorio de Pago en fecha 09 de diciembre de 2002, asimismo, en dicha resolución el Juez concede la medida precautoria de Embargo Preventivo sobre viene* (sic) *inmuebles del demandado y respecto a las demás medidas el Juez dispone que en caso de no cubrir la deuda con dicho embargo, se concederá las demás medidas.*
- *La parte demandante solicita memorial de 05 de febrero de 2003, se amplíe las Medidas Precautorias otorgadas en el Auto Intimatorio.*
- *Mediante Decreto de 06 de febrero de 2003, el Juez dispone que en caso de insolvencia del demandado incluyendo el embargo preventivo, se otorgaran las demás Medidas Precautorias.*
- *La parte demandada mediante memorial de 28 de febrero de 2003, se apersona y formula excepciones.*
- *La parte demandante responde y rechaza las Excepciones planteadas, mediante memorial de 22 de abril de 2003.*
- *El Juez mediante Decreto de* ***26 de mayo de 2009,*** *concede la retención solicitada por la parte demandante.*
- *La parte demandada solicita mediante memorial de* ***03 de abril de 2010,*** *cumpla la ejecución de sentencia y desestime la afectación al patrimonio de BAISA con retención de fondos concedida, al ser diferente al del "Club Bolívar".*
- *Entre el* ***26 de mayo de 2009,*** *y el* ***03 de abril de 2010, transcurren trescientos doce (312) días sin que exista un movimiento procesal diligente*** *por parte de la AFP, evidente en el expediente foliado revisado.*
- *Posteriormente el* ***08 de septiembre de 2010*** *presenta memorial de ampliación de demanda.*
- *Entre el* ***03 de abril de 2010*** *al* ***08 de septiembre de 2010, transcurren ciento cincuenta y ocho (158) días sin que exista un movimiento procesal diligente,*** *evidente en el expediente foliado remitido.*
- *Se emite nueva Nota de Débito N° 1-02-2010-02071 de 28 de octubre de 2010, emitida por concepto de Contribuciones en Mora al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo - SSO, por el monto de Bs3.561,84…"*

2. NOTA DE DESCARGOS FUT.APS.AL 0323/2012 DE 14 DE FEBRERO DE 2012.-

Mediante nota FUT.APS.AL 0323/2012 de fecha 14 de febrero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta los siguientes descargos:

"…***DESCARGOS AL CARGO N° 1:..."***

"…*Coforme* (sic) *a lo establecido por la nota CITE: SPVS-IP-DC - 577/2001 de fecha 18 de abril de 2001, la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros nos instruyo* (sic) *de la siguiente manera:*

"De conformidad a lo establecido en la (sic) ***normas que regulan la cobranza de contribuciones en mora,... sólo deberían enviarse cartas a nuevos empleadores que hayan entrado en mora, de conformidad a la acreditación de contribuciones realizadas el último mes. Para aquellos empleadores que ya se encontraban en mora y por tanto en proceso de cobranza, no es necesario enviar nuevas cartas, agregando la nueva mora a los procesos en curso..."***

De lo Anterior (sic) *se desprende, que al haberse iniciado ya un Proceso ejecutivo Social contra la Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU mediante Nota de Debito N° 1-02-1999-00022, no correspondía efectuar mas gestiones de cobranza administrativa enviando cartas por nuevos periodos en mora…"*

*"…**DESCARGOS AL CARGO 2***

Es necesario establecer que la ampliación por nuevos periodos, debe interponerse oportunamente y dentro de la fase procesal pertinente a fin de evitar perjuicios en su tramitación, en este caso es necesario informar que la presente causa se encuentra con sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, según auto de ejecutoria de la sentencia de 03 de Abril de 2003.

Asimismo, como es de su conocimiento y como bien acepta su autoridad (Pág. 3) se procedió a solicitar y ejecutar toda medida precautoria pertinente que aseguren los resultados del juicio.

En ese sentido se procedió a la continuación de la causa en ejecución de fallos ejecutando toda medida precautoria amparada a nuestro favor, tal es así que se solicita informes de bienes tanto a COTEL, TRANSITO LA PAZ Y EL ALTO, DD.RR. LA PAZ Y EL ALTO, RETENCIÓN DE FONDOS, etc., consiguiendo los informes respectivos, mismos que son adjuntados a obrados para conocimiento del Juzgador.

Ahora bien, con todos esos antecedentes, que si forman parte de una diligente tramitación procesal, lamentablemente no estarían siendo tomados en cuenta por su institución.

Por otro lado a fin de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por su institución al involucrar una aparente dilación procesal desde el 04 de noviembre de 2010 hasta el 19 de abril de 2011, causando agravios y lesionando nuestro legitimo accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar y recopilar, inclusive actuaciones diligentes que se ejecutaron en la causa antes de la fecha observada por su autoridad (04 de noviembre de 2010), mismas que nuevamente no son tomadas en cuenta menos valoradas por su institución. En ese sentido tenemos:

Memorial (fs. 277 de obrados) de fecha 10 de agosto de 2010, solicitando la ampliación de deuda en base a la Nota de Debito (sic) *1-02-2010-00930, mismo que es aceptado por el Juzgador emitiendo el auto ampliatorio de deuda de 11 de agosto de 2010 tal cual establece a fs. 281 de obrados.*

Mediante fs. 282 y 283 se procede a cumplir con el art. 121 del C.P.C. en fecha 02 de septiembre de 2010 y 03 de septiembre de 2010 al dejar el aviso judicial y ejecutar la respectiva representación por parte del Oficial de Diligencias. Asimismo mediante decreto de 06 de septiembre de 2010 el juzgador de (sic) *ordena la citación mediante cédula de ley a la parte ejecutada.*

En fecha 15 de noviembre de 2010, se presento memorial de ampliación en base a la Nota de Debito 1-02-2010-02119, misma que es ampliada por auto de 16 de noviembre de 2010.

Notificación mediante cédula a la parte ejecutada en fecha 25 de noviembre de 2010.

A fs. 289 y 290 de obrados cursa aviso judicial y representación en virtud a que no se logró la notificación de la ampliación de deuda. Asimismo mediante decreto de 30 de noviembre de 2010 el juzgador en mérito a la representación ordena la citación mediante cédula a la parte ejecutada.

Diligencias de notificación mediante cédula de ley de fecha 14 de diciembre de 2010.

Mediante memorial de fecha 18 de abril de. 2011 y en virtud a que se notifico con las Notas de Debito ampliatorias y considerando que la entidad deudora no presento los descargos respectivos se solicito la emisión de Resolución de ampliación de la sentencia, a lo cual el juzgador mediante auto de 19 de abril de 2011 emite la Resolución No. 47/2011 en la que se amplía la sentencia por el monto total adeudado.

Ahora bien, con todos esos antecedentes y tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

Finalmente a fin de recordar los antecedentes procesales que posee su institución, volvemos a adjuntar las copias simples de los memoriales mencionados con sello de juzgado con sus respectivos decretos…"

*"…**DESCARGOS AL CARGO 3:***

Tal como cursa en obrados la presente causa se tramito cumpliendo a cabalidad cada una de las instancias y etapas procesales, es así que se obtiene una sentencia favorable y se obtiene su ejecutoria a raíz de la inacción de la parte deudora que a

todas luces pretendió y pretende evadir su obligación de cancelar lo adeudado al Seguro Social Obligatorio
En ese sentido es importante aclarar que el texto transcrito por su institución, reconoce que la tramitación procesal se la realizó de manera efectiva y diligente durante todo el proceso (pág. 5) en la que de manera efectiva y amparados en el art. 491 núm. IV. del C.P.C. se procedió a ejecutar todas las medidas precautorias con el fin de garantizar los resultados del juicio, incluso antes de citar y notificar con nuestra demanda a la parte ejecutada.

Tal como su institución analiza, al ejecutar una relación de cada etapa del proceso, nuestra parte procedió a una diligente y eficaz tramitación procesal, sin embargo, supuestamente se habría causado una paralización de las actuaciones desde el 19 de agosto de 2009 hasta el 11 de febrero de 2010 y desde esta fecha hasta el 27 de enero de 2011.

Toda vez que la cosa juzgada es la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada, dando luz verde para la ejecución, entendida esta como aquel procedimiento judicial para hacer efectivo, en virtud de un mandamiento judicial las diligencias de embargo para asegurar el pago de una deuda, sus intereses y costas, en ese sentido en fecha 19 de agosto de 2009 de (sic) *adjunta el pase profesional y informe emitido por COTEL en el que certifican sobre el estado de los gravámenes que pesaren sobre las líneas telefónicas, el valor de las mismas y si registran deudas pendientes de pago, certificación solicitada con anterioridad como medidas previas al remate. Posteriormente se solicita la aprobación del avalúo y las certificaciones de gravamen emitidas por COTEL, dando cumplimiento a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico.*

Asimismo se debe considerar y valorar el estado del proceso, (EJECUCIÓN DE FALLOS CON AUTORIDAD DE COSA JUZGADA), en el que se agoto las vías y etapas procesales que permiten la recuperación de lo adeudado, sin embargo, tropezando inclusive con el ocultamiento malicioso de los bienes y fondos pertenecientes al deudor, mismos que hubieran permitido satisfacer nuestra pretensión. Como su autoridad establece se llego a esta etapa procesal prácticamente cumpliendo con el procedimiento, lo que no puede ser entendida como una dilación procesal, a sabiendas de que la tramitación se encontraba prácticamente concluida, sin más que tramitar, aguardando sin embargo rescatar algún monto de dinero con el remate de estas líneas telefónicas, lo que no siempre se consigue por la ausencia de postores y considerando lo costoso que resulta la adjudicación de estos bienes a sabiendas que estos contienen gravámenes y deudas por consumo.

Finalmente y considerando que de todas las medias precautorias solicitadas solo se logro identificar dos líneas telefónicas pertenecientes a la empresa ejecutada, no existiendo vehículos, bienes inmuebles, ni certificaciones emitidas por las entidades financieras que establezcan la retención de fondos que tuviera la parte deudora tal como consta en obrados, por lo tanto, no pueden ser consideradas como una falta de movimiento procesal, más aún si se considera que estas certificaciones negativas expedidas por las instituciones pertinentes consienten prácticamente la inexistencia

de bienes, por lo tanto la clausura extraordinaria del proceso, no por causa nuestra, sino por la carencia de bienes en donde recaer y lograr una recuperación efectiva…"

*"…**DESCARGOS AL CARGO 4:***

Tal como su autoridad establece se obtiene la orden para la retención de fondos mediante Auto de fecha 26 de mayo de 2009, medida precautoria que persigue la recuperación de lo adeudado en ejecución de fallos.

Rigiéndonos por los datos del proceso y tomando en cuenta que su autoridad posee las mismas piezas procesales, a continuación transcribimos todas estas gestiones ignoradas y no tomadas en cuenta por su institución, situación que causa enormes perjuicios y agravios a nuestra empresa por no considerarse como tal y no adecuarse a los datos de la presente causa, otorgando los elementos suficientes que desvirtúan la aparente y supuesta paralización procesal desde el auto de 26 de mayo de 2009 hasta el memorial presentado por la parte ejecutada de 03 de abril de 2010 y entre esta ultima fecha hasta el memorial de ampliación de 08 de septiembre de 2010:

Auto de fecha 26 de mayo de 2009.

Diligencias de notificación de 02 de junio de 2009, con el memorial de solicitud de retención de fondos y auto de fecha 26 de mayo de 2009 en el que ordena y acepta nuestra petición.

En fecha 12 de junio de 2009 se elabora y se recoge del Juzgado correspondiente el oficio con CITE No. 267/2009 dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a fin de que proceda a retener los fondos de la parte ejecutada.

En fecha 15 de junio de 2009, se procede a entregar el oficio en ventanilla de la ASFI obteniendo el sello de recepción de dicha institución.

El 26 de junio de 2009, mediante Oficio con cite ASFI/DAJ/R-13081/2009 la ASFI solicita al Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social se aclare el monto sobre la cual ha de cumplirse la medida precautoria, oficio que mereció el decreto de 21 de julio de 2009, en el que se aclara y ordena la emisión de un nuevo oficio de retención de fondos.

Mediante Oficio de fecha 27 de julio de 2009 se procede a la elaboración del oficio que ordena la retención de fondos, mismo que fue recogido por nuestra parte en fecha 28 de julio de 2009.

Mediante memorial presentado a Juzgado en fecha 07 de septiembre de 2009 se solicita se oficie a FUNDEMPRESA a fin de que certifique si en sus registros se halla inscrito la firma Bolívar Administración e Inversiones S.A. BAISA., petición decretada por el Juzgador por decreto de 08 de septiembre de 2009.

Diligencias de notificación de fecha 21 de septiembre de 2009 a las partes con el memorial que solicita informe de Fundempresa y el decreto que ordena esta actuación.

Funcionarios de Juzgado proceden a la elaboración del oficio de 05 de octubre de 2009 dirigido a Fundempresa.

En fecha 06 de octubre de 2009 se procede a recoger de Juzgado el respectivo oficio dirigido a Fundempresa.

Mediante memorial de fecha 06 de noviembre de 2009 se adjunta el informe de 03 de noviembre de 2009 emitido por FUNDEMPRESA, mismo que es decretado por el Juzgador disponiendo el traslado a la entidad ejecutada en fecha 07 de noviembre de 2009.

Diligencias de notificación a la parte deudora en fecha 11 de noviembre de 2009 con el memorial que adjunta el informe de Fundempresa y cumpliendo con el decreto emitido por el Juez.

Memorial de fecha. 17 de noviembre de 2009 en el que se reitera y se solicita la retención y remisión de fondos.

Decreto de 18 de noviembre de 2009 en el que establece que en el informe emitido por Fundempresa no se evidencia el cambio de razón social, por lo cual se ordena nuevo oficio a Fundempresa a objeto de que informe la parte deudora ha cambiado de razón social.

En fecha 20 de noviembre de 2009 se procede a la confección del oficio dirigido a Fundempresa, mismo que es recogido por nuestra parte en fecha 27 de noviembre de 2009.

En fecha 21 de diciembre de 2009, Fundempresa emite el informe respectivo.

Mediante memorial de fecha 21 de diciembre de 2009 se reitera nuevamente se disponga la retención y remisión de fondos.

Mediante memorial presentado por el anterior abogado patrocinante en fecha 14 de enero de 2010 solicitando se tenga presente.

El anterior abogado patrocinante de la parte deudora procede a la devolución del cedulón en fecha 20 de enero de 2010 argumentando que dejo de ser abogado de la entidad ejecutada.

Mediante escrito de 04 de febrero de 2010 presentado por nuestra parte se solicito (sic) *que las notificaciones se ejecuten en el domicilio real de la entidad ejecutada, petición concedida mediante decreto de 05 de febrero de 2010.*

En fecha 18 de febrero de 2010 se procede a la notificación del representante legal de la parte deudora en su domicilio real.

Mediante memorial de 23 de febrero de 2010 nuevamente la entidad deudora hace la devolución del cedulón, manifestando que la citación se la practico al personero legal como persona natural.

En virtud a la devolución por parte de la parte ejecutada, mediante memorial de 09 de marzo de 2010 se solicita nueva notificación al representante legal del Club Bolívar en su domicilio real, solicitud que mereció el decreto de 10 de marzo de 2010, ordenando una nueva citación y notificación.

Diligencias de notificación a la parte ejecutada en lecha 26 de marzo de 2010.

En fecha 03 de abril de 2010 la entidad ejecutada responde y solicita la ejecución de la sentencia sin alterar ni modificar su contenido, memorial que mereció el decreto de 05 de abril de 2010 emitido por el Juzgador.

En virtud a que se generaron nuevas deudas, nuestra pare procede a solicitar la ampliación de la ejecución mediante memorial de fecha 08 de septiembre de 2010, petición observada por el Juzgador mediante decreto de 09 de septiembre de 2010.

Mediante memorial de 10 de noviembre de 2010 se presenta una nueva ampliación de deuda, petición también observada por el Juzgador mediante decreto de 11 de noviembre de 2010.

Mediante memorial de 18 de noviembre de 2010 se procede a subsanar lo observado, dictando el Juzgador la Resolución 370/2010 de 19 de noviembre de 2010 ampliando la ejecución por el monto adeudado en las dos Notas de Debito presentadas.

Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución, poseen una tramitación diligente y efectiva, más aún si en estos periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, tal es así que se tuvo incluso que lidiar con la mala práctica y chicaneria por parte de los abogados patrocinantes de la entidad deudora, por lo que estas actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa deben ser consideradas y valoradas solicitando tener presente cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales.

Finalmente a fin de recordar los antecedentes procesales que posee su institución, volvernos a adjuntar las copias simples de los memoriales mencionados con sello de juzgado con sus respectivos decretos.

Por los argumentos arriba esgrimidos, solicitamos a su Autoridad, que como en derecho corresponde, se sirva desestimar los cargos imputados contra nuestra AFP…."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 136-2012 DE 1° DE MARZO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 136-2012 de 1° de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis de naturaleza técnica y jurídica. (…)

AL CARGO N° 1 (…)

…al haberse iniciado ya un Proceso ejecutivo Social contra la Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU mediante Nota de Debito N° 1-02-1999.00022, no correspondía efectuar mas gestiones de cobranza administrativa enviando cartas por nuevos periodos por mora.

De los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

El artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000, establece claramente que una vez identificadas las Contribuciones en mora y determinadas aquellas que presumiblemente se encuentren en esa situación, las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán aplicar el Procedimiento de Gestión de Cobro y de Aclaración. Por lo tanto, se entiende que el imperativo normativo referente a la obligatoriedad que recae sobre la AFP de dar cumplimiento al procedimiento y los plazos específicos en esta etapa, la administrativa, para el cobro y aclaración de la mora a través de la emisión de comunicaciones escritas dirigidas al Empleador, para hacer conocer a éste la mora adeudada al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la cual debe cumplir sin excepción alguna.

Este trámite ha sido establecido por el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, cuyo artículo 7 en su primera parte dice: "Para el cobro de contribuciones en mora al SSO, las AFPs aplicarán los siguientes procedimientos en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social".

Asimismo, es importante señalar que el espíritu de la norma para la Gestión de Cobro Administrativo, es dar la posibilidad al Empleador para que pueda regularizar la mora, más intereses y otros, antes de ingresar al escenario jurisdiccional.

La AFP señala en sus descargos haber iniciado un PES contra el Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU, para el cobro de las Contribuciones

adeudadas por períodos anteriores incurridos en mora, por lo que considera que no correspondía efectuar más gestiones de cobranza administrativa enviando cartas por nuevos períodos. Sin embargo la norma establece que, una vez identificados nuevos periodos incurridos en mora, la Administradora tiene la obligación de iniciar y agotar la Gestión de Cobro Administrativa y en caso de que no se haya podido recuperar las Contribuciones adeudadas en el plazo que tiene, se debe iniciar el PES correspondiente.

Por lo expuesto, se determina que la AFP tenía la obligación de iniciar y agotar la Gestión Administrativa de Cobro, en base al inciso d) del artículo 31° de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, que establece: "es obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), el cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieran sido pagados a éstas por el empleador, sin otorgar condonaciones".

La AFP tenía la obligación de acuerdo a norma, de iniciar la Gestión de Cobro Administrativo conforme a procedimiento y plazo, y que su aplicación además es de uso preferente por jerarquía normativa respecto a la nota que la AFP señala.

Por otro lado, la AFP argumenta en sus descargos lo siguiente: "Al haberse iniciado ya un Proceso Ejecutivo Social contra la Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU mediante Nota de Debito (sic) *N° 1-02-1999-00022, no correspondía efectuar más gestiones de cobranza administrativa enviando cartas por nuevos períodos en mora". Lo cual no tiene ninguna relevancia, debido a que la imputación realizada a esta Entidad, se refiere al incumplimiento de la AFP, por su falta de atención a los plazos en que debían ser enviadas las cartas de cobranza durante la Gestión de Cobro Administrativo correspondiente.*

Por otro lado se tiene que:

- *Para los períodos incurridos en mora, la AFP envió las cartas de cobranza fuera de plazo.*

Concluyéndose de esta manera la infracción, en razón de la falta de documentación que desvirtúa y los argumentos sostenibles.

Por lo expuesto, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para desestimar el Cargo N° 1, por lo que corresponde su ratificación.

AL CARGO 2 (…)

La Administradora, Futuro de Bolivia S.A. AFP, a través de los descargos presentados argumenta que por el período observado sin movimiento procesal, habría realizado gestiones que evitaron la paralización y dilación de dicho proceso.

Para tal efecto remitió copias simples de los actuados procesales que se habrían efectuado en dicho PES, los cuales se detallan a continuación:

- *El 03 de agosto de 2010, la AFP presenta memorial solicitando Ampliación de Deuda por nuevos períodos incurridos en mora: febrero/2004 a diciembre/2004, noviembre/2005, septiembre/2006 a noviembre/2009, enero/2010 a mayo/2010 incurridos por la Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU.*
- *El 11 de agosto de 2010, el Juez de Trabajo y Seguridad Social, mediante Decreto, conmina al Empleador exhiba dentro de tercer día de su legal notificación los recibos que acrediten la extinción de la obligación.*
- *El 02 de septiembre de 2010, el oficial de diligencias notifica con un Aviso Judicial al representante legal de la Empresa EMMU, en referencia al PES interpuesto por la AFP.*
- *El 03 de septiembre de 2010, el oficial de diligencias realiza una representación del Juez de Trabajo y de Seguridad Social, a objeto de notificar al Empleador con la Nota de Débito de fojas 277.*
- *Mediante memorial de **04 de noviembre de 2010**, presentado el 15 de noviembre de 2010, la AFP solicita al Juez ampliación de deuda en base a la Nota de Débito 1-02-2010-02119 por nuevos períodos incurridos en mora desde junio/2010 a agosto/2010.*
- *El 16 de noviembre de 2010 el Juez mediante Decreto conmina al Empleador exhiba dentro de tercer día de su legal notificación los recibos que acrediten la extinción de la obligación detallada en la Nota de Débito N°- 02-2010-02119.*
- *El 26 de noviembre de 2010, el oficial de diligencias mediante un Aviso Judicial notifica a la parte demandada y realiza una representación indicando que la persona que debe ser notificada no pudo ser habida.*
- *En fecha 30 de noviembre de 2010, el Juez ordena citación por cédula.*
- *En fecha 14 de diciembre de 2010, se notificó mediante cédula al Empleador.*
- *El **18 de abril de 2011,** la AFP solicita al Juez emita Resolución de Ampliación de Deuda consignada en las Notas de Débito N° 1-02-2010-00930 y N° 1-02-2010-02119.*
- *El 19 de abril de 2011, la AFP solicita al Juez, la ampliación de embargo.*
- *De lo expuesto, se pudo evidenciar que desde el **04 de noviembre de 2010** al **18 de abril de 2011, existen ciento sesenta y cinco (165) días sin movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP.*
- *El 20 de abril de 2011, el Juez emite Decreto, disponiendo no ha lugar a la Ampliación de Embargo.*
- *El 16 de mayo de 2011, la AFP mediante memorial pide se regularice procedimiento y deje son efecto Auto que señala.*
- *El 17 de mayo de 2011, el Juez de la causa dispone la Ampliación de Embargo sobre los bienes propios de la Empresa de Mantenimiento Urbano - EMMU.*
- *El 01 de junio de 2011, el Juez ordena citación por cédula.*
- *El 02 de agosto de 2011, se procede a la entrega de un Mandamiento de Embargo N° 0075547 a favor del oficial de Diligencias del Juzgado.*
- *El 30 de septiembre de 2011, la AFP mediante memorial solicita Ampliación de Deuda en base a la Nota de Débito No. 1-02-2011-00238, por nuevos periodos incurridos en mora desde diciembre/2009, septiembre/2010 a diciembre/2010.*
- *El 01 de octubre de 2011, el Juez conmina a la Empresa EMMU, exhiba dentro del tercer día de su legal notificación los recibos que acrediten la extinción de la obligación.*
- *El 14 de octubre de 2011 el oficial de diligencias representa al Juez a fin de notificar al Empleador.*

- *El 17 de octubre de 2011, el oficial de diligencias mediante Aviso judicial hace conocer al representante legal de la Empresa EMMU a efectos de ser citado, notificado y emplazado para el día 18 de octubre de 2011.*
- *El 18 de octubre de 2011, el oficial de diligencias realiza una representación del juez, para notificar al Empleador en su domicilio.*
- *El 20 de octubre de 2011, el juez mediante decreto dispone que la citación con el memorial de solicitud de ampliación y conminatoria que le corresponde y demás actuados pertinentes, se le practique a la Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU.*
- *El 24 de octubre de 2011, la AFP mediante memorial solicita embargo con facultades extraordinarias de allanamiento, ruptura de candados y/o chapas, habilitación de días y horas extraordinarias y en caso de ser necesario ayuda de la fuerza pública, sea hasta la suma provisional de Bs1.987.321,14.*
- *El 25 de octubre, el juez de la causa mediante decreto expidiendo mandamiento de embargo con facultades de allanamiento sobre los bienes propios del Empleador.*
- *El 09 de noviembre de 2011, el Juez ordena citación por cédula.*
- *El 16 de noviembre de 2011, la AFP solicita Ampliación de la Deuda, en base a la Nota de Debito N° 1-02-2011-00733.*
- *El 17 de noviembre de 2011, el Juez de la causa emite Decreto que establece que en obrados no cursa la Nota de Debito* (sic) *N° 1-02-2011-00733.*
- *El 28 de noviembre de 2011, la AFP solicita se haga extensiva la sentencia a los nuevos plazos períodos y montos.*
- *El 29 de noviembre de 2011, emite Decreto en el cual establece que el Empleador ha sido debidamente notificado con la conminatoria de presentación de recibos que acrediten la extinción de la obligación.*
- *El 03 de enero de 2012, el oficial de diligencias informa al Juez, que el Sr. Gary Miranda Villarreal no recibió la citación correspondiente, alegando no ser el representante legal de la Empresa EMMU.*
- *El 05 de enero de 2012, emite decreto que determina que se adjunta a sus antecedentes el informe que antecede, con noticia de partes.*
- *El 20 de enero de 2012, la AFP mediante memorial señala nuevo representante legal. Ingresa en fecha 24 de enero a despacho en razón de considerarse el 23 de enero Feriado Nacional.*
- *El 24 de enero de 2012, el juez tiene presente el señalamiento de la nueva personera* (sic) *legal de la empresa ejecutada.*
- *El 07 de febrero de 2012, el Juez ordena citación por cédula.*
- *De la relación de hechos señalados por la AFP, a manera de justificación de la inactividad procesal, es importante resaltar que los mismos a parte del período de infracción, se llevaron a cabo en fechas anteriores o posteriores al período imputado por inactividad en el presente Cargo (04 de noviembre de 2010 al 18 de abril de 2011), por lo que los descargos no han podido desvirtuar la inactividad procesal incurrida por la AFP.*

En los actuados señalados y remitidos por la Administradora, se evidencia que a partir de 16 de noviembre de 2010, los mismos conllevan acciones propias del Juzgado y sus funcionarios, en base al siguiente detalle:

- *El 16 de noviembre de 2010, el **Juez** emite Proveído por el cual conmina al Empleador, exhiba dentro de tercer día de su legal notificación los recibos que acrediten la extinción de la obligación, con respecto a la Ampliación de Deuda presentada por la AFP. El 25 de noviembre de 2010, el **Juez** ordena citación por cédula.*
- *El 26 de noviembre de 2010, el **oficial de diligencias** emite un aviso judicial dirigido al Empleador. Asimismo efectúa una representación, al no encontrar al Gerente General del Empleador, para que sea notificado.*
- *El 30 de noviembre de 2010, el **Juez** emite Decreto que dispone se proceda a la citación por cédula de la Empresa EMMU.*
- *El 14 de diciembre de 2010, el **Juez** ordena citación por cédula.*
- *El 18 de abril, la AFP solicita al Juez emita Resolución de Ampliación de deuda consignada en las Notas de Débito N° 1-02-2010-0930 y N° 1-02-2010-02119.*

Asimismo, la AFP argumenta lo siguiente: "...tenemos a bien informar y recopilar, inclusive actuaciones diligentes que se ejecutaron en la causa antes de la fecha observada por su autoridad (04 de noviembre de 2010), mismas que nuevamente no son tomadas en cuenta menos valoradas por su autoridad"

Memoria (sic) (fs. 277 de obrados) de fecha 10 de agosto de 2010, solicitando la ampliación de deuda en base a la Nota de Debito (sic) *1-02-2010-00930, mismo que es aceptado por el Juzgador emitiendo el auto ampliatorio de deuda de 11 de agosto de 2010 tal cual establece a fs. 281 de obrados.*

Mediante fs. 282 y 283 se proceda a cumplir con el art. 121 del C.P.C. en fecha 02 de septiembre de 2010 y 03 de septiembre de 2010 al dejar el aviso judicial y ejecutar la respectiva representación por parte del oficial de Diligencias. Asimismo mediante decreto de 06 de septiembre de 2010 el juzgador de ordena (sic) la citación mediante cédula de ley a la parte ejecutada."

Al respecto esta Autoridad establece nuevamente que, las actuaciones referidas por la AFP son anteriores a lo determinado en la imputación, por el período de inactividad del PES, por cuanto dichas actuaciones no desvirtúan el presenta (sic) *Cargo.*

Por lo que se demuestra que no existe diligencia de la AFP desde el 04 de noviembre de 2010, hasta el 18 de abril de 2011, período en el que se presenta una paralización del PES de ciento sesenta y cinco (165) días sin movimiento procesal.

De los antecedentes se tiene que, mediante memorial de 04 de noviembre de 2010, la AFP solicita al Juez la Ampliación de Deuda en base a la Nota de Débito N° 1-02-2010-02119; para posteriormente el 18 de abril de 2011, solicitar la Ampliación de embargo; por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad procesal, demostrando una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES por parte de la Administradora. Lo que determina que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

En ese sentido, la documentación remitida por la AFP, consiste en actuaciones procesales presentadas en el PES con anterioridad y/o posterioridad al tiempo de paralización procesal, por lo que no son suficientes para justificar los ciento sesenta y cinco (165) días sin actividad procesal del PES.

Asimismo de las actuaciones procesales efectuadas en el PES, desde el 04 de noviembre de 2010 hasta el 19 de abril de 2011, únicamente se trata de las diligencias judiciales, efectuadas tanto por el Juez Primero de Trabajo y de Seguridad Social, como por el Oficial de Diligencias, y no existe ninguna actuación procesal presentada por la AFP, durante ese tiempo, haciendo evidente la falta de movimiento procesal en dicho período.

Con relación a lo mencionado por la AFP: "En ese sentido se procedió a la continuación de la causa en ejecución de fallos ejecutando toda medida precautoria amparada a nuestro favor, tal es así que se solicita informes de bienes tanto a COTEL, TRÁNSITO LA PAZ Y EL ALTO, DD.RR. LA PAZ Y EL ALTO, RETENCIÓN DE FONDOS, etc., consiguiendo los informes respectivos, mismos que son adjuntados a obrados para conocimiento del Juzgador. Al respecto, se establece que la ejecución de toda medida precautoria, solicitud y presentación de los informes de bienes de Cotel, el Tránsito La Paz y El Alto, Derechos Reales La Paz y El Alto, Retención de Fondos, etc., no son actuaciones que hayan sido presentadas durante el tiempo de paralización del PES con memorial al Juzgado, en base a lo evidenciado en la documentación remitida.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de largo plazo.

En cuanto a las actuaciones procesales la AFP informa "la presente causa se encuentra con sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, según auto de ejecutoria de la sentencia de 03 de abril de 2003", siendo que la AFP contaba con una sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada a su favor, la Administradora debió mantener un movimiento procesal diligente con el fin de que se ejecute y se efectivice el pago de las Contribuciones adeudadas por el Empleador.

Por lo que se concluye que la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, al no hacer efectiva tal recuperación, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en el período observado por la APS, por lo tanto el Cargo N° 2 se ratifica.

AL CARGO Nº 3 (…)

La Administradora señala que al obtener la ejecutoría de la sentencia, en fecha 19 de enero de 2008, y por esta razón adquirir la misma calidad de cosa juzgada, se entendería esta como aquel procedimiento judicial para hacer efectivo, en virtud de un mandamiento judicial, las diligencias de embargo para asegurar el pago de una deuda, sus intereses y costas.

Asimismo, la AFP señala que en fecha 19 de agosto de 2009, se adjunta el informe emitido por COTEL, en el que certifican sobre el estado de los gravámenes que pesaren sobre las líneas telefónicas, el valor de las mismas y si registran deudas pendientes de pago, sin embargo recién en fecha 11 de febrero de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita al Juez de la causa, se apruebe el avalúo y certificación de gravamen emitido por COTEL, para poder ingresar al remate de las líneas telefónicas de propiedad del ejecutado.

En este sentido, independientemente de la sentencia a favor que obtiene la Administradora, la misma extingue el proceso que permita el remate de los bienes propiedad del Empleador, existiendo entre el 19 de agosto de 2009 (fecha en la Administradora adjunta informe de COTEL) y el 11 de febrero de 2010 (fecha en la que la AFP solicita al Juez la aprobación del avalúo emitido por COTEL), ***ciento setenta y seis (176) días sin movimiento procesal.***

Igualmente, el siguiente actuado presentado por la Administradora (memorial mediante el cual se solicita Retención de Fondos del demandado) data del 27 de enero de 2011, ***existiendo trescientos cincuenta (350) días sin movimiento procesal.***

De las actuaciones procesales realizadas por la AFP y remitidas a esta Autoridad, se evidencia que el 19 de agosto de 2009, la AFP adjunta pase profesional e informe de COTEL; y posteriormente el 11 de febrero de 2010, la AFP solicita aprobación de la certificación del informe de COTEL, por lo que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad de ciento setenta y seis (176) días.

Por otro lado no existen actuados desde el 11 de febrero de 2010, al 27 de enero de 2011, considerando que en esa fecha la AFP solicita retención de fondos de la empresa demandada, se evidencia que entre un acto procesal a otro existen trescientos cincuenta (350) días sin movimiento procesal diligente, por parte de la AFP. Ambos períodos de inactividad procesal en el PES, determinan que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro, lo que demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES.

Por otro lado la Administradora manifiesta: "su institución, reconoce que la tramitación procesal se la realizó de manera efectiva y diligente durante todo el proceso", aseveración que no es del todo acertada, ya que esta Autoridad ha imputado como Cargo N° 3, al evidenciarse una paralización injustificada de las actuaciones procesales que se ve expresada en la pág. 6 de la Nota de Cargos, por lo que este

hecho ha producido interrupción del trámite procesal y a la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

De igual forma la AFP manifiesta lo siguiente: "...en este sentido en fecha 19 de agosto de 2009 de (sic) adjunta el pase profesional y el informe emitido por COTEL en el que certifican sobre el estado de los gravámenes que pesaren sobre las líneas telefónicas..." "Posteriormente se solicita la aprobación del avalúo y las certificaciones de gravamen emitidas por COTEL..." lo que determina la aceptación tácita que realiza la AFP, debido a que la primera actuación fue presentada por la Administradora el 19 de agosto de 2009 y la segunda actuación fue solicitada el 11 de febrero de 2010, siendo evidente que la AFP en la presentación de una actuación procesal a otra, dejó transcurrir ciento setenta y seis (176) días, paralizando el PES.

En cuanto al argumento de la AFP, que el PES se encontraba en ejecución de fallos, con ejecución de medidas precautorias y la presentación del informe de Cotel en fecha 19 de agosto de 2009, que certifica la existencia de dos líneas telefónicas del Empleador; sólo conduce a razonar que ésta debía continuar realizando actuados hasta obtener recursos del remate para aminorizar (sic) *la mora del Empleador, sin embargo y como se ve en el presente caso, la AFP no actúa diligentemente dejando transcurrir períodos largos de tiempo sin beneficio respecto a la recuperación de la mora.*

La AFP menciona también en sus descargos que, el PES culminó con la Ejecución de Fallos y la ejecución de toda medida precautoria, agotando todas las vías y etapas procesales. Al respecto el hecho de que el PES se encuentre en ejecución y se haya ejecutado toda medida precautoria, no son actuaciones que determinen la conclusión del proceso judicial como asevera la Administradora, por lo que no enerva la obligación de mantener un movimiento procesal en el PES, ya que el mismo concluye con la recuperación total de las Contribuciones adeudadas. No existiendo una clausura extraordinaria sino aquella finalización como dice la norma, es decir con el desestimiento (sic). *Por tanto el argumento no es suficiente para desvirtuar el cargo.*

La AFP no remitió documentación detallada y pormenorizada que justifique la actividad procesal en el PES dentro de los ciento setenta y seis (176) días y posteriormente los trescientos cincuenta (350) días, por lo que se ratifica la infracción.

La Administradora como representante de los Asegurados, debió cuidar que el PES tenga un movimiento procesal diligente, desde su inicio hasta cumplir con el fin de recuperar las Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

De la relación de hechos imputados, y las justificaciones realizadas por la AFP, sobre la inactividad procesal, se comprueba que las actuaciones procesales referidas en sus descargos se llevaron con anterioridad a lo imputado en el presente Cargo (19 de agosto de 2009 hasta el 11 de febrero de 2010 y desde esta fecha hasta el 27 de enero de 2011) por lo que no son suficiente prueba para enervar el Cargo.

Con respecto al segundo período de inactividad procesal, se evidencia que la AFP ha solicitado la retención de fondos de la empresa demandada después de haber

transcurrido trescientos cincuenta (350) días, por lo que esta Autoridad ha determinado que la Administradora abandonó el PES dejándolo paralizado y sin movimiento procesal diligente; y no ha tomado la debida atención, cuidado y diligencia necesarios que establece la norma.

Por lo señalado, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para desestimar el presente cargo.

AL CARGO Nº 4 (…)

La Administradora, Futuro de Bolivia S.A. AFP, a través de los descargos presentados argumenta que por el período observado sin movimiento procesal, habría realizado gestiones que evitaron la paralización y dilación de dicho proceso.

Para tal efecto remitió copias simples de los actuados procesales que se habrían efectuado en dicho proceso, los cuales se detallan a continuación:

- *El 26 de mayo de 2009, el **Juez** Primero de Trabajo y de Seguridad Social, emite proveído que dispone se oficie a la Autoridad de Supervisión del sistema financiero, a objeto de que procedan a la retención de fondos y posterior remisión de Fondos en Certificación de depósito Judicial de los fondos que tuviera el "Club Bolívar".*
- *El 15 de junio de 2009, el **Juez** dispone se oficie a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, a objeto de que procedan a la retención de fondos y posterior remisión de Fondos en Certificado de Depósito Judicial de los fondos que tuviera el "Club Bolívar".*
- *El 26 de junio de 2009, la **Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI,** se solicita aclaración del monto de la retención contenido en el oficio de referencia de 15 de junio de 2009.*
- *El 21 de julio de 2009, el **Juez** emite Decreto que establece el monto por el que procede la retención de fondos.*
- *El 27 de julio de 2009, el **Juez** dispone se oficie a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, a objeto de que procedan a la retención de fondos y posterior remisión de Fondos en Certificado de Depósito Judicial de los fondos que tuviera el "Club Bolívar".*
- *El 03 de septiembre de 2009, la AFP solicita se oficie a "Fundempresa" para que se extienda un certificado por el cual conste si en sus registros se halla inscrita la firma Bolívar Administración e Inversión S.A. "Baisa".*
- *El 07 de septiembre de 2009, el Juez emite Decreto que dispone se oficie el fin solicitado.*
- *El 06 de octubre de 2009, el Juez oficia a la Fundación para el desarrollo Empresarial "Fundempresa", para que se extienda un certificado por el cual conste si en sus registros se halla inscrita la firma "Bolívar Administración e inversiones S.A." "BAISA".*
- *El 06 de noviembre de 2009, la AFP solicita se disponga la retención y remisión de fondos hasta la suma de Bs211.223.39.*
- *El 07 de noviembre de 2009, el Juez mediante decreto solicita se de traslado a la otra parte.*
- *El 17 de noviembre de 2009, la AFP reitera se disponga la retención y remisión de fondos hasta las suma de Bs211.223.39.*
- *El 18 de noviembre de 2009, el Juez emite Decreto (no se puede leer).*
- *El 20 de noviembre de 2009, EL Juez solicita informe sobre cambio de razón social a Fundempresa.*

- *El 21 de diciembre de 2009, la AFP nuevamente reitera disponga la retención y remisión de fondos hasta la suma de Bs211.223.39.*
- *El 22 de diciembre de 2009, la AFP nuevamente reitera disponga se ponga a conocimiento del Empleador.*
- *El 14 de enero de 2010, el Empleador "Club Bolívar" pide se tenga presente la nueva representación legal.*
- *El 15 de enero de 2010, el Juez emite Decreto que dispone que la nueva representación legal del Empleador, sea con noticia de parte ejecutante.*
- *El 20 de enero de 2010, la AFP devuelve cedulón de notificación.*
- *El 21 de enero de 2010, la AFP solicito disponga la notificación en el domicilio real del Club Bolívar.*
- *El 4 de febrero de 2010, la AFP solicito disponga la notificación en el domicilio real del Club Bolívar.*
- *El 5 de febrero de 2010, el Juez emite decreto que dispone se proceda a una nueva notificación con los antecedentes del proceso en el domicilio real del Club Bolívar.*
- *El 18 de febrero de 2010, se practica notificación mediante cedulón.*
- *El 22 de febrero de 2010, la AFP devuelve cédula de notificación.*
- *El 23 de febrero de 2010, el Empleador devuelve cédula de notificación.*
- *El 24 de febrero de 2010, el juez decreta de la devolución que antecede, traslado.*
- *El **09 de marzo de 2010,** la AFP reitera solicitud de notificación en el domicilio real que indica.*
- *El 10 de marzo de 2009, el Juez emite decreto que dispone que el oficial de diligencias notifique con los actuados pertinentes en el domicilio real señalado.*
- *El 26 de marzo de 2010, se practica la notificación mediante cedulón.*
- *El **03 de abril de 2010,** el Empleador mediante memorial exponen que en consideración a los alcances de la sentencia (Art. 194 del C.P.C. y Art. 1451 del C.C.) y vigencia de las garantías al debido proceso, seguridad jurídica y derecho a la defensa, piden que se cumpla la ejecución de sentencia sin alterar ni modificar su contenido, por lo que solicitan se desestime la afectación el patrimonio de Baisa, por ser ajena a la Litis.*
- *El 05 de abril de 2010, el Juez dispone traslado a las partes, del memorial que antecede.*
- ***El 08 de septiembre de 2010,** la AFP se apersona, solicita Ampliación de Deuda en base a la note de Débito N° 1-02-2010-01204 de fecha 23 de agosto de 2010 por incurrir en mora por nuevos períodos de enero/2008 a mayo/2010.*
- *Entre el **03 de abril de 2010** al **08 de septiembre de 2010, transcurren ciento cincuenta y ocho (158) días sin que exista un movimiento procesal diligente,** evidente en el expediente foliado remitido.*

Una vez valoradas dichas pruebas de descargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP demuestra la existencia de actuados procesales entre el 26 de mayo de 2009 y 09 de marzo de 2010 (primer período observado por la APS).

Sin embargo, entre el 09 de marzo 2010 al 08 de septiembre de 2010 (segundo período observado por la APS), existe aceptación implícita, por parte de la Administradora, de una paralización del Proceso Judicial, considerando que transcurrieron ciento ochenta y tres (183) días sin ningún actuado efectuado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, aspecto que la AFP informa mediante nota FUT.APS.AL.0323/2012.

El 03 de abril de 2010, la entidad ejecutada responde y solicita la ejecución de la sentencia sin alterar ni modificar su contenido, memorial que mereció el decreto de 05 de abril de 2010; el 08 de septiembre de 2010 la AFP se apersona y solicita Ampliación de la Demanda, por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad de ciento cincuenta y ocho (158) días, lo que demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES por parte de la Administradora. Determinándose que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

En ese sentido, mediante la documentación detallada y pormenorizada remitida por la AFP, se ha podido comprobar la falta de movimiento procesal de ciento cincuenta y ocho (158) días, por lo que los descargos presentados por la AFP no desvirtúan la infracción.

La AFP como representante de los Asegurados, debió cuidar que el PES tenga un movimiento procesal diligente, desde su inicio hasta cumplir con el fin de recuperar las Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Lo que demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador, con el fin hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social de los Trabajadores, lo que llevó a que el PES se prolongue en el tiempo.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por otro lado la AFP menciona: "Tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados".

Es de esta manera que al no existir daño económico y en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que se tenía conocimiento del proceso y el mismo al no estar en movimiento provoca que el Asegurado, no cuente con sus contribuciones en la Cuenta Personal Previsional, y tener dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Por lo expuesto, el cargo N° 4 se ratifica.

CONSIDERANDO:

Que es importante referir los criterios legales que llevaron a esta Autoridad Reguladora a imputar los Cargos 1, 2, 3, y 4, en virtud a los preceptos normativos contenidos en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 259 de 23 de junio de 2000 y el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS - IP No. 935 de 01 de septiembre de 2006.

Que estos incumplimientos van expresamente referidos a la falta de cuidado de la AFP por la falta de envío de las cartas al Empleador correspondientes a la Gestión de Cobro Administrativo respecto al Cargo 1; por la falta de seguimiento e impulso procesal que ha incurrido en la presentación de las actuaciones procesales y la paralización injustificada en los PES de los Cargos 2, 3 y 4. Estos incumplimientos, han motivado a que esta Autoridad procese a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

Que la AFP en el ejercicio de sus actuaciones y como representante de los Asegurados tiene completa responsabilidad de actuar con el cuidado y la diligencia necesarios, en cuanto a la comunicación de la mora y la presentación oportuna de las actuaciones procesales que correspondan, según la etapa en la que la gestión de cobranza se encuentre.

Por último, con respecto al Cargo N°3, la AFP no remite documentación que justifique las razones de la inactividad, o que desvirtué la falta de movimiento procesal en los PES, y que haya sido presentada en el tiempo en el que el proceso se encontraba paralizado, por lo que se evaluó solo los argumentos planteados.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respeta, a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes*

criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión".

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo Nº 1

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 259 de 23 de junio de 2000, modificado por el artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS-IP No.935 de 01 de septiembre de 2006; b) El hecho se encuentra comprobado en el Cargo Nº 1 porque la AFP no envió al Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU, las cartas de cobro dentro de los plazos establecidos en la norma señalada para un cumplimiento eficaz de la Gestión de Cobro Administrativo por los nuevos períodos incurridos en mora; c) El argumento presentado en su descargo y en atención a lo que señala la norma en la obligación que tiene la AFP de enviar las cartas de cobro dentro de los plazos establecidos, durante la Gestión de Cobro Administrativo a momento de que el Empleador incurriera en mora por uno o más períodos, han sido valorados por esta Autoridad, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y los descargos presentados, por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: a) La existencia de negligencia por parte del regulado al no tomar atención a lo determinado por norma, la cual señala que para la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador, se debe iniciar primero la Gestión de Cobro Administrativo por nuevos períodos incurridos en mora; b) El perjuicio ocasionado se expresa en que la AFP no envió las cartas de cobranza dentro de los plazos establecidos para la Gestión de Cobro Administrativo, por lo que su actuación ocasionó que el Empleador se halle en un estado de falta de comunicación sobre las deudas al SSO, al no advertirle a éste que estaría incurriendo en mora, para que presente sus justificaciones en esta etapa. En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado, por norma está obligado a cumplir el procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo y Cobro Judicial; al no haber enviado las cartas de cobro al Empleador durante la Gestión de Cobro Administrativo, la AFP incurre no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de enviar las cartas de cobranza dentro de los plazos establecidos para la Gestión de Cobro Administrativo por nuevos períodos incurridos en mora por el Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU, como representante de los Asegurados; asimismo provoca que el Empleador se encuentren

en una indefensión durante esta etapa, ya que no puede justificar los períodos que hubiesen incurrido en mora.

Al Cargo N° 2.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; b) El hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 04 de noviembre de 2010 hasta el 18 de abril de 2011, debido a que la AFP si ha presentado actuaciones procesales durante este tiempo de inactividad, pero las mismas correspondían al juez, al Oficial de Diligencia y al Empleador, y no presentó actuaciones procesales efectuadas por esta Administradora durante el período de inactividad procesal en el PES, pese a la posibilidad otorgada al regulado de poder en esta instancia presentar todas las actuaciones procesales que hubiese presentado, por consiguiente, el incumplimiento se halla comprobado; c) La ausencia de descargos idóneos para el PES correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo y al perjuicio causado.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto a ambos casos: a) La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que durante el período de inactividad no presentó actuaciones procesales AFP, sino presentó actuaciones realizadas por el Juez, sus funcionarios y por el Empleador, lo que demuestra que no llevó un movimiento procesal diligente en el PES, incurriendo en una inactividad de ciento cincuenta y cuatro (154) días; b) El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PES lo cual retraso (sic) *la recuperación de las Contribuciones; c) En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS - IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS - IP - No. 499 de 4 de junio de 2008, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us 10.000 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 23 de la Ley de Pensiones; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 73/2008 de 19 de noviembre de 2008, que confirma las actuaciones del ente regulador.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PES, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo ocasionó una demora en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador; en base al principio de razonabilidad

proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento el PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 3

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997; b) El hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 19 de agosto de 2009 hasta el 11 de febrero de 2010 y desde esta última fecha hasta el 27 de enero de 2011, la AFP no presentó descargo respecto a la documentación extrañada del tiempo sin movimiento procesal, pese a la posibilidad otorgada al regulado de poder en esta instancia presentar todas las actuaciones procesales que hubiese presentado durante ese tiempo, por consiguiente, el incumplimiento se halla comprobado; c) La ausencia de descargos idóneos para el PES correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo y al perjuicio causado.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: a) La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no presentó las actuaciones procesales de forma continua, y no llevó un movimiento procesal diligente en el PES, incurrió en una inactividad de ciento setenta y seis (176) días y posteriormente incurrió en una prolongada inactividad de trescientos cincuenta (350) días; b) El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PES lo cual retraso la recuperación de las Contribuciones; c) En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS - IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS - IP - No. 499 de 4 de junio de 2008, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us10.000 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 23 de la Ley de Pensiones; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 73/2008 de 19 de noviembre de 2008, que confirma las actuaciones del ente regulador.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PES, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo ocasionó una demora en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador; en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya

que al no estar en movimiento el PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 4

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997; b) El hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 04 de noviembre de 2010 hasta el 18 de abril de 2011, debido a que la AFP si ha presentado actuaciones procesales efectuadas durante este tiempo, las cuales desvirtúan la imputación del presente Cargo, sin embargo, entre el 03 de abril de 2010 al 08 de septiembre de 2010, existe una aceptación tácita, por parte de la administradora de una paralización del PES, ya que se evidencia que de un acto procesal a otro transcurren ciento cincuenta y ocho (158) días sin movimiento procesal, por parte de la AFP por consiguiente, el incumplimiento se halla comprobado en este período; c) La ausencia de descargos idóneos para el PES correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo y al perjuicio causado.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: a) La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no presentó las actuaciones procesales de forma continua entre el 03 de abril de 2010 al 08 de septiembre de 2010, y no llevó un movimiento procesal diligente en el PES, incurrió en una inactividad de ciento cincuenta y ocho (158) días; b) El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PES lo cual retraso la recuperación de las Contribuciones; c) En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS - IP - No. 499 de 4 de junio de 2008, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us10.000 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 23 de la Ley de Pensiones; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 73/2008 de 19 de noviembre de 2008, que confirma las actuaciones del ente regulador.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PES, dicha inobservancia a la norma no causo(sic) *un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en*

movimiento el PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados

en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

> *c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

> *"h) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

> *"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."…"*

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 136-2012 resuelve lo siguiente:

> ***"PRIMERO.-*** *Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

*a)En relación al **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.200 (CUATRO MIL DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259 de 23 de junio de 2000, modificado por el artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS-IP No.935 de 01 de septiembre de 2006.*

*b)En relación al **Cargo N°2** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*c)En relación al **Cargo N°3** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*d) En relación al **Cargo N°4** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

***TERCERO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos conmutables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 15 de junio de 2011 **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 136-2012 de 1° de marzo de 2012, con los mismos argumentos expuestos después, en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 343-2012 DE 24 DE MAYO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 343-2012 de 24 de mayo de 2012, resolvió:

"…ÚNICO.- Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 136-2012 de 01 de marzo de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, modificándose en lo pertinente lo siguiente:

*"**PRIMERO.-** Sanciona y desestima la sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

*a) En relación al **Cargo** N° 1 con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.100 (CUATRO MIL CIEN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259 de 23 de junio de 2000, modificado por el artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS-IP No.935 de 01 de septiembre de 2006.*

Se levanta la sanción por el período septiembre/2008.…"

Los fundamentos presentados en la parte considerativa son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 23 de abril de 2012, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL CARGO N° 1:

Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado con respecto al Cargo N° 1, presenta los siguientes argumentos:

V. CARGO N° 1:

Como es de conocimiento de su Autoridad, el Empleador EMPRESA MUNICIPAL DE MANTENIMIENTO URBANO, se encuentra en Cobranza Judicial desde el 19 de marzo de 1999, fecha en la que se genera la Nota de Débito No. 1-02-1999-00022, es decir, mucho antes de la promulgación de la norma que regula la gestión de Cobro, sin embargo, conforme al Artículo 7 del Decreto Supremo 25722, de fecha 31 de marzo de 2000, establece que "Para el cobro de Contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que siguen: La Gestión de Cobro, sin embargo, conforme al Artículo 7 del Decreto Supremo 25722, de fecha 31 de marzo de 2000, establece que "Para el cobro de Contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social.". Lo que implica que existen dos procesos, uno Administrativo y otro Judicial, lo que en el caso de autos significa que el administrativo fue efectuado hasta 1999, previo al inicio judicial, y una vez iniciado el PES (cobranza judicial), este ha seguido su curso procesal.

Por otra parte su Autoridad en los considerandos que atañen al cargo N° 1, ha expresado que "...es importante señalar que el espíritu de la norma para la Gestión

de Cobro Administrativo, es dar la posibilidad al Empleador para que pueda regularizar la mora, más intereses y otros, antes de ingresar al escenario jurisdiccional... ya que la norma determina que una vez identificadas las Contribuciones en mora, se debe aplicar el Procedimiento de recuperación administrativa, previa a la judicial". Dichas aseveraciones a decir de su Autoridad, encuentran respaldo legal en lo prescrito por la primera parte del artículo 7 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000; y en el Procedimiento de Cobro y de Aclaración de la Presunción de Mora establecido mediante Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000.

Ahora bien con relación al descargo ofrecido por nuestra AFP, su Autoridad ha señalado haciendo alusión a la RA. SPVS-P 259 de 23 de junio de 2000 que, "La AFP tenia (sic) la obligación de acuerdo a norma, de iniciar la Gestión de Cobro Administrativo conforme a procedimiento y plazo, y que su aplicación además es de uso preferente por jerarquía normativa respecto a la nota que la AFP señala".

Sin embargo (sic) de lo expresado por su Autoridad y a la luz del principio de la búsqueda de la verdad material establecido en el artículo 4, inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, la nota que se constituye en nuestro descargo, nace como una consulta hecha al regulador, considerando para ello lo (sic) la norma aludida y, lo prescrito en nuestro ordenamiento jurídico bajo el cual se rige la sustanciación del Proceso Ejecutivo Social, especialmente los artículos 494 y 495 del Código de Procedimiento Civil; ya que a entender de nuestra Administradora, una efectuada (sic) la Gestión de Cobro Administrativo, y estando los casos de Autos en una etapa ya jurisdiccional; como manda el procedimiento civil, se debería incorporar los nuevos periodos en mora directamente al PES ya iniciado, sea antes y lo (sic) después de la Sentencia; apreciación que también tiene sustento en el segundo párrafo del artículo (sic) 7 del Decreto Supremo N° 25722 que con relación a la controversia, señala que "La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.

El razonamiento expresado en el párrafo anterior, guarda plena concordancia con lo expresado por la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros mediante nota CITE: SPVS-IP-DC - 577/2001 de fecha 18 de abril de 2001, cuando señala que:

> ***"De conformidad a lo establecido en la normas que regulan la cobranza de contribuciones en mora,...** sólo deberían enviarse cartas a nuevos empleadores que hayan entrado en mora, de conformidad a la acreditación de contribuciones realizadas el último mes. Para aquellos empleadores que ya se encontraban en mora y por tanto en proceso de cobranza, no es necesario enviar nuevas cartas, agregando la nueva mora a los procesos en curso..."(las negrillas son nuestras).*

Por otra parte, su Autoridad pretende desmerecer; y por lo tanto tachar de ilegal, un acto administrativo, que aunque de menor jerarquía, obliga igualmente al regulado (en este caso nuestra AFP) en su aplicación, al amparo de lo establecido por el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Además cabe señalar que ni la ex SPVS, ex AP, ni la actual APS, han dejado sin efecto la nota CITE: SPVS-IP-DC - 577/2001 de fecha 18 de abril de 2001, por lo que su cumplimiento se torna obligatorio.

Desconocer todo lo expuesto, significaría que nuestra AFP, tendría que hacer caso omiso a las instrucciones y/o aclaraciones, que en derecho nos asiste a solicitar, exponiéndonos entonces a un constante estado de indefensión, pues el incumplimiento a un acto administrativo de menor jerarquía, se constituiría también en causal para el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio. O lo que es peor, se estaría induciendo a nuestra Administradora al error y/o a la comisión de un acto ilícito en su actividad cotidiana.

Obligatoriedad de Agotar la Cobranza Administrativa previa la acción judicial.- *Su Autoridad ha expresado y reconocido conforme nuestra AFP en repetidas ocasiones lo ha (sic) mencionado dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios iniciados en contra nuestra que, "la AFP tenía la obligación de iniciar y agotar la Gestión Administrativa de Cobro, en base al inciso d) del artículo 31° de la Ley de pensiones*(sic)*... " Aspecto totalmente concordante a lo previsto por el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 321 de marzo de 2000 que señala textualmente lo siguiente: "La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora* ***o agotada la Gestión de Cobro*** *sin qué el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469.*
La Gestión de Cobro, *podrá ser interrumpida, cuando la AFP tenga constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del empleador, debiéndose iniciar de inmediato el Proceso Ejecutivo Social (las negrillas son nuestras)."*

El plazo de los sesenta (60) días a los que hace referencia la norma aludida, fue ampliado a ciento veinte (120) días mediante Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, pero sin modificarse el hecho de que primero debiera agotarse la gestión de cobro (cobranza administrativa), considerando que en la redacción del artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, se observa el uso de la conjunción disyuntiva, entendiéndose por ésta "La que denota separación, diferencia o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas". En este caso la utilización de la letra "o" respeta la diferencia que existe entre iniciar el Proceso Ejecutivo Social (PES) a los sesenta (60) días luego ampliado a ciento veinte (120) días, o una vez agotada la gestión de cobro administrativo, para que como bien señaló su Autoridad "... la AFP conozca con precisión la suma adeudada, considerando los descargos del Empleador deudor, con presentación de planillas de sus trabajadores, bajas y otros... "

Si (sic) perjuicio, de lo expresado, conviene reiterar, como lo hicimos en nuestra nota de descargo, que la gestión de cobro administrativo, fue comunicada a los empleadores como se desprende la documentación que se adjunta."

En función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso

de Revocatoria presentado en fecha 24 de abril de 2012 para el Cargo N° 1, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Esta Autoridad ha observado que la Administradora remitió dos (2) notas para el presente Cargo sancionado, cuyo análisis es el siguiente:

1) *Nota GR. LP. 6878/2008 de 15 de diciembre de 2008 de regularización de Aportes Faltantes a Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU presentada el 26 de diciembre de 2008, por los siguientes períodos:*

   Septiembre a diciembre/1997.
   Enero, febrero y de mayo a diciembre/1998.
   Enero a diciembre/ 1999.
   Enero a diciembre/2000.
   Enero a diciembre/2001.
   Enero a diciembre/2002.
   Enero a diciembre/2003.
   Enero a diciembre/2004.
   Noviembre/2005.
   Septiembre a diciembre/2006
   Enero a diciembre/2007.
   Enero a septiembre/2008.

2) *Nota GR.LP.6701/2008 de 08 de diciembre de 2008 de regularización de Aportes Faltantes a también a Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU, presentada el 10 de diciembre de 2008, por los siguientes períodos:*

   Enero, febrero y de mayo a diciembre/ 1998.
   Enero a diciembre/1999.
   Enero a diciembre/2000.
   Enero a diciembre/2001.
   Enero a diciembre/2002.
   Enero a diciembre/2003.
   Enero a diciembre/2004.
   Noviembre/2005.
   Septiembre a diciembre/2006.
   Enero a diciembre/2007.
   Enero a septiembre/2008

La Nota de Cargos señala los períodos imputados y verificada la documentación con la que cuenta desde las diligencias al presente, se tiene que la AFP no ha remitido ninguna nota de la Gestión de Cobro Administrativo por los siguientes períodos:

Enero a agosto/2008
Octubre a diciembre/2008. Enero a
diciembre/2009. Enero a agosto/2010.

Por lo que el descargo únicamente presentado en la impugnaciones relevante por el período septiembre/2008 imputado.

Por otro lado, respecto a la nota SPVS-IP-DC-577/200 1 de 18 de abril de 2001, con carácter previo corresponde señalar que la Resolución Administrativa SPVS/IP/N0 259 de 23 de junio de 2000 en su artículo Quinto, indica lo siguiente:

> *"…*
>
> *b) Envío de una segunda comunicación escrita al empleador, antes del día 35 de vencido el plazo para identificar la mora y para determinar aquella que presumiblemente se encuentre en esta situación, en la que se reitere lo informado en la primera comunicación y se le informe que de no concurrir a las oficinas de la Administradora o enviar por correo copia de los antecedentes que permitan aclarar la presunta mora o a descartarla, en un plazo de 15 días calendario; la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva."*

Asimismo, establece claramente que una vez identificadas las Contribuciones en mora y determinadas aquellas que presumiblemente se encuentren en esa situación, las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán aplicar el Procedimiento de Gestión de Cobro y de Aclaración. Por lo tanto, se entiende que el imperativo normativo es claro referente a la obligatoriedad que recae sobre las AFP de dar cumplimiento al procedimiento y los plazos específicos en esta etapa, la administrativa, para el cobro y aclaración de la mora a través de la emisión de comunicaciones escritas dirigidas a los Empleadores para hacerle conocer la mora adeudada al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, la cual debe cumplirse sin excepción alguna.

Para refrendar lo expresado en el párrafo anterior se tiene que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 03/2012 de 24 de enero de 2012, determina que: "…De todo lo previamente relacionado al Cargo Nº 1, se tiene comprobado que BBVA Previsión AFP S.A. no remitió la segunda comunicación escrita al Empleador "Importadora Lucca" correspondiente al período agosto/2009.

Que conforme el ordenamiento legal vigente, se tiene que existen procedimientos previos y obligatorios a ser llevados a cabo por una AFP antes de iniciar cualquier acción judicial, que se constituyen en medios de cobro administrativos anteriores al proceso ejecutivo social a efectos de otorgar a los empleadores la posibilidad de formular aclaraciones y explicaciones sobre posibles adeudos al SSO.

Asimismo, se colige que al determinar la normativa vigente el grado de diligencia, entendido como el de un buen padre de familia (máxima diligencia), se establece también el grado de responsabilidad de la AFP, por lo que el Procedimiento de Gestión de Cobro establece en su artículo 12, que el incumplimiento de sus normas generales por parte de las Administradoras, dará lugar a la aplicación de lo previsto por el artículo 292 y siguientes del Decreto Supremo Nº 24469, de 17 de enero de 1997,

que reglamenta la Ley de Pensiones…"

En ese sentido y en consideración a lo determinado por el artículo 60 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, esta Autoridad ha establecido la sanción.

Cuando la AFP señala: "ya que a entender de nuestra Administradora, una efectuada (sic) la Gestión de Cobro Administrativo, y estando los casos de Autos en una etapa ya jurisdiccional; como manda el procedimiento civil, se debería incorporar los nuevos periodos en mora directamente al PES ya iniciado, sea antes y o después de la Sentencia; apreciación que también tiene sustento en el segundo párrafo del artículo (sic) 7 del Decreto Supremo Nº 25722 que con relación a la controversia, señala que "La Gestión de Cobro no será considerada como una medida perjudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.", dicho razonamiento no es precisamente el correcto, ya que la norma determina que una vez identificadas las Contribuciones en mora, se debe aplicar el Procedimiento de recuperación administrativa, previa a la judicial. Por tanto las incorporaciones a las que hace referencia el regulado no corresponden.

La importancia de la fase administrativa, radica en que la AFP conozca con precisión la suma adeudada, considerando los descargos del Empleador, para que dentro el plazo establecido en norma para el inicio de la Gestión Judicial al Empleador, la AFP pueda acudir a la solución de la mora a través de la vía Administrativa. Sin que este procedimiento implique la posibilidad a que las partes puedan hacer valer en el PES, siendo otro el mecanismo legal de cobranza.

Recordando, la Gestión de Cobro Administrativo ha sido establecida por el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, cuyo artículo 7 en su primera parte dice: "Para, el cobro de contribuciones en mora al SSO, las AFPs aplicarán los siguientes procedimientos en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social".

Por lo expuesto, se determina que la AFP tenía la obligación de iniciar y agotar la Gestión Administrativa de Cobro conforme a los plazos y procedimiento, en base a la normativa señalada anteriormente y al inciso d) del artículo 31° de la Ley de Pensiones que establece: "es obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), el cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieran sido pagados a éstas por el empleador, sin otorgar condonaciones". Para lo cual debió remitir las cartas de cobro para comunicar al Empleador sobre la mora.

Siendo que Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió las cartas de cobro escritas al Empleador a excepción del período septiembre/2008 por las razones ya expuestas, el ordenamiento legal señala que existen procedimientos previos y obligatorios a ser llevados a cabo por una AFP antes de iniciar cualquier acción judicial, que se constituyen en medio de cobro administrativos anteriores al PES a efecto de otorgar al Empleador la posibilidad de formular aclaraciones y explicaciones sobre posibles adeudos al SSO.

Finalmente, la AFP argumenta haber iniciado la Gestión Administrativa de Cobro y haber enviado cartas de cobro al Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU; sin embargo la Administradora no remite documentación con respecto a los períodos: enero/2008 a agosto/2008, octubre/2008 a diciembre/2008, enero/2009 a diciembre/2009 y enero/2010 a agosto/2010, imposibilitando desvirtuar los hechos imputados y consecuentemente comprobar la importancia del inicio de la Gestión Administrativa de Cobro. Exceptuando el período de septiembre/2008 por lo que el mismo se levanta.

Por lo expuesto, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para levantar la sanción totalmente al presente Cargo.

AL CARGO Nº 2

Mediante memorial de Recurso de Revocatoria de 24 de abril de 2012, la Administradora señala lo siguiente:

VI CARGO Nº 2

EMPRESA MUNICIPAL DE MANTENIMIENTO URBANO E.M.M.U.

ANTECEDENTES.- *La presente causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social administrativa en fecha 25 de marzo de 1999, mediante nota de Débito 1-02-1999-00022, e ingresada a Juzgado de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad, de el Alto en fecha 30 de marzo de 1999.*

El Juzgados (sic) *emite el auto intimatorio de pago el 16 de Abril de 1999.*
Sentencia No. 118/2002 de fecha 01 de noviembre de 2002, misma que fue declarada ejecutoriada mediante auto de 03 de abril de 2003.

ESTADO ACTUAL DE LA CAUSA.- *Considerando que la presente causa se encuentra en ejecución de fallos se procede a presentar y actualizar el nombre del representante legal de la empresa deudora a fin de evitar el estado de indefensión y vulnerar el principio del debido proceso.*

DESCARGOS AL CARGO 2.- *Toda vez que su institución sanciona sobre una aparente falta de diligencia dentro el proceso, más propiamente dentro el período comprendido desde el 04 de noviembre de 2010 al 18 de abril de 2011, sin tomar en cuenta los argumentos de orden procedimental y legal, mismos que debieron merecer un análisis procesal a fondo, considerando que nuestras gestiones (dentro el periodo extrañado por su institución) pertenecen y son parte indiscutible de una tramitación procesal. Lamentamos el accionar de su institución, nuevamente pretendiendo minimiza (sic) cada actuación que se presenta en los juicios, (ahora por si fuera poco, se pretende minimizar las acciones efectuadas tanto por los Oficiales de diligencias, Jueces, auxiliares; secretarios de juzgados, supernumerarios y otros), sin tomar en cuenta la importancia que otorgan sus gestiones para el proceso, tal es así que su entidad manifiesta en la Pág. 10 párrafo 1ro: "En los*

actuados señalados y remitidos por la Administradora se evidencia que a partir de 16 de noviembre de 2010, los mismos conllevan acciones propias del Juzgado y sus funcionarios, en base al siguiente detalle:

- *El 16 de noviembre de 2010, el **Juez** emite proveído por el cual conmina empleador, exhiba dentro de tercer día de su legal notificación los recibo, que acrediten la extinción de la obligación, con respecto a la ampliación deuda presentada por la AFP.*
- *El 25 de noviembre de 2010, el **Juez** ordena citación por cédula*
- *El 26 de noviembre de 2010 (sic) el **Oficial de diligencias** emite aviso judicial dirigido al empleador (sic). Asimismo efectúa una representación al no encontrar el Gerente General del Empleador, para que sea notificado.*
- *El 30 de noviembre de 2010 (sic) el **Juez** emite decreto que dispone se proceda a la citación por cédula de la empresa EMMU*
- *El 14 de diciembre de 2010 (sic) el **Juez** ordena citación por cédula*
- *El 18 de abril, la AFP solicita al **Juez** emita resolución de ampliación de deuda consignada en las notas de debito (sic) No. 1-02-2010-0930 y No 1-02-2010-02119*

Como su institución apreciará no se estaría tomando en cuenta menos analizando el instituto establecido en Título II De las Partes, Capítulo I, Intervención y Capacidad de las Partes del Código de Procedimiento Civil.

A) <u>SOBRE LA COMPOSICIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO:</u>

Comencemos ofreciendo el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calamandrei)

*Parte se llama, dice Camelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en órgano judicial (JUEZ) con potestad jurisdiccional, **y en partes, (DEMANDANTE y DEMANDADO).** Los elementos objetivos se distinguen en **pruebas y bienes (BIENES EN EL SENTIDO DE CUALQUIER ENTE QUE SEA OBJETO DE DERECHO)***

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses -distingue al órgano judicial, mientras que

la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienes (sic) en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez.

En ese sentido, el tratadista, Fiero Calamandrei establece: "Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso), son al menos tres: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES: esto es, la persona que pide la providencia (actor, en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución), y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)..."

En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demanda o y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

Por su parte los jueces tiene (sic) facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS. En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionario a su cargo.

Tal como se apreciará y a fin de que se ejecute un correcto análisis claramente se puede establecer que las actuaciones emitidas por el Juzgador, son consideradas como importantísimas e imprescindibles a fin de dar celeridad a las causas. Ahora bien, haciendo y pretendiendo seguir el análisis e interpretación (que no es correcto y resulta claramente errático) efectuado por su institución, basándose en establecer que las acciones propias del Juzgado y sus Funcionarios no merecerían ser considerados para una efectiva tramitación dentro las causas tendríamos las siguientes consecuencias:

- *Nuestra AFP solicita la ampliación de la deuda mediante memorial de fecha 04 de noviembre de 2010, misma que mediante auto de 16 de noviembre de 2010 el juzgador ordena la ampliación solicitada.*

GESTIÓN QUE PRETENDE INDUCIR SU INSTITUCIÓN.-

Como su institución no toma en cuenta las gestiones emitidas por el Juzgador pretendiendo desvalorizar, minimizando y menospreciando éstas, se tendría un memorial sin decreto, sin auto, sin resolución o simplemente sin respuesta a la solicitud planteada por nuestra parte; en suma, tendríamos un proceso totalmente paralizado a la espera de que el Juez emita un fallo.

- *Diligencias de notificación mediante cédula de ley de 25 de noviembre de 2010. (ésta es una diligencia efectiva de notificación mediante cédula de ley, cuya consecuencia proviene de un aviso judicial y una representación, cursante a fs. 282 y 283, NO ES UN DECRETO COMO SU INSTITUCIÓN INTERPRETA EN LA PAG. 10, PÁRRAFO 2, GUIÓN 2)*

GESTIÓN QUE PRETENDE INDUCIR SU INSTITUCIÓN.-

Como su institución no toma en cuenta las gestiones emitidas, ahora por los Oficiales de Diligencias, pretendiendo desvalorizar, minimizando y menospreciando éstas, se tendría una total falta de citación y notificación a la parte contraria con una de las ampliaciones; en suma, tendríamos un proceso totalmente paralizado a la espera de que el Diligenciero notifique estas actuaciones.

- *Aviso Judicial y Representación de 25 y 26 de noviembre de 2010*

GESTIÓN QUE PRETENDE INDUCIR SU INSTITUCIÓN.-

Como su institución no toma en cuenta las gestiones emitidas, nuevamente por los Oficiales de Diligencias, pretendiendo desvalorizar, minimizando y menospreciando éstas, se tendría una total falta de citación y notificación a la parte contraria con la otra solicitud ampliación; en suma, tendríamos un proceso totalmente paralizado a la espera de que el Diligenciero notifique esta otra ampliación.

- *Decreto de 30 de noviembre de 2010 ordenando la citación mediante cédula*

GESTIÓN QUE PRETENDE INDUCIR SU INSTITUCIÓN

Como su institución no toma en cuenta las gestiones emitidas por el Juzgador, pretendiendo desvalorizar, minimizando y menospreciando estas, se tendría que esta ampliación no pueda ser notificada mediante cédula: en suma, tendríamos un Proceso totalmente paralizado a la espera de que el Juzgador emita el decreto ordenando esta gestión.

- *Notificación mediante cédula de ley de 14 de diciembre de 2010. (Esta es una diligencia efectiva de notificación mediante cédula de ley, cuya consecuencia proviene de un aviso judicial y una representación, cursante a fs. 289 y 290, NO ES UN DECRETO QUE EL JUEZ ORDENE, COMO SU INSTITUCIÓN INTERPRETA EN LA PAG. 10, PÁRRAFO 2, GUIÓN 5)*

GESTIÓN QUE PRETENDE INDUCIR SU INSTITUCIÓN.

Como su institución no toma en cuenta las gestiones emitidas por el Diligenciero, pretendiendo desvalorizar minimizando y menospreciando éstas se tendría qué la citación con esta última ampliación no se haría efectiva, en suma tendríamos un proceso totalmente paralizado a la espera, de que el Notificador logre citar al ejecutado.

- *Memorial de 18 de abril solicitando resolución*

GESTIÓN QUE PRETENDE INDUCIR SU INSTITUCIÓN

Como su institución no toma en cuenta las gestiones emitidas por el Juzgador, pretendiendo desvalorizar minimizando u menospreciando éstas se tendría la falta de respuesta a nuestra petición en suma tendríamos un proceso totalmente paralizado a la espera de que el Juzgador emita algún fallo o providencie el memorial.

En conclusión, como su institución verá, estas acciones pretendidas, observadas y extrañadas, lograrían sin duda una paralización absoluta en todas las acciones que se pretende ejecutar. En ese sentido la pregunta es: ¿Qué se pretende ejecutar, llevar adelante un proceso acorde a procedimiento o proseguir con las observaciones efectuadas por su institución?; seguros estamos que al obedecer a las observaciones efectuadas por su entidad, las sanciones o las imputaciones de cargos vendrían a circunscribirse en el sentido del por que (sic) *de la paralización o falta de gestión ante la ausencia de decretos, autos, diligencias de notificación, vacaciones judiciales, etc. Por lo que observar gestiones propias de un procedimiento, son pretexto de una aparente dilación procesal está fuera de todo ámbito legal, procedimental y desconocimiento de la tramitación propia en juzgados.*

Por su parte, analizando lo que evidentemente se gestionó en obrados, que a todas luces determina una efectiva tramitación otorgando una celeridad procesal importantísima que evitó su paralización, basándonos en establecer que las acciones propias del juzgado y sus funcionaros SI O SI son considerados como fundamentales e imprescindibles para un correcto y eficaz proceso, tendríamos lo siguiente:

- *Nuestra AFP solicita la ampliación de la deuda mediante memorial de fecha 04 de noviembre de 2010, misma que mediante auto de 16 de noviembre de 2010 el juzgador ordena la ampliación solicitada.*

GESTIÓN OBTENIDA Y QUE EVITÓ SU PARALIZACIÓN.-

Gracias a esta solicitud, el Juzgador, emitió el respectivo auto de ampliación, ordenando la. cancelación de lo adeudado y conminando al ejecutado a cumplir con ésta, asimismo a consecuencia de esta solicitud el Juzgador otorgó el respectivo movimiento procesal, atendiendo nuestra pretensión, por lo tanto a consecuencia de este auto la citación y notificación se encuentra abierta a fin de que el deudor exponga y manifieste sus derechos.

- *Diligencias de notificación mediante cédula de ley de 25 de noviembre de 2010. (esta es una Diligencia efectiva de notificación mediante cédula de*

ley, cuya consecuencia proviene de un aviso judicial y una representación, cursante a fs. 282 y 283, NO ES UN DECRETO COMO SU INSTITUCIÓN INTERPRETA EN LA PAG. 10, PÁRRAFO 2, GUIÓN 2)

GESTIÓN OBTENIDA Y QUE EVITÓ SU PARALIZACIÓN.-

Gracias a esta diligencia, propia del Oficial de Diligencias, se comunicó al deudor nuestra pretensión, cumpliendo lo establecido por el Art. 120 y 121 del C.P.C. gestión ejecutada a raíz de nuestras gestiones internas y extrajudiciales, acudiendo a Juzgado a fin de solicitar día y hora para cumplir con esta notificación mediante cédula con la ND. 1-02-2010-00930. es así que desde el 17 de noviembre de 2010 (las resoluciones salen a la vista de despacho al día siguiente de emitidas estas) se vino solicitando el cumplimiento de esta diligencia, ejecutando el mismo el 25 de noviembre de 2010, siempre y cuando nuestra parte cumpla con los recaudos establecidos, tales como llevar al Diligenciero al domicilio procesal otorgar fotocopias, etc. formalidades propias de una tramitación procesal en Juzgados, mismas que son cumplidas eficientemente por nuestra parte a fin de proseguir con la ejecución de cada etapa procesal.

- *Aviso Judicial y Representación de 25 y 26 de noviembre de 2010 respectivamente*

GESTIÓN OBTENIDA Y QUE EVITÓ SU PARALIZACIÓN.-

Gracias a esta diligencia, propia del Oficial de Diligencias, se comunicó al deudor nuestra pretensión, cumpliendo lo establecido por el Art. 120 y 121 del C.P.C, gestión ejecutada a raíz de nuestras gestiones internas y extrajudiciales, acudiendo a Juzgado a fin de solicitar día y hora para cumplir con la notificación de la N.D.102-201,0-02119. es así qué desde el 17 de noviembre de 2010 (las resoluciones salen a la vista de despacho al día siguiente de emitidas estas) se vino solicitando el cumplimiento de esta diligencia, procediendo a dejar el respectivo aviso judicial el 25 de noviembre de 2010, regresando al día siguiente, tal cual establece la normativa, el 26 de noviembre de 2010, siempre v cuando nuestra parte cumpla con los recaudos establecidos, tales como llevar al Diligenciero al domicilio procesal, otorgar fotocopias, etc. formalidades propias de una tramitación procesal en Juzgados, mismas qué son cumplidas eficientemente por nuestra parte a fin de proseguir con la ejecución de cada etapa procesal. Asimismo esta representación ingresa a despacho el 29 de noviembre de 2010 a fin de qué el Juzgador emita lo qué corresponda, en virtud, a la obligación de efectuar el necesario impulso procesal, a fin de que las causas no se paralicen, y éstas concluyan dentro de los plazos legales (Art. 2 C.P.C.).

En ese sentido y tal cual establecen y disponen los arts. 86. 87. 89 y 90 del Código de Procedimiento Civil, LA DIRECCIÓN DEL PROCESO DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO POR NORMA. EL CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO DE ESTAS, LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA INCLUSO DE OFICIO Y EL CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN MISMO QUE DETERMINA QUE TODO PROCESAL DEBE REALIZARSE SIN DEMORA PROCURANDO ABREVIA LOS PLAZOS Y CONCENTRAR EN UN MISMO ACTO TODAS LAS DILIGENCIAS

PERTINENTES, pertenecen sin duda ALGUNA a una tramitación que busca la abreviación de los plazos y fundamentalmente lograr que la causa se lleve a. cabo sin vicios de nulidad.

- *Decreto de 30 de noviembre de 2010 ordenando la citación mediante cédula.*

GESTIÓN OBTENIDA Y QUE EVITÓ SU PARALIZACIÓN.-

Tal cual disponen los arts. 86, 87. 89, y 90 del Código de Procedimiento Civil, el Juzgador cumple a cabalidad estos articulados otorgando la respectiva DIRECCIÓN DEL PROCESO DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO POR NORMA, CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO DE ESTAS, LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA, INCLUSO DE OFICIO, Y EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN, MISMO QUE DETERMINA QUE TODO ACTO PROCESAL DEBE REALIZARSE SIN DEMORA, PROCURANDO ABREVIAR LOS PLAZOS Y CONCENTRAR EN UN MISMO ACTÓ TODAS LAS DILIGENCIAS PERTINENTES, por lo que esta actuación (propia de la tramitación procesal) es tan importante y fundamental para la continuación de la causa, de esa manera se otorgo (sic) una, mayor celeridad al proceso, gestiones amparadas en los arts. mencionados.

- *Notificación mediante cédula de ley de 14 de diciembre de 2010. (Esta es una diligencia efectiva de notificación mediante cédula de ley, cuya consecuencia proviene de un aviso judicial y una representación, cursante a fs. 289 y 290, NO ES UN DECRETO QUE EL JUEZ ORDENE, COMO SU INSTITUCIÓN INTERPRETA EN LA PAG. 10, PARÁGRAFO 2, GUIÓN 5)*

GESTIÓN OBTENIDA Y QUE EVITÓ SU PARALIZACIÓN.-

Gracias a esta diligencia, propia del Oficial de Diligencias se comunicó al deudor nuestra pretensión, cumpliendo lo establecido por el Art. 120 y 121 del C.P.C., gestión ejecutada a raíz de nuestras gestiones internas u extrajudiciales, acudiendo a Juzgado a fin de solicitar día y hora para cumplir con esta notificación mediante cédula con la N.D. 1-02-2010-02119, es así que desde el 01 de diciembre de 2010 (Las resoluciones y/o decretos salen a la vista de despacho al día siguiente de emitidas estas) se vino solicitando el cumplimiento de esta diligencia, ejecutando el mismo el 14 de diciembre de 2010, siempre u cuando nuestra parte previamente cumpla con los recaudos establecidos, tales como llevar al Diligenciero al domicilio procesal, otorgar fotocopias, etc. formalidades propias de una tramitación procesal en Juzgados, mismas que son cumplidas eficientemente por nuestra parte a fin de proseguir con la ejecución de cada etapa procesal.

- *Es necesario establecer que su institución no tomó en cuenta, nuevamente haciendo menos las acciones y circunstancias propias de Juzgado, el receso judicial de fin de año, establecido desde el 25 de diciembre de 2010 hasta el 02 de enero de 2011, en el cual se ha producido por imperio de la ley suspensión de plazos procesales, tal como determina el Art. 141 del Código de Pdto. Civil.*
- *Memorial de 18 de abril solicitando resolución.*

GESTIÓN OBTENIDA Y QUE EVITÓ SU PARALIZACIÓN.-

Gracias a esta petición la ampliación de la totalidad del monto adeudado a efectuarse en sentencia, permitió .que el juzgador dicte el auto de 19 de abril de 2010 conminando al ejecutado a la cancelación de la totalidad adeudada

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejamos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art.- 29. inc. 12 de la Ley No. 025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, ***más aun si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.***

Finalmente, es necesario ilustrar nuevamente que el Art. 51 del C.P.C. regula la intervención accesoria, pero no menos importante, de los funcionarios auxiliares de la administración de justicia, gestiones que si bien nuestro Código de Procedimiento Civil califica como accesoria, su participación en el proceso es esencial, porque sin la asistencia de éstos, que es de una altísima importancia jurídica, y social, las partes no lograrían ejercer plenamente sus derechos, tal cual establecen los arts. 94, 101 y 105 de la Ley 025, Ley del Órgano Judicial y que la instancia reguladora no puede desconocer.

En síntesis la entidad reguladora no puede pretender desconocer que entre noviembre y diciembre ha habido movimiento procesal y menos puede la entidad reguladora concluir erradamente que "es evidente la falta de movimiento procesal en dicho período", (página 11 parágrafo tercero, comillas son nuestras)

B) SOBRE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS Y LA SENTENCIA EJECUTORIADA.

Nuevamente porque su institución se encuentra en un afán de minimizar las gestiones obtenidas por nuestra parte, a fin de poner en su conocimiento volvemos a recalcar y recapitular que el objetivo de un proceso es la emisión de la sentencia, es decir, el demandante persigue el pronunciamiento que condene al demandado a cumplir una determinada prestación conteniendo la declaración de legitimidad de esa prestación ***y la posibilidad de su ejecución.***

Ahora bien, esta posibilidad de ejecución debe materializarse indubitablemente mediante una sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, considerada ésta como aquella verdad averiguada, el más importante y último efecto jurídico de una sentencia.

En sentido general debe considerarse como el efecto procesal que produce toda cuestión jurídica que ya ha sido discutida y resuelta por la sentencia definitiva en un

*determinado proceso judicial y ante órgano jurisdiccional competente, en suma las partes no pueden impugnar el fallo judicial menos reproducirlo en un nuevo proceso. Bajo el mismo análisis,"... **la cosa juzgada es el fin del proceso porque éste necesariamente debe culminar en cosa juzgada.** Por lo dicho, existe una relación entre el medio y el fin, entre el destino final del derecho a obtener la justicia, la paz y la seguridad de la convivencia." (Las negrillas son nuestras)*

Al respecto, si bien estas medidas precautorias fueron ejecutadas antes y durante la tramitación de la causa, hasta obtener la sentencia ejecutoriada, y a partir de este estado procesal se prosiguió con la tramitación de las mismas, esas deben no deberían (sic) considerarse como inexistentes, menos como inadecuadas, tal como su institución.

Con relación a lo mencionado por su entidad: "...siendo que la AFP contaba con una sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada a su favor, la Administradora debió mantener un movimiento procesal diligente con el fin de que se ejecute y se efectivice el pago de las contribuciones adeudas por el empleador." Al respecto, se establece que nuevamente su institución hace vista ciega de los antecedentes del proceso, pretendiendo nuevamente interpretar el estado de la causa fuera de una realidad fáctica y de una realidad propia de las tramitaciones procesales.

Si bien este estado de la causa determina la posibilidad de ejecución (mediante medidas precautorias), no es menos cierto que toda medida precautoria goza de la potestad de ser exhortada en cualquier etapa del juicio (Art. 156, 491 del C.P.C.) tal es así que en obrados cursa toda medida precautoria pertinente, cuyo objeto es el de asegurar los resultados del juicio, medidas ejecutadas con toda la responsabilidad, diligencia y eficacia.

Ahora bien esta ejecución, previa averiguación de bienes del ejecutado evidentemente no garantiza ni puede garantizar que el deudor posea algún bien, o cuentas en los bancos, etc. que aseguren la cancelación, por factores que son de su conocimiento, tales como el ocultamiento malicioso de los mismos, el cambio de nombre en las cuentas bancarias, etc. factores que impiden una obtención de lo determinado en sentencia. En sentido minimizar y no tomar en cuenta estas gestiones no resulta correcto y menos puede constituir causal para una sanción, que a todas luces carece de fundamentación objetiva, solicitando como corresponde en derecho que se deje sin efecto y se levanten los cargos indebidamente impuestos."

Que en función a los argumentos presentados por la AFP con respecto al Cargo N°2, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente:

Futuro de Bolivia S.A. AFP, a través de su Recurso de Revocatoria presenta argumentos por el período sancionado sin movimiento procesal, por el que habría realizado gestiones que evitaron la paralización y dilación de dicho proceso social.

Por lo que argumenta lo siguiente: "a fin de que se ejecute un correcto análisis claramente se puede establecer que las actuaciones emitidas por el Juzgador, son consideradas como importantísimas e imprescindibles a fin de dar celeridad a las causas." Evidentemente son necesarias las actuaciones del Juez y funcionarios de los juzgados, pero no es menos cierto también que, la participación del principal

interesado en el proceso, como lo es la AFP, es vital para la consecución de los fines de la Seguridad Social de Largo Plazo.

En cuanto a la definición de partes procesales, la Administradora señala: "las partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria" Por lo que se entiende que en todo PES se requiere de un actor y un demandado, los cuales se hallan bajo la dirección de un juez quien dirige la causa.

En ese sentido la AFP como actor dentro del PES, tenía la obligación de efectuar actuaciones tendientes a activar su acción procesal, llevando a cabo toda la tramitación de manera diligente de inicio a fin, es decir con la recuperación total de las Contribuciones en mora del Empleador, sin embargo durante el período sancionado no existió su participación en el proceso.

Asimismo, corresponde señalar que si bien el Juez es quien tiene la obligación de velar porque el proceso se lleve conforme a ley, no es menos cierto que las partes procesales tienen la obligación de realizar el seguimiento debido al proceso, por consiguiente, el hecho de que el actor no se hubiera apersonado y actuar periódicamente ante las dependencias del Juzgado con esa finalidad, implica falta; de interés y negligencia en la atención del trámite del PES referido, lo que no puede ser subsanado mediante los argumentos presentados en el presente recurso.

De las actuaciones efectuadas en la tramitación del PES, las mismas se detallan a continuación:

1) *Mediante memorial de **04 de noviembre de 2010**, presentado el 15 de noviembre de 2010, la **AFP** solicita al Juez ampliación de deuda en base a la Nota de Débito 1-02-2010-02119 por nuevos períodos incurridos en mora desde junio/2010 a agosto/2010.*
2) *El **16 de noviembre de 2010** el **Juez** mediante Decreto conmina al Empleador exhiba dentro de tercer día de su legal notificación los recibos que acrediten la extinción de la obligación detallada en la Nota de Débito N°- 02-2010-02119.*
3) *El **26 de noviembre de 2010**, el **Oficial de Diligencias** mediante un Aviso Judicial notifica a la parte demandada y realiza una representación indicando que la persona que debe ser notificada no pudo ser habida.*
4) *Receso Judicial entre el **25 de diciembre de 2010** al **02 de enero de 2011.***

De lo anterior esta Autoridad ha podido comprobar lo siguiente:

El inciso 1) se refiere a la última actuación que la AFP presentó durante el PES, posterior a la misma no presentó ninguna otra actuación procesal durante todo el período de paralización sancionado, que pudiese demostrar una tramitación diligente en el proceso.

Los incisos 2), y 3), se refieren a actuaciones que fueron emitidas dentro de los períodos imputados en el PES, sin embargo las mismas fueron realizadas por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social y el Oficial de Diligencias, y ninguna de las citadas son

actuaciones propias de la AFP, por lo que no son válidas para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la Administradora.

Por último, el inciso 4), se refiere al receso judicial determinado por el órgano judicial, del 25 de diciembre de 2010 hasta el 02 de enero de 2011, pero no disminuye el lapso abundante de tiempo en el que el PES se encontraba paralizado, debido a que la AFP no presentó fuera del mismo ninguna actuación procesal.

De la relación de hechos señalados por la AFP, a manera de justificación de la inactividad procesal, es importante resaltar que los mismos durante el período de paralización procesal (04 de noviembre de 2010 al 19 de abril de 2011), fueron realizados por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, y los funcionarios del Juzgado. Asimismo se aclara que esta Autoridad no minimiza las actuaciones expuestas por la Administradora, debido a que no existe ningún memorial presentado por el Regulado, por lo que se observa que como parte procesal del PES no mantuvo una participación activa en el mismo, ni efectuó movimiento procesal alguno, por lo que sus argumentos no son suficientes para levantar la sanción impuesta en el presente Cargo.

En los actuados señalados y remitidos por la Administradora, se evidencia que a partir de 16 de noviembre de 2010, los mismos conllevan acciones propias del Juzgado y sus funcionarios.

Por lo que se confirma que no existe diligencia de la AFP desde el 04 de noviembre de 2010, hasta el 19 de abril de 2011, período en el que se presenta una paralización del PES de ciento sesenta y cinco (165) días sin movimiento procesal.

De los antecedentes se tiene que, mediante memorial de 04 de noviembre de 2010, la AFP solicita al Juez la Ampliación de Deuda en base a la Nota de Débito N° 1-02-2010-02119; para posteriormente el 19 de abril de 2011, solicitar la Ampliación de embargo; por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad procesal, demostrando una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES por parte de la Administradora. Lo que determina que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

Con respecto a las actuaciones detalladas por el regulado en la impugnación corresponden a funcionarios judiciales, como se dijo en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 136-2012 de 01 de marzo de 2012, las mismas fueron evaluadas, concluyéndose que no son propias de la AFP.

Con relación a lo mencionado por la AFP: "estas medidas precautorias fueron ejecutadas antes y durante la tramitación de la causa, hasta obtener la sentencia ejecutoriada, y a partir de este estado procesal se prosiguió con la tramitación de las mismas, esas deben no deberían (sic) *considerarse como inexistentes, menos como inadecuadas, tal como su institución* (sic)*." Al respecto, se establece que la ejecución de las medidas precautorias, las solicitudes y presentación de los informes de bienes de Cotel, el Tránsito La Paz y El Alto, Derechos Reales La Paz y El Alto, Retención de*

Fondos, etc.-, no son actuaciones que hayan sido presentadas durante el tiempo de paralización del PES con memorial al Juzgado, en base a lo evidenciado en la documentación remitida. Por otro lado, si bien la AFP indica que expresan actividad del regulado, sin embargo éstos debieron ser puestos en conocimiento del juez, para su consideración y conocimiento.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de largo plazo.

Por otro lado la AFP informa ***"la cosa juzgada es el fin del proceso porque éste necesariamente debe culminar en cosa juzgada."*** *siendo que la AFP* ***contaba*** *con una sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada a su favor, la Administradora debió mantener un movimiento procesal diligente con el fin de que se ejecute y se efectivice el pago de las Contribuciones adeudadas por el Empleador.*

En cuanto al argumento de la AFP sobre la ejecución de las medidas precautorias, con previa averiguación de bienes del ejecutado no garantizarían que el mismo posea bienes, o cuentas en los bancos, que aseguren la cancelación de lo adeudado, debido a que el deudor ha efectuado el ocultamiento malicioso de sus bienes, el cambio de nombre en las cuentas bancarias. Al respecto dicha explicación no puede ser factor que impida que la AFP efectivice la recuperación de los aportes en mora, debido a que la Administradora como representante de los Asegurados tiene toda la facultad de utilizar y agotar los medios que la norma le otorga, con tal de hacer valer los derechos de los Asegurados en un proceso social.

Por lo que se concluye que la Administradora no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, al no hacer efectiva tal recuperación, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES iniciado.

En ese sentido, una vez valorados los argumentos, se evidencia que no existió un movimiento procesal en el período observado por la APS, por lo tanto el Cargo N° 2 se ratifica.

Al Cargo N° 3…"

"…*La AFP en su memorial presentado el 24 de abril de 2012, manifiesta lo siguiente:*

VII. CARGO N° 3:

ARISUR INC:

ANTECEDENTES.- *La presente causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 27 de Agosto de 2001, mediante Nota de Débito 1-02-2001-*

01370, e ingresada a Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social en fecha 30 de agosto de 2001.

El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 31 de agosto de 2001.

Sentencia No. 115/2001 de fecha 23 de diciembre de 2001, misma que fue declarada ejecutoriada mediante auto de 19 de enero de 2008.

ESTADO ACTUAL DE LA CAUSA.- *Toda vez que la presente causa se encuentra con sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, se procedió a solicitar todas las medidas precautorias pertinentes a fin de garantizar lo adeudado y obtener la recuperación de los montos pertenecientes a los trabajadores.*

DESCARGOS AL CARGO 3.- *Tal como su institución analiza, el ejecutar una relación de cada etapa del proceso, nuestra parte procedió a una diligente y eficaz tramitación procesal, sin embargo supuestamente se habría causado una paralización de las actuaciones desde el 19 de agosto de 2009 hasta el 11 de febrero de 2010 y desde esta fecha hasta el 27 de enero de 2011.*

Toda vez que la cosa juzgada es la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada, dando luz verde a la ejecución, entendida esta como aquel procedimiento judicial para hacer efectivo, en virtud de un mandamiento judicial las diligencias de embargo para asegurar el pago de una deuda, sus intereses y costas, en este sentido en fecha 19 de agosto de 2009 de (sic) adjunta el pase profesional y el informe emitido por COTEL en el que certifican sobre el estado de los gravámenes que pesaren sobre las líneas telefónicas el valor de las mismas y si registran deudas pendientes de pago, certificación solicitada con anterioridad como medidas previas al remate. Posteriormente se solicita la aprobación del avalúo y las certificaciones de gravamen emitidas por COTEL, dando cumplimiento a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico.

Como se apreciará estas gestiones, incluso internar y extra judiciales, (se debe tomar en cuenta la tramitación obligatoria por ante estas instituciones, en este caso COTEL, a fin de que otorgue la información o gestión solicitada), fueron cumplidas, a sabiendas del tiempo a emplearse, pues no se obtiene mejor gestión que tenga mayor celeridad, tal como sanciona su entidad, pues estas diligencias, más aún si se encuentra en ejecución de fallos, merecen la otorgación de tiempo a fin de cumplir con cada formalidad exigida, situación que lamentamos no sea conocida, comprendida, menos experimentada por su entidad, ciñéndose simplemente a ejecutar un análisis alejado de la realidad judicial de nuestro país.

Asimismo afirmamos: "...la cosa juzgada se asienta en dos principios; (sic) 1) Que la acción queda extinguida en su ejercicio e impide su renovación en otro juicio y 2) Que las relaciones de derecho deben ser estables, porque el principio de la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica, alcanza tanto al derecho sustantivo como al derecho procesal.

Finalmente y considerando que de todas las medidas precautorias solicitadas solo se logró identificar dos líneas telefónicas pertenecientes a la empresa ejecutada, no existiendo vehículos, ni certificaciones emitidas por las entidades financieras que establezcan la retención de fondos que tuviera lavarte deudora tal como consta en obrados, por lo tanto, no pueden ser consideradas como una falta de movimiento procesal, mas aun si se considera que estas certificaciones negativas expedidas por las instituciones pertinentes consienten prácticamente la inexistencia de bienes, por tanto la clausura extraordinaria del proceso, no por causa nuestra, sino por la carencia de bienes en donde recaer y lograr una recuperación efectiva."

En función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

La Administradora señala que, al obtener la Ejecutoría de la Sentencia en fecha 19 de enero de 2008 y adquirir la calidad de Cosa Juzgada, se entiende como aquel procedimiento judicial para hacer efectivo, en virtud de un mandamiento judicial, las diligencias de embargo para asegurar el pago de una deuda, sus intereses y costas.

Asimismo, la AFP señala que "la cosa juzgada se asienta en dos principios: 1) Que la acción queda extinguida en su ejercicio e impide su renovación en otro juicio y 2) Que las relaciones de derecho deben ser estables, porque el principio de la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica, alcanza tanto al derecho sustantivo como al derecho procesal."

Respecto al Artículo 190 del Código de Procedimiento Civil, establece: "...la sentencia pondrá fin al litigio en primera instancia, contendrá decisiones expresas positivas y precisas, " recaerá sobre las cosas litigadas, en la manera en que hubieren sido demandadas sabida que fuere la verdad por las pruebas del proceso, en ella se absolverá o condenara al demandado".

Sin embargo en el presente Cargo, la Administradora argumenta haber solicitado medidas precautorias, habiendo identificado solamente dos líneas telefónicas pertenecientes al Empleador, no existiendo vehículos, ni certificaciones emitidas por las entidades financieras que establezcan la retención de fondos que tuviera la parte deudora tal como consta en obrados, por lo tanto la Administradora acepta que no pudo efectivizar la recuperación de las Contribuciones en mora, lo que imposibilita que el PES culmine con un sólo pronunciamiento del Juez, siendo que el mismo no ha efectivizado el pago de los aportes adeudados por el Empleador.

En fecha 19 de agosto de 2009, la AFP adjunta el informe emitido por COTEL, en el que certifican sobre el estado de los gravámenes que tienen las líneas telefónicas del Empleador, el valor de las mismas y el registro de deudas pendientes de pago.

Recién en fecha 11 de febrero de 2010, Futuro de Solivia S.A. AFP solicita al Juez de la causa, se apruebe el avalúo y certificación de gravamen emitido por COTEL, para poder ingresar al remate de las líneas telefónicas de propiedad del ejecutado.

En este sentido, independientemente de la Sentencia firme a favor que obtiene la Administradora, esta dilata el proceso que permita el remate de los bienes propiedad del Empleador, existiendo entre el 19 de agosto de 2009 (fecha en a Administradora adjunta informe de COTEL) y el 11 de febrero de 2010 (Fecha en la que la AFP solicita al Juez la aprobación del avalúo emitido por COTEL), ***ciento setenta y seis (176) días sin movimiento procesal.***

Igualmente, el siguiente actuado presentado por la Administradora (memorial mediante el cual se solicita Retención de Fondos del demandado) data del 27 de enero de 2011, ***existiendo trescientos cincuenta (350) días sin movimiento procesal.***

Por otro lado la Administradora manifiesta: "su institución, reconoce que la tramitación procesal se la realizó de manera efectiva y diligente durante todo el proceso", aseveración que es incorrecta ya que esta Autoridad ha sancionado el Cargo N° 3, al evidenciarse una paralización injustificada de las actuaciones procesales, hecho que ha producido interrupción del trámite procesal y a la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

De igual forma la AFP manifiesta lo siguiente: "...en este sentido en fecha 19 de agosto de 2009 de (sic) adjunta el pase profesional y el informe emitido por COTEL en el que certifican sobre el estado de los gravámenes que pesaren sobre las líneas telefónicas..." "Posteriormente se solicita la aprobación del avalúo y las certificaciones de gravamen emitidas por COTEL..." lo que determina la aceptación tácita que realiza la AFP, debido a que la primera actuación fue presentada por la Administradora el 19 de agosto de 2009 y la segunda actuación fue solicitada el 11 de febrero de 2010, siendo evidente que la AFP en la presentación de una actuación procesal a otra, dejó transcurrir ciento setenta y seis (176) días, paralizando el PES.

En cuanto al argumento de la AFP, que el PES se encontraba en ejecución de fallos, con ejecución de medidas precautorias y la presentación del informe de Cotel en fecha 19 de agosto de 2009, que certifica la existencia de dos líneas telefónicas del Empleador; sólo conduce a razonar que ésta debía continuar realizando actuados idóneos hasta obtener recursos del remate para aminorizar (sic) *la mora del Empleador, sin embargo y como se ve en el presente caso, la AFP no actúa diligentemente dejando transcurrir períodos largos de tiempo sin beneficio respecto a la recuperación de la mora.*

La AFP menciona también en sus descargos que, el PES culminó con la ejecución de fallos y la ejecución de toda medida precautoria, agotando todas las vías y etapas procesales. Al respecto el hecho de que el PES se encuentre en ejecución y se haya ejecutado las medidas precautorias, no son actuaciones que determinen la conclusión misma del proceso social, como equívocamente asevera la Administradora, por lo que no enerva la obligación de mantener un movimiento procesal en el PES, ya que el mismo concluye con la recuperación total de las Contribuciones adeudadas. No existiendo una clausura extraordinaria sino aquella finalización como dice la norma, es decir con el desestimiento (sic). *Por tanto el argumento no es suficiente para levantar la sanción del presente Cargo.*

La Administradora como representante de los Asegurados, debió cuidar que el PES tenga un movimiento procesal diligente, desde su inicio hasta cumplir con el fin de recuperar las Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo conforme lo instruye el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

Con respecto al segundo período de inactividad procesal, se evidencia que la AFP ha solicitado la retención de fondos de la empresa demandada después de haber transcurrido trescientos cincuenta (350) días, por lo que esta Autoridad ha determinado que la Administradora abandonó el PES dejándolo paralizado y sin movimiento procesal diligente; y no ha tomado la debida atención, cuidado y diligencia necesarios que establece la norma, incumpliendo además de esta manera con el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de Pensiones, porque la AFP tiene la obligación de cobrar las cotizaciones y devengadas no pagadas, lo que no sucedió durante los períodos observados.

Por lo señalado, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para levantar la sanción impuesta al presente Cargo.

Al Cargo N° 4

La AFP señala en su Memorial de fecha 24 de abril de 2012, lo siguiente:

VII- CARGO N° 4:

CLUB BOLIVAR.-

ANTECEDENTES.- *La presente causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 12 de Noviembre de 2002, mediante Nota de débito 1-02-2002-00096, e ingresada a Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social en fecha 07 de diciembre de 2002. El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 09 de Diciembre de 2002.*

Sentencia No. 73/2003 de fecha 08 de septiembre de 2008, misma que fue declarada ejecutoriada mediante auto de 08 de abril de 2006.

ESTADO ACTUAL DE LA CAUSA.- *Tomando en cuenta que el presente proceso se encuentra con sentencia ejecutoriada se procede a solicita y ejecutar las medidas precautorias que aseguren y garanticen la recuperación efectiva de lo adeudado, en ese sentido a la fecha nos encontramos tramitando el arraigo contra el representante legal y la retención de fondos.*

DESCARGOS AL CARGO 4.-

A) SOBRE EL PRIMER PERIODO OBSERVADO.-

Nuevamente debemos lamentar el accionar y la falta de análisis con fundamentos de orden procedimental efectuado por su institución, limitándose simplemente a mencionar una falta de movimiento procesal, sin hacer una interpretación cabal a los

descargos presentados, menos una interpretación a las normas establecidas para el caso de autos. Sin embargo, se manifiesta: "Una vez valoradas dichas pruebas de descargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP demuestra la existencia de actuados procesales entre el 26 de mayo de 2009 y 09 de marzo de 2010 (primer periodo observado por la APS)" (Pág. 22)

De esta aceptación efectuada por su institución, con los descargos presentados por nuestra parte, mínimamente se debió tomar en cuenta y valorar a fin de evitar una sanción con las proporciones que se imputa, apoyándose precisamente en el principio de proporcionalidad, en el sentido de contener una sanción equilibrada que minimice la imputación, considerando que este cargo fue objeto de sanción y que el mismo fue desvirtuado en su totalidad, estableciendo que dentro de ese período, imputado con una aparente falta de movimiento procesal, si se obtuvo una diligente tramitación que evitó la dilación extrañada por su entidad.

En ese sentido su institución debió desestimar y levantar el cargo impuesto, considerando que el período se encuentra totalmente saneado y depurado, en consecuencia no existen cargos contra éste.

B) SOBRE LA INVIABILIDAD DE LA SANCIÓN POR LA IMPUTACIÓN (sic) DE OTRO PERIODO APARENTE DE DILACIÓN PROCESAL NO COMPRENDIDO EN LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por otro lado, con referencia a una aparente falta de movimiento procesal en un segundo periodo, hacemos notar la falta de relación entre los periodos imputados confundiendo y generando agravios que solicitamos sean enmendados.

Es así que su institución manifiesta: "Sin embargo, entre el 09 de marzo de 2010 a 08 de septiembre de 2010 (segundo periodo observado por la APS) existe aceptación tácita, por parte de la administradora, de una paralización del proceso judicial, considerando que transcurrieron ciento ochenta y tres (183) días sin ningún actuado efectuado...".

Asimismo, manifiesta: "...se ha podido comprobar la falta de movimiento procesal de ciento cincuenta y ocho (158) días, por lo que los descargos presentados por la AFP no desvirtúan la infracción."

En ese sentido su institución manifiesta en la notificación de cargos APS/DJ/DPC/5761/2011 de 20 de diciembre de 2011 en su Pág. 7 lo siguiente: "Entre el 26 de mayo de 2009 y el 03 de abril de 2010, transcurren trescientos doce (312) días sin que exista un movimiento procesal diligente por parte de la AFP...". "Entre el 03 de abril de 2010 al 08 de septiembre de 2010, transcurren ciento cincuenta y ocho (158) días sin que exista un movimiento procesal diligente..."

De esta recopilación ejecutada por su institución se tiene lo siguiente:

- *La notificación con cargos determina que fueron 312 días de una aparente dilación procesal, por un primer periodo.*
- *La notificación con cargos determina que existe 158 días de una aparente dilación procesal, por un segundo periodo.*

- *La resolución administrativa sancionatoria, establece que dentro del primer periodo observado, se demostró la existencia de actuados procesales.*
- *La resolución administrativa sancionatoria, establece la supuesta existencia de 183 días sin actuaciones, asimismo, extrañamente se toma en cuenta fechas inexistentes a la imputación en la nota de cargos, así se tiene: "Sin embargo entre el 09 de marzo de 2010 al 08 de septiembre de 2010 (segundo periodo observado por la APS)...", MANIFESTACIÓN QUE NO PERMITE EFECTUAR UNA RELACIÓN CORRECTA, INCUMPLIENDO SU INSTITUCIÓN CON LO DISPUESTO EN EL CAPITULO VIII SANCIONES Y RECURSOS, PARTE I DEL RÉGIMEN DE SANCIONES Y PARTE II DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSOS DEL DECRETO SUPREMO No 24469 DE 17 DE ENERO DE 1997, determinando en este caso dos perlados con observaciones.*
- *La resolución administrativa establece que existirían 158 días sin movimiento procesal.*

Como su autoridad establecerá ahora existen dos periodos imputados con una aparente falta de movimiento procesal, uno por 183 días y otro por 158 días.

En ese sentido, esta falta de coordinación hace inviable su sanción, puesto que por el supuesto periodo (183 días) no se recibió, menos notificó ningún cargo, tal cual dispone la normativa, por lo tanto el pretender sancionar sin poseer fundamentos legales, menos fácticos, más aún incumpliendo el procedimiento que regula cada etapa e instancia, existiendo una contravención a la normativa por parte de su institución, se deberá anular dicha imputación, procediendo a dar cumplimiento a lo establecido en la norma.

El período que no ha sido materia de notificación con alguna supuesta imputación de cargos y la resolución erróneamente ratifica un cargo inexistente, vulnera principios de debido proceso, el sometimiento pleno a la ley, de verdad material, el principio de proporcionalidad, pues si no existe falta competida resulta ilegal, ilegítimo y arbitrario imponer una sanción.

Tampoco existen los parámetros para sancionar con multa por un período que no ha sido notificado con cargo alguno ni como falta ni como infracción; no existe prueba en que nuestra institución haya cometido un hecho que deba ser sancionado y finalmente no existe proporcionalidad entre un hecho no imputado y una responsabilidad exigida. Tampoco existen criterios de graduación como intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración en un hecho no fiscalizado, menos un causado ni reincidencia en un hecho no probado, ni notificado.

Finalmente, el circunscribirse simplemente a anunciar que no existiría movimiento procesal diligente, sin tomar en cuenta que todas estas actuaciones procesales poseen una tramitación diligente y efectiva, más aún si en estos periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, tal es así que se tuvo incluso que lidiar con la mala práctica y chicanería por parte de los abogados patrocinantes de la entidad, deudora, por lo .que estas actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa deben ser consideradas y valoradas solicitando tener presente cada una de estas gestiones, probando así

que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales."

IX. SOBRE LA DILIGENCIA DE UN BUEN PADRE DE FAMILIA:

"Buen Padre Familia, origen romano: "bonus pater familias" que significa que el ciudadano tiene presente el compromiso y es consciente de la propia responsabilidad.

Diligencia: "Vos con múltiples y capitales significados jurídicos: cuidado, celo, solicitud, esmero, develo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona..." (pág. 719 Cabanellas).

"En su Tratado de la responsabilidad civil, los Mazeud y Tune escriben que la diligencia, en cierto sentido, es un conjunto de actos con miras a un resultado. Pero, en sentido psicológico, es una actitud del hombre que es diligente, que no es negligente. Ahora bien, cuando se habla de la diligencia de un buen padre de familia, se considera esa actitud, esta tensión del deudora con la mira del resultado prometido, y no los actos por los cuales se manifestará".

Futuro de Bolivia S.A. AFP tiene esa actitud diligente que no es considerada por la instancia reguladora que, además pretende atribuir responsabilidades de terceros a esta administradora, mostrando un evidente desconocimiento de la realidad judicial en el país y en consecuencia no aplica criterios de deslinde de responsabilidades, ni el principio de búsqueda de la verdad materia; y por el contrario dirige erróneamente sus interpretaciones de incumplimiento (que en realidad son supuesto) a la AFP.

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en su memorial para el Cargo N° 4, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Es importante señalar, que cuando esta Autoridad emitió la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/5761/2011 de 20 de diciembre de 2011 dirigida a la Administradora por el incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, evidenció la paralización de dos (2) períodos en la tramitación del PES, de los mismos en el primer período ***(26 de mayo de 2009 al 03 de abril de 2010)*** *hubo actividad procesal, en cuanto al segundo período (****03 de abril de 2010 al 08 de septiembre de 2010)*** *la AFP no remitió a esta Autoridad ninguna actuación presentadas en el PES, comprobándose su falta de movimiento procesal; dicho período se señala a continuación:*

- *El Empleador solicita mediante memorial de* ***03 de abril de 2010,*** *cumpla la ejecución de sentencia y desestime la afectación al patrimonio de BAISA con retención de fondos concedida, al ser diferente al del "Club Bolívar".*
- *El* ***08 de septiembre de 2010*** *la AFP presenta memorial de Ampliación de demanda.*
- *Entre el 03 de abril de 2010 al-.08 de septiembre de 2010, transcurren ciento cincuenta y ocho (158) días sin que exista un movimiento procesal diligente.*

Al respecto, el período imputado a la Administradora no ha sido modificado, ni menos aún se ha incluido uno nuevo, considerando que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 136 - 2012 de 01 de marzo de 2012 manifiesta lo siguiente: "El 03 de abril de 2010, la entidad ejecutada responde y solicita la ejecución de la sentencia sin alterar ni modificar su contenido, memorial que mereció el decreto de 05 de abril de 2010; el 08 de septiembre de 2010 la AFP se apersona y solicita Ampliación de la Demanda, por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un periodo de inactividad de ciento cincuenta y ocho (158) días, lo que demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES por parte de la Administradora. Determinándose que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

En ese sentido, mediante la documentación detallada y pormenorizada remitida por la AFP, se ha podido comprobar la falta de movimiento procesal de ciento cincuenta y ocho (158) días, por lo que los descargos presentados por la AFP no desvirtúan la infracción."

Por lo señalado precedentemente, la sanción del presente Cargo por el segundo período se refiere a un período de paralización procesal entre el 03 de abril de 2010 al 08 de septiembre de 2010, en consideración al actuado efectuado por el Empleador; y que las observaciones que realiza la AFP en cuanto a la supuesta incongruencia expresada en la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/136-2012 de 01 de marzo de 2012, ello si bien deriva en un lapsos en el texto, sin embargo en la demás fundamentación del acto se deja en claro el período sancionado a la AFP y del cual no existe prueba que demuestre lo contrario hasta el presente.

Por lo que se establece que, entre el 03 de abril de 2010 al 08 de septiembre de v 2010 (correspondiente al segundo período sancionado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS), existe aceptación implícita, por parte de la Administradora, de una paralización del Proceso Judicial, considerando que transcurrieron ciento cincuenta y ocho (158) días sin ningún actuado efectuado por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

En ese sentido, mediante la documentación detallada y pormenorizada remitida por la AFP, se ha podido comprobar la falta de movimiento procesal de ciento cincuenta y ocho (158) días por el segundo período, por lo que los argumentos presentados por la AFP no desvirtúan la sanción.

La AFP como representante de los Asegurados, debió cuidar que el PES tenga un movimiento procesal diligente, desde su inicio hasta cumplir con el fin de recuperar las Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Lo que demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador, con el fin hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social de los Trabajadores, lo que llevó a que el PES se prolongue en el tiempo.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando

dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por otro lado la AFP menciona: "Tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera, daño ni perjuicio a nuestros afiliados". Evidentemente, por lo que la sanción aplicada fue por leve y no media. Asimismo se explica en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/136-2012 de 1 de marzo de 2012, los motivos que fundan la calificación de la sanción impuesta, expresándose con meridiana claridad la preterintencionalidad de la conducta sancionada.

Por lo expuesto, el segundo período del presente Cargo se ratifica.

CONSIDERANDO:

Futuro de Solivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presenta los siguientes argumentos integrales, para los Cargos N° 1, 2,3 y 4

"…VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD:

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración - Regulador- para que de manera previa al análisis de, la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

En ese sentido se expresa el jurisconsulto Walker San Miguel Rodríguez en la página 60 de su libro "El Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia" cuando señala que "...la tipicidad entendida como la necesidad que una conducta punible haya sido debidamente descrita por una norma legal, es un imperativo del derecho (sic) Administrativo Sancionador y opera en conjunto con el principio de legalidad (...). Por consiguiente, no sólo ha de ser necesaria la descripción de un hecho definido como (…) infracción o contravención, sino que además debe establecerse claramente en. la norma legal la sanción que ha de aplicarse a cada tipo de infracción".

Entendiendo correctamente el alcance de la tipicidad como un elemento imperativo del derecho (sic) Administrativo Sancionador, y a la luz del principio de la verdad material no se puede dejar de analizar el hecho de que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros Afiliados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones intereses y recargos adeudados al SSO por los empleadores, sin otorgar ningún tipo de

condonación, por lo que ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

III. DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN:

Su Autoridad ha determinado sancionar a nuestra AFP en ambos cargos enmarcando nuestra conducta dentro de lo previsto por el artículo 286 inciso a) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, lo que significa que hubieran concurrido en la supuesta infracción dos elementos necesarios:

a) La preterintencionalidad y,
b) Que como resultado de la misma no haya existido Beneficio propio o de Personas Relacionadas al Infractor.

En ese sentido su Autoridad ha pretendido justificar la concurrencia de la preterintencionalidad señalado (sic) que ésta "...se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PES; dicha inobservancia a la norma no causo (sic) *un daño económico para los asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sancionar (sic) la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento el PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio"(sic)*

Dichos argumentos no solo carecen de congruencia, sino que también no son suficientes como para determinar fehacientemente una conducta antijurídica preterintencional por parte de nuestra AFP, considerando que la preterintencionalidad de acuerdo al concepto expresado por el Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas, en su Tomo TV es la "Superación del propósito por los Hechos. Circunstancia atenuante (v.) de la responsabilidad criminal cuando se causa un mal superior al querido o planeado.

1. *Concepto técnico. Jiménez de Asúa expresa que la preterintención -sinónimo menos difundido- consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido..."*

En el caso de Autos, para que el regulador pueda establecer que nuestra conducta ha sido más grave que la prevista, primero debe establecer cuál ha sido la conducta prevista por parte de nuestra AFP, y no basarse en supuestos que no han sido comprobados como el señalar que se pudo o puede afectar al Asegurado en el acceso a una prestación o beneficio.

Además de lo expresado, y en aplicación a los principios de razonabilidad y sana critica, su Autoridad no ha dado a conocer cual hubiese sido lo, reclamada

conducta diligente en cada uno de los cargos imputados, considerando la realidad que se vive en los juzgados por la sobrecarga procesal, la acefalía de jueces, secretarios y diligencieros.

IV. DE LA REITERACIÓN Y LA REINCIDENCIA COMO ELEMENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN:

En los considerandos de la ahora recurrida Resolución Administrativa, su Autoridad ha señalado para los cargos N° 2, 3 y 4 que "se advierte reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso recurso (sic) Jerárquico contra la Resolución administrativa (sic) SPVS/IP No. 288 de 10 de abril de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros , (sic) por medio de la cual confirmo la Resolución Administrativa SPVSJP No. 499 de 4 de junio de 2008..."

Por lo anterior es preciso traer a colación lo expresado por el tratadista argentino Roberto Dromi en la página 302 de su obra titulada "Derecho Administrativo" quien ha señalado que las sanciones administrativas "...siempre deben basarse en una ley. Se requiere un título jurídico propio y concreto, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración título jurídico propio y concreto, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración la aplicación de ellas...La Administración no puede crear, por propia iniciativa, sanciones contra los administrados, por cuanto la determinación de las conductas punibles y las respectivas sanciones son de atribución exclusiva del legislador, competencia indelegable que le pertenece constitucionalmente. También se excluye la aplicación, analógica de las sanciones, pues lo contrario significaría transformar el órgano administrador en órgano legislador...". En ese entendido dicha reincidencia en la conducta no puede ser utilizada como fundamento para justificar la calificación y la imposición de la sanción contra nuestra Administradora, toda vez que dichas infracciones han sido objeto de un procedimiento administrativo sancionatorio totalmente diferente en su oportunidad, y por lo tanto ya han causado estado, es decir que han quedado firmes en sede administrativa, además de que dichas sanciones impuestas han sido debidamente honradas por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

Es pertinente señalar que las Resoluciones Administrativa (sic) invocadas por su Autoridad para justificar una mal pretendida reincidencia, sancionan a nuestra Administradora por incumplimiento a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000; y no así por los artículos 23 y 31, inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones (sic).

Además de lo expresado, no se puede alegar reincidencia en este tipo de acciones, toda vez que las actividades de cobranza se refieren básicamente a procesos separados, con vida jurídica propia, con peculiaridades, tiempo y acciones, totalmente separado. Sobre la base de lo expresado en el párrafo

anterior, es oportuno también advertir que dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que señala claramente que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años." Motivo por el cual no pueden ser invocadas de manera indefinida o indeterminada, hecho que no solo causa cauda (sic) detrimento a nuestra AFP en su condición de sujeto regulado, sino también un estado permanente de indefensión a inseguridad jurídica.

De lo manifestado por la AFP, esta Autoridad establece que; en base a las reglas leí principio de tipicidad y legalidad a momento de imputar y sancionar las actuaciones de la Administradora, ha observado que su conducta ha vulnerado las formas que se encuentran tipificadas y debidamente descritas en cada uno de los largos, por cuanto la AFP no puede alegar que no existe relación entre la conducta y la infracción a lo establecido en la norma, ya sea durante la Gestión administrativa de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social respectivamente; criterio compartido por ejemplo por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 002/2012 de 19 de enero de 2012

Asimismo la AFP, como representante de los Asegurados, en el Cargo N° 1 no envió las notas de cobro administrativo dentro de plazo que la norma otorga, asimismo para los Cargos N° 2, 3 y 4 no llevó un movimiento procesal diligente durante la tramitación de los PES, incumpliendo lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 22469 de 17 de enero de 1997.

Por lo que el accionar de la AFP infringe la norma enunciada para cada Cargo sancionado, asimismo esta Autoridad en base al principio de proporcionalidad que obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de la tutela y la consecuencia jurídica, ha sancionado los Cargos mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N⁰ 136-2012 de 01 de marzo de 2012, fundando su razonamiento y considerando los perjuicios preterintencionales provocados por la AFP. Por lo que la consecuencia de las conductas de la Administradora guardan estricta proporcionalidad con la sanción establecida por el Ente Regulador, por lo cual se confirma.

La aplicación de la sanción para el Cargo N° 1, en cuanto a la preterintencionalidad se ha visto expresada en el hecho de que el regulado no inicio la Gestión de Cobro Administrativo en plazo y procedimiento; en cuanto a los Cargos N° 2, 3 y 4 se determina en que la AFP al en no mantener un movimiento procesal diligente en la tramitación de los PES; con su falta de cuidado y diligencia; han ocasionado un mal mayor el cual se determina en que los Asegurados, se vean perjudicados a momento de obtener una prestación a pago.

En cuanto a la reincidencia, con respecto a los Cargos N° 2, 3 y 4 se expresa en que la Administradora nuevamente incurrió en la infracción cuando esta ya fue sancionada por el mismo hecho.

La reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS – IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS - IP - No. 499 de 4 de junio de 2008, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us10.000 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 95 y ***142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 23 de la Ley de Pensiones****; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 73/2008 de 19 de noviembre de. 2008, que confirma las actuaciones del ente regulador.*

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la R.A.250-2011, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros - APS, tiene el plazo de 20 días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar la resolución…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 15 de junio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 343-2012 de 24 de mayo de 2012, expresando lo siguiente:

*"…**II. RATIFICA FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVOCATORIA:***

Sin perjuicio de expresar nuevos fundamentos que seguramente serán causales de nulidad del presente procedimiento administrativo sancionatorio, ratificamos en su integridad los argumentos vertidos en nuestro memorial de Recurso de Revocatoria de fecha 24 de abril de 2012.

III. CARGO N° 1:

Su Autoridad ha pretendido fundamentar su decisión entre otros con lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 03/2012DE (sic) *24 de enero de 2012 que en la parte pertinente señala "Que conforme al ordenamiento*

legal vigente, se tiene que existen procedimientos previos y obligatorios a ser llevados a cabo por una AFP antes de iniciar cualquier acción judicial, que ***se constituyen en medios de cobro administrativos anteriores al proceso ejecutivo social*** *a efectos de otorgar a los empleadores la posibilidad de formular aclaraciones y explicaciones sobre posibles deudas al SSO" (las negrillas son nuestras). Señalando más adelante en los considerandos de la ahora impugnada resolución que "Siendo que Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió las cartas de cobro escritas al Empleador a Excepción del periodo septiembre/2008 por las razones ya expuestas,* ***el ordenamiento legal señala que existen procedimientos previos y obligatorios a ser llevados a cabo por una AFP antes de iniciar cualquier acción judicial, que se constituyen en medio de cobro administrativos anteriores al PES*** *a efecto de otorgar al Empleador la posibilidad de formular aclaraciones y explicaciones sobre posibles adeudos al SSO".*

Sin embargo de lo expresado por su Autoridad y a la luz del (sic)
Sin embargo de lo expresado por su Autoridad y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material establecido en el artículo 4, inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, debe considerarse necesariamente los siguientes aspectos de orden normativo que enervan los argumentos esgrimidos por su Autoridad.

a) *El segundo párrafo del artículo* (sic) *7 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 con relación a la controversia, señala que* ***"La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social",*** *vale decir que no es OBLIGATORIA su aplicación.*
b) *El párrafo segundo del Art. 23 de la Ley 1732 remite la sustanciación del Proceso ejecutivo Social a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil cuando señala que "La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo"; por lo que cobra vital importancia las previsiones legales contenidas en los Arts. 494 y 495 que permiten la ampliación de la ejecución antes y con posterioridad a la sentencia respectivamente cuando señalan textualmente que:*
   "Art. 494.- (AMPLIACIÓN ANTERIOR A LA SENTENCIA).
   Si durante el proceso ejecutivo y antes de la sentencia venciere algún nuevo plazo de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, se podrá ampliar la ejecución por ese importe, sin que el procedimiento retrotraiga y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hubieren precedido. (Art. 492)
   Art. 495.- (AMPLIACIÓN POSTERIOR DE LA SENTENCIA).
   I. Si con posterioridad a la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, la ejecución podrá ser ampliada y el deudor deberá exhibir dentro de tercero día, los recibos que acreditaren haberse extinguido la obligación bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidos.
   II. Si el deudor no exhibiere recibos o documentos reconocidos por el ejecutante, o no se probare sumariamente su autenticidad, se hará efectivo el apercibimiento, sin recurso alguno".
   Sobre la base de la normativa citada, su Autoridad fácilmente podrá colegir que

en el caso de Autos, el PES ya se encontraba iniciado; y en consecuencia correspondía la ampliación de la ejecución, pudiendo en esa instancia el Empleador, sin vulnerar su derecho a la defensa exhibir pagos y otra documentación de descargo, no siendo necesaria la gestión de cobro administrativo.

c) *A lo precedentemente vertido se suma lo expresado por la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros mediante la nota CITE: SPVS-IP-DC - 577/2001 de fecha 18 de abril de 2001, cuando señala que:* ***"De conformidad a lo establecido en la*** (sic) ***normas que regulan la cobranza de contribuciones en mora,...****sólo deberían enviarse cartas a nuevos empleadores que hayan entrado en mora, de conformidad a la acreditación de contribuciones realizadas el último mes. Para aquellos empleadores que ya se encontraban en mora y por tanto en proceso de cobranza, no es necesario enviar nuevas cartas, agregando la nueva mora a los procesos en curso..." (las negrillas son nuestras). Nota que se constituye en prueba inobjetable e irrefutable de nuestro actuar y que no ha sido objeto de pronunciamiento por su Autoridad a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria interpuesto por nuestra Administradora.*

Todos los argumentos hasta ahora vertidos por nuestra Administradora; y los actuados del presente procedimiento administrativo sancionatorio demuestran con meridiana claridad que nuestra AFP con apego a la normativa legal vigente dio inicio a la cobranza administrativa, luego inicio (sic) *el Proceso Ejecutivo Social, y en conformidad a la normativa que rige el proceso civil ejecutivo, efectuó las ampliaciones al proceso ya iniciado por el vencimiento de nuevas obligaciones; por lo que desconocer todo lo expresado, significaría que nuestra AFP, tendría que hacer caso omiso a las previsiones legales y las instrucciones y/o aclaraciones emitidas por Autoridad competente, como lo fue el entonces Intendente de Pensiones de la ex SPVS; exponiéndonos entonces a un constante estado de indefensión.*

IV. CARGO Nº 2:

EMPRESA MUNICIPAL DE MANTENIMIENTO URBANO E.M.M.U.

Su Autoridad ha señalado en la resolución que impugnamos que "... la AFP como actor dentro del PES, tenía la obligación de efectuar actuaciones tendientes a activar su acción procesal, llevando a cabo toda la tramitación de manera diligente de inicio a fin, es decir con la recuperación total de las contribuciones en mora del Empleador, sin embargo durante el periodo sancionado no existió su participación en el proceso". Apreciación alejada de la realidad procesal ya que el objetivo de un proceso es la emisión de la sentencia, es decir, el demandante persigue el pronunciamiento que condene al demandado a cumplir una determinada obligación conteniendo la declaración de legitimidad de esa pretensión y la ***posibilidad de su ejecución.***

Ahora bien, esta posibilidad de ejecución debe materializarse indubitablemente mediante una sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, considerada ésta como aquella verdad averiguada, el más importante y último

efecto jurídico del proceso. En sentido general debe considerarse como el efecto procesal que produce toda cuestión jurídica que ya ha sido discutida y resuelta por la sentencia definitiva en un determinado proceso judicial y ante órgano jurisdiccional competente, en suma las partes no pueden impugnar el fallo judicial menos reproducirlo en un nuevo proceso. Bajo el mismo análisis, ***"...la cosa juzgada es el fin del proceso porque éste necesariamente debe culminar en cosa juzgada.*** *Por lo dicho, existe una relación entre el medio y el fin, entre el destino final del derecho a obtener la justicia, la paz y la seguridad de la convivencia. " (Las negrillas son nuestras)*[1]

[1] *Cita tomada por José Decker Morales, Código de Procedimiento Civil, comentado y concordado – Cochabamba, Bolivia, Tercera Edición, Pág. 149*

Nuestra administradora dentro de la sustanciación del PES ejecuto (sic) *las medidas precautorias antes y durante la tramitación de la causa, hasta obtener la sentencia ejecutoriada, y a partir de este estado procesal se prosiguió con la tramitación de las mismas, por lo que estas no deberían considerarse como inexistentes, menos como inadecuadas, tal como ha pretendido argüir su institución. Si bien este estado de la causa determina la posibilidad de ejecución (mediante medidas precautorias), no es menos cierto que toda medida precautoria goza de la potestad de ser ejecutada en cualquier etapa del juicio (Art. 156, 491 del C.P.C.) tal es así que en obrados cursa toda medida precautoria pertinente, cuyo objeto es el de precautelar el pago de lo demandado, medidas ejecutadas con toda la responsabilidad y diligencia. Ahora bien esta ejecución, previa averiguación de bienes del ejecutado evidentemente no garantiza ni puede garantizar que el deudor posea algún bien, o cuentas en los bancos, etc. que aseguren la cancelación, por factores que son de su conocimiento, tales como el ocultamiento malicioso de los mismos, el cambio de nombre en las cuentas bancarias, etc. factores que impiden una obtención de lo determinado en sentencia.*

Al respecto, su institución pretende desprestigiar y minimizar estas actuaciones, estableciendo que nuestra argumentación o explicación no puede ser factor que impida que la AFP efectivice la recuperación de los aportes en mora, debido a que la administradora como representante de los asegurados tiene toda la facultad de utilizar y agotar los medios que la norma otorga, con tal de hacer valer los derechos de los asegurados en un proceso social.

Si bien nuestra AFP posee todas las facultades que otorga la norma, no es menos cierto que ante toda la tramitación efectiva, ejecutando y agotando todos los medios a fin de efectivizar la recuperación, ante los informes que establecen que el ejecutado carece o no posee ningún bien mueble e inmueble a su nombre, como en el caso de autos, esta situación amerita la no recuperación de lo adeudado, considerando de esa manera al proceso como irrecuperable, factores que si impiden la recuperación, por esa razón, la insolvencia del ejecutado, situación que nuevamente no es asimilado procesalmente por el regulador.

El pretender minimizar y no tomar en cuenta estas gestiones no resulta correcto y

menos puede constituir causal para una sanción, que a todas luces carece de fundamentación objetiva, solicitando como corresponde en derecho que se deje sin efecto y se levanten los cargos indebidamente impuestos.

Asimismo es pertinente también manifestarnos sobre lo expresado por su Autoridad en parte de los considerandos cuando refiere que "...corresponde señalar que si bien el Juez es quien tiene la obligación de velar porque el proceso se lleve conforme a ley, no es menos cierto que ***las partes procesales tiene la obligación de realizar el seguimiento al proceso****; por consiguiente el hecho de que el actor no se hubiera apersonado y actuar periódicamente ante las dependencias del juzgado con esa finalidad, implica falta de interés y negligencia en la atención del trámite del PES..." (las negrillas son nuestras). Toda vez que como se desprende del Código de Procedimiento Civil, y de la Ley de Abreviación Procesal Civil y Asistencia Familiar, la tramitación del proceso ejecutivo tiene etapas y plazos que deben respetarse y que tiene sus propias características de sustanciación, que no hacen obligatorio el constante apersonamiento mediante la presentación de memoriales, sino por el contrario el seguimiento en instalaciones del Juzgado con la revisión de los libros y o expedientes en caso de encontrarse a la vista, actividad que es efectuada de manera cotidiana por nuestros funcionarios en todos los juzgados del Trabajo y Seguridad Social. Aspecto este, que no puede dejar de considerarse a la luz del principio de búsqueda de la verdad material.*

V. CARGO Nº 3:

ARISUR INC:

En este Cargo su Autoridad en parte de los considerandos ha señalado que nuestra AFP "...acepta que no pudo efectivizar la recuperación de las Contribuciones en mora, lo que imposibilita que el PES culmine con un sólo pronunciamiento del Juez, siendo que el mismo no ha efectivizado el pago de los aportes adeudados por el Empleador". Situación alejada de la realidad jurídica y de la práctica legal, toda vez que ***el Art. 190 del C.P.C****., establece:* ***"LA SENTENCIA PONDRÁ FIN AL LITIGIO EN PRIMERA INSTANCIA,*** *contendrá decisiones expresas positivas y precisas, recaerá sobre las cosas litigadas, en la manera en que hubieren sido demandadas sabida que fuere la verdad por las pruebas del proceso, en ella se absolverá o condenara al demandado". (Las negrillas son nuestras). Debe comprender la entidad reguladora que la sentencia si pone fin al proceso conforme establece el Art. 190 antes citado (conclusión ordinaria del proceso) y debe la entidad reguladora diferenciar que la conclusión extraordinaria del proceso se da con retiro de demanda, desistimiento del proceso, desistimiento del derecho, transacción, conforme establecen los Arts. 302 al 305 y 314 todos del Código de Pdto. Civil.*

Luego de este breve estudio realizado a fin de valorar el estado de la causa, es menester recalcar que el proceso se encuentra concluido, en razón a que la sentencia fue declarada ejecutoriada en fecha 19 de enero de 2008, por tanto nos encontramos frente a un proceso concluido.

Como bien se apreciará nuestra correcta tramitación se circunscribió a la ejecución de fallos pasado por autoridad de cosa juzgada, procediendo a ejecutar toda medida precautoria amparada por el Ordenamiento Jurídico, solicitando de esa forma los informes de bienes tanto a COTEL, TRÁNSITO LA PAZ Y EL ALTO, DD.RR. LA PAZ Y EL ALTO, asimismo la RETENCIÓN DE FONDOS de los montos pertenecientes a la empresa ejecutada.

En ese sentido, toda solicitud en pos de averiguar bienes o la ejecución de medidas precautorias no pueden considerarse como una falta de movimiento procesal, más aún si se considera que las certificaciones de medidas previas al remate expedidas por las instituciones pertinentes consienten prácticamente un movimiento procesal efectivo, gestiones que se cumplieron acatando cada formalidad legal exigida, tales como el tiempo invertido y la burocracia permanente que se presenta en esta clase de trámites y ante las Oficinas de Registros correspondientes.

Como su autoridad analizará se llegó a esta etapa procesal prácticamente cumpliendo con el procedimiento, lo que no puede ser entendido como una dilación procesal, a sabiendas de que la tramitación se encontraba prácticamente concluida, sin más que tramitar, aguardando sin embargo rescatar algún monto de dinero con el remate de estas líneas telefónicas, lo que no siempre se consigue por la ausencia de postores y considerando lo costoso que resulta la adjudicación de estos bienes a sabiendas que éstos contienen gravámenes y deudas por consumo.

Considerando que de todas las medias precautorias solicitadas solo se logró identificar dos líneas telefónicas pertenecientes a la empresa ejecutada, no existiendo vehículos, bienes inmuebles, ni certificaciones emitidas por las entidades financieras que establezcan la retención de fondos que tuviera la parte deudora tal como consta en obrados, por lo tanto, no pueden ser consideradas como una falta de movimiento procesal, más aún si se considera que estas certificaciones negativas expedidas por las instituciones pertinentes consienten prácticamente la inexistencia de bienes, por lo tanto la clausura extraordinaria de la fase de ejecución de sentencia en el proceso, no por causa nuestra, sino por la carencia de bienes donde recaer y lograr una recuperación efectiva.

Finalmente reiteramos y mantenemos nuestros descargos vertidos en nuestro recurso de revocatoria, argumentos que deben ser tomados en cuenta y valorados como tal por adecuarse a normativa y procedimiento.

VI. CARGO Nº 4:

CLUB BOLÍVAR.-

Con referencia a una aparente falta de movimiento procesal en un segundo periodo, que estaría comprendido entre el 09 de marzo de 2010 al 08 de septiembre de 2010 no existe ninguna aceptación implícita, por parte de nuestra administradora, sobre paralización del proceso judicial, ya que esta actuación se constituye en una ampliación de ejecución en conformidad a lo expresado por los Arts. 494 y 495 del

Código de Procedimiento Civil que permiten la ampliación de la ejecución antes y con posterioridad a la sentencia respectivamente, la misma que es presentada en atención a la oportunidad procesal del caso en particular.

Como su autoridad podrá colegir, se han pretendido establecer la existencia de dos periodos imputados con una aparente falta de movimiento procesal, uno por 183 días y otro por 158 días.

En ese sentido, esta falta de congruencia hace inviable su sanción, puesto que por el supuesto periodo (183 días) no se recibió, menos notificó ningún cargo, tal cual dispone la normativa, por lo tanto el pretender sancionar sin poseer fundamentos legales, menos fácticos, más aún incumpliendo el procedimiento que regula cada etapa e instancia administrativa, existiendo una contravención a la normativa por parte de su institución, se deberá anular dicha imputación, procediendo a dar cumplimiento a lo establecido en la norma.

La sanción por hechos no imputados mediante notificación de cargos, vulnera principios de debido proceso, el sometimiento pleno a la ley, de verdad material, el principio de proporcionalidad, pues si no existe falta cometida resulta ilegal, ilegítimo y arbitrario imponer una sanción.

Tampoco existen los parámetros para sancionar con multa por un período que no ha sido notificado con cargo alguno ni como falta ni como infracción; no existe prueba de que nuestra institución haya cometido un hecho que deba ser sancionado y finalmente no existe proporcionalidad entre un hecho no imputado y una responsabilidad exigida.

Tampoco existen criterios de graduación como intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración en un hecho no fiscalizado, menos un perjuicio causado ni reincidencia en un hecho no probado, ni notificado.

Finalmente, el circunscribirse simplemente a anunciar que no existiría movimiento procesal diligente, sin tomar en cuenta que todas estas actuaciones procesales poseen una tramitación diligente y efectiva, más aún si en estos periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, tal es así que se tuvo incluso que lidiar con la mala práctica y chicanería por parte de los abogados patrocinantes de la entidad deudora, por lo que estas actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa deben ser consideradas y valoradas solicitando tener presente cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales.

VII. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y al haberse conculcados (sic) *nuestros derechos y legítimos intereses, en atención al principio de congruencia y*

búsqueda de la verdad material; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 343-2012 de fecha 24 de mayo de 2012; que confirmo parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 136-2012 de 01 de marzo de 2012, ajustando el procedimiento al marco de la legalidad…"

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota APS/DJ/6553/2012 de 30 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hizo presente la documentación complementaria que le fuera solicitada por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 060/2012 de 27 de agosto de 2012, conforme a las transcripciones siguientes:

- **Nota FUT.SUP.460/2001 de 5 de marzo de 2001, remitida por FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros:**

"*…En estricto cumplimiento a lo determinado en la* ***Resolución Administrativa No. SPVS-P-259/2000 "Norma General para la Gestión de Cobro" y la Circular SPVS-IP-DC 096/2000 "Procedimientos Necesarios para Controlar todo el Procedimiento de Gestión de Cobro"****, informamos a usted las actividades que a la fecha fueron realizadas:*

- *Identificamos la mora de los tres primeros meses generando las notas respectivas (1ra. y 2da.) de acuerdo al formato instruido por la Intendencia de Pensiones.*
- *La primera nota consideró los períodos de mayo/1997 a octubre/2000*
- *En la segunda incluimos las acreditaciones efectuadas con posterioridad al 10 de enero de 2001, desde mayo/1997 hasta noviembre/2000*
- *En la tercera incluimos las acreditaciones posteriores al 10 de febrero de 2001, desde mayo de 1997 hasta diciembre de 2001*
- *Emitimos y enviamos las segundas notas del primer y segundo ciclo de cobranza a los empleadores.*
- *Enviamos los tres primeros Archivos General e Histórico de mora el 15 de enero de 2001, el 15 de febrero de 2001 y el 15 de marzo de 2001 respectivamente.*
- *Tenemos a la fecha impresas las primeras notas del cuarto ciclo de cobranza y las segundas del tercer ciclo de cobranza, las mismas que se encuentran en las oficinas regionales.*
- *El 10 de abril emitiremos aproximadamente 600 Notas de Debito para iniciar la Cobranza Judicial.*

Por lo anteriormente expuesto, se puede verificar que hemos cumplido con las normas y procedimiento de cobranza, cumplimiento que al haber sido unilateral, lo ha sido en detrimento de la imagen de nuestra empresa, pero debido a los miles de descargos que recibimos y por la cobranza masiva de prácticamente cuatro gestiones anuales, actualmente tenemos un gran problema con la depuración de las empresas.

El personal de las Oficinas Regionales y de la Oficina Nacional no tiene la capacidad para seguir atendiendo nuevas emisiones de notas de Cobranza y los descargos que se reciben de los empleadores para posterior depuración, esto debido a los cortos plazos considerados en el proceso definido por la Intendencia, por lo que nos vemos en la necesidad de solicitar un plazo de tres meses para no emitir notas de cobranzas y de esta manera poder efectuar la depuración de las ya entregadas y con posterioridad poder regularizar con el envío de una nota la información de cobranza de esos tres meses…"

- **Nota de respuesta SPVS-IP-DC-577/2001 de 18 de abril de 2001:**

"…Por medio de nota FUT.SUP.460/2001, de fecha 5 de marzo de la presente gestión, recibida en esta Intendencia con fecha 5 de abril de igual ano, esa Administradora informa las actividades que ha desarrollado en cumplimiento de las normas que regulan la gestión de cobranza de contribuciones en mora (R.A. 259/2000 y C. 096/2000) e informa que el cumplimiento de las mismas ha significado un detrimento de la imagen de esa Institución, además de un problema con la depuración de empresa; solicitando un plazo de tres meses para no emitir nuevas notas de cobranza. Respecto a lo informado y solicitado por esa Administradora, esta Intendencia comunica lo siguiente:

a) De conformidad a lo establecido en las normas que regulan la cobranza de contribuciones en mora, citadas precedentemente, solo deberían enviarse cartas a nuevos empleadores que hayan entrado en mora, de conformidad a la acreditación de contribuciones realizada el último mes. Para aquellos empleadores que ya se encontraban en mora y por tanto en proceso de cobranza, no es necesario enviar nuevas cartas, agregando la nueva mora a los procesos en curso. Por lo anterior esta Intendencia no autoriza el plazo solicitado para no enviar notas a los empleadores en mora.

b) Respecto a los problemas de depuración de empresas que informa esa AFP, derivados de la acumulación de contribuciones en mora por más de tres años; se recuerda que dicho problema no existiría si esa Institución hubiera cumplido oportunamente con la obligación legal que siempre ha tenido de realizar la cobranza de las citadas contribuciones. Por tanto esa Administradora deberá asumir su responsabilidad y asignar los recursos que sean necesarios para dar cabal cumplimiento a las disposiciones de este Órgano Contralor en materia de cobranza.

c) Sobre la mala imagen que pudiera crearse esa Institución por la gestión realizada, se informa que en opinión de esta Intendencia, esta será compensada largamente con la buena imagen que generara en los afiliados el verificar que la Institución que administra sus ahorros previsionales, ha hechos los esfuerzos necesarios para recuperar sus aportes…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Cargo N° 1.- (Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por incumplimiento a lo establecido en el artículo quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 259 de 23 de junio de 2000, modificado por el artículo primero de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 935 de 1° de septiembre de 2006, debido a que no remitió al empleador, las comunicaciones escritas y dentro de los plazos señalados durante los periodos de: enero/2008 a agosto/2010.

A efectos de la compulsa necesaria, importa revisar los antecedentes normativos, tal como sigue:

- Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones:

  "***ARTÍCULO 31° OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP).*** *Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:*

  (…)
  d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"

- Resolución Administrativa SPVS-P/N° 259 de 23 de junio de 2000:

  "***QUINTO.- (PROCEDIMIENTO DE COBRO Y DE ACLARACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE MORA).***

  Una vez identificadas las contribuciones en mora y determinadas aquellas que presumiblemente se encuentren en esta situación, las Administradoras deberán aplicar el Procedimiento de Gestión de Cobro y de aclaración, el que deberá contener como mínimo las siguientes actividades:

  a) Envío de comunicación escrita al empleador, dentro del plazo de 5 días calendarios de vencido el plazo para identificar la mora y para determinar aquella que presumiblemente se encuentre en esta situación, en la que se le informe sobre este hecho; dándole a conocer los antecedentes de (sic) *respectivos para que en el plazo de 15 días calendario concurra a las oficinas*

de la Administradora para aclarar o regularizar su situación o envíe por correo a las oficinas de la Administradora copia de los antecedentes necesarios para descartarla.

b) Envío de una segunda comunicación escrita al empleador, antes del día 35 de vencido el plazo para identificar la mora y determinar aquella que presumiblemente se encuentre en esa situación, en la que se reitere lo informado en la primera comunicación y se le informe que de con concurrir a las oficinas de la Administradora o enviar por correo copia de los antecedentes que permitan aclarar la presunta mora o a descartarla, en un plazo de 15 días calendario; la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva."

- Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 935 de 1º de septiembre de 2006:

*"…**II.** Se modifica el cómputo para el envío de la primera y segunda comunicación escrita al empleador del Artículo Quinto (PROCEDIMIENTO DE COBRO Y DE ACLARACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE MORA) de acuerdo a lo siguiente:*

"a) El plazo para el envío de la primera comunicación escrita al empleador es de 5 días calendario vencido el plazo para la depuración y verificación de la mora presunta.

b) El envío de la segunda comunicación escrita al empleador se debe realizar antes del día 35 de vencido el plazo para la depuración y verificación de la mora presunta."

De acuerdo a lo señalado, es evidente que es responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones, realizar cuanta gestión considere necesaria para el cobro de contribuciones en mora, antes del inicio del Proceso Ejecutivo Social, siendo clara la norma al establecer que una de las **gestiones mínimas** dentro del procedimiento de Gestión de Cobro, es el envío de dos comunicaciones escritas a los empleadores.

Por lo que una vez determinada la mora efectiva y realizada la depuración y verificación de la mora presunta, la Administradora debe remitir en el plazo de 5 días calendario la **primera** comunicación y antes del día 35 de vencido el plazo para la depuración y verificación de la mora presunta, una **segunda** comunicación escrita.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la nota de Cargos APS/DJ/DPC/5761/2011 de 20 de diciembre de 2011, señaló que Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió las comunicaciones escritas en los plazos establecidos por los siguientes periodos:

" - Nov-2009
- Ene-2008 a Nov-2009
- Mar-2008 a Dic-2009
Ene-2010 a Ago-2010
- Mar-2008 a Dic-2009
Ene-2010 a Ago-2010"

De lo señalado, no se establece claramente si el incumplimiento se debe al envío de la primera, la segunda o ambas comunicaciones escritas a la Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU.

De la misma manera, es importante señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante el INFORME/APS/DPC/CO 063-2011 de 27 de junio de 2011, a fojas 056, estableció lo siguiente:

Nro.	*Fecha de recepción de la nota*	*Periodos comprendidos en la nota enviada por la AFP*	*Cumplimiento de Plazo*
16	*05/02/2010*	*Dic-09*	*Dentro de plazo*
17	*14/05/2010*	*Nov-09*	*Fuera de plazo*
18	*31/05/2010*	*...Ene-2008 a Nov-2009*	*Fuera de plazo*
		Ene-2010 a Feb-2010	*Dentro de plazo*
19	*26/01/2011*	*...Mar-2008 a Dic-2009*	*Fuera de plazo*
		Ene-2010 a Ago-2010	*Fuera de plazo*
		Sep-2010 a Dic-2010	*Dentro de plazo*
(...)			
22	*31/01/2011*	*... Mar-2008 a Dic-09*	*Fuera de plazo*
		Ene-2010 a Ago-2010	*Fuera de plazo*
		Sep-2010 a Dic-2010	*Dentro de plazo*

Al respecto, tal como se evidencia del cuadro señalado precedentemente, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** remitió la comunicación escrita dentro del plazo establecido, para lo siguientes periodos en mora:

- Diciembre/2009 y
- Enero/2010 a Febrero/2010

Sin embargo, **mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 434-2012 de 24 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la sanción, resultando que sólo levantó el cargo para el periodo de septiembre/2008, sin considerar lo señalado para diciembre/2009 y enero/2010 a febrero/2010, existiendo una incongruencia en la información evaluada**.

Ahora bien; la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en la nota SPVS-IP-DC 577-2001 de 18 de abril de 2001, ha establecido que la Administradora de Fondos de Pensiones tiene la obligación de cumplir con las gestiones administrativas mínimas de cobranza para recuperar las contribuciones retenidas por los empleadores y no canceladas al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, previo al inicio del Proceso Ejecutivo Social; sin embargo, al determinarse nuevos periodos en mora una vez iniciado el Proceso Ejecutivo Social, lo que corresponde es que la Administradora de Fondos de Pensiones realice la ampliación dentro del proceso judicial por dichos periodos, no siendo necesario realizar una gestión previa de cobro -administrativo- por los periodos posteriores a lo mismo como mal lo ha establecido el órgano regulador.

A ello se ha referido la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** cuando, en su Recurso Jerárquico, se remite al artículo 7° del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, el que

establece que la Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria, necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social, por lo que en el caso de autos, encontrándose iniciada la cobranza administrativa y el Proceso Ejecutivo Social, efectuó las ampliaciones dentro del trámite judicial ya iniciado dado el vencimiento de nuevas obligaciones, no resultando por ello obligatorio realizar la gestión de cobro administrativo previo por esos nuevos periodos vencidos una vez que se ha iniciado ya el Proceso Ejecutivo Social, pudiendo en esta instancia el Empleador, sin vulnerar su derecho a la defensa, exhibir pagos y otra documentación de descargo.

Se debe considerar que, el objetivo del Proceso Ejecutivo Social es el cobro de las contribuciones no pagadas, más los intereses que no hubieran sido cancelados por el empleador, por tanto al existir nuevos periodos en mora, estos deben sumarse al proceso a través de la ampliación para su recuperación, prevista por ley, pudiendo el empleador en esta instancia, presentar cuanta documentación considere necesaria para su descargo, en cuyo caso, corresponde al juez determinar la ampliación solicitada.

Por todo lo mencionado, se aceptan los argumentos presentados por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, y hacen a la determinación dada en la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

1.2. Cargo N° 2.- (Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23° y 31°, inciso d), de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones) y 142° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido a la Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU, durante el periodo comprendido entre el **4 de noviembre de 2010** al **19 de abril de 2011** (166 días sin movimiento), produciendo interrupción en el trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

A este respecto, el Ente Regulador maneja elementos disímiles -lo que en sí no enerva al cargo- que determinan variaciones en cuanto al periodo de tiempo en el que se dice ha existido negligencia por parte de la ejecutante; así:

- La Nota de Cargos N° APS/DJ/DPC/5761/2011 de 20 de diciembre de 2011, imputó con el cargo N° 2 por falta de movimiento procesal hasta el **19 de abril de 2011** (166 días sin movimiento procesal).

- La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 136-2012 de 1° de marzo de 2012, establece que existen ciento sesenta y cinco (165) días sin movimiento procesal, entonces hasta el **18 de abril de 2011**, empero en otra parte señala la inactividad de ciento cincuenta y cuatro (154) días sin movimiento procesal.

- En la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 343-2012 de 24 de mayo de 2012 a

fojas 358 señala, que hasta el **19 de abril de 2011** existe una paralización de ciento sesenta y cinco (165) días sin movimiento procesal.

Ameritando su aclaración, se tiene que falta de movimiento se produjo hasta el **18 de abril de 2011**, con una paralización de ciento sesenta y cinco (165) días.

Es importante relacionar las actuaciones del Proceso Ejecutivo Social referido, conforme sigue:

- En fecha **4 de noviembre de 2010**, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** solicita ampliación del monto de la ejecución, por los periodos de junio/2010 a agosto/2010 por un monto de Bs.24.059,10 con Nota de Débito Nº 1-02-2010-02119 de 29 de octubre de 2010.
- En fecha 16 de noviembre de 2010, el Juez emite Auto de Ampliación.
- El 25 de noviembre de 2010, el Oficial de Diligencias realiza la notificación
- En fecha 26 de noviembre de 2010 el Oficial de Diligencias mediante Aviso Judicial notifica a la parte demandada y realiza la representación respectiva.
- El 30 de noviembre de 2010 el Juez ordena citación por cédula.
- En fecha 14 de diciembre de 2010 se notifica al empleador por cédula.
- El **18 de abril de 2011** Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita al Juez emita Resolución ampliando la sentencia por las Notas de Débito Nº 1-02-2010-00930 de 04 de agosto de 2010 y Nº 1-02-2010-02119 de 29 de octubre de 2010.
- En fecha 19 de abril de 2011 el Juez emite Resolución ampliando sentencia.

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala en su Recurso Jerárquico que el objetivo de un proceso es la emisión de la sentencia, es decir que el demandado cumpla una determinada obligación y que ejecutó las medidas precautorias antes y durante la tramitación de la causa, previa averiguación de bienes.

Sin embargo, tales extremos por sí mismos no determinan la recuperación de lo adeudado.

Al respecto es aclarar que el objetivo de un Proceso Ejecutivo Social es la recuperación de lo adeudado por el empleador, siendo responsabilidad de la ejecutante, la Administradora de Fondos de Pensiones, entonces como principal interesada, realizar cuanta gestión sea necesaria para el cobro de las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones por el empleador.

En el presente caso, el expediente judicial evidencia que desde fecha 4 de noviembre de 2010 hasta fecha 18 de abril de 2011, las actuaciones producidas son las realizadas por el Juez de la causa y por el Oficial de Diligencias del Juzgado; esto por sí mismo no determina falta de diligencia, por cuanto las actuaciones procesales deben ser realizadas por quien corresponda y el ejecutante -**FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**- no va a sustituir con las suyas las que correspondan a los funcionarios judiciales; empero, si en fecha 4 de noviembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**

(FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) ha solicitado la ampliación del monto de la ejecución, por los periodos de junio/2010 a agosto/2010 por un monto de Bs 24.059,10 (Nota de Débito Nº 1-02-2010-02119 de 29 de octubre de 2010), el que más de un mes después, en fecha 14 de diciembre de 2010, se esté recién notificando por cédula al empleador con la ampliación resultante, determina la falta de diligencia del ejecutante en impulsar el desarrollo de los trámites, en cuanto al seguimiento a una solicitud que se encontraba en pleno trámite, que por ello debió ser permanente para que en su caso, determine el reclamo ante cualquier dilación, sea del juzgador, del notificador o de cualquier otro funcionario del órgano judicial, de manera tal no se prolonguen las actuaciones judiciales más allá de los términos legales.

Negligencia que queda confirmada cuando desde la última fecha señalada (14 de diciembre de 2010), hasta el **18 de abril de 2011**, no exista ninguna actuación ni por parte de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, ni de los operadores de justicia.

Asimismo, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** señala que el Proceso Ejecutivo Social tiene etapas y plazos que deben respetarse, y que tiene sus propias características de sustanciación, que no hacen necesario un constante apersonamiento o la presentación de memoriales, sino por el contrario, el seguimiento en instalaciones del Juzgado con la revisión de los libros y/o expedientes en caso de encontrarse a la vista, actividad que es efectuada en todos los Juzgados del Trabajo y Seguridad Social.

No obstante que tal proceder resulta evidente en cuanto es conocido que la tramitación judicial exige y obliga al mismo, ello no la libera de su responsabilidad para exigir se desarrolle el Proceso Ejecutivo Social con la celeridad debida, interesada en ello cual debiera ser, gestiones que se hubieran hecho manifiestas en el expediente por cuanto, al tratarse de un derecho legítimo, hubieran dado lugar pues, a un desarrollo procesal más pronto.

Si bien la Administradora pudo haber realizado tal seguimiento en instalaciones del Juzgado, lo mismo no justifica el que se hubiera solicitado con innecesaria diferencia de tiempo la solicitud de la emisión de la Resolución ampliatoria de la sentencia, lo que recién sucedió en fecha 18 de abril de 2011.

De lo señalado es evidente que existió falta de diligencia por parte de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** respecto al Proceso Ejecutivo Social que hace al cargo Nº 2, por lo que en virtud a la documentación adjunta en el expediente, esta instancia no encuentra fundamento legal alguno que permita determinar la revocación de la sanción.

1.3. Cargo Nº 3.- (ARISUR INC.)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23º y 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, y 142º del Decreto Supremo Nº

24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra ARISUR INC., la paralización injustificada de las actuaciones procesales, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social, durante los siguientes periodos:

- Del **19 de agosto de 2009** hasta el **11 de febrero de 2010** (176 días sin movimiento).
- Del **11 de febrero de 2010** hasta el **27 de enero de 2011** (350 días sin movimiento).

Al respecto es importante señalar las actuaciones procesales realizadas por la Administradora de Fondos de Pensiones como sigue:

- El Juez de Trabajo y Seguridad Social dicta Auto Intimatorio de Pago en fecha 31 de agosto de 2001.
- El 11 de octubre de 2001, la AFP solicita citación por cédula.
- El 24 de octubre de 2001, el Representante Legal de ARISUR INC. opone excepción de pago.
- En fecha **19 de agosto de 2009,** la Administradora adjunta pase profesional e informe de COTEL.
- Mediante memorial de **11 de febrero de 2010** la AFP solicita la aprobación de la Certificación del Informe de COTEL.
- En fecha **27 de enero de 2011** y el 23 de febrero de 2011, por medio de la presentación de memoriales, la AFP solicita retención de fondos de la empresa demandada.

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), en su Recurso Jerárquico, alega que el proceso se encuentra concluido en razón a que la sentencia fue declarada ejecutoriada en fecha 19 de enero de 2008; asimismo, señala que procedió a ejecutar toda medida precautoria, solicitando informes de bienes tanto a la Cooperativa de Teléfonos Automáticos de La PAZ, Organismo Operativo de Tránsito (La Paz y El Alto), Oficina del Registro de Derechos Reales (La Paz y El Alto), así como solicitar la retención de fondos en la cuentas bancarias pertenecientes al ejecutado, logrando identificar dos acciones telefónicas pertenecientes a la empresa ejecutada, no existiendo mayor patrimonio (vehículo y bienes inmuebles), como que por las certificaciones emitidas por las entidades financieras, tampoco se ha establecido la existencia de fondos susceptibles de retención.

A este respecto, no es el objeto de la controversia el que (más de cinco meses después) no hubiera realizado gestiones para determinar la existencia de patrimonio ejecutable de la empresa ejecutada, sino el que la certificación de la Cooperativa de Teléfonos Automáticos de La Paz COTEL sobre la existencia de las líneas telefónicas, el valor de las mismas y el registro de deudas pendientes, fuera hecho presente en fecha 19 de agosto de 2009, pero recién en fecha 11 de febrero de 2010 (más de cinco meses después), la Administradora ahora recurrente va a solicitar la aprobación de tal certificación, y el 27 de enero de 2011 (casi un año después de la última fecha), viene a pedir la retención de fondos de la empresa ARINSUR INC.

Por lo que es evidente que existió falta de diligencia por parte de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A.**

AFP), toda vez que, como responsable que es del cobro de las cotizaciones y primas devengadas, más sus intereses, debió actuar continuamente con el fin de recuperar los recursos adeudados por el empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el término de tiempo más corto posible, evitando dilaciones innecesarias.

Asimismo, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no presenta documentación que evidencie que hubiese realizado algún tipo de gestión durante ese periodo, por lo que ésta instancia no encuentra fundamento legal alguno que permita desvirtuar el cargo o su consiguiente sanción.

1.4. Cargo Nº 4.- (CLUB BOLÍVAR)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23º y 31°, inciso d), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, y 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra el Club Bolívar, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social, durante los siguientes periodos:

- Del **26 de mayo de 2009** hasta el **3 de abril de 2010** (312 días sin movimiento).
- Del **3 de abril de 2010** hasta el **8 de septiembre de 2010** (158 días sin movimiento).

Los actuados realizados en el presente caso de autos, son los siguientes;

- En fecha 09 de diciembre de 2002, el Juez emite Auto Intimatorio de Pago y concede la medida precautoria de Embargo Preventivo.
- Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita ampliación de las medidas precautorias mediante memorial de 05 de febrero de 2003.
- Mediante Decreto de 06 de febrero de 2003, el Juez dispone que se otorguen las demás medidas precautorias.
- La parte demandada mediante memorial de 28 de febrero de 2003, solicita se formulen excepciones.
- La Administradora de Fondos de Pensiones, rechaza las excepciones planteadas mediante memorial de 22 de abril de 2003.
- Mediante Decreto de **26 de mayo de 2009** el Juez dispone se oficie a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, a objeto de que procedan a la retención de fondos y posterior remisión de Fondos en Certificado de Depósito Judicial de los fondos que tuviera el "Club Bolívar".
- El 15 de junio de 2009, se entrega el Oficio en ventanilla.
- El 26 de junio de 2009, la ASFI solicita aclaración del monto adeudado.
- El 27 de julio de 2009, el Juez dispone se oficie a la ASFI a objeto de que procedan a la retención de fondos y posterior remisión de Fondos en Certificado de Depósito Judicial de los fondos que tuviera el "Club Bolívar".
- El **03 de septiembre de 2009** Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita se oficie a Fundempresa para que se extienda un certificado por el cual conste si en sus

registros se halla inscrita la firma "BAISA".

- El 07 de septiembre de 2009, el Juez emite Decreto que dispone se oficie el fin solicitado.
- El 05 de octubre de 2009 el Juez oficia a Fundempresa para que certifique si se encuentra en sus registros la firma "BAISA".
- El 03 de noviembre de 2009, Fundempresa Certifica el registro de la firma "BAISA".
- En fecha **06 de noviembre de 2009**, Futuro de Bolivia S.A. AFP remite la Certificación de Fundempresa.
- El 07 de noviembre de 2009 el Juez mediante Decreto solicita se de traslado a la otra parte.
- El **17 de noviembre de 2009**, la AFP reitera se disponga la retención y remisión de fondos.
- El 18 de noviembre de 2009 el Juez emite Decreto.
- El 20 de noviembre de 2009 el Juez solicita informe sobre cambio de razón social a Fundempresa.
- El **21 de diciembre de 2009**, la AFP reitera nuevamente disponga la retención y remisión de fondos.
- El **22 de diciembre de 2009,** la AFP reitera se ponga a conocimiento del empleador.
- El 14 de enero de 2010, el "Club Bolívar" pide se considere la nueva representación legal.
- El 15 de enero de 2010 el Juez emite Decreto disponiendo la nueva representación legal del Empleador.
- El **20 de enero de 2010,** la AFP devuelve el cedulón de notificación.
- El **21 de enero de 2010,** la AFP solicitó se disponga la notificación en el domicilio real del Club Bolívar.
- El **04 de febrero de 2010**, la AFP solicitó disponga la notificación a domicilio real del Club Bolívar.
- El 05 de febrero de 2010, el Juez emite Decreto que dispone se proceda a una nueva notificación con los antecedentes del proceso en el domicilio real del Club Bolívar.
- El 18 de febrero de 2010, se practica notificación mediante cedulón.
- El 22 de febrero de 2010, la AFP devuelve cédula de notificación.
- El 23 de febrero de 2010, el Empleador devuelve cédula de notificación.
- El 24 de febrero de 2010 el Juez decreta la devolución.
- El **09 de marzo de 2010**, la AFP reitera solicitud de notificación en el domicilio real que indica.
- El 10 de marzo de 2010 el Juez emite decreto que dispone que el oficial de diligencias, notifique con los actuados pertinentes en el domicilio real señalado.
- El 26 de marzo de 2010, se practica la notificación mediante cedulón.
- La parte demandada solicita mediante memorial de **03 de abril de 2010,** cumpla la ejecución de sentencia y desestime la afectación al patrimonio de BAISA con retención de fondos concedida. Al ser diferente al "Club Bolívar".
- El 05 de abril de 2010, el Juez dispone traslado a las partes del memorial que antecede.
- El **08 de septiembre de 2010** la AFP presenta memorial de ampliación de demanda.

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala en su Recurso Jerárquico, que se ha pretendido establecer la existencia de dos periodos imputados con una aparente falta de movimiento procesal, uno por 183 días y otro por 158 días y que ésta incongruencia hace inviable su sanción, ya que por el supuesto incumplimiento de 183 días no se recibió, menos se notificó cargo alguno, por lo que debería anularse la imputación, debiéndose tomar en cuenta que, todas las actuaciones procesales realizadas poseen una tramitación diligente y más aún si en los periodos extrañados por la Entidad Reguladora, se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado.

De la documentación que cursa en el expediente de autos y tal como se señaló precedentemente, la Entidad Reguladora mediante Nota de Cargos APS/DJ/DPC/5761/2011 de 20 de diciembre de 2011, estableció dos periodos con falta de movimiento procesal: del 26 de mayo de 2009 al 3 de abril de 2010 y del 3 de abril de 2010 al 8 de septiembre de 2010, sin embargo, se tiene que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó gestiones conforme la relación de fechas siguiente:

- **3 de septiembre de 2009.**
- **6 de noviembre de 2009.**
- **17 de noviembre de 2009.**
- **21 de diciembre de 2009.**
- **22 de diciembre de 2009.**
- **20 de enero de 2010.**
- **21 de enero de 2010.**
- **4 de febrero de 2010.**
- **9 de marzo de 2010.**
- **8 de septiembre de 2010.**

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 136-2012 de 01 de marzo de 2012, señaló que:

> *"…Una vez valoradas dichas pruebas de descargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP demuestra la existencia de actuados procesales entre el 26 de mayo de 2009 y el 09 de marzo de 2010 (primer periodo observado por la APS).*
>
> *Sin embargo, entre el 09 de marzo de 2010 al 08 de septiembre de 2010 (segundo periodo observado por la APS), existe aceptación implícita, por parte de la Administradora, de una paralización del Proceso Judicial, considerando que transcurrieron ciento ochenta y tres (183) días sin ningún actuado efectuado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, aspecto que la AFP informa mediante nota FUT.APS.AL.0323/2012.*
>
> *El 03 de abril de 2010, la entidad ejecutada responde y solicita la ejecución de la sentencia sin alterar ni modificar su contenido, memorial que mereció el decreto de 05 de abril de 2010; el 08 de septiembre de 2010 la AFP se apersona y solicita Ampliación de la Demanda, por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un periodo de inactividad de ciento cincuenta y ocho (158) días, lo que*

demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES.
(…)

Por lo expuesto, el cargo Nº 4 se ***ratifica…"*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

(Fojas 233)"…***b)*** *El hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 04 de noviembre de 2010 hasta el 18 de abril de 2011* (periodo que no corresponde al Cargo sancionado), *debido a que la AFP si ha presentado actuaciones procesales efectuadas durante este tiempo, las cuales desvirtúan la imputación del presente Cargo, sin embargo, entre el 03 de abril de 2010 al 08 de septiembre de 2010, existe una aceptación tácita, por parte de la administradora de una paralización del PES, ya que se evidencia que de un acto procesal a otro trascurren ciento cincuenta y ocho (158) días sin movimiento procesal, por parte de la AFP por consiguiente, el incumplimiento se halla comprobado en este periodo…"*

De la revisión efectuada, se puede evidenciar que la Administradora de Fondos de Pensiones actuó con la diligencia necesaria durante el primer periodo sancionado (del 26 de mayo de 2009 al 3 de abril de 2010), siendo su última actuación la del 9 de marzo de 2010, por lo tanto no corresponde sanción alguna por tal periodo de tiempo.

No sucede lo mismo con respecto al segundo periodo sancionado (del 3 de abril de 2010 al 8 de septiembre de 2010), por cuanto, la recurrente no presenta mayores elementos que permitan desvirtuar el cargo, no cursando en definitiva en el expediente, antecedente que evidencie que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** actuó diligentemente en la recuperación de lo adeudado por el Empleador, por lo que corresponde mantener la sanción para este segundo periodo.

Sin perjuicio de lo señalado, se debe hacer notar que el análisis realizado por la Entidad Reguladora para el Cargo Nº 4, atribuya la existencia de actuados procesales por parte del Juez y del Oficial de Diligencias, sin mencionar que en fecha **3 de abril de 2010** fue el **Empleador** quien presentó un memorial solicitando que se cumpla la sentencia ejecutoriada sin alterar ni modificar su contenido, y con ello pedir se desestime la afectación al patrimonio de la sociedad comercial BAISA por ser ajena a la litis.

Lo mismo no importa ninguna gestión realizada por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, determinando que la misma no realizó movimiento procesal, confirmando su negligencia.

Se tiene entonces que, en el primer periodo sancionado -del 26 de mayo de 2009 al 3 de abril de 2010-, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó gestiones cumpliendo con el objetivo del Proceso Ejecutivo Social para la recuperación de lo adeudado; por el contrario, durante el segundo periodo sancionado -del 3 de abril de 2010 al 8 de septiembre de 2010-, existieron ciento cincuenta y ocho (158) días sin movimiento procesal, lo que debiendo justificar la imposición de la sanción ha dado lugar a una ambigüedad en la resolución impugnada, por cuanto, en una parte mantiene la sanción por el cargo Nº 4 sin lugar a mayor distinción,

entonces en la integridad de la supuesta infracción, y en otro señala que la sanción corresponde al segundo periodo observado.

Toda vez que tal ambigüedad deviene de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 136-2012 de 1º de marzo de 2012, resulta en un extremo contra el que la regulada no ha podido asumir defensa a tiempo de su Recurso de Revocatoria, determinando encontrarse subsistente al presente al no habérsela tampoco corregido en oportunidad de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 343-2012 de 24 de mayo de 2012, habiendo por ello infringido la autoridad recurrida el debido proceso administrativo que se encuentra previsto por el artículo 4. inciso c), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, cuando establece que *"la actividad administrativa se regirá por los siguientes principios… c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados* ***el debido proceso;****…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** ha actuado dentro del presente proceso en base a una acusación imprecisa respecto a la imputación que ha recibido, hecho fundamental que determina el carácter confuso del presente proceso en lo referido al cargo Nº 4, ocasionado por la ambigüedad de la acusación emergente.

En congruencia con lo anterior, es pertinente mencionar lo señalado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004 cuando señala:

> *"Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16* (corresponde al artículo 117 de la Constitución vigente) *consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que* ***se prohíbe la imposición de toda sanción****, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción,* ***sin ejercicio de la defensa****. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo,* ***entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos****.*
>
> *El citado Artículo 16 parágrafo III. de la Constitución Política del Estado expresa que: "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal..." garantía que consiste en que toda persona que sea acusada de haber cometido falta o contravención tiene derecho a ser procesado previamente a la aplicación de cualquier pena o condena.*
> *El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los*

elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, se debe concluir que la recurrente se ha visto privada de su derecho a la defensa por la imprecisión de la acusación que le ha sido impuesta.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso b) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la **revocatoria** de la Resolución recurrida pudiendo ser con alcance parcial o total.

Que, asimismo, de conformidad con el artículo 44º del mismo Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **anular** la Resolución recurrida, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el artículo único de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 343-2012 de 24 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 136-2012 de 1º de marzo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, **confirmando** los incisos 'b' y 'c' (cargos Nº 2 y Nº 3), y **dejando sin efecto** el inciso 'a' correspondientes ambos al artículo primero de la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 136-2012.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo, **en lo que respecta al cargo Nº 4**, correspondiente al inciso 'd', del artículo primero de la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 136-2012, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse por cuerda separada nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 189/2012 DE 18 DE MAYO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 062/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 062/2012

La Paz, 23 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012 de 18 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 035/2012 de 31 de agosto de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 116/2012 de 20 de septiembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 15 de junio de 2012, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012 de 18 de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 20 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012 de 18

de mayo de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 26 de junio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, mismo que fue notificado el 3 de julio de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012 DE 9 DE ABRIL DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012 de 9 de abril de 2012, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011* ***inclusive****, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo valorarse de manera fundamentada toda la prueba presentada*…"

2. ANTECEDENTES.-

Que mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> "…***ÚNICO.-*** *Sancionar al señor* ***YURI RODRIGUEZ URQUIDI*** *en su calidad de Gerente de la Regional Cochabamba de la ex* ***MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY****, con suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años*…"

Por memorial de fecha 6 de octubre de 2011, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, y que ha de merecer la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirma la primera.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012 de 9 de abril de 2012, por la que anula la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, con los siguientes fundamentos:

> "…***2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-*** (…)
>
> ***2.2. Falta de comunicación sobre la admisión de la prueba y no apertura de término de prueba.-***
>
> *En el numeral 1 de fojas 194, el recurrente señala que:*

*"…los Arts. 30 y 50 del Reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señalan, que procede la apertura de término de PRUEBA en el trámite del RECURSO DE REVOCATORIA, solo nos queda confrontar mi RECURSO DE REVOCATORIA, para percatarnos de su expreso OFRECIMIENTO DE PRUEBA, sin que JAMÁS se me hubiera hecho conocer si mi prueba fue admitida o NO, o, SI SE ABRIÓ TÉRMINO PARA PROBAR o NO, sic, sic, DEJÁNDO SOLO LA POSIBILIDAD DE ARRIBAR A LA CONCLUSIÓN, DE QUE, **SE ME DEJÓ EN ABSOLUTA INDEFENSIÓN, ES DECIR, SIN LA POSIBILIDAD DE PROBAR, DE ACREDITAR MIS DESCARGOS NO DOCUMENTALES o DE DIFERENTE MEDIO PROBATORIO**…"*

A este respecto, el artículo 47º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece que "el plazo y la forma de producción de la prueba será la determinada… salvo lo expresamente establecido conforme a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa,… ".

El artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala que:

"…Artículo 50.- (Prueba).

*I. El Superintendente Sectorial **podrá** disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, **cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso** y el periodo de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Resulta entonces que, si el Ente Regulador -en Recurso de Revocatoria- considerare que los elementos de juicio reunidos en oportunidad de la resolución sancionadora, no son suficientes para resolverlo, dentro de los siguientes cinco días de interpuesto puede disponer la apertura del término de prueba.

*La apertura del periodo de prueba en Recurso de Revocatoria, resulta en un acto librado al criterio del administrador, que debe justificarse en su propia necesidad de mayores elementos de juicio de los hasta en ese momento existentes, y sin los cuales, no podría decidir sobre la controversia suscitada; es en esencia una actuación oficiosa que, sin perder sus características señaladas, **puede originarse también en una solicitud del administrado**, quien para el efecto necesariamente debe presentar una solicitud de apertura del término de prueba, justificando la necesidad de ello.*

La mención última se hace necesaria, por cuanto el recurrente entiende a la apertura del periodo de prueba como a un suceso independiente del criterio voluntario del administrador, entonces como una especie de fase procesal obligatoria (a semejanza del proceso civil ordinario de hecho, en el que el juez como director del proceso, da curso necesario e inexcusable a la fase probatoria del proceso una vez que se ha cumplido con la fase propositiva); tal extremo se hace evidente del numeral 3 de la

parte de petitorio del memorial del Recurso de Revocatoria (fojas 136), el que en uso de una terminología y un procedimiento propios del Derecho Procesal Civil aplicado, señala:

*"…3.**Vencido el término probatorio**, se sirva pasar la causa, más las pruebas producidas, a conocimiento de las partes interesadas para la presentación de alegatos…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*No obstante tal expresión, no existe en el memorial del Recurso de Revocatoria ningún fundamento o alegato que, en los términos del artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, justifique el ahora tardíamente pretendido periodo de prueba. Lo que sí existen son, varias proposiciones de pruebas **documentales** dispersas, conforme al alegato al que correspondan; asimismo, en el otrosí 2º (fojas 136) consta el ofrecimiento de prueba preconstituida en los términos siguientes:*

"…Otrosí 2º.- PRUEBA PRECONSTITUIDA.- Se tenga en calidad de prueba preconstituida:

*a) La **documental** que presenté y adjunté con mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2.007, corriente del expediente que nos ocupa, dado que la resolución impugnada ASFI No. 657/2011, se emite en consecuencia de la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 037/2011, que resuelve mi Recurso Jerárquico contra la resolución ASFI No. 260/2011, que por su parte emerge de mi Recurso de Revocatoria contra la indicada Resolución SB No. 017/2007; expuesto de otro modo, se bien se ANULÓ la resolución SB No. 017/2007, el expediente administrativo, es el mismo y por ende en él consta TODA LA PRUEBA ARRIMADA e INVOCADA de mi PARTE.*

*b) Toda **la DOCUMENTAL** presentada por la ASOACIACIÓN (sic) MUTUAL DE AHORRO Y CREDITO GUAPAY, en ocasión del trámite de mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2007.*

*c) Toda **la documental** citada en cuerpo principal de este recurso, en lo corriente de los archivos de la Ex SBEF, actualmente ASFI y en lo que concierne a **documentos** corrientes en archivos de la Ex Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay.*

*d) Toda **la documental** citada, la indico cual corriente del expediente del proceso administrativo del exordio y de los archivos de la ASFI…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*Entonces, conforme se rescata del tenor del Recurso de Revocatoria, el recurrente ha ofrecido única y exclusivamente prueba **documental**, la que dada su naturaleza escrita -diferente de otro tipo de pruebas- para su producción no requiere de ningún periodo probatorio, sin que en el Recurso de Revocatoria exista alguna alusión o "expreso ofrecimiento de prueba" (como ahora señala el Recurso Jerárquico), que determine el ofrecimiento de cualquier otro tipo de prueba que no sea documental, y*

que justifique la apertura de un periodo para su producción en búsqueda de la verdad material, si así se requiriera.

Por otra parte, el procedimiento administrativo a diferencia del proceso jurisdiccional, no tiene por finalidad resolver un conflicto de relevancia jurídica ***entre dos o más personas -particulares- con pretensiones contrapuestas****, sino al tenor del artículo 1° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo):*

*"…**a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público;***

b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública;

c) Regular la Impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados; y

d) Regular procedimientos especiales*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Determinando que de existir una controversia emergente de alguna decisión de la administración pública (expresada en su facultad recursiva), la misma enfrenta esencialmente al administrado contra el administrador, no correspondiendo hacer de conocimiento del propio administrado que la propone su prueba, por cuanto obviamente ya la conoce, de allí ser él quien la ha propuesto.

En lo que hace a la actividad probatoria, es pertinente más bien lo establecido por el artículo 50°, parágrafo II del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003:

"…Artículo 50.- (Prueba). (…)

II. Producida la prueba dentro de los cinco días, el Superintendente Sectorial resolverá el recurso en el plazo señalado a partir del vencimiento del plazo para la presentación de pruebas…"

Resultando además esclarecedor el parágrafo III siguiente, en cuanto establece un procedimiento sobre conocimiento de la prueba, empero limitado al "caso de que existiesen dos o más recurrentes" (que entonces no se acomoda al caso de autos) y con un procedimiento distinto al reclamado en el Recurso Jerárquico.

En definitiva, no se requiere de actividad de comunicación alguna referida a la propia prueba, porque no tendría sentido notificar al recurrente (única parte frente a la Administración, particularmente en casos como este, en los que no existe ningún otro interesado) con el ofrecimiento de esa su propia prueba, claro está, sin perjuicio del derecho del recurrente de acceder y revisar el expediente en cualquier momento.

Es menester dejar constancia de la disposición del artículo 4° (Principios Generales de la Actividad Administrativa) de la Ley N° 2341, en sus siguientes incisos:

"…La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: (…)

j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, ***evitando dilaciones indebidas****;*

k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos ***se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias****;…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Amén de ello, así como no consta que el recurrente hubiera solicitado expresa y fundadamente la apertura de un periodo de prueba (entonces con desconocimiento a lo previsto por el artículo 50°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera) tampoco consta que, en la errada creencia de que debiera operar obligatoria, automática y necesariamente tal apertura, y al no acontecer lo mismo ("sin que JAMÁS se me hubiera hecho conocer si mi prueba fue admitida o NO, o, SI SE ABRIÓ TÉRMINO PARA PROBAR o NO", dice el recurrente), hubiera elevado reclamo oportuno, determinando en tal caso la convalidación al extremo que ahora, entonces tardíamente, reclama.

En definitiva, los extremos señalados por el recurrente en este acápite, no son atendibles, como que no determinan indefensión alguna ni inobservancia al derecho a producir prueba, la que en todo caso ofrecida, ha sido producida dada su naturaleza escrita que hace a la documental.

2.3. No valoración de los medios probatorios ofrecidos.-

El recurrente señala también, que:

"…Cuando el Art. 29-III del reglamento de formas del SIREFI, dispone: "...Las pruebas SERÁN VALORADAS EN SU INTEGRIDAD, con racionalidad y de acuerdo a la sana crítica...", no genera norma POTESTATIVA o DISCRECIONAL, genera IMPERATIVO PROCESAL impone obligación al Administrador Público, que no puede ser omitida; omisión que en la especie se colige de la sola lectura de la resolución recurrida, en la medida en que NO VALORA DEBIDAMENTE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DE MI PARTE…"

2.3.1. Consideraciones generales.- (…)

A ese respecto, la resolución a tal recurso (ASFI N° 762/2011), contiene las siguientes menciones concretas:

- ***Al Cargo A (a fojas 191):***

"…la Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, pronunciada con la finalidad de ajustarla a derecho, como instruyó la Resolución Jerárquica mencionada

anteriormente, se ha individualizado por cada imputación impuesta al recurrente y también ***se ha valorado de manera fundamentada la prueba presentada****. Consiguientemente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido cabalmente con lo dispuesto en la Resolución Jerárquica, por lo que no corresponde, ni es comprensible que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Recurra en agravios de Cargos no impuestos, en la Resolución ASFI Nº 657/2011…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

- ***Al Cargo B (a fojas 188):***

"…El señor Yuri Rodríguez Urquidi, ***al mencionar el cargo B incorpora el análisis efectuado por la Superintendencia de Bancos con relación a la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, presentada en oportunidad de la notificación de cargos previa a la Resolución SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, en calidad de descargo****, aspecto que no es acorde ni corresponde al cargo efectuado en su contra, toda vez que el concepto del Cargo "B" es enunciativo de los cargos que se incluyen en el mismo …" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

- ***Al Cargo B.2 (a fojas 185):***

"…Se ha evaluado ***la documentación presentada en memorial de 24 de abril de 2007*** *y considerado los argumentos complementarios expuestos, referidos a los Estados de Cuentas Contables,* ***los comprobantes y notas cursantes en los descargos****, habiéndose podido establecer que no contienen elementos de descargo, por el contrario, son ejemplo de las inobservancias efectuadas al participar del proyecto Plan de Vivienda Social (PVS), situación contraria a la restricción impuesta y que develan únicamente el incumplimiento a lo dispuesto por el órgano Fiscalizador…"(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

- ***Al Cargo C.2 (a fojas 182 y 183):***

"…El argumento ya expresado… en ***la citada carta GOF-124/SG-121*** *referida a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos,… en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante* ***nota de 24 de noviembre de 2006****, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, no enerva ni destruye el cargo notificado…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

"…Adicionalmente, ***se revisaron las pruebas ofrecidas por el ex Gerente Regional de la oficina Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, en su memorial de 24 de abril de 2007, consistente en: Carta del Colegio de Ingenieros Civiles, Comprobantes Contables y contrato, así como Actas de Directorio las que reiteran los argumentos expuestos y analizados de los Directores y Ejecutivos de la señalada ex Mutual****, descargos no apropiados para esta etapa,…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

- ***Al Cargo D.3 (fojas 182):***

"…No se manifestó ningún agravio en el Recurso de Revocatoria…"

Resulta de lo anterior que, el análisis debe concretizarse a lo sucedido en cuanto a los Cargos B.2 y C.2, toda vez que es evidente que:

- *El Cargo A no le ha sido impuesto al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por lo que no es impugnable por el mismo, toda vez que, en los términos del artículo 37º del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, no afecta, lesiona o perjudica a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*
- *El denominado Cargo B tiene un carácter genérico en razón a una común correspondencia normativa de un grupo de varias conductas, entre las que se encuentra la del Cargo B.2 que constituye, para el caso, la conducta por la que en concreto se sanciona.*
- *No existe ningún agravio en concreto contra el Cargo D.3.*

Consiguientemente, corresponde determinar si las pruebas documentales ofrecidas a tiempo del Recurso de Revocatoria contra los Cargos B.2 y C.2, han sido "valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica" (artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003), máxime si la resolución recurrida ha determinado que, para el caso del Cargo B.2, las pruebas ofrecidas "no contienen elementos de descargo, por el contrario, son ejemplo de las inobservancias efectuadas al participar del proyecto Plan de Vivienda Social (PVS)" y que para el Cargo C.2 "no enerva ni destruye el cargo notificado", constituyendo "descargos no apropiados para esta etapa".

2.3.2. Prueba ofrecida al Cargo B.2.- (…)

*…la autoridad recurrida, a efectos de la decisión que le ha correspondido, "ha evaluado **la documentación presentada en memorial de 24 de abril de 2007** y (…) **los Estados de Cuentas Contables, los comprobantes y notas cursantes en los descargos**" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Con referencia a "la documentación presentada en memorial de 24 de abril de 2007", conforme a la parte pertinente (ahora a fojas 26) de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011 de 15 de agosto de 2011, (…)

A este respecto, no queda clara la correspondencia de los comprobantes señalados en la resolución recurrida, es decir, si los mismos corresponden al detalle de créditos aprobados y que no fueron desembolsados, o al listado de Adjudicatarios para el programa de Vivienda social, documentos que habiendo sido también ofrecidos como prueba, no se mencionan expresamente en la misma resolución.

Empero lo que sí no admite lugar a dudas, es que las actas ofrecidas en calidad de prueba (acta de Directorio No. 026 de Fecha 22 de diciembre del 2006, acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero del 2007 y acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007) no fueron consideradas ni valoradas a efectos de la emisión de la

Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011; eso consta del tenor de la misma.

En definitiva, ***la autoridad recurrida no ha cumplido la disposición del artículo 29º, parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera****, por cuanto la prueba ofrecida no ha sido valorada* ***en su integridad****, valoración que hace al derecho a la prueba, que como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.*

2.3.3. Prueba ofrecida al Cargo C.2.- (…)

*…la autoridad recurrida, a efectos de la decisión que le ha correspondido con referencia al Cargo C.2, menciona "****la citada carta GOF-124/SG-121****… la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante* ***nota de 24 de noviembre de 2006****, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi (…) Adicionalmente,* ***se revisaron las pruebas ofrecidas por el ex Gerente Regional de la oficina Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, en su memorial de 24 de abril de 2007, consistente en: Carta del Colegio de Ingenieros Civiles, Comprobantes Contables y contrato, así como Actas de Directorio las que reiteran los argumentos expuestos y analizados de los Directores y Ejecutivos de la señalada ex Mutual*** *(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).* (…)

…resulta, que no fueron consideradas ni valoradas, a efectos de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011 y no obstante haber sido legalmente ofrecidas las literales siguientes:

1. *La nota SB/ISNB/D-16410/2005 del 18 de enero de 2005.*
2. *La nota GG-028/SG-180 del 14 de mayo de 2005.*
3. *La nota GG-029/SG-239/2006 del 4 de julio de 2005.*
4. *La nota GOF-286/SG-310 del 31 de agosto de 2005.*
5. *La nota GOF-358/SG-388 del 10 de noviembre de 2005.*
6. *La nota GG-444/05 del 28 de diciembre de 2005.*
7. *La nota GG-446/05 del 28 de diciembre de 2005.*
8. *La nota GOF-192/SG-197 del 12 de junio de 2006.*
9. *La nota SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005.*
10. *El dictamen de Auditoría Externa 2005.*
11. *La carta SB/ISR II/D-34/2005 de fecha 29de diciembre de 2005.*
12. *Las políticas adoptadas en la gestión 2006, enviado al Fondesif.*
13. *Las carpetas de solicitantes de créditos y proyectos*
14. *El contrato suscrito con el FONDESIF dentro del PVS.*

2.3.4. Prueba ofrecida en el otrosí 2° del memorial del Recurso de Revocatoria.- (…)

… salvo lo señalado en el inciso 'a' (documental que presenté y adjunté con mi Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB No. 017/2.007), no existe una mención en concreto en la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011,

que señale haber considerado y evaluado la literal ofrecida en el otrosí 2º del memorial del recurso, dado su carácter general.

2.3.5. Evaluación general al ofrecimiento de la prueba.-

Reiterando lo señalado en el numeral 2.3.2 supra, se debe concluir que ***la autoridad recurrida no ha cumplido la disposición del artículo 29º, parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera****, por cuanto la prueba ofrecida no ha sido valorada* ***en su integridad****.*

La valoración de la prueba hace al derecho a la prueba, que como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, conforme se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

"Artículo 115. (…)

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

Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002:

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

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

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

Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva situación jurídica, cuando

quiera que la autoridad administrativa deba aplicar la ley en el conocimiento de un hecho o de una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

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

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y de la ley en el ejercicio de sus funciones, bajo pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa y de vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración.

En ese sentido, debe entenderse que la falta de valoración de la prueba oportunamente ofrecida y producida, importa violación al derecho de petición y de obtención de respuesta, conforme está previsto por el artículo 24º de la Constitución Política del Estado, el que señala:

"Artículo 24. Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario."

Sobre este extremo y en particular, sobre la implicancia del derecho a la prueba como conformante de la garantía del debido proceso administrativo, se ha pronunciado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ- 17/2004 de 11 de octubre de 2004, cuando señala:

"…la Constitución Política del Estado (…) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, ***pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo****, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (…)*

*Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, **ofrecer y producir pruebas**, **obtener decisiones fundadas o motivadas**, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010, al establecer que:

*"…El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental de la administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, **ofrecer y producir pruebas**, y obtener decisiones fundadas o motivadas, entre otras, teniendo como finalidad que la persona no pueda ser sancionada sin que se hayan cumplido los procedimientos legales, y **se haya otorgado en todo momento el derecho a la defensa**.*

*Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído **a presentar pruebas**, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Extremos todos estos de los que ya se dejaron constancia en oportunidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011.

2.4. Alegatos específicos del Recurso Jerárquico.-

2.4.1. Existencia del cargo de Gerente de la Oficina Regional y su ejercicio por parte del recurrente.-

Fundamentalmente en la mención expresa que hace el recurrente respecto Al Cargo B.2 (fojas 193), empero en varias otras del memorial del Recurso Jerárquico, alega:

"…en mi condición de encargado de la VENTANA DE RECAUDACIÓN COCHABAMBA, así se hubiera en el último año denominado a mi cargo "Gerencia Regional Cochabamba", JAMÁS se me otorgó la competencia para aprobar GASTOS, los que siempre y como correspondía, de acuerdo al manual de funciones de la entidad, fueron APROBADOS por los órganos pertinentes (DIRECTORIO, GERENCIA GENERAL y GERENCIA DE OPERACIONES)…"

Asimismo, cita al artículo 62º del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003) para invocar sobre el tema, el respeto al debido proceso que no se habría asegurado mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011, toda vez que la misma, a su entender:

"…MENOS SE ACOMODA A MI REALIDAD PERSONAL, ES DECIR, A MI CONDUCTA EN PARTICULAR Y A LOS ACTOS O SUPUESTAS OMISIONES, QUE SE ME PRETENDA ATRIBUIR, OLVIDANDO, QUE QUIEN SE SUSCRIBE FUNGÍA TAN SÓLO DE JEFE DE UNA VENTANA DE RECAUDACIÓN, ES DECIR, NO DE UNA SUCURSAL, Etc.. amén de que JAMÁS ostente la calidad de DIRECTOR, ni DE GERENTE GENERAL, NI DE GERENTE DE OPERACIONES, sic, sic. …"

El recurrente insiste para sí la calidad de responsable de ventanilla de recaudación (extremo coincidente con lo informado por el ente regulador en su nota ASFI/DAJ/R-4083/2012, cuando establece que en las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay mantenía sólo tres oficinas, todas ellas únicamente Ventanillas de Tributos), y no así la de Gerente Regional, no obstante se le haya dado oficialmente (por parte de la propia Mutual) tal denominación a su cargo.

No obstante, sí existió para las ciudades de Cochabamba y Quillacollo el cargo de Gerente Regional, mismo en el que se desenvolvió el señor ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *en el ejercicio de sus funciones, siendo abundantes las evidencias que salen del expediente a esos extremos:*

- ***Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011****: "…en las dos notas de fecha 22 de marzo, ambas sobre "Reconsideración o resolución para proceso administrativo" él mismo va a firmar como "Gerente Regional (Of.) Cochabamba"…" (ahora a fojas 4).*

- ***Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011****: "…carta GOF-124/SG-121 en lo referido a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núñez del Prado en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006 dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi…" (fojas 131).*

- ***Nota GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007*** *(presentada adjunto a la nota ASFI/DAJ/R-4083/2012 de 11 de enero de 2012), por la que la Asociación Mutual*

*de Ahorro y Préstamo "Guapay" hace presente a la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la "**NUEVA NÓMINA DE EJECUTIVOS Y DIRECTORIO**… los cuales entraron en vigencia a partir del día 3 de abril de 2007", y en la que se resalta a "Juan Carlos Cardona Torrico – Gerente Regional Cochabamba a.i.".*

- ***Certificado emitido por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" en fecha 18 de abril de 2007** (presentado adjunto a la nota ASFI/DAJ/R-4083/2012 de 11 de enero de 2012), que señala:*

  *"…Que, el Sr. **Ronald Yuri Rodríguez Urqui** (sic), con C.I. 2895555 CB, prestó sus servicios en nuestra Institución desde el 1 de octubre de 2002 hasta el 3 de Abril de 2007, desempeñando el cargo de **Gerente Regional Of. Cochabamba** a la fecha de retiro…"*

- ***Información complementaria presentada mediante la nota ASFI/DAJ/R-4083/2012 de 11 de enero de 2012**:*

  *"…**b)** Mediante carta GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007 cuya fotocopia se adjunta, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, hace conocer al Órgano Regulador la nueva nómina de Ejecutivos y Directorio, evidenciándose que el señor Juan Carlos Cardona Torrico fue designado como Gerente Regional Cochabamba a.i. de Mutual Guapay, con vigencia a partir del 3 de abril de 2007.*

  ***c)** De acuerdo al contenido del Acta de la Reunión Extraordinaria del Directorio de Mutual Guapay realizado el 2 de abril de 2007, cuya fotocopia se adjunta, dicha entidad procedió a dar cumplimiento a lo establecido por la Resolución SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, por el que en fecha 3 de abril de 2007 se dispuso suspender de sus funciones al Gerente Regional a.i. de Cochabamba señor Yuri Rodríguez, aspecto que se corrobora mediante el Certificado de Trabajo de 18/04/2007.*

  ***d)** Mediante carta GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007, remitida por Mutual Guapay, informa que el señor Juan Carlos Cardona Torrico asumió funciones como Gerente Regional Cochabamba a.i. desde el 3 de abril de 2007.*

  ***e)** El reemplazante en funciones del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi fue el señor Juan Carlos Cardona Torrico quien asumió funciones como Gerente Regional Cochabamba a.i. de Mutual Guapay desde el 3 de abril de 2007 hasta el 11 de enero de 2008, fecha en la que fue intervenida dicha entidad por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras mediante Resolución SB N° 006/2008 de 11 de enero de 2008, que en su resuelve 6° dispone cesar en sus funciones a los miembros del Directorio, Gerentes, Administradores, Fiscalizadores Internos y Apoderados Generales de la Mutual Guapay…"*

Los antecedentes citados demuestran que para las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay tenía una Oficina

Regional que era manejada por un Gerente (cargo definido por Cabanellas en su Diccionario, como "Quien dirige, con arreglo a los estatutos o poderes otorgados, los negocios de una sociedad o empresa mercantil y lleva la firma de la entidad o establecimiento"), y que el señor ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *ocupó tal cargo, el que en definitiva era distinto que de Encargado o Responsable de las tres ventanillas de recaudación allí existentes, por cuanto no existen antecedentes de que al recurrente le hubiera correspondido el último cargo mencionado, sino al señor Water (sic) Padilla Perez, según reporte del mes de enero de 2008 hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Asimismo, consta que si bien la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay funcionaba, a momento del cese de sus funciones, únicamente con ventanillas de recaudación de tributos en las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, preparaba la ampliación de sus servicios en aquellas ciudades, conforme consta de las declaraciones siguientes:

"...si la Ex Mutual contaba, con la logística adecuada para la prestación de servicios dentro del Programa de Vivienda Solidaria...", estrictamente se debe: … A que ***las oficinas (pequeñas ventanillas de recaudación)****, en La Paz,* ***Cochabamba****; y en Montero,* ***fueron acondicionados, para recibir cantidades de solicitantes de créditos en el marco del PVS****…" (Fojas 139; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

"…Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito ***el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa****...." (Fojas 138; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Consiguientemente, tales proyectos superaban a las actividades propias de las ventanillas recaudación tributaria, y justificaban la existencia de la Gerencia Regional en el sentido jurídico que importa tal figura, cargo que en definitiva sí existió como que en su momento fue ejercido por el ahora recurrente.

2.4.2. Responsabilidad del recurrente en la aprobación y manejo de los gastos sancionados.-

Señala también el Recurso Jerárquico, que:

"…los gastos que se me observan, FUERON instruidos por PERSONEROS SUPERIORES, amen (sic), tampoco se VALORA DE NINGÚ (sic) MODO MIS DESCARGOS AL RESPECTOS (sic), limitándose, con su escueta cita, SIN QUE ESTO SUPLA LA OBLIGACIÓN QUE ASISTÍA, DE EXPRESAR EL FUNDAMENTO DEL PORQUE SE ASUME SU PERTINENCIA O NO, O EL VALOR QUE SE LES OTORGA, (…)

…Nótese que las autoridades de la actual ASFI, ni siquiera se han tomado la molestia de percatarse, de que JAMÁS fui responsable de la aprobación de gastos, ni de su contabilización, es decir, jamás trabajé en la GERENCIA DE OPERACIONES, NI FUI

GERENTE GENERAL, NI DIRECTOR, para que se me sanciones (sic) por "la existencia de gastos… en la sub cuenta… trámites judiciales de futuros propietarios del Proyecto de Vivienda…"

Es menester hacer notar, que los Cargos B.2 y C.2 tiene su origen en las restricciones impuestas a la Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay mediante nota SB/ISR II/D - 29535/2005 de 18 de abril de 2005, por la que se le instruyó depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano "todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos".

Consiguientemente, las sanciones emergentes que se conocen en el proceso, no están referidas únicamente a la conducta de quien o quienes autorizaron gastos al margen de la restricción anotada, sino a quienes como en el caso del señor ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI****, actuaron en inobservancia sancionable a la disposición de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sin que necesariamente ello importe la autorización referida.*

Para el caso y conforme consta en la resolución recurrida, a fojas 183, el ente regulador ha señalado:

"…El argumento ya expresado (pág. 17 inc. I) en la citada carta GOF-124/SG-121 referida a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núñez del Prado, en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, no enerva ni destruye el cargo notificado por que el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", comprometen y agravan la responsabilidad del citado ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, al haber actuado en contra de la restricción determinada.

Asimismo, la afirmación realizada por el ex Gerente Yuri Rodríguez Urquidi, conforme al cargo notificado, al decir: ***"Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa...."***

Esta aseveración confirma que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, ex Gerente de la Regional de la Mutual Guapay en la ciudad de Cochabamba, destinó a gastos los recursos que deberían ser remitidos al Banco Central de Bolivia, sin embargo, se utilizaron en preparar carpetas, esto quiere decir que utilizaron los recursos de la ex Mutual para un proyecto que no era propio de la entidad…"

Consiguientemente, queda claro que el recurrente ha limitado erradamente los efectos de la responsabilidad sancionada, cual si sólo fueran imponibles a quienes

*dispusieron gastos al margen de la restricción impuestas, cuando las mismas, conforme lo sancionado, han recaído también al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por haber actuado en inobservancia a la misma, para lo que no necesariamente era necesaria la disposición de tales dineros.*

Por consiguiente, el alegato del recurrente es inatendible y justifica la subsistencia de los Cargos en su contra.

2.5. Acerca de la sanción de suspensión de funciones en relación a una entidad desaparecida.-

Finalmente, el recurrente también señala:

"…Nótese que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY, no se encuentra en funcionamiento, su licencia ha sido cancelada, Etc., entonces, como es posible que la resolución ASFI No. 657/2011, me sancione, SUSPENDIENDOME DOS (2) AÑOS de mis FUNCIONES en ESA ENTIDAD, es decir, EN UNA QUE NO EXISTE, NI FUNCIONA?. ESTO NO SOLO ES IMPOSIBLE, SINO QUE ES ILÓGICO, Y, POR ENDE CARECE ABSOLUTAMENTE DE VALIDEZ, ES DECIR, ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA..."

Nuevamente es menester traer a colación lo dispuesto por el artículo 37° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando señala:

*"…Artículo 37.- (**Procedencia**).*

*Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, **afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos**…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

En tal sentido, no se observa en lo expresado por el recurrente, alegato o justificativo alguno que importe que la aparente disposición de una sanción de suspensión con respecto a una entidad desaparecida, le vaya a ocasionar afectación, lesión o perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

No obstante ello y toda vez que el parágrafo II del artículo 35° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) establece que "las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley", lo que compele al suscrito Ministro al expreso pronunciamiento de la nulidad acusada, se debe remitir al inciso 'b'´, parágrafo I del mismo artículo 35°, el que a la letra señala:

"…ARTÍCULO 35°. (Nulidad del Acto).

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;…"

De ello resulta que en apariencia, el objeto de la sanción impuesta al señor ***RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *por el ente regulador en la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, esta es la "suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años", es nulo por su imposibilidad actual de ser cumplida.*

No obstante, la misma Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011, a fojas 126, ha señalado:

"…la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe Técnico-Legal ASFI/DSR II/R-93663/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, recomienda la aplicación de sanciones al señor Yuri Rodríguez Urquidi por las infracciones evidenciadas considerando el principio general de derecho Non Bis In Idem en atención a que como emergencia de la Resolución Sancionatoria SB Nº 017/2007 y ***por el carácter devolutivo*** *de los recursos interpuestos contra este Acto Administrativo, el señor Yuri Rodríguez comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Extremo por el que se hace innecesario entrar en mayores consideraciones para concluir en el carácter injustificado de la nulidad invocada…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 189/2012 DE 18 DE MAYO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012 de 18 de mayo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "***CONFIRMAR TOTALMENTE****, la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*", en base a los fundamentos siguientes:

"…***"I.- AGRAVIOS ESPECÍFICOS"***

AL CARGO A:

"…Por no regularizar o representar la falta de regularización de las operaciones que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB Nº 113/2004 del 12 de noviembre de 2004…"

La resolución SB No 017/2007 (Anulada por Resolución Ministerial), cuyo contenido se ha repetido en la Resolución ASFI No 657/2011, para edilgar (sic) *la OMISIÓN de regularización de incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, textualmente señala:*

"…La carta GOF-124/SG-121 del 22 de marzo de 2007, no hace referencia a ningún aspecto que permita deslindar la responsabilidad de los Directores suscribientes de la referida carta con relación al incumplimiento notificado en esta literal, consiguientemente el incumplimiento a la implantación de medidas para la

regularización de las causas que dieron origen a la emisión de la Resolución SB/113/2004, recae íntegramente en el Directorio… …".

Agravios que manifiesta el recurrente:

***1.-** Infracción al Art 68-I del DS 27175 y el art. 99-6 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), manifestando carencia de motivación y valoración de actos institucionalmente reconocidos.*

***2.-** Infracción al Art 68-I del DS 27175 y el art. 99-6 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), manifestando desproporcionalidad de la sanción."*

EVALUACIÓN CON RELACIÓN AL CARGO A:

Con relación a los agravios mencionados contra el cargo "A", el señor Yuri Rodríguez Urquidi, reitera los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB N° 017/2007 la que fue anulada por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011, sin considerar que en la Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, pronunciada con la finalidad de ajustarla a derecho, como instruyó la Resolución Jerárquica mencionada anteriormente, se ha individualizado por cada imputación impuesta al recurrente y también se ha valorado de manera fundamentada la prueba presentada. Consiguientemente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido cabalmente con lo dispuesto en la Resolución Jerárquica, por lo que no corresponde, ni es comprensible que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Recurra en agravios de Cargos no impuestos, en la Resolución ASFI N° 657/2011.

Es por este motivo y con la finalidad de no entorpecer la labor de la instancia superior en grado, no se emite ninguna apreciación al respecto, al no corresponder el cargo mencionado.

AL CARGO B (…)

EVALUACIÓN CON RELACIÓN AL CARGO B:

El señor Yuri Rodríguez Urquidi, al mencionar el cargo B incorpora el análisis efectuado por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras con relación a la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, presentada en oportunidad de la Notificación de Cargos previa a la Resolución SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, en calidad de descargo, aspecto que no es acorde ni corresponde al cargo efectuado en su contra, toda vez que el concepto del Cargo "B" es enunciativo de los cargos que se incluyen en el mismo, tratándose de las restricciones impuestas a la entidad, y emergente de ello, no corresponde que realice descargo a este párrafo más aún mencionar los agravios sufridos por su persona, cuando no existen, siendo en realidad el cargo "B.2" contra el señor Yuri Rodríguez Urquidi, el que le fue notificado específicamente.

AL CARGO B.2

"B.2 La existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36 en la subcuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente." (…)

Agravios que manifiesta el recurrente:

El señor Yuri Rodríguez, al referirse a este cargo menciona que existe una Infracción al art. 68-I del DS 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley N° 1488 (Texto Ordenado).

Sobre la carencia de motivación:

- *Se refiere a que presentó copias de respaldos documentales de las partidas observadas (resaltando que el regulador jamás pidió examinarlas). Tratándose de créditos instrumentados antes de las tantas veces citada restricción no se pudieron cargar a las respectivas operaciones: Avalúos, Gastos Notariales, etc.*

- *Se refiere a que la contingencia que creó la mentada restricción, al no haber formulado salvedad con relación a operaciones que se habían instrumentado antes de conocerse la orden de "in statu quo", es decir, se dejó a la institución con créditos aprobados, otorgados y contratados, que en muchos casos implicaba ya, hasta traslación de propiedad, constitución de hipotecas, empero sin que se hubieran efectuado los desembolsos.*

- *Se refiere a la presentación de pruebas como ser Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites Judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por Bs.132,862.04, con sus respectivos respaldos. Estado de cuenta Contable 143.99.1.07 "Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por Bs. 20,280.36 con sus respectivos respaldos.*

- *Acepta que la Superintendencia de Bancos mediante Resolución SB/13/96 prohibió la incursión de las ex Mutuales en Proyectos Habitacionales y pide se considere que los términos vivienda o proyectos habitacionales inicialmente requieren de proyectos arquitectónicos, cálculos estructurales etc. Al respecto formula una serie de aseveraciones relacionadas a la actividad de las entidades financieras y la venta de los inmuebles adjudicados, así como las extensiones de terrenos que se recuperaron y se venden en fracciones, haciendo conjeturas respecto a los bienes recibidos en donación.*

- *Manifiesta que el debido proceso como garantía constitucional goza de recibir una resolución debidamente fundada, por cuanto solo así el ciudadano conoce de los hechos y derechos, criterios, razones que motivaron la decisión para asumir la acción o abstención, manifestando que en una resolución fundada no debe existir valoraciones subjetivas, debiendo el juzgador efectuar consideraciones*

objetivas, sustentadas en pruebas válidas, aseverando finalmente que el regulador con criterio subjetivo manifestó que se trataría de actividades especulativas de comercio.

- *Adjunta en calidad de prueba copias de Carta del Colegio de Ingenieros Civiles, Acta de Directorio N° 026 de fecha 22 de diciembre de 2006, Acta de la Asamblea Extraordinaria de 29 de enero de 2007, Acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007, Listado de Adjudicatarios del Programa de Vivienda Social.*

- *Solicita que se aprecie el cuestionamiento de la documentación o instrumentación del gasto. Asimismo, que este cuestionamiento en atención a dos razones: La restricción temporal ordenada por el mismo regulador, mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005 y una débil gestión de riesgo crediticio.*

- *Se pide considerar que la colocación de créditos es la principal fuente de subsistencia de cualquier Mutual, dado que estas sólo incrementan su capital primario mediante excedentes de percepción (utilidades) o mediante recepción de donaciones de libre disponibilidad.*

- *Estos aspectos llevaron a que la entidad pueda idear proyectos que le permitan incrementar sus ingresos por servicios no financieros (recaudación de tributos, de pagos de servicios de energía eléctrica, agua potable etc.,) para garantizar su funcionamiento.*

- *De esta lógica se justifica la decisión de que la entidad se adecúe para intentar su inclusión en el programa de vivienda solidaria (PVS) del Supremo Gobierno, sin generar riesgo patrimonial para la Mutual. Habiendo sido habilitada por el FONDESIF para dicha prestación de servicios, habiendo suscrito un contrato para el efecto.*

- *Manifiesta que la resolución sancionatoria no es fundada, alejándose del debido proceso dado que no se puede entender como debido proceso a aquel en que se sanciona sin especificar cuál es la acción u omisión específica o personal por la que se decide así, siendo que sin admitir haber lugar a sanción alguna, se le ha aplicado una pena incongruente, si se considera el art 102 de la Ley 1488 (Texto Ordenado).*

NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBAS CON RELACIÓN AL CARGO B.2:

N°	*PRUEBA OFRECIDA EN RELACIÓN AL CARGO NOTIFICADO*	*ACCIÓN ESPECÍFICA*	*EVALUACIÓN DE LAS PRUEBAS*
1	*Copias de respaldos documentales de las partidas observadas*	*B.2 La existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36 en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro*	*En general los respaldos presentados son inatinentes al cargo notificado por cuanto la notificación no tiene el objeto de verificar respaldos o papeletas contables en relación a los gastos*

		cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente.	*efectuados; consiguientemente no se trata de justificar o demostrar la forma en la que se instrumentó el gasto* ***sino el gasto mismo cuando existía una restricción vigente*** *resultante de la deficiente administración de la entidad.*
2	*El Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites Judiciales de Futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por Bs 132,862.04 con sus respectivos respaldos.*	*Idem.*	*Bajo la misma lógica que precede el descargo refleja la forma y el registro del gasto aspecto que no forma parte de la notificación, centrándose ésta en el gasto mismo y no en la forma de su registro como pretende reflejar el descargo presentado.*
3	*El Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Partidas Pendientes varios Proyectos por avalúos y otros por Bs 20,280.36, con sus respectivos respaldos.*	*Idem.*	*Como en el resto de descargos presentados, la documentación consistente en el Estado de la Cuenta en la que se registraron los gastos, no constituyen parte de la nota de cargos consiguientemente no constituyen respaldo que se enfoque en justificar el gasto mismo cuando regía una prohibición expresa dada a* (sic) *frágil situación financiera de la entidad.*
4	*El detalle de Créditos Probados y que no fueron desembolsados.*	*Idem.*	*La relación de créditos aprobados a los que se refiere el recurrente tampoco pueden ser tomados en cuenta como descargos, ya que como se dijo no se trata de justificar la forma de registro del gasto o su destino como en el presente, sino el gasto per sé, aspecto sobre el cual el recurrente no brinda explicación o justificativo.*
5	*La carta del Colegio de Ingenieros Civiles.*	*Idem.*	*La nota que refiere el recurrente no guarda relación con el cargo notificado por cuanto este no se encontraba dirigido a la acreditación de aspectos técnicos para viabilizar obras civiles sino al incumplimiento de depositar en el BCB cualquier captación proveniente de operaciones activas o pasivas.*
6	*El Acta de Directorio N° 026 de fecha 22 de diciembre de 2006.*	*Idem.*	*Las Actas que se citan como descargo no contienen ningún elemento que tienda a deslindar o atenuar la responsabilidad de la entidad y sus administradores en el incumplimiento de la restricción*

			impuesta por la SBEF. Estas se refieren a las determinaciones de sus Órganos de Gobierno con relación a la incursión de la entidad en el PVS y otros aspectos que precisamente son motivo del proceso sancionador iniciado contra ejecutivos de la entidad. Cabe destacar que el descargo no refiere a la existencia o inexistencia de actas sino a la acción misma de la entidad de desviar los recursos que debían ser depositados en el BCB.
7	*El Acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero de 2007.*	*Idem.*	*Idem.*
8	*El Acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007. Se adjuntan copias de actas.*	*Idem.*	*Idem.*
9	*Un listado de los adjudicatarios para el Programa de Vivienda Social.*	*Idem.*	*Como ya se dijo el cargo no tiene que ver con justificar el gasto o la existencia real del destino del gasto, sino con el gasto en si mismo; consiguientemente el presentar una lista de beneficiarios del PVS (Plan de Viviensa* (sic) *Social y Solidaria), no justifica ni releva la responsabilidad de la entidad y sus ejecutivos en la omisión de depositar en el BCB los ingresos provenientes de depósitos o recuperación de cartera.*
10	*La Nota FSF-DFFIE-3815/06 de 20 de diciembre de 2006*	*Idem.*	*La carta que acredita como descargo el recurrente no constituye ni representa descargo alguno en el marco del cargo notificado ya que se refiere a la habilitación que comunica el FONDESIF a la entidad para prestar servicios de colocación y recuperación de cartera, situación que tampoco aporta elemento o causa de fuerza mayor o fortuita que exima a la entidad o la haya obligado a*

			omitir el depósito de sus ingresos en el BCB y por el contrario destinarlos a otros rubros.
11	*La Nota Cite: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007*	*Idem.*	*La documental se refiere a una citación que efectúa el Viceministro de Vivienda y Urbanismo para la capacitación técnica del Programa de Vivienda Social y Solidaria, aspecto que no guarda relación con el cargo notificado y que por el contrario se encuentra focalizado en pretender justificar los gastos efectuados por la entidad cuando regía una instructiva de depositar dichos fondos en el BCB.*
12	*Las notas de prensa que acreditan la firma de la ex Mutual con el FONDESIF, el contrato del Programa de Vivienda Solidaria.*	*Idem.*	*Como en el anterior caso las publicaciones no tienen relación con el cargo notificado, es decir no se refieren ni contienen ningun* (sic) *elemento que tienda a justificar el incumplimiento de la entidad en relación a la restricción vigente.*

AL CARGO C:

C.- *Incumplimientos al Art. 74 de la Ley N° 1488 e inobservancia a las restricciones impuestas por el Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005.*

C.2.- *El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs295.353 cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.*

Agravios que manifiesta el recurrente:

Señala de los agravios que preceden, se colige que la disyuntiva con el regulador, nunca se centró en las bondades de recibir donaciones de terrenos, sino en la forma o valor de su contabilización según se describe:

a) Las valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de El Paso de la ciudad de Cochabamba, instruidas mediante nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba, señor Yury Rodríguez, se generaron ante probables suscitaciones de donaciones.

b) Los gastos contabilizados como proyecto de Vivienda Social, no se dirigieron, ni se motivaron en intencionalidad alguna de la ex Mutual, en proyectos habitacionales, por el contrario se objetivaron en el levantamiento de solicitudes de créditos en el marco del PVS, en la adecuación de la logística institucional para satisfacer sus requerimientos y la pretensión de enajenación sin riesgo patrimonial, de los terrenos recibidos en donación.

- *La resolución sancionatoria, en este punto en particular, confunde la glosa de la partida observada "Proyecto de Vivienda Social", cual si la entidad previere ingresar en actividades inherentes a la construcción de viviendas o proyectos habitacionales, dado que desconoce las particularidades del Programa de Vivienda Social (PVS), para el que, las entidades calificadas y habilitadas (LA EX MUTUAL ENTRE ELLAS), prestaban el servicio de colocación y recuperación de cartera, SIN INCURRIR EN RIESGO PATRIMONIAL ALGUNO, dado que: los créditos eran aprobados por el Comité de Administración del Programa; se otorgaban por el FONDESIF, en cuyo beneficio se instrumentaban las garantías (hipotecarias, personales, Etc.); y en ese sentido, la entidad sólo se constituía en preparador de la carpeta del solicitante y luego el recaudador de sus amortizaciones, en estricta prestación de un servido, por el que recibiría en contraprestación una comisión.*

- *Bajo tal espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos, en pos de que, suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa, con los beneficios expuestos, más aún, al comprender la restricción temporal que había congelado la fuente primaria de ingresos de esta entidad: "la colocación de créditos"… (…)*

- *Asimismo, al referirse a carencia de motivación, menciona que la triple función del regulador (acusador, juez y legislador) le obliga a fundar sus posiciones y no haber criticado la ausencia de políticas para mitigar la restricción temporal, absteniéndose de las contantes medidas tomadas por personeros de la ex Mutual y que eran de conocimiento institucional, argumentando que la resolución no es fundada ni objetiva, dado que se ha limitado a ejercer el ius puniendi sin lugar a valorar los elementos que pudo haber valorado en su favor.*

NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBAS CON RELACIÓN AL CARGO C.2.

Nº	*PRUEBA OFRECIDA EN RELACIÓN AL CARGO NOTIFICADO*	*ACCIÓN ESPECÍFICA*	*EVALUACIÓN DE LAS PRUEBAS*
1	*La Nota SB/ISNB/D-16410/2005 de 18 de enero de 2005*	*C.2 El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs295.353, cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos*	*Mediante la carta citada, y como respuesta a la Carta GOF-003/SG-003, la Superintendencia de Bancos acepta otorgar un plazo para la presentación del Plan de acción propuesto, adicionalmente se refiere al convenio de Negociación de inversiones con el señor Neufel*

		habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.	*Klassen a las cuales se refiere la normativa a cumplir previamente, finalizando que la SBEF no avala negociaciones o gestiones realizadas con personas privadas pues los alcances o incumplimientos se encuentran subordinados a la libertad contractual y los límites establecidos por ley. Estos aspecto* (sic) *no tienen ninguna relación con el descargo, no justifica de ninguna manera la utilización de recursos de la entidad para un proyecto de vivienda social, es completamente inatinente para desestimar el cargo.*
2	*La Nota GG-028/SG-180 del 14 de mayo de 2005*	*Idem.*	*En respuesta a la Carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, se refiere al proyecto Akualand, y a la contratación como medida de control, al Arq. Rubén Darío Gutiérrez, decano de la facultad de ciencias del hábitat, diseño y arte de la Universidad Gabriel René Moreno, Máster de la Universidad de Cataluña – España, para actualizar las hipotecas y mostrar las mejoras introducidas por las empresas constructoras, al respecto, se instruyó a los fiscales de obra, preparar información actualizada sobre los avances de obra. Se instruyó a las Gerencias de Operaciones y Créditos hacer seguimiento de acuerdos plasmados, también de la constructora y del propietario de la solución. Indicando que se procedió con esta instructiva a los créditos desembolsados en marzo y abril de la gestión 2004, solicitando finalmente y como corolario a esta comunicación dejar sin efecto la restricción temporal, para regularizar o normalizar su funcionamiento. La carta en cuestión no constituye descargo, muestra reticencia a la instrucción de restricción.*
3	*La Nota GG-029/SG-239/2006 de 4 de julio de 2005*	*Idem.*	*La carta se refiere a una adenda al Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización del año 2005, haciendo referencia al control de suficiencia*

			patrimonial, en la que hacen referencia a la carta GG-028/SG/180, con relación a las medidas ofrecidas de mayor control en la recuperación de cartera, aspecto que no representa descargo alguno por las acciones de disponer fondos de la Mutual para otros proyectos, no corresponde al proyecto FVS.
4	*La Nota GOF-286/SG-310 del 31 de agosto de 2005*	*Idem.*	*El documento citado, corresponde a la respuesta a carta SB/ISR II/D-37765 de 5 de julio de 2005, mediante la cual se remite un Informe Complementario al Plan de Acción de la Inspección al 30 de septiembre de 2004, en el que se indica haber efectuado el organigrama y nuevas políticas de créditos, se manifiesta la capacitación a los funcionarios encargados de realizar operaciones de crédito, se presentó descargo de la nueva política de créditos, indica que actualmente existen reglamentos para normar funciones de los integrantes de comités constituidos, incorporación de un profesional en la Unidad de Auditoría Interna, de la misma manera en la Unidad de Sistemas, concluyendo que se ha subsanado las observaciones del Plan de Acción, sin embargo, ninguno de estos puntos puede ser considerado como descargo con relación a la utilización de de recursos para el proyecto de vivienda, no siendo atinente el descargo.*
5	*La Nota GOF-358/SG-388 del 10 de noviembre de 2005*	*Idem.*	*Se refiere a las medidas asumidas destinadas a cubrir los límites legales excedidos del Patrimonio Neto, al haber obtenido un crédito subordinado con Jack Neufeld, compromisos con las constructoras de Akualand, informa que no ha desembolsado créditos, aspectos que no tienen ninguna relación con el cargo, menos considerarse como descargo al no tratarse de la operación realizada para otro proyecto.*
6	*La Nota GG-444/05*	*Idem.*	*La entidad presenta un plan de*

	del 28 de diciembre de 2005		*acción para regularizar las observaciones de un informe de inspección, el que se refiere a un Plan de Capitalización, del que se ha observado la falta de un cronograma de acuerdo con el compromiso asumido por el Directorio, establecido en el Plan de Fortalecimiento para acceder al PROFOP. El descargo hace referencia a los avalúos del valor de los inmuebles del proyecto, sin hacer referencia a la capacidad de pago de las empresas ni la amortización de los préstamos, incumpliendo la rentabilidad. Aspectos que no se refieren por ningún motivo al cargo, ya que son de diferentes épocas y otro proyecto. No es atinente pues se refiere a temas diferentes.*
7	*La Nota GG-446/05 del 28 de diciembre de 2005*	*Idem.*	*En el registro de correspondencia no existe una carta con el indicado número, es posible que se haya equivocado al hacer la cita o confundir con la 444/05.*
8	*La Nota GOF-192/SG-197 de 12 de junio de 2006*	*Idem.*	*Mediante la citada nota se remite el plan de acción sobre la visita de inspección al 28.02.2006, aprobado por directorio, en el que se atiende los aspectos de Riesgo de Crédito, Operativo y Legal. En el aspecto crediticio se refiere a operaciones provenientes de lo que es la Urbanización Akualand, con relación a Operativo, se refiere a las observaciones sobre el manejo de los DPFs y su control, así como el control de carpetas de créditos. Se observa gastos administrativos corrientes por diferentes conceptos, seguimiento de otros gastos, pero que ninguna de estas observaciones tiene relación con los gastos efectuados para la implementación de carpetas del proyecto FVS al que se refiere el cargo, no tienen relación, por lo que menos puede ser presentada como descargo, documento que no puede ser considerado como*

			descargo.
9	*La Nota SB/ISNB/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005*	*Idem.*	*La citada carta se refiere a los excesos al 3% del patrimonio al haber otorgado créditos a empresas constructoras, instruyéndosele adoptar medidas correctivas con relación a los citados excesos. Instrucción que no se cumplió, por lo que mediante la carta SB/ISR II/ D-29535/2005 se instruye que "…a partir de la fecha la entidad deposite en el BCB o invierta en valores emitidos por el Estado todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos, en tanto se materialicen y/o cumplan las medidas correctivas tendientes a superar las observaciones emergentes...". De lo citado se advierte que la carta es una ratificación e instrucción de las obligaciones que debería realizar la misma, aspecto que no fue cumplido y es más, se utilizaron recursos de la entidad en el Proyecto de Vivienda Social que no se llevaba a cabo todavía y dadas las condiciones de la entidad, no contaba con recursos para desarrollar proyectos habitacionales en tres ciudades, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, incumpliendo lo instruido y utilizando los recursos destinados a ser depositados en el BCB en actividades que no correspondían.*
10	*El dictamen de Auditoría Interna 2005*	*Idem.*	*El Dictamen de Auditoría 2005, Muestra claramente un déficit acumulado por pérdidas en gestiones anteriores, se refiere a un posible convenio con una fundación, y procesos*

			sancionatorios que ha sufrido la entidad, este documento no representa en ningún momento prueba de descargo para la utilización de recursos en la elaboración de carpeta para el proyecto de vivienda social, con el cual no tiene ninguna relación, por lo que no puede considerarse descargo.
11	*La Carta SB/ISR II/D-34/2005 de fecha 29 de diciembre de 2005*	*Idem.*	*Carta mediante la cual se hacen observaciones al informe de inspección sobre plan de acción, en el cual se indica que no ha dado cumplimiento a los compromisos asumidos, documento que no contempla descargo alguno sobre el cargo referido a gastos en planes de vivienda del FONDESIF, que no corresponde con el proyecto AKUALAND.*
12	*Las Políticas adoptadas en la gestión 2006, enviada al FONDESIF.*	*Idem.*	*Las políticas que hubiera adoptado la Mutual en la gestión 2006 enviadas al FONDESIF, corresponden a las medidas con relación al cumplimiento de su contrato de Subordinado, aspecto que no tiene relación con el descargo, pues se trata de una actividad no relacionada con el convenio, el que no emergió de manera concreta, siendo que los gastos contabilizados en el Proyecto de Vivienda Social se refieren a una actividad diferente, ambos sin relación alguna, por lo que no es posible considerar como descargo.*
13	*Las Carpetas de Solicitantes de créditos y proyectos.*	*Idem.*	*La elaboración de las carpetas de los solicitantes no se llegó a plasmar como una actividad del proyecto, ya que la Mutual no llegó a ejecutar el mismo en ninguna instancia, sin embargo con cargo al supuesto proyecto se efectuaron gastos, los mismos*

			que no estaban autorizados debido a la Restricción Temporal aplicada. este (sic) *no es un elemento de descargo para la utilización de los recursos de la Mutual.*
14	*El Contrato suscrito con el FONDESIF dentro del PVS.*	*Idem.*	*El contrato de suscripción del Proyecto del Plan de Vivienda Social, si bien ha sido suscrito con el Fondesif, no ha llegado a concretarse con la Mutual, aspecto que no se ha desarrollado por haber sido su intervención anterior a la ejecución del programa, sin embargo, la entidad, en franco incumplimiento de la Restricción, llevó adelante el preparar un proyecto en el cual no podía realizar ningún preparativo, menos efectuar gastos, al no contar con recursos para ello, debido a las obligaciones pendientes y por la Restricción impuesta, aspecto que no le permitía disponer para otros usos salvo depositar en el Banco Central, hasta que se analice su situación.*

Al Cargo D.3

No se manifestó ningún agravio en el Recurso de Revocatoria, con relación al cargo establecido (Cargo D3), por lo que se puede inferir que no cuestiona lo dispuesto en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011 (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) establece las responsabilidades y obligaciones de las instancias que ejercitan dentro la entidad, las funciones de control y fiscalización, señalándoles deberes tales como el de advertir oportunamente sobre el incumplimiento de las normas y las disposiciones legales por parte de directores y administradores con comunicación a este Órgano de Supervisión, obligaciones que en el presente caso han sido incumplidas por parte de la encargada del Departamento de Auditoría Interna y por los Fiscalizadores Internos de Mutual Guapay, quienes no aportan en la correspondencia remitida justificativos o descargos con elementos que enerven o

desvirtúen los cargos notificados inicialmente, siendo el tenor de sus argumentos incompatibles con la naturaleza de sus funciones (…)

CONSIDERANDO:

Que, las entidades de intermediación financiera se encuentran obligadas a someter su administración a la inexcusable observancia de las disposiciones legales mencionadas precedentemente y las regulaciones prudenciales emitidas por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente ASFI, las que en el presente caso se refieren, entre otros, al cumplimiento de las instrucciones emanadas de este Órgano de Fiscalización a efecto de regularizar las situaciones que originaron la imposición de sanciones en contra de la entidad, al cumplimiento de instrucciones emanadas del Órgano de Supervisión en resguardo del interés público representado por los depósitos del público, al cumplimiento de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras modificada por la Ley N° 2297 de Fortalecimiento de la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de diciembre de 2001, así como al cumplimiento eficiente de los Órganos de administración y fiscalización en relación al procesamiento de información veraz e íntegra respecto a la administración financiera de la entidad.

Que, este Órgano de Supervisión estableció en sus labores de supervisión a la citada entidad, incumplimientos a la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, a la normativa regulatoria, así como a instrucciones emanadas de este Órgano de Supervisión, aspectos que reflejan deficiencias estructurales en la gestión y administración de la ***ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY*** *así como la falta de prudencia y diligencia de las instancias de dirección de la Mutual, advirtiéndose que todas estas irregularidades derivan en una administración inadecuada de la entidad.*

Que, las normas contenidas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, así como las disposiciones previstas en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establecen los parámetros que las entidades deben observar en el cumplimiento de la Ley, así como en la regularización de las observaciones establecidas por este Órgano de Supervisión, derivando su incumplimiento en la imposición de sanciones establecidas en el Reglamento de Sanciones Administrativas de ASFI.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos expuestos por el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi en su Recurso de Revocatoria no desvirtuaron ni enervaron los fundamentos contenidos en la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, en razón a que los cargos notificados para la sanción impuesta, estos quedan subsistentes y ratificados, debido fundamentalmente al que el señor Rodríguez incurrió en la omisión del cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolso y gastos, cuando ejercía las funciones de Gerente de la Oficina Regional Cochabamba de la ex Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda.

Que, respecto al cuestionamiento que realiza el recurrente Yuri Rodríguez Urquidi contra la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, manifestando que la misma es desproporcional y carente de motivación y valoración de actos institucionalmente reconocidos, motivo por el cual corresponde precisar los siguientes aspectos:

- ***a)*** *La sanción impuesta por ASFI al señor Yuri Rodríguez Urquidi, mediante Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, consideró lo establecido por el artículo 61 del Reglamento de Sanciones Administrativas de ASFI, contenido en el Título XII, Capítulo II, Sección I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (referido a la discrecionalidad reglada que no debe confundirse con la arbitrariedad), ya que al determinarse el incumplimiento en que incurrió el señor Rodríguez dicha falta no puede considerarse como infracción leve por cuanto ocasionó daño económico a la institución financiera, razón por la cual y en aplicación del citado Reglamento ASFI impuso la sanción contra el recurrente, considerando adicionalmente el incumplimiento e inobservancia a las restricciones transmitidas por este Órgano de Supervisión dispuestos mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, (aspectos descritos en el cuadro sobre concurso ideal de infracciones contenido en la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011).*
- ***b)*** *Con relación a la fundamentación y motivación contenida en la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, respecto a la sanción con la suspensión temporal de dos años de sus funciones, para tal efecto, se consideró lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, refiriéndose a los* ***"Principios Generales de la Actividad Administrativa"****, que en su inciso p) se refiere al* ***"Principio de Proporcionalidad"*** *señalando, "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".*
- ***c)*** *Finalmente, para la imposición de la sanción al señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi se consideraron los criterios contenidos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que establecen que para imponer una sanción, la administración debe basarse en los parámetros y/o criterios que forman parte inmanente del* ***principio de proporcionalidad****, es decir;* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable;* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y;* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora haya ponderado las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Que, corroborando lo anteriormente expuesto, esta Autoridad de Supervisión a tiempo de emitir Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, ***evaluó nuevamente*** *todas las atenuantes y agravantes, así como el grado de participación del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi en los hechos sancionados y las responsabilidades que le fueron atribuidas en el ejercicio de sus funciones como*

Gerente Regional Cochabamba de la ex Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda., las que finalmente derivaron en la imposición de la sanción por parte de este Órgano de Supervisión.

Que, para resolver el presente Recurso de Revocatoria dio cumplimiento a los lineamientos dispuestos por la ***Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2012 de 09 de abril de 2012, por lo que este Órgano de Supervisión efectuó una nueva valoración íntegra de las pruebas documentales ofrecidas en el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, dicha tarea comprendió específicamente sobre los Cargos B.2 y C.2, considerando para este efecto el principio de la sana crítica y lo previsto por el artículo 29, parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y fundamentalmente en resguardo de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115 de la Constitución Política del Estado Plurinacional y el artículo 4 de la N° 2341 de Procedimiento Administrativo, por lo que resultado de esa nueva valoración, los Cargos imputados se ratifican en su integridad por cuanto los mismos no fueron desvirtuados por el recurrente.***

CONSIDERANDO:

Que, en este sentido es importante mencionar la línea jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional en su SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, ha establecido con referencia al ***Principio de Legalidad*** *lo siguiente: "El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que establece: 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que el Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicable.*

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: "La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a los disposiciones de la presente Ley."

Que, en ese mismo orden es menester mencionar las consideraciones expuestas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, con relación ***al derecho a la defensa y debido proceso*** *el cual señala; "Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su*

artículo 16 consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos.

(…) Por su parte, el ***debido proceso administrativo*** *consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse…*"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 15 de junio de 2012, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012 de 18 de mayo de 2012, expresando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS***

De los "antecedentes procesales" expuestos en capítulo que antecede, como del imperio del 156 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), el Estatuto de la Superintendencia de Bancos y Entidades financieras (sic)*, como los Arts. 34, 49, 50-III y 51-II del Reglamento de Procedimientos del SIREFI aprobado por D.S. No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, denunció* (sic) *que la resolución administrativa objeto de este recurso, adolece de los defectos que denunciaré a continuación.*

OMISIÓN DE TRÁMITE DEBIDO Y PRONUNCIAMIENTO DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA.

La Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, había instituido línea jurisprudencial, por la que declara la "obligación del Superintendente Sectorial de Bancos y Entidades Financieras, hoy Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, de pronunciar debidas y FUNDAMENTADAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, en atención a los recursos (cual el de revocatoria);

así la resolución SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, que en sus FUNDAMENTOS JURÍDICOS, textualmente señaló en sus partes pertinentes:

"…En la doctrina del Derecho Administrativo se han esbozado numerosas definiciones acerca de lo que implica el acto administrativo. Por ello, siguiendo la mayoría de la doctrina generalmente aceptada en la materia, podemos concluir que el acto administrativo es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria que emana de un sujeto, la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetiva o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público…"

"…En nuestra legislación, el Artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que: Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa. Normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo…"

"…Por otra parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio (sic) *hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, OBTENER DECISIONES FUNDADAS O MOTIVADAS, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, CUESTIONAR LOS ELEMENTOS PROBATORIOS ANTES DE LA DECISIÓN, TENER LA POSIBILIDAD DE INTENTAR MECANISMOS IMPUGNATORIOS CONTRA LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse…."*.

*"…**Cabe precisar que uno de los elementos ESENCIALES del acto administrativo se encuentra en SU MOTIVACIÓN O FUNDAMENTACIÓN que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadores*** (sic) ***que le permitan emitir actos administrativos, DEBIENDO OBSERVARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO Y DE DERECHO QUE CORRESPONDAN AL CASO**…"*

"…Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la

voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda…".

"…El Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra ***LA CAUSA, POR MEDIO DE LA CUAL SE DEBERÁ SUSTENTAR EL ACTO EN LOS HECHOS Y ANTECEDENTES EXISTENTES Y EL DERECHO APLICABLE****. Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto. Concordante con la anterior, el Articulo 30, literal a), de la Ley Adjetiva Procedimental, en cuanto a la motivación,* ***indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos****…".*

La falta de fundamentación y auto contradicción de la resolución ASFI No. 189/2012 de 18 de mayo de 2012, no sólo constituye una grave infracción a los Arts. 29-III, 43-I y 50-III del reglamento de procedimientos para el SIREFI aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y a los Arts. 17-I, 28, 52 y 65 de la Ley del Procedimiento Administrativo, sino que constituye una flagrante violación a mis derechos constitucionales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de la CPE.

Y es qué (sic) ***la resolución ASFI No. 189/2012, vuelve a incurrir en INFRACCIONES de normas expresas del reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003:***

1.- *Cuando los Arts. 30 y 50 del Reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señalan, que procede la apertura de término de PRUEBA en el trámite del RECURSO DE REVOCATORIA, sólo nos queda confrontar mi RECURSO DE REVOCATORIA, para percatarnos de su expreso OFRECIMIENTO DE PRUEBA, sin que JAMÁS se me hubiera hecho conocer, si mi prueba fue admitida o NO, o, SI SE ABRIÓ TÉRMINO PARA PROBAR o NO, sic, sic, DEJÁNDO* (SIC) *SÓLO LA POSIBILIDAD DE ARRIBAR A LA CONCLUSIÓN, DE QUE,* ***SE ME DEJÓ EN ABSOLUTA INDEFENSIÓN, ES DECIR, SIN LA POSIBILIDAD DE PROBAR, DE ACREDITAR MIS DESCARGOS NO DOCUMENTALES o DE DIFERENTE MEDIO PROBATORIO.***

2.- *Cuando el Art. 29-III del reglamento de formas del SIREFI, dispone: "...Las pruebas SERÁN VALORADAS EN SU INTEGRIDAD, con racionalidad y de acuerdo a la sana crítica...", no genera norma POTESTATIVA o DISCRECIONAL, genera IMPERATIVO PROCESAL… impone obligación al Administrador Público, que no puede ser omitida; omisión que en la especie se colige de la sola lectura de la resolución recurrida, en la medida en que NO VALORA DEBIDAMENTE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DE MI PARTE* ***y MENOS SE ACOMODA A MI REALIDAD PERSONAL, ES DECIR, A MI CONDUCTA EN PARTICULAR Y A LOS ACTOS O SUPUESTAS OMISIONES, QUE SE ME PRETENDA ATRIBUIR, OLVIDANDO, QUE QUIEN SE SUSCRIBE FUNGÍA TAN SOLO DE SUPERVISOR DE VENTANAS DE RECAUDACIÓN, ES DECIR, NO DE UNA SUCURSAL, Etc. amén de que JAMÁS ostente la calidad de DIRECTOR, ni DE GERENTE GENERAL, NI DE GERENTE DE OPERACIONES, sic, sic.***

Violación de derechos y garantías constitucionales.

Con los actos y omisiones que se denuncian en apartado que antecede, no sólo se ha quebrantado el reglamente (sic) *de procedimientos administrativos del SIREFI y la Ley del procedimiento Administrativo, en los artículos individualmente apuntados, sino que se ha violado mis derechos y garantías fundamentales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de la CPE, como se funda a continuación:*

Del imperio del Art. 115 de la CPE, emerge mí derecho a la seguridad jurídica en proceso; derecho que en contenido: "...implica el derecho a la certeza y la certidumbre que tiene la persona frente a las decisiones de las autoridades públicas, las que deberán ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la Ley y la consiguiente motivación de la resolución..." (SC 0753/2003-R de 4 de junio).

Las SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 1748/2003-R, entre otras, entendieron al debido proceso como: "el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".

Las declaraciones e interpretaciones de su Excelencia el Tribunal Constitucional, SON DE APLICACIÓN OBLIGATORIA, PARA TODAS LAS AUTORIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En la especie: mi RECURSO interpuesto, no ha sido tutelado con RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA, por ende, me encuentro ante la incertidumbre del valor que se ha otorgado a mis pruebas o a mis motivos esgrimidos al recurrir, con flagrante violación de imperativos procesales, denotando la clara "inseguridad jurídica e indefensión", que se me está propalando. Luego: procedimiento como el denunciado, de modo alguno puede entenderse como DEBIDO.

Es menester agregar que, es el mismo reglamento de formas del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, el que en su Art. 62, textualmente reza: "...I.- El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos. II.- La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, DE RESPETO AL DEBIDO PROCESO y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley NO. (sic) *2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables.*

En la especie, desde que se dicta una resolución CONFIRMATORIA de las resoluciones recurridas, empero, olvidando que si bien SE ACUMULO (sic) *varios seudo sumarios administrativos en UNA sola resolución Sancionatoria, la SB No. 017/2.007, esto NO implica que se trate de un SOLO proceso administrativo, MENOS DE QUE SE ME PUEDA ENDILGAR ASUNTOS QUE NO ERAN DE MI RESPONSABILIDAD O SOBRE LOS CUALES NO TUVE, NI DEBÍA TENER NINGUNA INJERENCIA. Recuérdese que el suscrito tan solo fungía*

*de **SUPERVISOR** una Ventana de Recaudación y por su parte la resolución ASFI No. 189/2.012, hace subjetivas consideraciones sobre Planes de Fortalecimientos, Etc., actos que DE MODO ALGUNO eran, ni debían ser de mi competencia, Etc., lo que demuestra que la resolución que ahora recurro, es INFUNDADA y AJENA AL ESPIRITU DE MI RECURSO, por ello, en realidad NO LO HA RESUELTO.*

Para dar fe de mi afirmación precedente, basta que se considere los aspectos que resalto a continuación:

*Al cargo "B2".- No se percata la autoridad reguladora, que de acuerdo a lo que expresan los estatutos de la ex Mutual Guapay, (ya desaparecida), no tenía una sucursal en la Ciudad de Cochabamba; no tenía un Balance de una sucursal, no manejaba la contabilidad, **lo que en realidad tenía era solamente ventanillas de recaudación de impuestos, que generaban transacciones que eran contabilizadas en Santa Cruz**; por lo tanto en esas oficinas no se otorgaba ni cobraba créditos, no se recibía captaciones del público, no se autorizaba gastos, no se realizaban registros contables, Etc. y que a mi persona en mi condición de Supervisor de las VENTANAS DE RECAUDACIÓN COCHABAMBA, así se hubiera en el último año denominado a mi cargo "Gerencia Regional", tal como se puede evidenciar en el memorándum RR.HH O&M 032/2006 del 22 de agosto de 2006, que indica que …Como parte del proceso de remodelación estructural, comunicamos a usted que a partir de la fecha, su cargo pasara* (sic) *a nominarse "Gerente Regional Of. Cochabamba, desempeñando las mismas funciones que le han sido asignadas y bajo la misma dependencia… como se puede apreciar solamente se trata de cambio de nombre del cargo; esta situación también se puede evidenciar en el poder especial No. 742/2006, que se otorgo* (sic) *a mi favor, en fecha 17 de noviembre de 2006,….. que en su punto 5.2 dice:… otorgar nuevo poder especial para Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, Supervisor Regional de Tributos… (Adjunto fotocopias)", JAMÁS se me otorgó la competencia para aprobar, otorgar créditos, cobrar créditos, hacer captaciones de depósitos, aprobar GASTOS, menos para decidir en que invertir los incrementos de captaciones o recuperación de cartera; estas tareas como correspondía, de acuerdo al manual de funciones de la entidad, y a los estatutos de al ex Mutual Guapay, siempre fueron APROBADOS, realizados y contabilizados, por los órganos pertinentes (ASAMBLEA, DIRECTORIO, GERENCIA GENERAL y GERENCIA DE OPERACIONES), en este sentido, NO es lógico que se me sancione por conductas que NO me son atribuibles.*

Al cargo "C".- No se percata, que los gastos que se me observan, FUERON instruidos por PERSONEROS SUPERIORES, y que corresponden a disponer de incremento de captaciones, ni recuperación de cartera, sino al uso de un mínimo porcentaje insignificante de las comisiones ganadas por los servicios realizados en las ventanillas de recaudación, abiertas en diferentes sitios, entre las que encontraban (sic) *las ventanillas de recaudación de Cochabamba; **que en la gestión 2006, la ex Mutual registro*** (sic) ***ingreso por comisiones más de ocho millones de bolivianos**, tal como se puede ver en los estados financieros, (Estado de Resultados, cuenta 541.06 Comisiones por recaudaciones tributarias), que son de conocimiento y están en poder de la ASFI, y que fueron publicados en la pagina* (sic) *correspondiente de la ex Superintendencia de Bancos ahora ASFI.. amen* (sic), *tampoco se VALORA que la*

*carta SB/ISR IID-29535/2005 de 18 de abril de 2005, instruye a la Ex Mutual Guapay depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado boliviano, todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos… **Y QUE EN NINGUN** (sic) **MOMENTO EN ESA CARTA, NI EN OTRA, INSTRUYE QUE** (sic) **HACER CON LAS COMISIONES POR SERVICIOS U OBSERVA EL INCREMENTO DE COMISIONES POR SERVICIOS QUE LA EX MUTUAL PERCIBIA** (sic) **POR SERVICIOS QUE PRESTABA EN LAS VENTANILLAS DE RECAUDACION** (sic). Tampoco VALORA DE NINGÚN MODO MIS DESCARGOS AL RESPECTO, limitándose, con su escueta cita, SIN QUE ESTO SUPLA LA OBLIGACIÓN QUE ASISTÍA, DE EXPRESAR EL FUNDAMENTO DEL PORQUE SE ASUME SU PERTINENCIA O NO, O EL VALOR QUE SE LES OTORGA, Etc.*

Además:

*a) Nótese que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY, no se encuentra en funcionamiento, su licencia ha sido cancelada, Etc., entonces, como es posible que la resolución ASFI No. 189/2012, **confirme totalmente la resolución ASFI No 657/2011** por la que se me castiga con una sanción, SUSPENDIENDOME DOS (2) AÑOS de mis FUNCIONES en ESA ENTIDAD, es decir, EN UNA QUE NO EXISTE, NI FUNCIONA?. ESTO NO SOLO ES IMPOSIBLE, SINO QUE ES ILÓGICO, Y, POR ENDE CARECE ABSOLUTAMENTE DE VALIDEZ, ES DECIR, ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA.*

b) Nótese que las autoridades de la actual ASFI, ni siquiera se han tomado la molestia de percatarse, de que JAMÁS fui responsable de la aprobación de gastos, ni de su contabilización, es decir, jamás trabajé en la GERENCIA DE OPERACIONES, NI FUI GERENTE GENERAL, NI DIRECTOR, para que se me sanciones (sic) *por "la existencia de gastos.... en la sub cuenta…. trámites judiciales de futuros propietarios del Proyecto de Vivienda...", sic, sic.*

PETITORIO

En mérito a lo antes expuesto, pido que previo el trámite de rigor y la APERTURA de TÉRMINO DE PRUEBA, la autoridad competente se sirva pronunciar resolución a este Recurso Jerárquico, por el que se disponga la NULIDAD de la resolución recurrida, es decir, de la resolución ASFI No. 189/2.012 de 18 de mayo de 2.012, que confirma totalmente la resolución Administrativa ASFI No 657/2011 del 08 de septiembre de 2011, con expresa instrucción de que se pronuncie una nueva conforme a derecho y siguiendo el procedimiento administrativo que corresponde en derecho…"

En la oportunidad acredita además, en calidad de prueba documental, las literales siguientes:

- Memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, por el que la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** comunica al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** que:

"…*Como parte del proceso de remodelación estructural, comunicamos a usted que a partir de la fecha, su cargo pasará a nominarse* ***Gerente Regional Of. Cochabamba, desempeñando las mismas funciones que le han sido asignadas y bajo la misma dependencia***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Testimonio Nº 742/2006, de poder especial, bastante y suficiente otorgado el 17 de noviembre de 2006 por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay**, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 70 de la ciudad de Santa Cruz a cargo de la Dra. Teresa Jenny Flores de Báez y a favor del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, y que lleva inserto el acta Nº 18 de la Reunión de Directorio de de fecha 16 de octubre de 2006, que se refiere a "*nuevo poder especial para RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI, Supervisor Regional de Tributos*".

- Reporte de Estados Financieros de las Mutuales de Ahorro y Préstamo, desagregados al 31 de diciembre de 2006, que en lo que toca a la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay**, señala:

"… (cuenta) *541.06 Comisiones recaudaciones tributarias* (Bs) *8.368.048*…"

5. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-97870/2012 de 10 de agosto de 2012 de 2012, y en atención a la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 055/2012 de fecha 31 de julio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace presente la documentación siguiente:

- Memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006 (relacionado en el numeral 4 supra).

- Historial completo del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, como funcionario de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay**, que señala:

"(…)

Tipo	*Cargo*	*Fecha Reg.*	*Baja*	*Estado Baja*	*Observación*	*Fecha Efectiva ABM*
Empleado	*SUPERVISOR*	*1-Apr-2006*	*0*		*ALTA*	*1-Oct-2002*
Empleado	*SUPERVISOR*	*7-Apr-2006*	*0*		*MODIFICACION*	*7-Apr-2006*
Ejecutivo	*GERENTE REGIONAL*	*10-Oct-2006*	*0*		*MODIFICACION*	*10-Oct-2006*
Ejecutivo		*3-May-2007*	*111*	*Def.*	*BAJA: Suspensión según resolución SB 017/2007 del 30-03-2007, en consecuencia se procedió al retiro*	*2-Apr-2007*

…"

- Balance Evolutivo de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** correspondiente a la gestión 2006, el que en la cuenta 541.06 (*Comisiones recaudaciones tributarias*) señala el monto de Bs 8.368.48.- .

Mediante la misma nota se deja constancia del extremo siguiente:

> "…*en relación al requerimiento del Testimonio de la Escritura Pública Nº 742/2006, otorgado en fecha 17 de noviembre de 2006 por ante la Notario de Fe Pública Nº 70 de la ciudad de Santa Cruz, Dra. Teresa Jenny Flores de Báez, Poder especial, bastante y suficiente que confieren los Directivos de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" a favor del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, comunico a usted que resultado de la revisión efectuada,* ***dicho documento no cursa en antecedentes, consecuentemente, esta Autoridad de Supervisión se encuentra imposibilitado de certificar su existencia***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta del informe ISR II/D-12057/2007 de fecha 29 de marzo de 2007, a consecuencia de una inspección especial efectuada por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras a la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay,** se detectaron incumplimientos a la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, y a la normativa regulatoria emitida por el Ente Regulador.

Efecto de lo anterior, mediante carta SB/ISR II/D-9921/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, se notificó con cargos a varios de sus directores y ejecutivos: en el caso del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en su condición de Gerente Regional Cochabamba, se le imputaron las siguientes infracciones:

> **Cargo B.2:**
> Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, a través de la cual se instruyó a la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano, todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos, inobservancia reflejada en la existencia de gastos por importes de Bs 132.862,04.- (CIENTO TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS 04/100 BOLIVIANOS) y Bs 20.280,36.- (VEINTE MIL DOSCIENTOS OCHENTA 36/100 BOLIVIANOS) en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro, cuyas glosas señalan "*trámites*

judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "*partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros*", respectivamente.

Cargo C.2:
Incumplimiento al artículo 74° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, los que a su vez importan la inobservancia a las restricciones impuestas por el órgano de supervisión mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, infracción reflejada en el registro de pagos contabilizados como "*Proyecto de Vivienda Social*" por un importe de Bs 295.353.- (DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES 00/100 BOLIVIANOS) cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

Cargo D.3:
Incumplimiento a las obligaciones determinadas en el primer párrafo del artículo 28° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del artículo 69° de la misma Ley, al haberse detectado ausencia de documentación y antecedentes del producto final, que justifiquen y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "*trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda*" por un importe de Bs 132.862,04.- (CIENTO TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS 04/100 BOLIVIANOS), y a "*partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros*" por un importe de Bs 20.280,36.- (VEINTE MIL DOSCIENTOS OCHENTA 36/100 BOLIVIANOS).

Corridos los trámites correspondientes, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011 -sancionatoria-, la que recurrida de revocatoria, dio lugar en principio a la Resolución Administrativa ASFI N° 762/2011 de 4 de noviembre de 2011 y después, por efecto de la nulidad de obrados que fuera dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2012 de 9 de abril de 2012, a la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012, confirmatoria, a la que corresponde el Recurso Jerárquico que por el presente se analiza.

En tal sentido, es pertinente dejar constancia que el Recurso Jerárquico, conforme se tiene transcrito, está referido a alegaciones de carácter general contra la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012 (*falta de fundamentación*, *auto contradicción*, *inexistencia de término de prueba*, *falta de notificación con la admisión de la prueba*, *valoración indebida de los medios probatorios*, *violación de derechos y garantías constitucionales*, *concretamente al debido proceso* y *endilgado de asuntos que no eran de responsabilidad del ahora recurrente*), contra los Cargos B.2 y C.2 en concreto y contra el efecto de la sanción en concreto (*suspensión de dos años*).

El recurrente no ha manifestado ningún agravio contra el Cargo D.3 en concreto, por lo que ésta instancia jerárquica considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta, postura que por sí sola basta, en lo que respecta a tal Cargo, para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico.

Por consiguiente, no existiendo pretensión de la recurrente referida al Cargo D.3 (dando lugar a la inexistencia de fundamento concreto para la impugnación sobre el mismo,

conforme consta en el Recurso Jerárquico), en observancia del artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, que establece el que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, determina que, conforme al tenor del Recurso Jerárquico, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración de la impugnación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 en su carácter general, y en particular a los Cargos B.2 y C.2.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Sobre la falta de fundamentación y deficiencias en el tratamiento de la prueba, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012 de 18 de mayo de 2012.-

El recurrente refiere falta de fundamentación y auto contradicción, en la recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 189/2012 de 18 de mayo de 2012, extremos que, como se concluye infra, tiene que ver con la inexistencia de término de prueba, falta de notificación con la admisión de la prueba, valoración indebida de los medios probatorios, violación de derechos y garantías constitucionales, concretamente al debido proceso, que también se acusan en el Recurso Jerárquico.

En principio y en cuanto a la alegada fundamentación, el recurrente, al utilizar la conjunción copulativa 'y' en la expresión "***Y*** *es qué* (sic) *la resolución ASFI No. 189/2012, vuelve a incurrir en INFRACCIONES de normas expresas del reglamento aprobado por DS No. 27175*", acusa la infracción de los artículos 29º, parágrafo III, 30º y 50º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Conviene transcribir los artículos señalados:

> "…*Artículo 29.-* ***(Prueba)*** (…)
>
> *III. Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica*
>
> *Artículo 30.-* ***(Prueba en Recurso de Revocatoria)***
>
> *En los recursos de revocatoria, la producción de prueba se regirá de acuerdo al Artículo 50 del presente Reglamento* (…)
>
> *Artículo 50.-* ***(Prueba)***
>
> *I. El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso y el periodo de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura.*

II. Producida la prueba dentro de los cinco días, el Superintendente Sectorial resolverá el recurso en el plazo señalado a partir del vencimiento del plazo para la presentación de pruebas.

III. En caso de que existiesen dos o más recurrentes, se pondrá a la vista de los mismos por cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de su notificación, para que se conozca la prueba aportada y se presenten los alegatos dentro de dicho plazo. En este caso el plazo para resolver el recurso de revocatoria empieza a computarse a partir de la presentación de alegatos o al vencimiento del plazo para ello..."

Los artículos precitados, entonces, se refieren al trámite probatorio del proceso administrativo recursivo, en concreto al trámite en Recurso de Revocatoria, fundamentalmente el artículo 50º, aunque en su alcance principista le es también aplicable el parágrafo III del artículo 29º, también supra transcrito.

Ahora bien; el Recuro Jerárquico está referido a la sustanciación del Recurso de Revocatoria, en el que entonces y a decir de su presentante, no se habrían observado ni el criterio de valoración dispuesto por el artículo 29º, parágrafo III, ni las formalidades exigidas por el artículo 50º, ambos del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Corresponde entonces una primera conclusión: el alegato sobre "*falta de fundamentación y auto contradicción de la resolución ASFI No. 189/2012 de 18 de mayo de 2012*", es por esencia, incongruente con su -único- justificativo referido al supuesto incumplimiento del procedimiento probatorio, por cuanto tales figuras (*falta de fundamentación y auto contradicción* en compulsa con *procedimiento probatorio*) son divergentes, infiriéndose que lo que se quería decir era que, por efecto de alguna inobservancia al procedimiento probatorio previsto por el artículo 50º del Reglamento, se produjo las acusadas falta de fundamentación y auto contradicción de la Resolución Administrativa ASFI No. 189/2012 de 18 de mayo de 2012.

2.1.1. De la producción de prueba.-

Conforme lo supra transcrito, el artículo 50º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, concretamente su parágrafo inicial (I), refiere que:

> "*…I. El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso*…"

De tal declaración se deben extraer los elementos que se requieren para la procedencia de la producción de prueba:

- A quien **privativa y exclusivamente** le corresponde disponer la producción de pruebas, es a la autoridad reguladora, sea de oficio o a petición de parte.

- Para que tal disposición se produzca de oficio, **para la autoridad reguladora deben resultar insuficientes** -a efectos de resolver el recurso- **los elementos de juicio hasta entonces acumulados**.

- La disposición sobre la producción de pruebas **puede** -entonces **facultativamente**- también originarse en una solicitud de parte interesada.

- La disposición sobre la producción de pruebas, no constituye una etapa procesal por cuanto es alternativa: se produce sólo si la autoridad reguladora considera insuficientes los elementos de juicio hasta entonces acumulados; *contrario sensu*, si la autoridad reguladora no considera insuficientes los elementos de juicio, no hay lugar a disposición alguna, claro salvo la petición de oficio.

Ahora, si la disposición sobre la producción de prueba no constituye una etapa procesal, no está obligada la autoridad a disponerla, empero sí a atender favorablemente una solicitud en ese sentido, presentada por parte interesada (su rechazo la obliga a justificar fundadamente tal posición en observancia del artículo 16º, inciso h) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo).

Aplicados tales criterios al caso de autos, se evidencia que el ahora recurrente, señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 6 de octubre de 2011, en concreto en la parte de su petitorio, ha solicitado en concreto que:

> "…*Bajo el amparo de los fundamentos antes expuestos y de acuerdo a las previsiones de los Arts. 19, 20, 36, 37, 38, 46, 47 y 48 del reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo, se tenga por formalizado mi RECURSO DE REVOCATORIA, contra vuestro acto administrativo signado como RESOLUCION ASFI No. 657/2011, notificada al 15 de septiembre del año corriente y en consecuencia pido a vuestra autoridad:* (…)
>
> *3.- **Vencido el término probatorio**, se sirva pasar la causa, más las pruebas producidas, a conocimiento de las partes interesadas para la presentación de alegatos;*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De tal declaración, no puede entenderse una solicitud de disposición sobre producción de prueba, que pueda atenderse implícitamente, sea favorable o negativamente, por parte del Ente Regulador, en los términos del artículo 16º, inciso h), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, ya que la petición debió ser clara y en su caso reiterada.

En definitiva, al no existir una solicitud de la parte sobre la apertura de término de prueba, sino una mención del procedimiento que el recurrente consideraba se aplicaba, no se encuentra violación directa por parte del Ente Regulador por dicha supuesta petición.

2.1.2. Evaluación incompleta de los alegatos del Recurso de Revocatoria.-

El señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, alegando

agravios no sólo específicos, referidos a los cargos A, B, B.2 y C.2 de la nota de cargos SB/ISR II/D-9921/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, sino **también agravios generales, concernientes a una sugerida violación de los principios "*de responsabilidad personalísima*" y "*de los… que hacen al proceso sancionador*"**.

En función a tal información, se establece que la resolución ahora recurrida, ASFI Nº 189/2012, contiene en su texto los fundamentos siguientes:

- Con relación a la impugnación contra el Cargo A:

  "…***EVALUACIÓN CON RELACIÓN AL CARGO A:*** (…)

  …la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido cabalmente con lo dispuesto en la Resolución Jerárquica, por lo que no corresponde, ni es comprensible que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Recurra en agravios de Cargos no impuestos, en la Resolución ASFI Nº 657/2011…"

- Con relación a la impugnación contra el Cargo B:

  "…***EVALUACIÓN CON RELACIÓN AL CARGO B:*** (…)

  …no es acorde ni corresponde al cargo efectuado en su contra, toda vez que el concepto del Cargo "B" es enunciativo de los cargos que se incluyen en el mismo, tratándose de las restricciones impuestas a la entidad, y emergente de ello, no corresponde que realice descargo a este párrafo más aún mencionar los agravios sufridos por su persona, cuando no existen, siendo en realidad el cargo "B.2" contra el señor Yuri Rodríguez Urquidi, el que le fue notificado específicamente…"

- Con relación a la impugnación contra el Cargo B.2:

  "…***NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBAS*** (sic) ***CON RELACIÓN AL CARGO B.2:***

  (…) En general los respaldos presentados son inatinentes al cargo notificado por cuanto la notificación no tiene el objeto de verificar respaldos o papeletas contables en relación a los gastos efectuados; consiguientemente no se trata de justificar o demostrar la forma en la que se instrumentó el gasto ***sino el gasto mismo cuando existía una restricción vigente*** *resultante de la deficiente administración de la entidad.*

  …Bajo la misma lógica que precede el descargo refleja la forma y el registro del gasto aspecto que no forma parte de la notificación, centrándose ésta en el gasto mismo y no en la forma de su registro como pretende reflejar el descargo presentado.

  …Como en el resto de descargos presentados, la documentación consistente en el Estado de la Cuenta en la que se registraron los gastos, no constituyen parte de la nota de cargos consiguientemente no constituyen respaldo que se enfoque en justificar el gasto mismo cuando regía una prohibición expresa dada a (sic) *frágil situación financiera de la entidad.*

…La relación de créditos aprobados a los que se refiere el recurrente tampoco pueden ser tomados en cuenta como descargos, ya que como se dijo no se trata de justificar la forma de registro del gasto o su destino como en el presente, sino el gasto per sé, aspecto sobre el cual el recurrente no brinda explicación o justificativo.

…La nota que refiere el recurrente no guarda relación con el cargo notificado por cuanto este no se encontraba dirigido a la acreditación de aspectos técnicos para viabilizar obras civiles sino al incumplimiento de depositar en el BCB cualquier captación proveniente de operaciones activas o pasivas.

…Las Actas que se citan como descargo no contienen ningún elemento que tienda a deslindar o atenuar la responsabilidad de la entidad y sus administradores en el incumplimiento de la restricción impuesta por la SBEF. Estas se refieren a las determinaciones de sus Órganos de Gobierno con relación a la incursión de la entidad en el PVS y otros aspectos que precisamente son motivo del proceso sancionador iniciado contra ejecutivos de la entidad. Cabe destacar que el descargo no refiere a la existencia o inexistencia de actas sino a la acción misma de la entidad de desviar los recursos que debían ser depositados en el BCB.

…Como ya se dijo el cargo no tiene que ver con justificar el gasto o la existencia real del destino del gasto, sino con el gasto en sí mismo; consiguientemente el presentar una lista de beneficiarios del PVS (Plan de Viviensa (sic) *Social y Solidaria), no justifica ni releva la responsabilidad de la entidad y sus ejecutivos en la omisión de depositar en el BCB los ingresos provenientes de depósitos o recuperación de cartera.*

…La carta que acredita como descargo el recurrente no constituye ni representa descargo alguno en el marco del cargo notificado ya que se refiere a la habilitación que comunica el FONDESIF a la entidad para prestar servicios de colocación y recuperación de cartera, situación que tampoco aporta elemento o causa de fuerza mayor o fortuita que exima a la entidad o la haya obligado a omitir el depósito de sus ingresos en el BCB y por el contrario destinarlos a otros rubros.

…La documental se refiere a una citación que efectúa el Viceministro de Vivienda y Urbanismo para la capacitación técnica del Programa de Vivienda Social y Solidaria, aspecto que no guarda relación con el cargo notificado y que por el contrario se encuentra focalizado en pretender justificar los gastos efectuados por la entidad cuando regía una instructiva de depositar dichos fondos en el BCB.

…Como en el anterior caso las publicaciones no tienen relación con el cargo notificado, es decir no se refieren ni contienen ningun (sic) *elemento que tienda a justificar el incumplimiento de la entidad en relación a la restricción vigente…*"

- Con relación a la impugnación contra el Cargo C.2:

"…***NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBAS*** (sic) ***CON RELACIÓN AL CARGO C.2:*** (…)

… Mediante la carta citada, y como respuesta a la Carta GOF-003/SG-003, la Superintendencia de Bancos acepta otorgar un plazo para la presentación del Plan de acción propuesto, adicionalmente se refiere al convenio de Negociación de

inversiones con el señor Neufel Klassen a las cuales se refiere la normativa a cumplir previamente, finalizando que la SBEF no avala negociaciones o gestiones realizadas con personas privadas pues los alcances o incumplimientos se encuentran subordinados a la libertad contractual y los límites establecidos por ley. Estos aspecto (sic) *no tienen ninguna relación con el descargo, no justifica de ninguna manera la utilización de recursos de la entidad para un proyecto de vivienda social, es completamente inatinente para desestimar el cargo.*

…En respuesta a la Carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, se refiere al proyecto Akualand, y a la contratación como medida de control, al Arq. Rubén Darío Gutiérrez, decano de la facultad de ciencias del hábitat, diseño y arte de la Universidad Gabriel René Moreno, Máster de la Universidad de Cataluña – España, para actualizar las hipotecas y mostrar las mejoras introducidas por las empresas constructoras, al respecto, se instruyó a los fiscales de obra, preparar información actualizada sobre los avances de obra. Se instruyó a las Gerencias de Operaciones y Créditos hacer seguimiento de acuerdos plasmados, también de la constructora y del propietario de la solución. Indicando que se procedió con esta instructiva a los créditos desembolsados en marzo y abril de la gestión 2004, solicitando finalmente y como corolario a esta comunicación dejar sin efecto la restricción temporal, para regularizar o normalizar su funcionamiento. La carta en cuestión no constituye descargo, muestra reticencia a la instrucción de restricción.

…La carta se refiere a una adenda al Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización del año 2005, haciendo referencia al control de suficiencia patrimonial, en la que hacen referencia a la carta GG-028/SG/180, con relación a las medidas ofrecidas de mayor control en la recuperación de cartera, aspecto que no representa descargo alguno por las acciones de disponer fondos de la Mutual para otros proyectos, no corresponde al proyecto FVS.

…El documento citado, corresponde a la respuesta a carta SB/ISR II/D-37765 de 5 de julio de 2005, mediante la cual se remite un Informe Complementario al Plan de Acción de la Inspección al 30 de septiembre de 2004, en el que se indica haber efectuado el organigrama y nuevas políticas de créditos, se manifiesta la capacitación a los funcionarios encargados de realizar operaciones de crédito, se presentó descargo de la nueva política de créditos, indica que actualmente existen reglamentos para normar funciones de los integrantes de comités constituidos, incorporación de un profesional en la Unidad de Auditoría Interna, de la misma manera en la Unidad de Sistemas, concluyendo que se ha subsanado las observaciones del Plan de Acción, sin embargo, ninguno de estos puntos puede ser considerado como descargo con relación a la utilización de de recursos para el proyecto de vivienda, no siendo atinente el descargo.

…Se refiere a las medidas asumidas destinadas a cubrir los límites legales excedidos del Patrimonio Neto, al haber obtenido un crédito subordinado con Jack Neufeld, compromisos con las constructoras de Akualand, informa que no ha desembolsado créditos, aspectos que no tienen ninguna relación con el cargo, menos considerarse como descargo al no tratarse de la operación realizada para otro proyecto.

…La entidad presenta un plan de acción para regularizar las observaciones de un informe de inspección, el que se refiere a un Plan de Capitalización, del que se ha observado la falta de un cronograma de acuerdo con el compromiso asumido por el Directorio, establecido en el Plan de Fortalecimiento para acceder al PROFOP. El descargo hace referencia a los avalúos del valor de los inmuebles del proyecto, sin hacer referencia a la capacidad de pago de las empresas ni la amortización de los préstamos, incumpliendo la rentabilidad. Aspectos que no se refieren por ningún motivo al cargo, ya que son de diferentes épocas y otro proyecto. No es atinente pues se refiere a temas diferentes.

…En el registro de correspondencia no existe una carta con el indicado número, es posible que se haya equivocado al hacer la cita o confundir con la 444/05.

…Mediante la citada nota se remite el plan de acción sobre la visita de inspección al 28.02.2006, aprobado por directorio, en el que se atiende los aspectos de Riesgo de Crédito, Operativo y Legal. En el aspecto crediticio se refiere a operaciones provenientes de lo que es la Urbanización Akualand, con relación a Operativo, se refiere a las observaciones sobre el manejo de los DPFs y su control, así como el control de carpetas de créditos. Se observa gastos administrativos corrientes por diferentes conceptos, seguimiento de otros gastos, pero que ninguna de estas observaciones tiene relación con los gastos efectuados para la implementación de carpetas del proyecto FVS al que se refiere el cargo, no tienen relación, por lo que menos puede ser presentada como descargo, documento que no puede ser considerado como descargo.

…La citada carta se refiere a los excesos al 3% del patrimonio al haber otorgado créditos a empresas constructoras, instruyéndosele adoptar medidas correctivas con relación a los citados excesos. Instrucción que no se cumplió, por lo que mediante la carta SB/ISR II/ D-29535/2005 se instruye que "…a partir de la fecha la entidad deposite en el BCB o invierta en valores emitidos por el Estado todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos, en tanto se materialicen y/o cumplan las medidas correctivas tendientes a superar las observaciones emergentes...". De lo citado se advierte que la carta es una ratificación e instrucción de las obligaciones que debería realizar la misma, aspecto que no fue cumplido y es más, se utilizaron recursos de la entidad en el Proyecto de Vivienda Social que no se llevaba a cabo todavía y dadas las condiciones de la entidad, no contaba con recursos para desarrollar proyectos habitacionales en tres ciudades, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, incumpliendo lo instruido y utilizando los recursos destinados a ser depositados en el BCB en actividades que no correspondían.

…El Dictamen de Auditoría 2005, Muestra claramente un déficit acumulado por pérdidas en gestiones anteriores, se refiere a un posible convenio con una fundación, y procesos sancionatorios que ha sufrido la entidad, este documento no representa en ningún momento prueba de descargo para la utilización de recursos en la

elaboración de carpeta para el proyecto de vivienda social, con el cual no tiene ninguna relación, por lo que no puede considerarse descargo.

…Carta mediante la cual se hacen observaciones al informe de inspección sobre plan de acción, en el cual se indica que no ha dado cumplimiento a los compromisos asumidos, documento que no contempla descargo alguno sobre el cargo referido a gastos en planes de vivienda del FONDESIF, que no corresponde con el proyecto AKUALAND.

…Las políticas que hubiera adoptado la Mutual en la gestión 2006 enviadas al FONDESIF, corresponden a las medidas con relación al cumplimiento de su contrato de Subordinado, aspecto que no tiene relación con el descargo, pues se trata de una actividad no relacionada con el convenio, el que no emergió de manera concreta, siendo que los gastos contabilizados en el Proyecto de Vivienda Social se refieren a una actividad diferente, ambos sin relación alguna, por lo que no es posible considerar como descargo.

…La elaboración de las carpetas de los solicitantes no se llegó a plasmar como una actividad del proyecto, ya que la Mutual no llegó a ejecutar el mismo en ninguna instancia, sin embargo con cargo al supuesto proyecto se efectuaron gastos, los mismos que no estaban autorizados debido a la Restricción Temporal aplicada. este (sic) *no es un elemento de descargo para la utilización de los recursos de la Mutual.*

…El contrato de suscripción del Proyecto del Plan de Vivienda Social, si bien ha sido suscrito con el Fondesif, no ha llegado a concretarse con la Mutual, aspecto que no se ha desarrollado por haber sido su intervención anterior a la ejecución del programa, sin embargo, la entidad, en franco incumplimiento de la Restricción, llevó adelante el preparar un proyecto en el cual no podía realizar ningún preparativo, menos efectuar gastos, al no contar con recursos para ello, debido a las obligaciones pendientes y por la Restricción impuesta, aspecto que no le permitía disponer para otros usos salvo depositar en el Banco Central, hasta que se analice su situación…"

- Con relación a la impugnación contra el Cargo D.3:

  "…***Al Cargo D.3:***

  No se manifestó ningún agravio en el Recurso de Revocatoria, con relación al cargo establecido (Cargo D3), por lo que se puede inferir que no cuestiona lo dispuesto en la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011…"

Empero, **nada señala con relación a los sugeridos agravios generales, concernientes a una sugerida violación de los principios "*de responsabilidad personalísima*" y "*de los… que hacen al proceso sancionador*"**.

Recuérdese que el Recurso de Revocatoria de 6 de octubre de 2011, en su acápite II, ha señalado:

"…***II.- AGRAVIOS GENERALES.***

II.1.- Violación del principio de responsabilidad o culpabilidad personalísima.

En todo proceso sancionador, en el que se propalen sanciones personales, es deber del que funja de juzgador, expresar los fundamentos de hecho y derecho, por cada uno de los participes, en particular:

1.- Entratandose (sic) *de órganos colegiados (Directorio), si bien la responsabilidad puede tomarse solidaria, salvándose las manifestaciones disidentes, no es menos cierto, que la valoración debe ponderarse en razón a la actuación de cada uno de los participes* (sic)*; en la especie, no corre valorización individual de las acciones u omisiones, que se penalizan.*

2.- Del mismo modo observo, que todavía no se ha efectuado ponderación individual con relación al cargo de Encargado de Recaudaciones de la regional Cochabamba, por la que resulto sancionado, en verbi gratia, POR:

> *"el incumplimiento a la implantación de medidas para la regularización de las causas que dieron origen a la emisión de la Resolución SB/113/2004, recae íntegramente en el Directorio..."*.

El mismo regulador asigna "responsabilidad" al órgano Directivo, sin embargo, "también sanciona por aquella causa a los ejecutivos".

Luego, se informan parafraseados, como: "...constituye responsabilidad íntegra del Directorio y del Gerente General de la entidad, así como de aquellos funcionarios ejecutivos que omitieron el cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolsos y gastos, señores..... y Yuri Rodríguez Urquidi...".

Obsérvese que de ningún modo, se endilga acción u omisión "personal" punible y por el contrario, se instituye una maremagna conjunción, cual se tratase de órgano colegiado, sin discernir cuales eran las funciones que competían a uno u otro, o cuáles eran las que se incumplieron, o en qué forma se incumplieron, y todo ello, en completa abstracción de la delimitada competencia de cada uno de los personeros, que por sus mismas aéreas encargadas, son totalmente diferentes.

El agravio descrito, importa una grave infracción al Art. 78 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y al Art. 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado), con arreglo a los Arts. 6, 7-a, 16-II-IV de la CPE, dado que aquello demuestra que la resolución sancionatoria "no es debidamente fundada" y en ese sentido, "torna el proceso sancionatoria en indebido" y vicia de nulidad absoluta el procedimiento.

II.2.- Violación de los principios que hacen al proceso sancionador.

Conforme con los Arts. 71, 72, 73, 74 y siguientes, rigen en el procedimiento sancionador, los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia y responsabilidad; en la especie:

a) No se ha respetado los principios de legalidad y tipicidad, al momento en que se ha efectuado apreciaciones "subjetivas" de infracciones, que específicamente "no se encuentran tipificadas como tal".

b) No se ha respetado los principios de presunción de inocencia y responsabilidad, desde que no se pune acciones u omisiones "personales", como que se invierte la carga de la prueba, obviando el regulador, su condición de "acusador", con el deber de sustentar "objetivamente", no solo su posición imputadora, sino aquella que beneficie al encausado, que en la especie, ha sido completamente inexistente.

c).- La resolución ASFI No. 657/2011 en su artículo resolutivo, RESUELVE "Sancionar al señor YURI RODRÍGUEZ URQUIDI en su calidad de Gerente de la Regional Cochabamba de la Ex MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY, con suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años."

Con todo el respeto que merece su Autoridad, pero nuevamente este punto resolutivo es contradictorio:

a).- La sanción se la efectúa a un supuesto Gerente actual y vigente de una entidad que ya no existe.

b).- Se determina que la suspensión es temporal por el lapso de dos años; sin indicar desde cuando corre y cuando termina esta suspensión.

c).- La resolución en su punto resolutivo no toma en cuenta que ya he sido perjudicado y suspendido desde el año 2007 y nuevamente me vuelve a suspender por dos años en el 2.011.

Los vicios denunciados, de los que adolece la resolución sancionatoria en cuestión, la anulan y restringen sus efectos, en tanto y cuanto, sale del marco que hace al proceso debido…"

Entonces, la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012 ha omitido pronunciarse sobre los extremos del acápite II del Recurso de Revocatoria, limitándose únicamente a los del acápite I, en una nueva **infracción al derecho al debido proceso y a obtener una respuesta fundada**, siendo pertinente ratificar y remitirse a los fundamentos jurídicos expuestos en el numeral 2.1.1 supra.

En este sentido, la Resolución Administrativa recurrida, ASFI Nº 189/2012, en su último considerando, señala que:

"…*en cumplimiento a lo dispuesto por la* ***Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012 de 09 de abril de 2012****, han concluido señalando -* sus Direcciones internas- *que resultado de la nueva valoración de las pruebas ofrecidas por el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, en su Recurso de Revocatoria en lo concerniente a los* ***Cargos B.2 y C.2*** *no enervaron ni desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011…*"

Extremo del que se infiere que, el Ente Regulador se limitó a considerar únicamente las razones de la nulidad dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012, conforme correspondían al numeral I del Recurso de Revocatoria, y omitió considerar los argumentos del numeral II del mismo, cuando la resolución que sobre ello pudo haber existido, consta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, **anulada** por imperio de la Resolución Ministerial Jerárquica señalada, y por tanto, sin valor legal alguno al presente, amén que la mención señalada en el párrafo precedente, determina el que evidentemente al presente y por parte de la entidad recurrida, no se han considerado otros aspectos del Recurso de Revocatoria que no sean los que han tenido que ver con los cargos B.2 y C.2, con total prescindencia de los otros fundamentos del Recurso de Revocatoria, determinando el tener que darse ha lugar a su impugnación en cuanto a este extremo.

2.1.3. Inexistencia de fundamento a la alegada auto contradicción.-

En cuanto a la *auto contradicción* de la Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012, alegada por el recurrente, su Recurso Jerárquico no aclara ni explica en qué consistiría la misma, en contravención al artículo 58º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) que señala que "*Los recursos se presentarán de manera fundada*", extremo que la hace inatendible al presente al no detectarse, conforme se tiene del análisis ut supra, violación o transgresión que implique auto contradicción alguna.

2.2. Infracción al principio de verdad material.-

A tiempo de su Recurso Jerárquico, el recurrente **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** ha ofrecido y producido determinada prueba documental.

Excepción hecha del Reporte de Estados Financieros de las Mutuales de Ahorro y Préstamo, desagregados al 31 de diciembre de 2006 (que no se considera, de la forma que pretende el recurrente, por cuanto, resulta en un reporte nacional y no sirve para establecer los ingresos con respecto al rubro de recaudación tributaria, que corresponda a la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** únicamente en la ciudad o departamento de Cochabamba, donde el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** desempeñaba funciones), la restante documental no puede dejar llamar a la atención de la suscrita Autoridad Jerárquica.

Así, el memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, por el que la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** comunica al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** que:

> "…*Como parte del proceso de remodelación estructural, comunicamos a usted que a partir de la fecha, su cargo pasará a nominarse* ***Gerente Regional Of. Cochabamba***, ***desempeñando las mismas funciones que le han sido asignadas y bajo la misma dependencia***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Declaración esta tan atípica, que en los actos administrativos del proceso que se conoce, han determinado la sanción del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** en mérito a considerársele el ejecutivo gerencial de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** en la ciudad de Cochabamba, donde la misma ha desarrollado algunas de las actividades que después han determinado imputaciones en la Nota de Cargos, por cuanto y consecuentemente, han dado lugar a la presunción de que, si nada menos que Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, entonces automáticamente el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** resulta responsable de las infracciones de los cargos.

Sin embargo, tal designación resultaría en algo nominal, sin que en el curso del expediente se hubiera determinado cuáles los reales alcances de ello, dado que, y allí radica lo atípico, al mismo tiempo de la designación, el memorando no asigna sino las mismas funciones anteriores, y hasta determina la vigencia de una dependencia existente, sin que se establezca cuál ella, empero evidentemente en duda sobre si existía conformada una Oficina Regional en Cochabamba.

Tal declaración, en interés del recurrente, se halla reforzada en otra ("*nuevo poder especial para **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, Supervisor Regional de Tributos*") que sale del inserto acta Nº 18 de la Reunión de Directorio de 16 de octubre de 2006, en el testimonio de poder Nº 742/2006, notaria Dra. Teresa Jenny Flores de Báez, otorgado el 17 de noviembre de 2006 por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** a favor del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**.

Con respecto a este último, el suscrito Ministro no puede sino, aplicar el artículo 4º, inciso e) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, y presumir que el recurrente ha venido actuando de buena fe, no obstante llamar la atención que, en más de cinco años de trámites que han sucedido a la notificación de cargos SB/ISR II/D-9921/2007 y sopesando incluso dos anteriores nulidades de obrados (Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 37/2011 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 17/2012), no sea sino recién al presente que venga acreditarse, a manera de prueba, tal testimonio de poder, determinando que no se hubieran puesto a disposición del Ente Regulador, los elementos de prueba precisos y suficientes, con los que el mismo pueda determinar en justicia lo que de tal prueba saliere.

No puede decirse lo mismo con respecto al memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, el mismo que, conforme a la nota ASFI/DAJ/R-97870/2012 de 10 de agosto de 2012, sí era conocido por el Ente Regulador con la suficiente anterioridad, habiéndoselo registrado en fecha 10 de octubre de 2006. Además, dado su atípico contenido, debió en su momento ameritar algún pronunciamiento por parte del mismo regulador, con las implicaciones que tendría en el presente proceso.

De la trascendencia procesal de estos documentos, no es posible expresar mayor criterio, por cuanto, en las actuaciones del Ente Regulador que se conocen dentro del presente proceso, no consta que la información contenida en las literales precitadas, hubiera sido objeto de una investigación como la que refiere el artículo 4º, inciso 'd' (*Principio de verdad material*), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo; así lo que queda claro es que la verdad formal, aquella que desecha la norma administrativa, refiere que el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** ha sido designado Gerente Regional de la Oficina Cochabamba de la **Asociación**

Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, empero se desconoce lo que en la verdad material de los hechos importaba tal designación dado no habérselo investigado.

Con ello, en concreto con el memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, queda establecida la necesidad de determinar los alcances de la designación precitada, a los fines de establecer las responsabilidades emergentes de la misma, fundamentalmente en lo que atañe a la aprobación y manejo de los gastos sancionados.

2.3. Acerca de la sanción de suspensión de funciones en relación a una entidad desaparecida.-

Finalmente, el recurrente también señala:

> "…*Nótese que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY, no se encuentra en funcionamiento, su licencia ha sido cancelada, Etc., entonces, como es posible que la resolución ASFI No. 189/2012,* ***confirme totalmente la resolución ASFI No 657/2011*** *por la que me castiga con una sanción, SUSPENDIENDOME DOS (2) AÑOS de mis FUNCIONES en ESA ENTIDAD, es decir, EN UNA QUE NO EXISTE, NI FUNCIONA?. ESTO NO SOLO ES IMPOSIBLE, SINO QUE ES ILÓGICO, Y, POR ENDE CARECE ABSOLUTAMENTE DE VALIDEZ, ES DECIR, ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA...*"

Nuevamente es menester traer a colación lo dispuesto por el artículo 37° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando señala:

> "…*Artículo 37.- (****Procedencia****).*
>
> *Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado,* ***afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, no se observa en lo expresado por el recurrente, alegato o justificativo alguno que importe que la aparente disposición de una sanción de suspensión con respecto a una entidad desaparecida, le vaya a ocasionar afectación, lesión o perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

No obstante ello y toda vez que el parágrafo II del artículo 35° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) establece que *"las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley*", lo que compele al suscrito Ministro al expreso pronunciamiento de la nulidad acusada, se debe remitir al inciso 'b'´, parágrafo I del mismo artículo 35°, el que a la letra señala:

> "…*ARTÍCULO 35°. (Nulidad del Acto).*
>
> *II. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:*

b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;…"

De ello resulta que en apariencia, el objeto de la sanción impuesta al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por el Ente Regulador en la Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, esta es la "*suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años*", es nulo por su imposibilidad actual de ser cumplida, disposición que en su momento fue cumplida.

No obstante, la misma Resolución Administrativa ASFI Nº 657/2011, a fojas 126, ha señalado:

> "*…la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe Técnico-Legal ASFI/DSR II/R-93663/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, recomienda la aplicación de sanciones al señor Yuri Rodríguez Urquidi por las infracciones evidenciadas considerando el principio general de derecho Non Bis In Idem en atención a que como emergencia de la Resolución Sancionatoria SB Nº 017/2007 y* ***por el carácter devolutivo*** *de los recursos interpuestos contra este Acto Administrativo, el señor Yuri Rodríguez comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Extremo por el que se hace innecesario entrar en mayores consideraciones para concluir en el carácter injustificado de la nulidad invocada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 189/2012 de 18 de mayo de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo valorarse de manera fundamentada toda la prueba presentada.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Toda vez que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012 de 9 de abril de 2012, dispuso la dictación de una nueva Resolución Administrativa en lugar de la ASFI Nº 762/2011 de 4 de noviembre de 2011 "*conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica*", se llama la

atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y se la exhorta al cumplimiento preciso de las determinaciones de la suscrita Autoridad Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 401-2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 063/2012 DE 30 DE OCTUBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 063/2012

La Paz, 30 de octubre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 401-2012 de 12 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 302-2012 de 10 de mayo de 2012, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 117/2012 de 21 de septiembre de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de junio 2012, **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** representada legalmente por los señores Jorge Mauricio Álvarez Pol (Apoderado) y Hugo Vía Escalante (Gerente Jurídico y de Compliance), tal como lo acreditan los Testimonios N° 0673/2004 de fecha 7 de julio 2004 y N° 855/2007 de fecha 13 de diciembre de 2007, otorgados ante Notarías de Fe Pública a cargo de la Dra. Mariana

Avendaño Farfán y la Dra. Diomar Ovando Polo ambos del Distrito Judicial de La Paz mediante el cual interponen Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 401-2012 de 12 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 302-2012 de 10 de mayo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de julio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, mismo que fue notificado el 12 de julio de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DS/2481/2012 de 3 de abril de 2012, notifica a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., con las contravenciones en las que habría incurrido la Entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

"…Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, *por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/N⁰ 132-2011 de 4 de julio de 2011, un ejemplar del texto de la cláusula para la Póliza de Seguros de Transporte de Mercancías, con su respectivo código para archivo, según se aprecia del cuadro que sigue:*

Número y fecha de Resolución	*Fecha notificación a la Entidad Aseguradora*	*Fecha de remisión de la documentación por la Entidad Aseguradora*	*Fecha de vencimiento*	*Días de retraso*
R.A. 132 de 04/07/2011	*06/07/2011*	*PRES/VLFTRCT/991/11/11 de 22/11/2011, recibida en la misma fecha*	*20/07/2011*	*98 días hábiles administrativos*

En consecuencia, ***NOTIFICAMOS*** *a usted, en su condición de representante legal de* ***La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,*** *al no haber observado debidamente la instrucción señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa…."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 25 de abril de 2012, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mediante CITE.PRES./382/04/2012, *"de fecha 26 de abril de 2012"* presentó descargos expresando lo siguiente:

"En respuesta a la nota CITE: APS/DJ/DS/2481/2012, notificada a La Boliviana en fecha 17 de abril de 2012, por la cual advierte la presunta infracción cometida al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la APS un ejemplar del texto de la cláusula para la Póliza de Seguros de Transporte de Mercancías de conformidad a la Resolución Administrativa APS/DS/N°132-2011, por lo que dentro del término señalado para el efecto señalamos lo siguiente:

De conformidad a lo expuesto por la Autoridad Supervisora, hemos cumplido con la obligación de remitir un ejemplar del texto de la cláusula para la Póliza de Seguros de Transporte de Mercancías, sólo que por una sobrecarga en nuestro trabajo y algunos cambios en el personal encargado de estos temas, la remisión se realizó pasado el plazo de los diez días instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/N°132-2011, es decir, se remitió la información pero hubo un retraso en el envío de la misma.

Por otra parte, el retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión no ha originado consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y menos aún ha ocasionado perjuicio o daño.

En este sentido, solicitamos que se tomen en cuenta estos extremos informándoles que nuestra compañía está tomando debida cuenta de estos errores y está adoptando medidas respectivas a efectos de proceder a ajustar nuestros procedimientos y así evitar este tipo de situaciones en el futuro..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 302-2012 DE 10 DE MAYO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 302-2012 de 10 de mayo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…PRIMERO.- SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. *con una multa de 2.500 UFV's (Dos Mil Quinientos 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/N° 132-2011 de 04 de julio de 2011, un ejemplar del texto de la cláusula para la póliza de seguro de Transporte de Mercancías, con su respectivo código para archivo.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS *S.A. deberá, hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve, segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser*

puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía debiendo remitirse a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre, luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio."

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que considerando el derecho del regulado a obtener una decisión fundada, a continuación' se pasa a examinar el argumento de mayor relevancia expuesto por la Entidad Aseguradora, no para enervar el cargo que fue expresamente reconocido, sino con el objeto de establecer la existencia de posibles atenuantes o agravantes de responsabilidad.

La Recurrente alega "el retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión, no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y menos ha ocasionado perjuicio o daño alguno".

Que si bien es cierto que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco este Órgano de Fiscalización ha verificado perjuicio o daño a la entidad aseguradora o a terceros, no es menos cierto que toda contravención a instrucciones emanadas por el Regulador conlleva incita la sanción, como consecuencia jurídica de carácter administrativo; sin embargo y toda vez que los presupuestos del ilícito administrativo deben ser claramente identificados en sus aspectos racional, objetivo e igualitario, para dotar al regulado de las debidas garantías, a continuación se pasa a modular la sanción considerando los elementos atenuantes de la conducta infractora y cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad, en cuyo sentido se determina que:

a) El incumplimiento se encuentra tipificado:

- *En cuanto a la conducta, por el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

- *En cuanto a la sanción, por el inciso a), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como* ***infracciones leves,*** *sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo"*

b) La infracción se encuentra plenamente demostrada e inclusive reconocida por el infractor.

c) Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reincidencia, en los términos establecidos por el inciso a) del artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que mediante Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS Nos. 427, 428 y 506, notificadas el 13 de diciembre de 2011 y 8 de febrero de 2012 la Aseguradora fue sancionada por idénticas infracciones.

Que en cuanto a los elementos atenuantes invocados por la Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., únicamente puede considerarse la falta de daño a la entidad y a terceros.

Que tomando en cuenta los elementos atenuantes y agravantes de la sanción, expuestos supra debe fijarse la sanción de grado mínimo (sic) de 2.500 UFV´s (Dos Mil Quinientos 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 4 de junio de 2012, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 302-2012 de 10 de mayo de 2012, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 401-2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 401-2012 de 12 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 302-2012 de 10 de mayo de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

*Que **ab initio,** es necesario efectuar algunas digresiones en torno a conceptos que han de ser útiles y esclarecedores para el problema que nos ocupa.*

Que de acuerdo al DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y CIENCIAS POLÍTICAS, plazo es el término o tiempo señalado para una cosa. Vencimiento del término. Constituye un vocablo de constante uso en materia jurídica, porque significa el espacio de tiempo que la ley unas veces, el juez en otras o las partes interesadas fijan para el cumplimiento de determinados hechos jurídicos, generalmente de carácter civil o procesal. Couture lo define como medida de tiempo señalada para la realización de un acto o para la producción de sus efectos jurídicos. Dentro de ese concepto tiene dos interpretaciones opuestas, por cuanto unas veces sirve para señalar el momento desde el cual una obligación puede ser exigida, y otras para establecer la caducidad de un derecho o su adquisición. (V. OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN)

*Que es importante añadir que la vieja discusión entre lo que debe entenderse por **plazo y término** es artificial, ya que el plazo es el lapso de tiempo pre determinado mientras que el término es la culminación de ese plazo. En nuestro Derecho Administrativo, el plazo y el término no merecen mayor discusión pero se entiende que sus efectos ocasionan el*

nacimiento de la exigibilidad de la obligación o la caducidad del mismo por el carácter obligatorio que el legislador boliviano reviste al plazo. No olvidemos que la APS, en el artículo TERCERO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 132-2011 de 04 de julio de 2011, otorga un plazo de 10 días hábiles administrativos (máximos y obligatorios) para que la ahora recurrente, envíe un ejemplar del texto de la cláusula registrada con los requisitos exigidos. Plazo a la postre, (sic) incumplido.

Que en lo tocante al principio de tipicidad, consiste en que la conducta sancionable tiene que estar prevista como supuesto hipotético, ***ex ante*** *de los hechos en la norma correspondiente. En virtud de ello, la exigencia del principio de tipicidad ha de objetivarse en distintas etapas del procedimiento administrativo sancionador, en los siguientes aspectos:*

a) La necesidad de motivación, que exige una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que funden la infracción y la sanción.

b) El presunto responsable (léase, la aseguradora) tiene derecho a ser notificado, entre otros extremos, de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer.

c) La resolución sancionadora ha de identificar la norma infringida que sirve de soporte a la sanción.

d) Para que la resolución sancionatoria sea válida, debe especificar los hechos de enjuiciamiento y el precepto legislativo de su tipicidad.

e) Si bien el órgano encargado de resolver (la APS) está vinculado por los hechos determinados en la fase previa a la emisión de la resolución correspondiente, no sucede lo mismo con respecto a las calificaciones y ponderaciones que se hagan del ilícito administrativo en cuestión, pues el órgano resolutorio dispone de libertad de juicio en la valoración y de los hechos, basados en la sana crítica.

Que en lo referente al principio de proporcionalidad, ello implica que toda disposición o acto de la administración que restrinja el alcance de un derecho constitucional (u otro reconocido en normas inferiores), debe hacerlo en la medida estrictamente necesaria para alcanzar un fin legalmente licito y pre determinado. Concordante con ello, es que el artículo 4.p) de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que el principio de proporcionalidad debe guiar la actuación de la administración con sometimiento a los fines establecidos en la Ley y el uso de los medios adecuados para su cumplimiento. En el caso que nos ocupa, la medida del uso adecuado de los poderes de la administración en aplicación del principio en cuestión, se encuentra, instrumentalmente, en la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 que gradúa y modula la sanción a los ilícitos administrativos.

CONSIDERANDO:

Que teniendo presente en todo momento las disquisiciones anteriores, se pasa a analizar los argumentos de la aseguradora:

1. *Los argumentos 1 y 2 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución expresan que la aseguradora acepta el retraso; no obstante (añade), ese atraso no permite apreciar gravedad alguna o perjuicio ocasionado.*

Que pues bien, precisamente en aplicación del principio de tipicidad, se debe señalar que los cargos notificados mediante nota CITE: ADS/DJ/DS/N⁰2481/2012 de 3 de abril de 2012, consisten en acusar (luego sancionada (sic) mediante la resolución que ahora se impugna) a ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *de haber incumplido el plazo de 10 días administrativos otorgados para el envío del texto de la cláusula para la Póliza de Seguro de Transporte de Mercancías, y no por otra cosa. No se ha acusado a la aseguradora de haber causado daño o perjuicio a nadie, que no sea el de incumplir plazos ordenados por esta Autoridad de Fiscalización. Por tanto, pretender justificar el incumplimiento confesado aludiendo a la carencia de daño o perjuicio, no es consistente a los fines de aplicación del principio de tipicidad ni con los hechos acaecidos.*

2. *Los argumentos 3 y 4 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución expresan que es extraño que la APS indique que la aseguradora es reincidente, en los términos establecidos por el inc., a) del artículo 19 de la R.A. IS 602 de 24 de octubre de 2003, extremo demostrable por las RR.AA. APS/DJ/DS/NOS. 427, 428 Y 506 ya que la APS no toma en cuenta que tales resoluciones se encuentran en la Unidad de Recursos Jerárquicos por lo que aun no han adquirido firmeza, consecuentemente, la reincidencia no corresponde.*

Que la recurrente olvida o pretende olvidar que la interposición de los recursos administrativos, no suspende la ejecución (las ejecuciones) de las resoluciones impugnadas, de acuerdo al artículo 59.1. (sic) de la Ley de Procedimiento Administrativo concordante con el artículo 40.1 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por lo que mientras no haya una disposición en sentido contrario (que enerve, anule o revoque las citadas resoluciones) las mismas son vigentes y aplicables en todas sus extensiones. Más aún, en aplicación del principio de legalidad y presunción de legitimidad de la Ley de Procedimiento Administrativo, las actuaciones de la Administración se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial. ***Lato sensu,*** *mientras la Unidad de Recursos Jerárquicos no resuelva en contrario, aquellas resoluciones administrativas están vigentes y deben aplicarse.*

Que en consecuencia, mientras las RR.AA. Nos. 427, 428 Y 506 no sean enervadas o dejadas sin efecto, tanto en lo resolutivo como en su ratio decidendi, ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASGUROS S.A.*** *es reincidente, y la reincidencia constituye agravante, no porque la APS lo disponga caprichosamente, sino, porque así lo señala la Ley, en este caso, la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 en su artículo 19.*

3*. El argumento 5 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución expresa que, respecto de la infracción tipificada como leve, el artículo 52 de la Ley de Seguros señala que corresponde a un incumplimiento subsanable o enmendable de las normas legales que no causen daño, por lo que la sanción seria una amonestación. Cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones; la amonestación o la multa. Por lo que haciendo* ***un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación*** *(las negrillas son de la APS).*

Que la parte remarcada en negrilla del párrafo anterior ya refleja una contradicción de la recurrente, o al menos incurre en confusión, rasgo que revela la precariedad del argumento. Veamos, cabe preguntarse, si cualquier infracción leve que no tenga atenuantes qué es lo que tiene? Solamente hay dos respuestas posibles; que no concurran elementos que agraven la infracción, o, que no concurran elementos que atenúen la infracción (un ilícito puro y simple).

En el caso que nos ocupa, el opuesto binario que configura agravante demuestra que no sólo hay precedentes administrativos vigentes (las resoluciones administrativas 427, 428 Y 506) de la conducta reiterativa de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *de incumplimiento de plazos, sino que, en el afán de "subsanar y enmendar" su falta, la aseguradora envió el texto de la póliza con 98 días hábiles administrativos de retraso, tal cual se desprende de la nota PRES/VLFTRC/991/11/11 de 22 de noviembre de 2011 de la aseguradora. No hubo uno o dos, o hasta tres días hábiles administrativos de retraso, sino 98. Precisamente lo contrario del cumplimiento de obligaciones con la diligencia de un buen padre de familia.*

Que luego, aunque la aseguradora parte de una premisa cierta como es la previsión del artículo 52 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 en cuanto a la infracción leve, sin embargo, la conclusión es falsa, pues de la contraposición de la infracción leve" (primera proposición) con un "incumplimiento subsanable enmendable de las normas legales que no causen daño" (segunda proposición) para llegar al razonamiento de que corresponde "amonestación" (tercera proposición o conclusión) se obvia la segundad (sic)alternativa que es la "multa", ya que en el supuesto hipotético del artículo 52 de aquella Ley, figuran dos alternativas u opciones; o amonestación o multa, pero no figura solamente una, que en opinión de la aseguradora es la "amonestación". Conviene recordar que aunque el silogismo es un método de razonamiento deductivo válido, no siempre sus conclusiones nos llevan a la verdad, que aunque lógicas, podrían ser irreales (falsas).

Que la APS ha ejercitado sus facultades sancionatorias teniendo presente su libre apreciación de los hechos para dar mérito a los mismos, sobre la base del principio de proporcionalidad y tipicidad.

4. *El argumento 6 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución expresa que: "La amonestación tendría que ser también modulada en función de la gravedad de la infracción en aplicación del principio de proporcionalidad (la imposición del contenido de toda decisión de la Administración debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia y de verdad material). También implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, debiendo observarse que el castigo impuesto guarde simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa".*

Que respecto de este argumento, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 302/2012 de 10 de mayo de 2012 impone la multa de 2.500 UFV's. Ahora bien, si la APS no hubiera modulado la sanción en función de los hechos, habría impuesto o 784 UFV's (el mínimo) o 39.186 UFV's (el máximo); sin embargo y teniendo en cuenta los antecedentes, la Autoridad de Fiscalización "cuantificó" que es imprescindible hacerlo además) la

conducta de la aseguradora en 2.500 UFV's. Entonces sí se ha "modulado", graduado, adaptado la sanción.

Que en cuanto a la "verdad material" proclamada por la recurrente, la APS puede afirmar categóricamente que en este caso, se ha llegado a tal, la recurrente ha confesado y aceptado la infracción, por lo que se ha establecido con precisión de días, fechas y horas las circunstancias de la citada infracción, elementos que evidencian comportamiento culpable, siendo lo "justo", sancionar la infracción.

5. *En relación a los argumentos 7 y 8 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución en sentido de que "en ese razonamiento, existe la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005. En el caso presente, la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer la multa como sanción, sino, como amonestación", se han expuesto ya en esta resolución los argumentos que acreditan que en la sanción impuesta, se tomado debida nota de elementos como la gravedad del hecho, la concurrencia de daño o perjuicio, reincidencia y la existencia de intencionalidad.*

También hemos desarrollado la posición de que siendo una infracción leve la calificación de la ilicitud de la conducta de ***LA BOLIVIANA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A...,*** *corresponde sancionar o con una amonestación o con una multa. En este sentido, la APS goza de cierta libertad para graduar la sanción de acuerdo a la sana critica y dentro los rangos pre establecidos por Ley."*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 de junio de 2012, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DS N° 401-2012 de 12 de junio de 2012, argumentado lo siguiente:

"…III.RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 401-2012

3.1.*La RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 401-2012 en relación al argumento presentado en sentido de que el incumplimiento no causó daño, señala: "...que no se ha acusado a la aseguradora de haber causado daño o perjuicio a nadie, que no sea el de incumplir plazos ordenados por esta Autoridad de Fiscalización. Por tanto, pretender justificar el incumplimiento confesado aludiendo a la carencia de daño o perjuicio, no es consistente a los fines de aplicación del principio de tipicidad ni con los hechos acaecidos".*

3.2*. La RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 401-2012 basa su análisis principalmente en el aspecto referido a que: "... mientras las RR.AA. Nos. 427, 428 y 506 no sean enervadas o dejadas sin efecto, tanto en lo resolutivo como en su ratio decidendi LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. es reincidente, y la reincidencia constituye agravante...".*

3.3*."Que la APS ha ejercitado sus facultades sancionatorias teniendo presente su libre apreciación de los hechos para dar mérito a los mismos, sobre la base del principio de proporcionalidad y tipicidad".*

IV. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO

Nuestra solicitud se basa en los fundamentos legales señalados a continuación y que su autoridad sabrá valorar adecuadamente:

***4.1**. Lo que no se comprendió bajo ninguna circunstancia, es que nuestra empresa no es reincidente entendiendo este concepto como la repetición de una conducta por la que antes hayamos sido sancionados.*

***4.2.** A la fecha hemos sido notificados con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 033/2012 de fecha 6 de junio de 2012, que resuelve ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^0 428-2011 de 17 de noviembre de 2011, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución conforme los fundamentos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica señalada.*

***4.3.** Igualmente LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. se notificó con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2012 de fecha 6 de junio de 2012, que resuelve ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución conforme los fundamentos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica señalada.*

***4.4.** Ambas resoluciones Ministeriales Jerárquicas dan razón a la parte recurrente (LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.) cuando refiere la aplicabilidad del Derecho a la defensa como a la garantía del Debido Proceso Administrativo y fundamentan sus decisiones al establecer la diferenciación de las figuras de la Reiteración y de la Reincidencia al señalar: "…debe quedar claro que no se encuentra en tela de juicio si para que concurra la primera de ellas, corresponde "simplemente...demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades" sino que no obstante ello, en tanto no exista una Resolución Administrativa firme y definitiva, que no admita recurso de impugnación en contrario, la decisión de la misma no puede constituir una verdad jurídica que pueda servir de base para la imposición de una agravante, toda vez que como se ha dicho, "la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente".*

***4.5.** La RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 401-2012 basa su análisis principalmente en el aspecto referido a que: "... mientras las RR.AA. Nos. 427, 428 y 506 no sean enervadas o dejadas sin efecto, tanto en lo resolutivo como en su ratio decidendi LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. es reincidente, y la reincidencia constituye agravante..."; sin embargo, por lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2012 y Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 033/2012, queda establecido en el caso de autos, que los antecedentes considerados por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros como agravantes a tiempo de la sanción, no constituían verdades jurídicas y que nuevamente, el ente regulador está vulnerando los principios de proporcionalidad y verdad material. La interpretación que realiza la APS es contraría claramente al principio constitucional de presunción de inocencia.*

4.6. *Adicionalmente, LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. aclaró que se remitió el ejemplar indicado aunque con retraso debido a una sobrecarga de labores y algunos cambios del personal encargado de estos temas; sin embargo, el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aún ocasionó daño. En la RA 302/2012 ese respetable órgano de fiscalización y control reconoce que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco se ha verificado daño o perjuicio a la entidad aseguradora o a terceros. Sin embargo, en la RA 401/2012 señalan: "...que no se ha acusado a la aseguradora de haber causado daño o perjuicio a nadie, que no sea el de incumplir plazos ordenados por esta Autoridad de Fiscalización. Por tanto, pretender justificar el incumplimiento confesado aludiendo a la carencia de daño o perjuicio, no es consistente a los fines de aplicación del principio de tipicidad ni con los hechos acaecidos".*

Está claro que no se pretende justificar el incumplimiento al señalar un hecho real como la carencia de daño, pero es un aspecto que el regulador DEBE tomar en cuenta al momento de considerar la sanción establecida.

4.7. *Lo anterior aún es más evidente, cuando consideramos el alcance de esta obligación, puesto que es menester mencionar que el hecho de no remitirse copia de una póliza APROBADA Y AUTORIZADA previamente por la APS con la acción de REGISTRO respectivo realizado por la propia APS, se constituye en una exigencia adicional intrascendente porque el producto ya fue registrado. A manera de ejemplo habría que hacer una comparación con una oficina de registro como es derechos reales o fundempresa, instancias ante las cuales se registran documentos los mismos que quedan en archivos de esas entidades, y no requieren, una vez registrados que el interesado nuevamente les vuelva a enviar el documento. Por este motivo la gravedad de este incumplimiento a una obligación que no tiene mayor efecto ameritaría solamente una llamada de atención y no puede ser sancionada con una multa, alegándose reincidencia en forma forzada.*

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N⁰ 401-2012 de fecha 12 de junio de 2012, mediante la cual se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 302-2012 de 10 de mayo de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS.

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, correspondiente del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esa autoridad:

1) Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.

2) Reconozca la legitimidad de nuestra compañía para actuar dentro de este proceso

3) Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando totalmente la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 401-2012…."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, con una multa de 2.500 UFV's (Dos Mil Quinientos 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por incumplimiento a lo establecido en los artículos 12 inc. j) de la Ley de Seguros por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 132-2011 de 4 de julio de 2011, un ejemplar del texto de la cláusula para la Póliza de Seguros de Transporte de Mercancías, con su respectivo código para archivo.

Asimismo, conforme se ha interpuesto el Recurso Jerárquico, el mismo se centra en la sanción impuesta y no así en la infracción, por lo que dicha delimitación, es la que se asumirá en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

1.2. Normativa Imputada.-

A efectos de ingresar al análisis respectivo, importa previamente revisar la normativa atinente al presente caso de autos, misma que se transcribe a continuación:

*"**Artículo 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*
"…

*j) Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, **toda información que sea solicitada por esta institución**, sin **restricción de ninguna naturaleza** en Bolivia y en el extranjero…."*
(Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

1.3. De los argumentos presentados en Recurso Jerárquico.-

1.3.1. De la reincidencia.-

La recurrente señala que la APS habría fundamentado el monto de la sanción 2.500 UFV's en la existencia de reincidencia por la infracción al artículo 12 inc. j) de la Ley de Seguros, sin embargo de ello señalan que no existiría reincidencia en el presente caso ya que las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº032 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº033, ambas de fecha 6 de junio de 2012, habrían anulado las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 427-2011 y APS/DJ/DS/Nº 428-2011, ambas de fecha 17 de noviembre de 2011.

Que, ingresando en la compulsa respectiva, previamente debemos circunscribirnos a que se entiende por Reincidencia, por lo que corresponde traer a colación los precedentes administrativos sentados por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, así como de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2009 de 17 de diciembre de 2009, a saber:

> *"Según el Diccionario de sinónimos y antónimos 2005 Espasa-Calpe reiteración es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: reincidencia, repetición, insistencia, ratificación, redundancia.", asimismo señala que "**Tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso.".***
> (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se puede advertir para que exista cosa juzgada administrativa, el acto administrativo debe ser definitivo, no sujeto a revisión en sede administrativa, ya sea este porque adquirió firmeza al no ser impugnado, o cuando en derecho no caben contra ella **medios de impugnación** que permitan modificarla.

Trasladando lo expuesto al caso de autos tenemos que, el Ente Regulador fundamenta la correspondiente sanción tanto en la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 302-2012 de 10 de mayo de 2012, así como en la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria APS/DJ/DS/Nº 401-2012 de 12 de junio de 2012, en la reincidencia, toda vez que se contaría con procesos sancionatorios anteriores (Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 427-2011, APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011 y Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 506-2011 de 21 de diciembre de 2011), por incumplimiento al artículo 12 inc. j) de la Ley de Seguros.

Sin embargo de ello se tiene que las primeras dos Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 427-2011 y APS/DJ/DS/Nº 428-2011 de 17 de noviembre de 2011, a la fecha de la imposición de la sanción no habrían adquirido la calidad de cosa juzgada, en razón a que las mismas hubieran sido objeto de impugnación por parte de la recurrente a través del Recurso Jerárquico, por lo que el Ente Regulador **mal podría haber fundamentado su resolución en la reincidencia**, cuando a dicha fecha no existía una resolución con calidad de cosa juzgada.

Precedente anotado que se confirma del hecho de que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2012, Nº033/2012, ambas de fecha 6 de junio de 2012 anularon las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 427-2011 y APS/DJ/DS/Nº428-2011, ambas de fecha 17 de noviembre de 2011 al no encontrarse éstas conforme a derecho cual se ha expuesto en los respectivos pronunciamientos jerárquicos.

Por lo que, el Órgano Regulador, no debe olvidar que una de las consecuencias y efectos de la firmeza administrativa es justamente la inmodificabilidad de sus determinaciones, ya que caso contrario –cual ocurrió en el caso de autos-, la Resolución Administrativa que fundamentaba la reincidencia, ha sido anulada, es decir el procedimiento se ha retrotraído hasta el vicio más antiguo, generando que la Resolución Administrativa que servía de fundamento pierda efecto alguno.

No obstante de las precisiones dadas, **que deben ser indefectiblemente adoptadas por la Autoridad Fiscalizadora, bajo pena de incumplimiento**, se tiene que de la revisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 302-2012 de 10 de mayo de 2012, así como en la resolución APS/DJ/DS/Nº 401-2012 de 12 de junio de 2012, el Ente Fiscalizador fundamentaría su decisión de reincidencia también en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 506-2011 de 21 de diciembre de 2011, misma que la igual que los casos anteriores, se hubiera sancionado a la Aseguradora por incumplimiento al artículo 12 inc. j) de la Ley de Seguros.

De la lectura de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 506-2011 de 21 de diciembre de 2011, en su parte resolutiva se tiene que:

> "…*Sancionar **A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** con una multa de 2.500,00 UFV's (Dos Mil Quinientos 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso inc. j del artículo 12 de la Ley de Seguros, Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 130-2011 de 4 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las cláusulas (a, b y c) para Carga Terrestre registradas con sus respectivos Códigos para su archivo.*

Por lo expuesto, se evidencia que la recurrente, sí cuenta con antecedentes sancionatorios, correspondientes a la misma infracción (artículo 12 inc. j) de la Ley de Seguros) dada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 506-2011 de 21 de diciembre de 2011, que a la fecha de la imposición de la sanción mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 302-2012 de 10 de mayo de 2012, se encontraba firme en sede administrativa.

Por lo que, al haberse fundamentado la decisión de la reincidencia también en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 506-2011 de 21 de diciembre de 2011, da lugar a que la aplicación de reincidencia, sea correcta, claro con la precisión que se hace en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

1.3.2. De la Amonestación.-

La recurrente señala que al no haber existido perjuicio, ni daño, la sanción dada por la APS debió haber sido de amonestación y no así de multa.

Al respecto, se debe traer, una vez más a colación el precedente administrativo sentado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 09/2011 de 18 de marzo de 2011, misma que determinó:

> ***"…La potestad reglada*** *es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto "La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo".*
>
> *Por el contrario, la* ***potestad discrecional*** *otorga* ***un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración*** *un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos, ahora bien, el margen de libertad del que* ***goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal****, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterria, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.*
>
> *La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera.* ***En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.***
>
> *Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.*
>
> *Es importante distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad, estas categorías constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La* ***discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de*** *acción****, escogiendo la opción que más convenga a la administración. En este caso, la administración toma su decisión en*** *atención* ***a la complejidad y variación de los casos sometidos a su*** *conocimiento****, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la ley.*** *La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.*

Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos. Lo arbitrario está en contra del principio constitucional de seguridad jurídica, puesto que el administrado se ve imposibilitado de actuar libremente por el temor a ser sancionado por el simple capricho o antojo de la autoridad, por lo tanto, la arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el derecho, sino mas bien, una definición que se halla fuera del derecho o, como se señala, una manifestación de poder social ajena al derecho. El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la ***motivación****, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una* ***motivación*** *a quien actúa al margen de la ley…."*

Ahora bien, revisada la normativa de la materia, tenemos que el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros emitido a través de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, en su artículo 16 parágrafo i inc. a) haría referencia a lo siguiente:

"Se consideran como infracciones, leves sujetas a la imposición de ***sanciones de amonestación o multa*** *correspondiente a una suma no* ***menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186)*** *Unidades de Fomento de Vivienda (UFV). Las siguientes conductas*

a) Incumplimiento en la presentación de documentos financieros-contables, técnicos y legales requeridos por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante mandato administrativo exigible reglamentariamente."

De la norma transcrita, tenemos que el artículo 16 parágrafo I inc. a) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, faculta al órgano regulador a sancionar con multa o con amonestación, este hecho justamente evidencia una facultad discrecional por parte del órgano fiscalizador para graduar y determinar la sanción, claro que el importe de la multa debe encontrarse dentro del límite establecido en la norma.

Por lo que, tenemos que el Ente Regulador apoyado en su facultad discrecional, así como en el principio de proporcionalidad, ha determinado una multa considerando lo siguiente a) que el hecho imputado se encuentre previamente calificado como infracción, b) que el hecho sancionado se encuentra plenamente probado en cuanto a la gravedad del hecho y que a su vez, determinó que hubo reincidencia y no existió perjuicio ni daño.

Por lo que esta instancia jerárquica, evidencia que se ha seguido el debido proceso, al determinar la cuantía de la sanción, encontrando la fundamentación debida, misma que no ha respondido a la arbitrariedad de la Autoridad como sugiere la recurrente, sino que las sanciones se han dado atendiendo, las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, conforme se evidenció previamente.

Se aprecia también que si bien la recurrente fue sancionada con reincidencia la multa impuesta de 2.500,00 UFV's (Dos Mil Quinientos 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) misma que no se agrava a la determinada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 506-2011 de 21 de diciembre de 2011, por lo que no existe ninguna vulneración al principio de proporcionalidad, en cuanto a la graduación de la sanción por parte de la Autoridad Fiscalizadora.

De lo expuesto se evidencia que en contrario sensu a lo aseverado por la recurrente, el Ente Regulador se ha pronunciado sobre los hechos constitutivos que implican la imposición de una sanción, habiendo realizado un análisis pormenorizado al determinar la sanción y la graduación de la misma, claro está con la precisión realizada ut supra.

En este contexto se tiene que esta instancia jerárquica sólo tiene competencia para revisar los criterios que se habrían dado para la sanción así como el cumplimiento de los preceptos administrativos y doctrinales fundamentados para la imposición de una multa y no así determinar el porcentaje de la misma, ni poder pronunciarse si esta debería ser mayor o menor, ya que esta es una facultad discrecional, del Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye por lo que en el presente caso la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho una correcta interpretación del principio de proporcionalidad al momento de la graduación de la sanción por lo que, en el presente caso se debe confirmar totalmente la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo Nº27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 401-2012 de 12 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 302-2012 de 10 de mayo de 2012,

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/Nº 403-2012 DE 13 DE JUNIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 064/2012 DE 09 DE NOVIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 064/2012

La Paz, 09 de noviembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 403-2012 de 13 de junio de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 240-2012 de 19 de abril de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 118/2012 de 24 de septiembre de 2012 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 3 de julio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza

Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 403-2012 de 13 de junio de 2012 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 240-2012 de 19 de abril de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/4964/2012, con fecha de recepción 6 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 403-2012 de 13 de junio de 2012, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 11 de julio de 2012 y notificado a la recurrente en fecha 19 de julio de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DFP/1439/2012 DE 28 DE FEBRERO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DFP/1439/2012 de fecha 28 de febrero de 2012, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** con los siguientes cargos:

> "***Cargo Nº 1***
>
> *Se ha verificado que Futuro de Bolivia S.A. AFP en las transferencias de Pensión por Muerte derivadas de Riesgo Común o Riesgo Profesional, en dieciséis (16) casos correspondientes a los CUA: 4652009, 4827363, 5865226, 4683262, 5527272, 5577241, 6238351, 7083312, 7396983, 7831781, 25720910, 25722682, 26331718, 26602465, 26621708 y 26819247 incluyen además de la transferencia de la Cotización Mensual, el traspaso de la rentabilidad de la comisión a las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional, respectivamente.*
>
> *En virtud a lo señalado anteriormente la AFP incumple lo determinado por la Circular SPVS IP- DP- 145/2000 de 28 de diciembre de 2000.*
>
> ***Cargo Nº 2.-***
>
> *Se ha verificado que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el traspaso del Capital Individual a la Cuenta de Siniestralidad, en el caso CUA 26318027, fue realizado el 23 de diciembre, de 2011, es decir, en fecha posterior al plazo establecido en norma y a la realización de la Fiscalización, infringiendo de está* (sic) *manera el plazo establecido en la Circular SPVS-IP-DPSSO 117/2005 de 01 de diciembre de 2005, inciso b)…*"

2. NOTA DE DESCARGOS FUT APS BEN 0708/2012 DE 04 DE ABRIL DE 2012.-

Mediante nota FUT APS BEN 0708/2012 de fecha 04 de abril de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA**

SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) presenta los siguientes descargos:

*"**Cargo N° 1.***

Se nos ha imputado el incumplimiento a lo determinado por la Circular SPVS IP-DP 145/2000 de 28 de diciembre de 2000 al verificar que en las transferencias de pensión por Muerte derivadas de Riesgo Común o Riesgo Profesional se incluyen además de la Cotización Mensual, el traspaso de la rentabilidad de la comisión a las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional.

*Al respecto cabe señalar que de acuerdo a lo establecido por el artículo 39 del Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997 "El pago de las Pensiones por muerte se realizará con los recursos del Seguro de Riesgo Común, **al que se le fusionará el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Causante, descontando las Cotizaciones Adicionales y Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales que el Causante pudo haber realizado** (las negrillas son nuestras)". Por otra parte y en conformidad al marco normativo citado, la Resolución Administrativa SPVS IP N° 109/2001 ha creado el Plan de Cuentas.*

En ese sentido nuestra Administradora ha actuado con sometimiento pleno a las normas de mayor jerarquía ya señaladas; y dando cumplimiento a las mismas es que realiza la transferencia de cuotas de los Asegurados fallecidos.

Cargo N° 2.

Después de la promulgación del Decreto Supremo 28926 del 15 de noviembre de 2006, que determino (sic) *la administración transitoria de las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional/Laboral, la Ex - Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, así como la Ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no emitieron disposiciones administrativas reglamentarias que de manera expresa, establezcan plazo a las Administradoras de Fondo de Pensiones para realizar la transferencia del Capital Acumulado en la Cuenta Personal Previsional (antes Cuenta Individual) a la Cuenta Colectiva de Riesgos; por lo que al no existir plazo para la realización de dicha transferencia, consideramos que la observación no tiene Fundamento Legal.*

En mérito a todo lo precedentemente expresado, solicitamos a su Autoridad se sirva procederá la desestimación de los cargos imputados…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 240-2012 DE 19 DE ABRIL DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012 de 19 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

*"**CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre le

2003, se procedió al análisis técnico y jurídico de los descargos del regulado, aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba.

Al Cargo 1.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS imputó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con el siguiente cargo:

> *"Se ha verificado que Futuro de Bolivia S.A. AFP en las transferencias de Pensión por Muerte derivadas de Riesgo Común o Riesgo Profesional, en dieciséis (16) casos correspondientes a los CUA: 4652009, 4827363, 5865226, 4683262, 5527272, 5577241, 6238351, 7083312, 7396983, 7831781, 25720910, 25722682, 26331718, 26602465, 26621708 y 26819247 incluyen, ademas* (sic) *de la transferencia de la Cotización Mensual, el traspaso de la rentabilidad de la comisión a las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional respectivamente.*
> *En virtud a lo señalado anteriormente la AFP incumple lo determinado por la Circular SPVS IP- DP- 145/2000 de 28 de diciembre de 2000."*

La Circular SPVS-IP-DP-145/2000 de 28 de diciembre de 2000, expresa lo siguiente:

> *"Dicha transferencia deberá considerar únicamente Cotizaciones Mensuales correspondientes a los meses anteriores a su fallecimiento, incluyendo el mes de fallecimiento...".*

Futuro de Bolivia S.A AFP en la nota FUT APS BEN 0708/2012 de 04 de abril de 2012, en descargo argumenta lo siguiente:

> *"Se nos ha imputado el incumplimiento a lo determinado por la Circular SPVS IP-DP 145/2000 de 28 de diciembre de 2000 al verificar que en las transferencias de pensión por Muerte derivadas de Riesgos Común o Riesgo Profesional se incluyen ademas* (sic) *de la Cotización Mensual, el traspaso de la rentabilidad de la comisión a las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional.*
>
> *Al respecto cabe señalar que de acuerdo a lo establecido por el artículo 39 del Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997 "El pago de las Pensiones por muerte se realizará con los recursos del Seguro de Riesgo Común,* ***al que se le fusionará el Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Causante, descontando las Cotizaciones Adicionales y Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales que el Causante pudo haber realizado*** *(las negrillas son nuestras)". Por otra parte y en conformidad al marco normativo citado, la Resolución Administrativa SPVS IP N° 109/2001 ha creado el Plan de Cuentas.*
>
> *En este sentido nuestra Administradora ha actuado con sometimiento pleno a las normas de mayor jerarquía ya señaladas; y dando cumplimiento a las mismas es que realiza la transferencia de cuotas de los Asegurados fallecidos".*

De la evaluación de los descargos presentados por la AFP se evidencia que, la AFP pretende justificar las transferencias por Pensión por Muerte derivadas de Riesgo

Común o Riesgo Profesional apoyándose en lo señalado en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997, referido al financiamiento de las pensiones por muerte de Afiliados activos y pensionados por invalidez; sin embargo, el articulo (sic) *75 del mencionado Decreto Supremo, establece el financiamiento de las pensiones por muerte, objeto del cargo, procedimiento que es aclarado con la Circular SPVS IP- DP- 145/2000 de 28 de diciembre de 2000, que señala:*

> *"De conformidad con los artículos 45 y 75 del Decreto Supremo 24469 de 22 de enero de 1997 y la Resolución Administrativa N° 075 de 29 de abril de 1999, el Capital Acumulado en Cuenta Individual por concepto de Cotizaciones Mensuales realizadas por un Afiliado fallecido cuyos Derechohabientes perciben pensiones por muerte de los asegurados colectivos del SSO, deberán ser transferidos y fusionados al seguro que otorgue las pensiones.*
>
> *Dicha transferencia deberá considerar únicamente Cotizaciones Mensuales correspondientes a los meses anteriores a su fallecimiento, incluyendo el mes de fallecimiento..." (El subrayado es nuestro).*

De la misma manera y de acuerdo a normas de mayor jerarquía se aclara que, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 24469, citado por la Administradora, señala:

> *"Cotización Mensual: Es la cotización del diez por ciento (10%) del Total Ganado o Ingreso Cotizable con destino a la Cuenta Individual".*

Y el artículo 75 del Decreto Supremo N° 24469 que indica:

> *"(...) A la muerte del Afiliado, el Saldo en su Cuenta Individual correspondiente a las Cotizaciones Mensuales, y el derecho a Compensación de Cotizaciones serán transferidos por la AFP que administra dicha cuenta..." (El subrayado es nuestro).*

Por lo tanto, la AFP al realizar el procedimiento observado, está ocasionando que las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional se encuentren sobrevaluadas, por la transferencia de cuotas que no corresponden a esas Cuentas (rentabilidad de la comisión), ya que éstas pertenecen a los Derechohabientes de los Asegurados fallecidos.

En base a lo expuesto, se concluye que el descargo presentado por la AFP no es suficiente, por lo que se mantiene el Cargo N° 1 para los dieciséis (16) casos.

Al Cargo 2.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS imputó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con el siguiente cargo:

> *"Se ha verificado que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el traspaso del Capital Individual a la Cuenta de Siniestralidad, en el caso CUA 26318027, fue realizado el 23 de diciembre de 2011, fecha posterior a la realización de la Fiscalización,*

infringiendo de esta manera el plazo establecido en la Circular SPVS-IP-DPSSO 117/2005 de 01 de diciembre de 2005, inciso b)."

La Circular SPVS-IP-DPSSO 117/2005 de 01 de diciembre de 2005, inciso b), dice:

"Para los casos futuros y aquellos que a la fecha se encuentran en trámite, a partir de la notificación de la presente Circular, las AFP deberán realizar ésta transferencia dentro el plazo de diez días hábiles de recibida la copia del primer comprobante de pago de pensión por muerte de los Derechohabientes".

Futuro de Bolivia S.A. AFP en descargo señala lo siguiente:

"Después de la promulgación del Decreto Supremo 28926 del 15 de noviembre de 2006, que determinó la administración transitoria de las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional/Laboral, la Ex- Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, asi (sic) *como la Ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no emitieron disposiciones administrativas reglamentarias que de manera expresa, establezcan plazo a las Administradoras de Fondos de Pensiones para realizar la transferencia del Capital Acumulado en la Cuenta Personal Previsional (antes Cuenta Individual) a la Cuenta Colectiva de Riesgos; por lo que al no existir plazo para la realización de dicha transferencia, consideramos que la observación no tiene Fundamento Legal".*

Una vez analizado lo señalado por la AFP se tiene que, la AFP quiere justificar la demora del traspaso del Capital Individual a la Cuenta de Riesgo Común en el caso CUA 26318027, respaldándose en una parte que señala el Decreto Supremo N° 28926 del 15 de noviembre de 2006.

Sin embargo, el articulo (sic) *3 del citado Decreto Supremo, señala:*

"Todos los plazos y procedimientos en la normativa vigente, referentes a prestaciones de invalidez y muerte por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, son aplicables durante el periodo de transición, señalado en el Artículo 1 del presente Decreto Supremo" (el subrayado es nuestro).

En el entendido que a la fecha se continúa en el proceso de transición, los plazos señalados en la Circular SPVS-IP-DPSSO 117/2005 de 01 de diciembre de 2005, inciso b), son aplicables por la Administradora, de conformidad al artículo 3 del Decreto Supremo 28926 del 15 de noviembre de 2006.

En base a lo expuesto, se concluye que el descargo presentado por la AFP no es suficiente, por lo que se mantiene el Cargo N° 2 para el caso CUA 26318027.

Se ha verificado que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el traspaso del Capital Individual a la Cuenta de Siniestralidad, en el caso CUA 26318027, fue realizado el 23 de diciembre y de 2011, fecha posterior a la realización de la Fiscalización.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse

a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tornar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión".

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en la Circular SPVS-IP-DP-145/2000 de 28 de diciembre de 2000, la cual determina que la transferencia deberá considerar únicamente Cotizaciones Mensuales correspondientes a los meses anteriores al fallecimiento; b) El hecho se encuentra comprobado porque la AFP no presentó argumentos suficientes para desestimar el cargo, limitándose a señalar que las transferencias por Pensión por Muerte derivadas de Riesgo fueron efectuadas conforme el artículo 39 del Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997; pero de la revisión integral de la norma regulatoria se tiene que según la Circular SPVS IP-DP- 145/2000 de 28 de diciembre de 2000 que reglamenta al artículo 75 del señalado Decreto Supremo, se establece que la transferencia deberá considerar únicamente Cotizaciones Mensuales correspondientes a los meses anteriores al fallecimiento, incluyendo el mes de fallecimiento, no señalando por tanto que incluya el traspaso de la rentabilidad de la comisión a las Cuentas de Riesgos; c) Los argumentos presentados en los descargos fueron evaluados en su integridad y en confrontación con la norma vigente, extrayéndose que la AFP confunde la aplicación normativa en lo referente al procedimiento para la transferencia de Cotizaciones Mensuales, remitiendo su actuar a una norma no aplicable al caso.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso a) La existencia de falta de pericia y cuidado exigible por parte del regulado considerando una normativa que no atinge al procedimiento para la transferencia de Cotizaciones Mensuales; b) El perjuicio ocasionado se expresa en que las Cuentas de Siniestralidad y de Riesgo Profesional se encuentran sobrevaluadas, por la transferencia de cuotas que no corresponden a esas Cuentas (más rentabilidad de la comisión). Además la Administradora al haber transferido la rentabilidad de la comisión a estas Cuentas, ha dispuesto arbitrariamente un saldo que debería estar en cada Cuenta Personal Previsional. En ese comprendido, se constata daño en los dieciséis (16) CUA: 4652009, 4827363, 5865226, 4683262, 5527272, 5577241, 6238351, 7083312, 7396983, 7831781, 25720910, 25722682, 26331718, 26602465, 26621708 y 26819247,toda vez que los Derechohabientes, quienes perciben actualmente un beneficio de la Seguridad Social de Largo Plazo no cuentan con un saldo real en su Cuenta Personal Previsional, que de acuerdo a normativa vigente pueden disponer de los mismos, por lo que es imperativo que la AFP regularice la transferencia debida de las cotizaciones a las Cuentas Personales Previsionales de cada Asegurado.

El artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Asegurados.

Al Cargo N° 2

Para este cargo se tiene que: a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en la Circular SPVS-IP-DPSSO 117/2005 de 01 de diciembre de 2005, inciso b), que establece que para aquellos casos en trámite, a partir de la notificación de la señalada Circular, la AFP deberá realizar la transferencia dentro el plazo de diez días hábiles de recibida la copia del primer Comprobante de Pago de pensión por muerte de los Derechohabientes. b) El hecho se halla comprobado en razón a que la AFP no presentó descargos suficientes para desestimar el caso imputado el cargo, debido a que señala que no existiría regulación que contemple el plazo determinado para la realización de la señalada transferencia; sin embargo lo anterior no es evidente considerando la obligatoriedad establecida en 1a normativa imputada la cual se halla vigente y firme en sede administrativa, la cual expresa la obligatoriedad del cumplimiento de un plazo de forma taxativa; c) Los argumentos presentados en los descargos fueron evaluados en su integridad y en confrontación con la norma vigente se concluye que, la AFP en desconocimiento de la norma que establece un plazo obligatorio, para la realización de transferencia, omite dar cumplimiento a esta obligación.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso a) La existencia de culpa del regulado en razón a que tomando en cuenta que la norma Remitida por el Ente Regulador es de su conocimiento y por tanto obligatoria, la AFP no la cumple soslayando su deber amparada en una supuesta falta de regulación, criterio que resulta inexacto por existir la norma pertinente por la cual se imputa con cargos; b) El perjuicio ocasionado se expresa en que la AFP, como administradora de los fondos y recursos de los Asegurados, debe efectuar las transferencias dentro del plazo que le señala la norma, pues el incumplimiento ha demostrado falta de operancia del regulado.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en el hecho de que el regulado, al omitir el plazo establecido para la transferencia ha ocasionado

que estos recursos transferidos no sean considerados oportunamente en los fondos correspondientes y con los cuales se pagan prestaciones.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que:

> *"Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición,…".*

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del articulo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece el criterio de calificación de gravedad:

> *"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.*
>
> *c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

> *"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media,"*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

"b) infracción calificada como gravedad media: De Cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses

c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 240-2012 resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.- I.** Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

*a) En relación al **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us8.201 (OCHO MIL DOSCIENTOS UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en la Circular SPVS IP-DP-145/2000 de 28 de diciembre de 2000.*
*b) En relación al **Cargo N° 2** con una multa en Bolivianos equivalente a Sus 1.000 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en la Circular SPVS-IP-DPSSO 117/2005 de 01 de diciembre de 2005, inciso b).*

***SEGUNDO.- I.** Con relación al **Cargo 1,** en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá remitir un informe detallado que evidencie la devolución del exceso (rentabilidad de la comisión) a valor cuota de la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional a las Cuentas Personal Previsional respectivas de los casos imputados en el presente proceso administrativo.*
***II.** En el plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá realizar una revisión e identificar todas las cuentas que componen la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional para casos similares al imputado, debiendo revertir para aquellos casos en que corresponda, el monto por concepto de rentabilidad de la comisión a valor cuota a las Cuentas Personal Previsional de cada Asegurado que está compuesto el Fondo. Una vez realizada la transferencia en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, deberá remitir un informe detallado que evidencie dicha regularización.*

***TERCERO.-I.** La multa señalada, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 5 de junio de 2012 **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 240-2012 de 19 de abril de 2012, con los siguientes argumentos:

*"**II. AUSENCIA DE DAÑO:***

A la luz del principio de búsqueda de la verdad material establecido por el artículo 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo no existe daño que se hubiera ocasionado a los derechohabientes de los Asegurados que generaron derecho a una prestación de riesgos (común, profesional o laboral), ya que de acuerdo a lo establecido por el articulo (sic) *23, inciso c) del decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, los Retiros Mínimos procederán cuando el Afiliado "Fallezca habiendo generado el derecho a pensión por muerte por concepto de riesgo común o riesgo profesional y tenga en su Cuenta Individual (Ahora Cuenta personal Previsional)* ***Cotizaciones Adicionales y/o Depósitos Voluntarios de beneficios Sociales"*** *(las negrillas son nuestras). La disposición citada, guarda plena relación con lo dispuesto por el artículo 172, inciso e) del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 que señala como una condición para acceder a Retiros Mínimos que el Asegurado "Fallezca habiendo generado el derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos y tenga en su Cuenta Personal Previsional,* ***Cotizaciones Adicionales"*** *(las negrillas son nuestras).*

Del marco normativo descrito, y a diferencia del criterio sesgado que esgrime su Autoridad, no existe marco normativo vigente que permita disponer a los derechohabientes los saldos que se pudiesen generar por rentabilidad de la comisión del 0.5% que cobra nuestra AFP.

En ese sentido es pertinente señalar que en el caso de Autos, y siendo que el regulador pretende configurar la existencia de daño o perjuicio, como uno de los elementos esenciales que necesariamente deben concurrir en la configuración del tipo penal administrativo para la imposición de una sanción calificada como gravedad máxima; se debe dejar claramente establecido que no se ha calificado la existencia de daño objetivo a ninguno de nuestro (sic) *Afiliados y/o sus derechohabientes, quedando dichos argumentos, en simples enunciados y/o suposiciones que no causan estado o efecto legal alguno; y que seguramente serán causa de nulidad de obrados.*

III. RATIFICA DESCARGOS:

Sin perjuicio de todo lo precedentemente esgrimido, ratificamos en su totalidad lo expresado en nuestra nota de descargos nota FUT.APS.BEN. 0708/2012 de fecha 04 de marzo de 2012, solicitando a su Autoridad sea evaluado a la Luz del principio de

búsqueda de la verdad material, considerando para ello que no existe un procedimiento que establezca que la rentabilidad que pudiere originar la comisión para la AFP beneficie a los derechohabientes de los Afiliados (ahora Asegurados)

IV. PETITORIO:

Tomando en cuenta los argumentos expresados por nuestra Administradora de Fondos de Pensiones y al amparo de lo establecido por el artículo 24.de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/ N° 240 -2012 de fecha 10 de abril de 2012, adecuando así el caso de Autos al marco de la legalidad en conformidad a las reglas del debido proceso administrativo…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 403-2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 403-2012 de 13 de junio de 2012, resolvió declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012 de 19 de abril de 2012, por los fundamentos -presentados en su parte considerativa- siguientes:

"…***CONSIDERANDO*** (…)

Que los actos procesales realizados por esta Autoridad para que Futuro de Bolivia S.A. AFP se notifique formalmente con la R.A.240-2012, son los siguientes:

- *Primera Citación.- CITE: APS/DJ/2888/2012 de 19 de abril de 2012, recepcionada por la AFP el 24 de abril de 2012.*

- *Segunda Citación.- CITE: APS/DJ/3286/2012 de 04 de mayo de 2012, recepcionada por la AFP el 08 de mayo de 2012.*

- *Transcurrido el último día hábil administrativo establecido en la Segunda Citación, para que la AFP pueda apersonarse para notificarse con la R.A.240-2012, esta no lo hizo, lo que dio lugar a la suscripción del Acta de Notificación de* ***15 de mayo de 2012,*** *elaborada a horas 18:30 p.m., a efectos de sentar la notificación conforme lo establece el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que dice: "Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersone por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado". En*

virtud a lo anterior se tuvo por notificado a Futuro de Bolivia S.A., para todos los efectos legales y procesales correspondientes.

- *En fecha 05 de junio de 2012, el representante legal de la AFP se presenta ante esta Autoridad a fin de recoger la R.A.240-2012, la cual fue entregada en la señalada fecha a horas 16:15 p.m.*

Que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, instrumento normativo reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, determina en el artículo 37 del Capítulo V (Procedimiento Recursivo), los casos donde procede el Recurso de Revocatoria, enunciando que: "...los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias sectoriales del SIREFI".

Que con las facultades que franquea la norma, mediante memorial presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 05 de junio de 2012, interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A.240-2012, donde expresan los fundamentos y agravios que motivan el petitorio de revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo "Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si este estuviere interpuesto fuera de término, ***no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables,*** *o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley". (Las negrillas son nuestras)*

Que de acuerdo al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Entidades Sectoriales del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

Que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme los dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que a su vez, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece:" I. Los ***recursos de revocatoria proceden*** *contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión del mismo,*** *además de su interposición dentro del plazo hábil,* ***demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria*** *dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento". (Las negrillas son nuestras.*

Que de las normas transcritas se infiere que son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

i) La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.
ii) Que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.
iii) Que se acredite el cumplimiento de la sanción.
iv) Que se demuestre el cumplimiento de la obligación.

Que con relación al primer elemento para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, de la revisión del memorial de interposición del Recurso de Revocatoria de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se evidencia que el recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos tácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera ha causado a sus derechos o intereses legítimos la R.A.240 2012.

Que con respecto al segundo elemento de procedencia, se verificó que el Recurso de Revocatoria fue interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos dispuestos por el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero, aprobado por Decreto Supremo N° 27175.

Que con relación al tercer elemento de procedencia se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP hasta el momento de la emisión del presente acto administrativo, no ha empozado la multa impuesta según dispone la R.A.240-2012.

Que en lo que refiere al último de los requisitos de procedencia se constata que, la R.A.240-2012 en el Resuelve SEGUNDO en su primer acápite instruye:

> ***"SEGUNDO.- I.** Con relación al **Cargo 1**, en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá remitir un informe detallado que evidencie la devolución del exceso (rentabilidad de la comisión) a valor cuota de la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional a las Cuentas Personal Previsional respectivas de los casos imputados en el presente proceso administrativo.*

Que en entendido, la AFP tenía el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada legalmente la Resolución Administrativa, para que informe sobre la devolución del exceso (rentabilidad de la comisión) a valor cuota de la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional a las Cuentas Personal Previsional respectivas de los casos imputados en el Cargo N° 1 de la Nota de Cargos APS/DJ/DFP/1439/2012 de 28 de febrero de 2012; sin embargo, el regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, el cumplimiento de la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente o requerir su suspensión o ampliación de plazo, por lo tanto no atendió la obligación impuesta ni remitió el respaldo que demuestre el cumplimiento de la misma.

*Que evaluado lo anterior se tiene que, el hecho de solamente interponer el recurso expresando los agravios y en plazo no es suficiente para su admisibilidad, toda vez que es obligatorio el cumplimiento de los demás requisitos de admisibilidad, como lo son el pago de la **multa** y el cumplimiento de las **obligaciones** y que sean estas en*

plazo (el último aspecto se ve refrendado por la Resolución Ministerial Jerárquica 001 de 17 de enero de 2012), suceso que no cumplió la AFP en el presente caso, al obviar estos últimos dos conceptos que lo reataban para habilitar su impugnación; por tanto, no existe sustento o respaldo alguno que demuestre el cumplimiento de la señalada obligación y la multa, afectando de esta manera la procedencia del recurso.

Que a mayor referencia conceptual, la misma Resolución Ministerial Jerárquica 012/2011, determinó lo siguiente:

> *"... es importante hacer hincapié en que el cumplimento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explícita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:*
>
> ***OBLIGACIÓN.-** La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es **constreñida hacia** otra a dar, **hacer** o a no hacer alguna cosa (...)" (las negrillas son nuestras)*

Que finalmente, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 9/05, 28/05, 17/06, 46/05, 78/06 entre otras, ha determinado la improcedencia en razón de que no se contaba con uno de los cuatro elementos que deben cumplirse, para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, entre ellos la falta de pago de la multa impuesta al regulado.

Que bajo ese orden normativo y lo expuesto, de la revisión del expediente administrativo esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada al no haber la entidad recurrente cumplido con dos de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 03 de julio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 403-2012 de 13 de junio de 2012, expresando lo siguiente:

> *"…**II.- VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS, Y ADMISIÓN DEL PRESENTE RECURSO.***
>
> *La APS, vulnerando el principio de buena fe, establecido por el artículo 4, inciso e) de la Ley de Procedimiento Administrativo, por el cual se presume la existencia de confianza, cooperación y lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos en el procedimiento administrativo, toda vez que el personero legal de nuestra AFP se apersono* (sic) *en varias oportunidades para notificarse con otros actuados administrativos; y sin embargo de ello recién a horas 16:15 del día 05 de junio de 2012, se nos entrego* (sic) *copia de la Resolución Administrativa*

APS/DJ/DFP/N° 240-2012, fecha en la que también vencía el plazo para la interposición del recurso de revocatoria correspondiente; lo que ha significado que nuestra Administradora no pueda honrar el pago de la sanción, ni dar cumplimiento a la obligación establecida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012.

Una vez que se tomo (sic) *conocimiento de los alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012, se procedió al pago de la sanción como se desprende de la nota FUT.GG-1300/06/12 mediante la cual se adjunta comprobante de pago No. 912131; asimismo, se dio cumplimiento a la obligación establecida conforme se desprende de la documentación remitida mediante nuestra nota FUT.APS.REC.1312/2012 que demuestra la acreditación de la rentabilidad de la comisión en los Estados de Ahorro Previsional de los Asegurados señalados. Motivo por el cual procede la admisión del presente recurso jerárquico, debiendo revocar el acto administrativo impugnado para que el director ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros de* (sic) *pronuncie sobre el fondo de la controversia en atención a los siguientes argumentos:*

III.-AUSENCIA DE DAÑO.

A la luz del principio de búsqueda de la verdad material establecido por el artículo 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo no existe daño que se hubiera ocasionado a los derechohabientes de los Asegurados que generaron derecho a una prestación de riesgos (común, profesional o laboral), ya que de acuerdo a lo establecido por el artículo 23, inciso c) del decreto (sic) *Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, los Retiros Mínimos procederán cuando el Afiliado "Fallezca habiendo generado el derecho a pensión por muerte por concepto de riesgo común o riesgo profesional y tenga en su Cuenta Individual (Ahora Cuenta personal Previsional) Cotizaciones Adicionales y/o Depósitos Voluntarios de beneficios Sociales" (las negrillas son nuestras). La disposición citada, guarda plena relación con lo dispuesto por normativa vigente puesto que el artículo 172, inciso e) del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065 aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 que señala como una condición para acceder a Retiros Mínimos que el Asegurado "Fallezca habiendo generado el derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos y tenga en su Cuenta Personal Previsional, Cotizaciones Adicionales" (las negrillas son nuestras).*

Como su Autoridad podrá colegir, al fallecimiento de un Asegurado que genera derecho a una prestación por muerte, el capital de su cuenta Personal previsional se fusiona a la cuenta de siniestralidad o la de riesgos profesionales, haciéndose solo disponible para los derechohabientes, por conceptos de Cotizaciones Adicionales, concepto que no comprende a la rentabilidad de la comisión del 0,5 % que se paga a las AFP. Del marco normativo descrito, y a diferencia del criterio sesgado que esgrime la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no existe marco normativo vigente que permita disponer a los derechohabientes los saldos que se pudiesen generar por rentabilidad de la comisión del 0.5% que cobra nuestra AFP.

En ese sentido es pertinente señalar que en el caso de Autos, y siendo que el

regulador pretende configurar la existencia de daño o perjuicio, como uno de los elementos esenciales que necesariamente deben concurrir en la configuración del tipo penal administrativo para la imposición de una sanción calificada como gravedad media; se debe dejar claramente establecido que no se ha calificado la existencia de daño objetivo a ninguno de nuestro Asegurados (otrora Afiliados) y/o sus derechohabientes, quedando dichos argumentos, en simples enunciados y/o suposiciones que no causan estado o efecto legal alguno; y que seguramente serán causa de nulidad de obrados.

IV.- RATIFICA DESCARGOS.

Sin perjuicio de todo lo precedentemente esgrimido, ratificamos en su totalidad lo expresado en nuestra nota de descargos nota FUT.APS.BEN. 0708/2012 de fecha 04 de marzo de 2012, solicitando a su Autoridad sea evaluados a la Luz del principio de búsqueda de la verdad material, considerando para ello que no existe marco legal vigente, ni un procedimiento que establezca que la rentabilidad que pudiere originar la comisión para la AFP beneficie a los derechohabientes de los Afiliados (ahora Asegurados) y sean disponibles mediante trámite alguno.

V.- PETITORIO.

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses; en atención al principio de búsqueda de la verdad material y de Buena Fe; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículos 66 y 79 de la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 403-2012 de fecha 13 de junio de 2012; ajustando el procedimiento al marco de la legalidad y permitiendo el pronunciamiento del Director Ejecutivo de la APS sobre la controversia suscitada, garantizando así el irrestricto derecho a la defensa…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Como emergencia de la Orden DF/OF/027/2011 y de su consiguiente Informe DF/F/031/2011 de 21 de diciembre de 2011, la fiscalización a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), referida al procedimiento de acreditación de la cotización mensual (10%) a la Cuenta Personal Previsional de Asegurados con Pensión de Invalidez, determina las infracciones descritas en la nota de cargos APS/DJ/DFP/1439/2012 de fecha 28 de febrero de 2012, referida a los dos cargos que han sido relacionados pertinentemente en el numeral 2 supra.

En el desarrollo del proceso sancionador correspondiente, la imputada acreditó en fecha 4 de abril de 2012 sus descargos, expresados en la nota FUT APS BEN 0708/2012, y realizada la valoración, la entidad reguladora resolvió sancionarla, por ambos cargos, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012 de 19 de abril de 2012, con dos multas, una por cada cargo, que debieron ser depositadas en el plazo de cinco (5) días, en la cuenta establecida para el efecto (artículos primero y tercero); empero además, en su artículo segundo dispuso que:

> "…***SEGUNDO.- I.*** *Con relación al* ***Cargo 1,*** *en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá remitir un informe detallado que evidencie la devolución del exceso (rentabilidad de la comisión) a valor cuota de la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional a las Cuentas Personal Previsional respectivas de los casos imputados en el presente proceso administrativo*…"

A efectos de la notificación con la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la nota APS/DJ/2888/2012, recibida por la ahora recurrente en fecha 24 de abril de 2012, por la que señala:

> "…***Referencia: Citación con Resolución Administrativa en relación a la Acreditación de la Cotización Mensual a la Cuenta Personal Previsional.***
>
> *De nuestra consideración:*
>
> *Mediante la presente, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, tenemos a bien citar a usted para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de su notificación, con la presente, se apersone por la Secretaria General de esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, quinto piso de la Torre Este - Torres Gundlach, a fin de notificarse con la Resolución Administrativa de referencia*…"

Posteriormente y debido "*a la no comparecencia a la citación efectuada mediante nota APS/DJ/2888/2012*", la entidad fiscalizadora emite una segunda citación que consta en la nota APS/DJ/3286/2012, recibida por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 8 de mayo de 2012, con las mismas características que la primera, en cuanto fundamentalmente, a otorgarle "*cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de su notificación*" para que "*se apersone por la Secretaria General de esta Autoridad… a fin de notificarse*

con la Resolución Administrativa de referencia…"

Toda vez que el plazo señalado venció en fecha 15 de mayo de 2012, en la misma, el Ente Regulador dio por notificada a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** conforme al acta adjunta al expediente, con el tenor textual siguiente:

> "…***ACTA DE NOTIFICACIÓN***
>
> *En las oficinas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, de la ciudad de La Paz, hasta las 18:30 pm del día 15 de mayo de 2012 se espero al representante legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP para notificarlo con la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240 - 2012 de 19 de abril de 2012 en relación al proceso administrativo sancionatorio correspondiente a la Acreditación de la Cotización Mensual a la Cuenta Personal Previsional. Visto que la segunda Citación se emitió el día 04 de mayo de 2012 y entregada a la AFP el 08 de mayo de 2012, el plazo para notificarse se cumplió el día 15 de mayo de 2012. Y que, el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 dice: "Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersone por la Secretaria General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a este por notificado". En virtud a lo expuesto se tiene a Futuro de Bolivia S.A. por notificado…"*

El función a la fecha del acta (fecha de la notificación) **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** ha tenido hasta fecha 5 de junio de 2012 -los quince a los que se refiere el artículo 48° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175-, a efectos de la interposición del Recurso de Revocatoria, como en efecto lo ha realizado en la misma fecha de vencimiento a horas 18:24, habiendo para ello recibido, el mismos 5 de junio de 2012, empero a horas 16:15, una copia de la Resolución que después impugnaría, conforme se evidencia de la respectiva constancia (confirmando el haber sido notificada quince días antes).

Entonces, interpuesto el Recurso de Revocatoria, ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 403-2012 de 13 de junio de 2012, por la que se lo declara improcedente en atención a que:

> "…*Futuro de Bolivia S.A. AFP hasta el momento de la emisión del presente acto administrativo, no ha empozado la multa impuesta según dispone la R.A.240-2012* (…)
>
> *…la AFP tenía el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada legalmente la Resolución Administrativa, para que informe sobre la devolución del exceso (rentabilidad de la comisión) a valor cuota de la Cuenta de Siniestralidad y Riesgo Profesional a las Cuentas Personal Previsional respectivas de los casos imputados en el Cargo N° 1 de la Nota de Cargos APS/DJ/DFP/1439/2012 de 28 de febrero de 2012; sin embargo, el regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, el cumplimiento de la obligación que determina la*

Resolución Administrativa señalada precedentemente o requerir su suspensión o ampliación de plazo, por lo tanto no atendió la obligación impuesta ni remitió el respaldo que demuestre el cumplimiento de la misma (…)

…esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada al no haber la entidad recurrente cumplido con dos de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia…"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Mediante Recurso Jerárquico de fecha 3 de julio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** señala que, sin embargo de que su personero legal se apersonó en varias oportunidades para notificarse con otros actuados administrativos -sugiriendo de ello que el Ente Regulador hubiera actuado con prescindencia de buena fe-, recién a horas 16:15 del día 5 de junio de 2012 se le entregó copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012, misma fecha en la que vencía el plazo para la interposición del Recurso de Revocatoria, "*lo que ha significado que nuestra Administradora no pueda honrar el pago de la sanción, ni dar cumplimiento a la obligación establecida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012*".

En definitiva, las sanciones impuestas en el artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012, fueron hechas efectivas en fecha 8 de junio de 2012, conforme consta de la nota FUT.GG-1300/06/12 de 20 junio de 2012, misma fecha en la que se acreditó, mediante nota FUT.APS.REC.1312/2012, la atención a la obligación impuesta por el artículo segundo de la misma Resolución Administrativa, en ambos casos entonces, con posterioridad a la interposición del Recurso de Revocatoria.

A este respecto, la Resolución Administrativa recurrida se ha amparado en los artículos 61° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, 43°, inciso d) y 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, normas que a la letra señalan:

Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo:

"…*Artículo 61.- (Formas de Resolución). Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos…* ***desestimando el recurso si éste*** *estuviese interpuesto fuera de término,* ***no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables*** *o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Decreto Supremo N° 27175, reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera:

"…*Artículo 43.- (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria).*

I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (…)

*d) **Improcedentes. Cuando** el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o **el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos*** (…)

Artículo 47.- (Procedencia).

*I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, **demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida**,…*"

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El Ente Regulador desglosa los cuatro elementos que hacen a la interpretación de las normas señaladas; entre ellos, que la demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, y luego, que el Recurso de Revocatoria se ha interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa, extremos que se señalan como cumplidos, toda vez que el memorial presentado el 5 de junio de 2012 "*señala la relación causal entre los elementos tácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera ha causado a sus derechos o intereses legítimos la R.A.240 2012*", y "*fue interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos dispuestos por el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero, aprobado por Decreto Supremo N° 27175*".

No sucede lo mismo en cuanto al deber de acreditarse el cumplimiento de la sanción, toda vez que "*Futuro de Bolivia S.A. AFP hasta el momento de la emisión del presente acto administrativo* -13 de junio de 2012-*, no ha empozado la multa impuesta según dispone la R.A.240-2012*" (el cumplimiento de lo mismo va a ser acreditado recién en fecha 20 de junio de 2012).

Y en cuanto al deber de demostrar el cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012 de 19 de abril de 2012, "*el regulado no consideró….el cumplimiento de la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente o requerir su suspensión o ampliación de plazo, por lo tanto no atendió la obligación impuesta ni remitió el respaldo que demuestre el cumplimiento de la misma*".

Toda vez que la Resolución Administrativa recurrida hace referencia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2011 de 30 de marzo de 2011, es pertinente citar el precedente administrativo contenido en la misma, de la siguiente manera:

"…***En cuanto a los otros requisitos exigidos para la admisión del Recurso de Revocatoria.-***

Que, conforme se evidenció, (…) *presentó el recurso dentro del plazo establecido, sin*

embargo la Autoridad Fiscalizadora, toma a su vez como argumento para la determinación de la improcedencia el incumplimiento de la obligación por parte de la AFP conforme señalaría el Artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de Septiembre de 2003, (…)

De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo (…)

Que en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

***"OBLIGACIÓN.-** La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa (…)"*

***SANCIÓN ADMINISTRATIVA.-** La medida penal que impone el Poder ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden, por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Por lo general se reducen a multas cuantiosas en ocasiones como las represivas del contrabando y la especulación* (…)"

Consiguientemente, resulta que la interposición del Recurso de Revocatoria en inobservancia del artículo 47º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en cuanto no se demostró oportunamente -en fecha 5 de junio de 2012 - "*el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida*" (lo que va a suceder tardíamente en fecha 20 de junio de 2012), determinando la improcedencia e inadmisibilidad del mismo, extremo que importa la imprescindible acreditación del efectivo cumplimiento, tanto de la sanción como de la obligación impuestas, para la procedencia de la admisión del Recurso de Revocatoria.

En definitiva, el Ente Regulador actuó correctamente al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria, basado en que "*no -se- puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada al no haber la entidad recurrente cumplido con dos de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003*".

Tal posición no importa, de ninguna manera, haber vulnerado el principio de buena fe establecido por el artículo 4, inciso e), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, toda vez que no es ello lo que ha primado en la decisión señalada del ente recurrido, sino la evidente negligencia de la recurrente, cuando no obstante de haber sido citada por dos

veces a efectos concurra a notificarse con la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 240-2012 de 19 de abril de 2012, y estando en su conocimiento por ello, la existencia del proceso sancionador en su contra, no se apersonó a tal efecto.

Por tanto, lo mismo hace inadmisible el alegato de que su personero legal "*se apersono* (sic) *en varias oportunidades para notificarse con otros actuados administrativos; y sin embargo de ello recién a horas 16:15 del día 05 de junio de 2012, se nos entrego* (sic) *copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012*", por cuanto, amén de no existir prueba sobre ello, no puede pretender la recurrente transferir su propia diligencia al Ente Regulador, cuando además ha sido insistentemente citada para ello, habiendo hecho caso omiso en el par de oportunidades que ello ha importado, determinando sea notificada en fecha 15 de mayo de 2012 de la forma que señala el artículo 26º del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, extremo que en definitiva y de acuerdo a su Recurso Jerárquico, es el que le impidió realizar las gestiones a efectos de la acreditación oportuna del pago de la sanción y del cumplimiento de la obligación impuesta, lo que resulta de su exclusiva responsabilidad.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 403-2012 de 13 de junio de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 240-2012 de 19 de abril de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 525-2012 DE 24 DE JULIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 065/2012 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 065/2012

La Paz, 16 de noviembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 525-2012 de 24 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 348-2012 de 25 de mayo de 2012, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 036/2012 de 03 de septiembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 124/2012 de 18 de octubre de 2012, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 14 de agosto de 2012, **La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.,** representada legalmente por los señores Diego Blanco Araoz (Apoderado) y Hugo Vía Escalante (Gerente Jurídico y de Compliance), tal como lo acreditan los Testimonios Nº 0402/2005 de fecha 28 de abril de 2005 y Nº 855/2007 de fecha

13 de diciembre de 2007, otorgados ante Notarías de Fe Pública a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán y la Dra. Diomar Ovando Polo ambos del Distrito Judicial de La Paz interponen Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 525-2012 de 24 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 348-2012 de 25 de mayo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 17 de agosto de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mismo que fue notificado el 24 de agosto de 2012.

Que, el 7 de septiembre de 2012, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DS/2782/2012, de 13 de abril de 2012, notificó a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido la entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

"…

- ***al inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 y a los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS/Nª 070/1999 de 23 de abril de 1999,*** *por haber comercializado a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° A0018070 - Certificado N° A0021961 con Cláusulas no registradas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

- ***Contravención al inciso n) del, artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de*** *25* ***de junio de 1998,*** *por haber incumplido lo establecido en el inciso 'f. del artículo 5 del Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros, aprobado mediante la Resolución Administrativa IS N° 359 de 28 de junio de 2000 al haber promovido Pólizas de seguros que no fueron registradas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

- ***Contravención al artículo 8 de la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007,*** *por haber modificado el texto uniforme de la Póliza y de las Cláusulas aprobadas por la misma Resolución Administrativa.*

  En consecuencia, NOTIFICAMOS a usted, en su condición de representante legal de LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a

objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 9 de mayo de 2012, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., mediante CITE.PRES/418/04/2012, presentó descargos refiriendo lo siguiente:

1) En relación a la presunta infracción cometida al inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 y a los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999 por haber comercializado a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° A0018070 - Certificado N° A0021961 con cláusulas no registradas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aclaramos que la cláusula comercializada con la póliza señalada fue la Cláusula de Ejecución Inmediata condicional para entidades públicas, registrada por la autoridad supervisora en su oportunidad y vigente a la fecha.

2) En cuanto al supuesto incumplimiento a lo establecido en el inciso f del Art. 5 del Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 359 de 28 de junio de 2000 al haber promovido pólizas de seguros que no fueron registradas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, este extremo no es evidente puesto que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. en ningún momento promovió pólizas no registradas, de ninguna manera promocionó ni ofreció al público a través de medios de prensa u otros, algún producto que no estuviera acorde con lo establecido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros y sus Reglamentos, por lo que no corresponde la imputación en este sentido, menos aún con relación a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° A0018070 - Certificado N° A0021961. En todo caso, le solicitamos al regulador nos haga mención expresa a la publicación o promoción efectuada.

3) Con relación a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° A0018070 - Certificado N° A0021961, comercializada con Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, es necesario explicar que debido a una confusión en el armado de la póliza, se utilizó el condicionado general de otro producto (dirigido a entidades privadas y que además está debidamente registrado por la Autoridad Supervisora). Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que este hecho se debe a una equivocación por parte del ejecutivo comercial durante el armado de la póliza y especialmente que en ningún momento se ha pretendido ocasionar o menos aún se ha ocasionado perjuicio o daño al asegurado; queda claro, que al tratarse de un evidente error de traspapelado, se hubiera recurrido al condicionado correcto en caso de necesidad o de algún reclamo que nunca se produjo.

Sólo con fines informativos señalamos que a la fecha el ejecutivo comercial a cargo de la póliza observada, no se encuentra trabajando en esta entidad aseguradora…".

***3.* RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 348-2012 DE 25 DE MAYO DE 2012.-**

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 348-2012 de 25 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…PRIMERO.-SANCIONAR a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., *con una multa en bolivianos equivalente a 39.186 UFV's (Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por infracción del inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, y a los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070/1999 de 23 de abril de 1999; infracción al inciso n) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, e infracción de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo segundo de la parte resolutiva de esta Resolución Administrativa, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

CONSIDERANDO:

"…Que estas contravenciones surgen del examen (luego comprobado por el contenido de la nota de descargo de la aseguradora, como se expondrá más adelante) de que La BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. emitió la póliza Nº A0018070 en fecha 17 de diciembre de 2011, bajo el código de registro SPVS: 101-922212-2007 11 250. Verificado este código de registro, se observa que corresponde a la póliza de textos únicos para fianzas para entidades públicas aprobado mediante Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007 y aprobado para aquella aseguradora mediante la Resolución Administrativa Nº 947 de 9 de noviembre de 2007.

Que de la revisión de los textos únicos, se ha concluido que las diferencias en el Condicionado General son significativas y no corresponden a lo registrado a través de la Resolución Administrativa Nº 947 de 9 de noviembre de 2007, estableciéndose incumplimiento a las siguientes normas legales; es decir, que los textos de la póliza aprobados y registrados en los instrumentos legales citados precedentemente para LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. difieren radicalmente del texto de la póliza que esta aseguradora ha comercializado a favor de la empresa constructora Consultora ELCA como afianzado y YPFB como beneficiario, como se demuestra a continuación:

Cuadro N°1
CONDICIONADO PARTICULAR

POLIZA REGISTRADA N°101-922212- 007 11 250 TEXTOS UNICOS	***POLIZA A0018070 SPVS: 101-922212-2007 11 250***
En consideración a la solicitud de Seguro presentada por el Asegurado y las declaraciones contenidas en ella, con sujeción a las condiciones Generales y Anexos de la Póliza y en virtud del pago de la prima correspondiente, LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. garantiza el pago de los daños o perdidas que pudiera surgir el Asegurado en los términos y condiciones que más adelante se establecen. *Clausulas Adicionales* ** Liquidación de cobranza.* ** Garantía de Cumplimiento de contrato de obra.* ** Ejecución Inmediata Condicional*	*En Consideración a la prima pactada y previamente, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. en adelante "La Compañía", en calidad de Fiador, se obliga a pagar la suma garantizada en estas Condiciones Particulares, por los daños que pudieran resultar de la falta de cumplimiento de Contrato de Obra aquí señalado, el cual forma parte integrante de la presente Póliza, juntamente con el formulario de solicitud, anexos y demás documentos pertinentes, en sujeción a las Condiciones Generales y particulares del presente contrato.* *Clausulas Adicionales* ** Clausula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.*

Cuadro N°2
CONDICIONADO GENERAL

POLIZA REGISTRADA N°101-922212-2007 11 250 TEXTOS UNICOS	***POLIZA A0018070 SPVS: 101-922212-2007 11 250***
Cláusula 1.- Ley de las partes contratantes *La presente póliza se encuentra amparada bajo las siguientes normas:* *Ley de Seguros 1883* *Código de Comercio* *Código de Procedimiento Civil* *Normas Básicas de Sistema de Administración de Bienes y Servidos* *Cualquier anexo que se emitiere formando parte de esta Póliza, modificando o complementando sus Condiciones Particulares o Generales, prevalecerá sobre éstas. Las condiciones que hubieran sido mecanografiadas prevalecerán sobre las impresas*	***Articulo 1.- Ley de las partes contratantes*** *En forma accesoria al Contrato principal, suscrito entre el contratante asegurado y el Contratista Afianzado, se emite la presente póliza de caución y se conviene en que las partes se someten a las estipulaciones de esta Póliza como La Ley misma, debiendo aplicarse disposiciones del Código Civil, Código de Comercio y demás Leyes y regulaciones pertinentes, en lo que estuviere previsto en el presente contrato de seguro. Cualquier anexo, clausula o suplemento adicional que se emitiera, formando parte integrante de esta Póliza y modificando o complementando las Condiciones Generales y/o particulares, Prevalecerán sobre estas.*

Clausula 2° De las partes *Son partes de la presente Póliza: Fiador: La entidad de seguros quien se obliga a indemnizar al Beneficiario, en caso de incumplimiento de las obligaciones del Afianzado, señaladas en el Contrato Principal, en sujeción a los términos y condiciones de esta Póliza.* *Beneficiario Entidad pública que adjudiqué la obra al Afianzado mediante el mecanismo legal que se hubiera utilizado y que a su vez, se obliga a cumplir la obligaciones que le impone el Contrato de Obra o Contrato Principal.* *Afianzado: Encargado de ejecutar el Contrato de Obra.*	
Cláusula 3°.- Objeto de esta Póliza *El Fiador garantiza al Beneficiario el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza, como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Obra por causas imputables al Afianzado dicho Contrato de Obra forma parte indivisible de la presente póliza.*	***Articulo 3°.- Objeto de esta Póliza*** *La compañía en virtud de la presente póliza, garantiza hasta el límite señalado como valor caucionado, la indemnización de los daños que pudiera sufrir el contratante Asegurado, como consecuencia de cualquier incumplimiento del contrato Principal, por causas imputables al Contratista Afianzado, quedando establecido que la responsabilidad de la Compañía se extingue al vencimiento de la vigencia de la Presente Póliza.*
Cláusula 4°.- Modificación del Contrato Principal *Las modificaciones al Contrato Principal no previstas en el mismo, posteriores a la emisión de la póliza, deberán ser notificadas previamente por escrito al Fiador y aprobadas expresamente por el mismo, caso contrario, éste quedará liberado de sus obligaciones con relación a las modificaciones planteadas.* *La novación del Contrato Principal sin consentimiento del Fiador extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo esta póliza, sin derecho a devolución de la prima pagada.*	***Artículo 4°.- Indemnización de Daños.*** *En caso de incumplimiento del Contratista Afianzado, el Contratante Asegurado deberá demostrar el incumplimiento de su parte, y en caso de desacuerdo demandar judicialmente la resolución del Contrato Principal, conforme a lo previsto en el Código Civil, una vez conocida la resolución correspondiente, obtenidas las pruebas pertinentes que comprueben el incumplimiento por parte del Contratista afianzado y aceptada la procedencia del reclamo, la compañía indemnizara por cuenta del Contratista Afianzado, al contratante asegurado, el monto de los daños resultantes de dicho incumplimiento, en base a la calificación que realice el juez competente conforme a la ley, hasta el valor caucionado.* *La compañía dispondrá de 60 días para pagar el importe de la indemnización en relación de la parte incumplida a partir de la aceptación de procedencia de reclamo y el cumplimiento de los requisitos correspondientes.*

Cláusula 5·.- Condición para la validez de esta Póliza *Es condición para la validez de esta Póliza que entre el Afianzado y el Beneficiario no existan vinculaciones económicas ni jurídicas de sociedad, asociación o dependencia recíprocas que pudieran dar lugar a lucro bajo ésta Póliza.*	***Articulo 5·.- Modificación del riesgo***.- *Cualquier modificación o alteración del contrato principal, no prevista en el mismo, libera a la Compañía de responder bajo garantía de la presente póliza, si tales modificaciones o alteraciones no hubieran sido comunicadas y aprobadas previamente en forma escrita por la Compañía.* *La novación del contrato principal, sin consentimiento de la Compañía, extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo la presente póliza, sin derecho a devolución de la prima ganada.*
Cláusula 6-.- Riesgos no cubiertos *La garantía de esta Póliza no se extiende a los cases de incumplimiento debido a fuerza mayor o caso fortuito, tales como:* *Incautación requisa, expropiación, nacionalización, persecución política o prisión ilegal que afecten directamente a las personas que deben ejecutar o cumplir el Contrato o que afecten a los bienes de la Empresa Constructora y la imposibiliten de cumplir el Contrato Principal.* *-Estado de guerra, guerra civil, acciones sindical o política de personas o grupos de personas que bajo amenazas o empleando la fuerza, impidan o dificulten al Afianzado o a sus subcontratistas, llevar a cabo labores e igualmente en el caso de motines, huelgas, Tumultos subversión revueltas, asonadas o conmoción civil.* *Huracanes, terremotos, ciclones o cualquier fenómeno de la naturaleza de carácter catastrófico.* *Responsabilidades ante terceros, aun cuando éstas resultaren de la ejecución del Contrato de Obra.* *Montos o sumas debidas por multas penalidades, sanciones o intereses.*	***Articulo 6- Aviso de Siniestro*** *Durante la vigencia de la póliza, el aviso de incumplimiento se debe regir al procedimiento establecido en el contrato principal.* *Si el siniestro o incumplimiento llegara a ocurrir el último día de la vigencia de la presente póliza, el beneficiario, está obligado a dar parte por escrito, del acontecimiento, en el término de (3) días, a la compañía Emisora de la Póliza.*
Cláusula 7°- Otras cauciones *Si existieran otras garantías para el mismo objeto de esta Póliza, aquellas constituirán una caución primaria con respecto a la presente Póliza y, por lo tanto el pago que pudiera corresponder al Fiador solo lo será en la parte complementaria y hasta el límite de la presente Póliza.*	***Articulo 7°- Condición para la Validez de esta Póliza.*** *Es condición para la validez de la presente Póliza que, entre el contratista Afianzado y el Contratante asegurado, no existía vinculaciones económicas ni jurídicas de sociedad, asociación o dependencia reciprocas que pudieran dar lugar a lucro de esta Póliza.*

Cláusula 8°- Prohibición de ceder *Queda expresamente prohibido ceder o transferir los derechos de esta Póliza y es nula toda cláusula o acuerdo que así lo disponga, salvo autorización expresa y formal del Fiador.*	***Articulo 8°- Discrepancias sobre el contrato principal.-*** *Si surgieran discrepancias entre las partes sobre el contrato principal en cuanto a su interpretación y/o alcances y/o su ejecución, la Compañía no estará obligada a responder por la garantía extendida bajo la presente Póliza, mientras las partes no resuelvan sus diferencias por la vía señalada en el contrato principal o por la que corresponda conforme a ley.*
Clausula 9° - Ejecución de la Garantía *Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujetos a lo dispuesto en el Contrato Principal ya lo establecido en las Clausulas de la presente póliza adjuntes a la misma que alternativamente y de forma excluyente podrán ser:* *- Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional* *- Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento* *Cualquiera de dichas Cláusulas adheridas a la presente póliza, formarán parte integrante e indivisible de la misma y prevalecerán sobre lo dispuesto en el texto de dicha póliza.* *Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Clausula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (los) Funcionario (s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades Competentes, por tanto, los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente o incorrecta de la presente póliza, serán sujeto de las responsabilidades legales respectivas.*	***Articulo 9° -Riesgos no cubiertos.-*** *La garantía de esta Póliza no se extiende a los casos de incumplimiento debido a fuerza mayor, caso fortuito, y lo previsto en el contrato principal para Liberación de Cumplimiento o Frustración del Contrato, al haberse tornado de incumplimiento imposible por cualquier evento que este fuera del control del Contratante o del Contratista.* *La presente Póliza no cubre responsabilidad ante terceros, aun cuando estas resultaren de la ejecución del contrato principal.* *La presente Póliza no cubre montos o sumas debidas por multas, penalidades o sanciones, tampoco cubre garantías financieras ni contratos de arrendamiento o alquiler general.*
Clausula 10°- Vigencia, Renovación y Prorroga. *Otorgada la presente póliza, ésta adquiere el carácter de irrevocable hasta que se cumpla la vigencia de la misma, no pudiendo, el Fiador demandar su rescisión por causas imputables al Afianzado, ni quedar liberado de su obligación mientras esta póliza se encuentre vigente.* *En caso de prórroga concedida por el Beneficiario al Afianzado para el*	***Articulo 10°- Otras Cauciones.-*** *Si existieran otras garantías para el mismo objeto de la póliza, aquellas constituirán una caución primaria con respecto a la presente póliza y por tanto, el pago que pudiera corresponder a la Compañía solo lo será en la parte complementaria y hasta el límite de la presente póliza.*

cumplimiento de la obligación principal, no es obligación del Fiador mantener la vigencia de la Póliza de Garantía. El vencimiento de la presente póliza por sí solo, no es causal de ejecución de la misma. *Toda renovación o prórroga del contrato principal debe ser previamente comunicada por escrito por el Beneficiario y/o Afianzado al Fiador, a fin de que éste último tome conocimiento de dicho extremo siendo privativo del Fiador consentir o no dicha prorroga, caso contrario la presente póliza se extingue dentro de los ocho días siguientes, salvo pacto en contrario establecido por las partes.*	
Cláusula 11-,- Subrogación *Todo pago que efectué el Fiador bajo los términos de la presente póliza le da derecho para repetir contra el Afianzado subrogándose por este simple hecho en las acciones y derechos del Beneficiario y así lograr la devolución de la totalidad de los montos pagados al Beneficiario además de los costos legales incurridos.* *Asimismo, el afianzado se construirá en deudor del Fiador en las sumas pagadas por su cuenta, sin la formalización de ningún otro requisito, siendo suficiente documento probatorio el finiquito de indemnización suscrito.*	***Artículo 11- Prohibición de ceder.*** *Queda expresamente prohibido ceder o transferir los derechos de esta Póliza, y es nula toda clausula o acuerdo que dispusiere lo contrario, salvo autorización expresa formal de la Compañía.*
Cláusula 12°.- Prescripción *Las acciones emergentes de un Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos años a contar de la fecha del siniestro.*	***Articulo 12°.- Vigencia.-*** *La vigencia de esta garantía es la señalada en las Condiciones Particulares de la presente Póliza. En caso de prórroga concedida para el cumplimiento de la obligación principal el contratante Asegurado dará aviso por escrito a la compañía quince (15) días hábiles antes del vencimiento de esta garantía.* *Según el Artículo 910 del Código de Comercio, no es responsabilidad de la Compañía mantener vigencia de la garantía en caso de incumplimiento del Art. Señalado. La responsabilidad de mantener vigente la garantía es exclusivamente del Contratista Afianzado. El vencimiento de la garantía, por sí solo, no es causal de ejecución de la misma, debiendo procederse a su renovación o sustitución según corresponda.*

Clausula 13°- Jurisdicción *Las acciones judiciales emergentes de esta póliza son de competencia y jurisdicción del juez del domicilio del Beneficiario.*	***Articulo 13°- Subrogación.-*** *Todo pago que efectué la Compañía bajo los términos de esta póliza, le da derecho para iniciar una acción de repetición contra el Contratista Afianzado, subrogándose por este simple hecho las acciones y derechos del Contratante Asegurado para los fines de repetición.* *Asimismo el contratista Afianzado, se constituirá en deudor de la Compañía en las sumas a su cuenta, sin la formalización de ningún otro requisito, siendo suficiente documento probatorio el finiquito de indemnización suscrito.*
Clausula 14° - Arbitraje *Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esa vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.* *Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1710 (Ley de Conciliación y Arbitraje).* *El Arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva.*	***Articulo 14° - Discrepancias.-*** *Si el Contratista Afianzado o el Contratante Asegurado encuentran que la Póliza no concuerda con lo convenido o con lo propuesto, pueden pedir rectificación correspondiente por escrito dentro de los quince (15) días siguientes a la recepción de la mismo Se consideraran aceptadas las estipulaciones de esta si durante dicho plazo no se solicita la mencionada rectificación.*
	Articulo 15.- Prescripción.- *Las acciones emergentes del Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos años a contar de la fecha de finalización de la vigencia de la póliza.*
	Articulo 16.- Conciliación y arbitraje.- *La compañía y el contratista afianzado, acuerdan que toda discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución o interpretación de la presente póliza o relacionado con ella, directa o indirectamente, se resolverá definitivamente mediante Peritaje o arbitraje, en sujeción al Artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros, y de conformidad con lo establecido en la Ley N° 1770 de fecha 10 de marzo de 1997.* *Para el caso del arbitraje, se conviene expresamente que el tribunal arbitral estará formado por Tres Árbitros, cada parte nombrara y el tercero será designado por ellos mismos por mutuo acuerdo.* *En caso de recurrir al arbitraje, las partes acuerdan acudir*

	al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio con sede en el departamento donde se ha suscrito la póliza. *La posibilidad de acudir al arbitraje en el marco del presente Artículo, prescribe en dos años a partir de la fecha del siniestro.*

CONSIDERANDO:

Que ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *mediante nota CITE: PRES/418/04/2012 de 9 de mayo de 2012 expresa, como descargos:*

1) *La cláusula comercializada con la póliza observada fue la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para entidades públicas, registrada por la autoridad supervisora en su oportunidad y vigentes a la fecha.*

2) *La aseguradora nunca promovió pólizas no registradas, de ninguna manera promocionó ni ofreció al público a través de medios de prensa u otros, algún producto que no estuviera acorde con lo establecido por la APS; en todo caso, solicita al regulador que haga mención expresa a la publicación o promoción efectuada.*

3) *En relación a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra Nº A0018070-Certificado Nº A0021961, comercializada con YPFB, explica que hubo una confusión en el armado de la póliza utilizándose el condicionado general de otro producto (dirigido a entidades privadas y que además, se encuentra registrado por la APS), que fue un error del ejecutivo comercial que no ha pretendido ocasionar o menos aún, ha ocasionado* ***perjuicio o daño al asegurado*** *(sic) y siendo evidente el error de traspapelado se hubiera recurrido al condicionado correcto en caso de necesidad o de* ***algún reclamo que nunca se produjo*** *(sic).*

CONSIDERANDO:

Que el descargo 1) de la Aseguradora resulta nada convincente ya que el texto de la norma infraccionada, el artículo 12.f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, establece que es obligación de las entidades aseguradoras registrar ante la APS ***todo*** *servicio o plan de seguros. A mayor ilustración diremos que el término TODO deviene del latín "totus" significando algo que se toma o comprende enteramente, su noción abarca lo absoluto sin términos medios ni partes; en otras palabras, que el registro debe ser de todas las partes de la póliza incluyendo el condicionado general y condicionado particular. La norma no hace particiones.*

Que el descargo 2) de la Aseguradora hay que contraponerla con la norma acusada de infracción; la prohibición del artículo 5.f) de la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS Nº 359 de 28 de Julio del 2000 expresa: "f. Promover o publicar pólizas de seguros que aún no hayan sido registradas en la Superintendencia, en las condiciones contempladas en el respectivo Reglamento de Registro de Pólizas". La norma acusada de infracción utiliza tanto el sustantivo "promoción" como el verbo "promover". Mientras que el primero significa la

acción y efecto de promover, el segundo denota tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo, teniendo como sinónimos a "causar", o "provocar", entre otros.

Que sin entrar en mayores disquisiciones semánticas, se puede inferir que sin la acción previa de la Aseguradora de dar a conocer y de explicar el contenido de la póliza para que las otras partes, y obviamente, de convencer y captar clientes que le produzcan beneficio (ya que ese es su objeto), la firma de los contratantes no hubiera tenido lugar. Ergo, la Aseguradora ha "promocionado" la póliza y logró su realización, la firma del mismo en un contrato propio del ámbito del Seguro.

Que en cuanto al argumento 3) de la Aseguradora, se debe manifestar que el meollo de la infracción radica en que si bien la póliza ha sido registrada ante la APS, LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. ha comercializado pólizas con textos distintos a los registrados, como se ha demostrado en la matriz precedente. Por otro lado, argumentar que no se causó daño o perjuicio, contradice la situación creada a raíz de la emisión de la carta CITE: DRSG. POT. 051/2011 de 27 de abril de 2011 de la Aseguradora a YPFB, y de la carta YPFB/DNA 1276 USG 469/2012 de 10 de octubre de 2011 de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos dirigida a esta APS, correspondencia cursante en antecedentes de este caso.

Que por lo demás, LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. acepta que hubo errores en el "armado" de la póliza, lo que nos inhibe de mayores análisis.

CONSIDERANDO:

Que de lo expuesto, se concluye que ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *no ha desvirtuado los cargos acusados y más bien, los ha confirmado a través de su propia confesión.*

Que dada la naturaleza de las conductas descritas, las mismas se encuadran en las normas citadas como incumplidas, por lo que corresponde aplicar la sanción en Bolivianos equivalente a 39.186 Unidades de Fomento a la Vivienda, por adecuarse la conducta a lo tipificado en el artículo 16.m) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, concordante con el tercer párrafo del artículo 52 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 2 de julio de 2012, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 348-2012 de 25 de mayo de 2012, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 525-2012 DE 24 DE JULIO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2012 de 24 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 348-2012 de 25 de mayo de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que a los fines de resolver el recurso que nos ocupa, es necesario esquematizar el caso para simplificar su resolución. En realidad se trata de que ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *comercializó con YPFB la Póliza Nº A0018070 en fecha 17 de diciembre de 2011 bajo el código de registro SPVS: 101-922212-2007 11 250. Sin embargo, el texto del código de registro corresponde a la Póliza de Textos Únicos para Fianzas para Entidades Públicas, aprobado mediante Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007 y aprobado para la aseguradora mediante Resolución Administrativa Nº 947 de 9 de noviembre de 2007; de cuya consecuencia, se evidencia fácilmente, que los textos de la Póliza comercializada con YPFB no corresponden con el registro que anotó la recurrente.*

CONSIDERANDO:

Que anotado lo anterior, corresponde el desglose y contrastación de las alegaciones del recurso de revocatoria con los hechos que constituyen prueba irrefutable de la inconducta administrativa de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.***

Que en cuanto al argumento 1 de la aseguradora y anotada en el anterior Considerando de esta resolución, esta APS nada tiene que objetar.

Que en cuanto al argumento 2 y 3 anotado en el anterior Considerando, se debe manifestar que el meollo de la infracción radica en que si bien la póliza ha sido registrada ante la APS, ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *ha comercializado pólizas con textos distintos a los registrados, como se ha demostrado en la matriz que cursa en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 348-2012 de 25 de mayo de 2012. Es más, es la propia aseguradora que acepta, que confiesa el error, y por tanto la infracción como consecuencia de dicho error. En efecto, tal aceptación cursa, no sólo en el memorial de recurso que nos ocupa, sino también en la carta CITE: PRES/418/04/2012 de 9 de mayo de 2012.*

Que si bien se otorga la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra con el número de registro 101 922212 2007 11 250 que corresponde a la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, el texto que ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *inscribe en tal póliza corresponde más bien al código 101 9222200 2000 10 015 (propio para entidades privadas), registrada mediante la Resolución Administrativa IS Nº 526/2000 de 2 de octubre de 2000. En adición, es importante notar que si bien las condiciones particulares contienen el número de registro, el condicionado general no lleva número de registro alguno por tanto, no se puede alegar confusión o supuesta "buena fe" en el armado de la póliza comercializada, ya que en el fondo, lo que ha hecho la aseguradora, es inscribir el texto de una póliza para entidades privadas a una póliza para entidades públicas.*

Que en cuanto al argumento 4 de la Aseguradora y anotado en el anterior Considerando, se debe señalar que la buena fe es válida para todos los actos de la vida, pero con más

prudencia, diligencia y cuidado en actos con efectos jurídicos como el que nos ocupa. La buena fe consistente en "creer" que se está actuando correctamente no quiere decir (y de ninguna manera exime) que no se apliquen criterios de prudencia, que no se apliquen controles de calidad de los actos de la aseguradora. Por el resultado que ha tenido la comercialización que nos ocupa, la aseguradora tendrá por cierto que no es suficiente "considerar siempre que la póliza entregada al asegurado contenían las cláusulas pertinentes y en ningún momento supuso que eran incorrectas". Evidentemente, la buena fe alegada no constituye soporte suficiente para detectar trámites que denotaban incumplimientos de normas.

Que sirva esta alegación de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *para citar lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros* ***estimará*** *la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o* ***de especial diligencia****, según sea el caso. A estos efectos,* ***todo representante legal, empleado o contratado de una persona sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares****" (El subrayado es de la APS).*

Que en cuanto al argumento 5 de la Aseguradora y anotado en el anterior Considerando, es pertinente reiterar lo expuesto en el párrafo anterior, añadiendo que si bien se está hablando de dos textos de pólizas registrados, ello no quita demérito al error en que se ha incurrido al aplicar el texto de una póliza (para entidades privadas) a otra póliza (para entidades públicas). El hecho de haber procedido ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *de esta manera, configura el escenario de comercializar pólizas con textos distintos a los registrados y por tanto, pólizas con textos no registrados.*

Que en cuanto a los argumentos 6, 7 y 8 de la Aseguradora y anotado en el anterior Considerando, habrá de referirse al principio de proporcionalidad entendido como la exigencia de que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma, resulten adecuadas a los fines de la norma, implicando que la sanción no constituya excesiva ni tampoco haga escarnio (sic) *de la norma con una sanción ínfima. En otras palabras, una relación razonable entre los medios empleados y el fin perseguido.*

Que ahora bien si esa es la base conceptual y doctrinaria del principio de proporcionalidad, la norma boliviana, en el artículo 4.p) de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que tal principio se expresa en que la Administración actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

Que siguiendo este razonamiento, está fuera de discusión las facultades sancionatorias de esta APS, así como tampoco se cuestiona la atribución de aplicar las sanciones, de acuerdo a su prudente criterio, graduando las mismas en atención a las circunstancias particulares de cada caso. En efecto, ninguna disposición atinente al caso que nos ocupa considera que para aplicar una sanción se esté al monto o cuantía que importe una infracción o incumplimiento. En todo caso, los elementos a considerar son la

subsanabilidad o insubsanabilidad del cumplimiento de la norma como resultado de negligencia, dolo o culpa, así como el daño económico causado.

Que más allá de la suma comprometida (valor caucionado) en este caso o más allá de la prima que obtuvo la aseguradora, se debe tener en cuenta el acto en sí mismo. La gravedad del robo, por citar un ejemplo, no radica en el monto o número de bienes, sino, en al acto de despojar de un bien jurídicamente protegido a su legítimo propietario. Mutatis mutandis, la gravedad del incumplimiento de una norma administrativa radica en el acto en sí y no en el monto como engañosamente cree la recurrente. El acto consistió en comercializar pólizas con textos que no se correspondían entre sí. Y este acto, teniendo presente que es un quehacer cotidiano de la aseguradora (ya que es su objeto único), no sólo revela descuido, negligencia y falta de controles de calidad, sino, precisamente un acto o actos que enervan la buena fe con que los clientes o usuarios toman los servicios de la aseguradora (que confían en la profesionalidad y seriedad, más allá de confusiones de "armado" de los productos), extremo que es de suma gravedad para el mercado de seguros.

Que teniendo presente todos estos elementos, la APS, ha tipificado la falta de la aseguradora como infracción leve y se circunscribió a los límites que tal rango determina. En todo caso, esta APS no ha acusado de reincidencia o reiteración a ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.***

Que respecto de la no existencia de daño causado, los argumentos de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *contradicen la situación creada a raíz de la emisión de las cartas CITE: DRSG. POT 051/2011 de 27 de Abril de 2011 y YPFB/DNA 1276 USG 469/2012 de 10 de octubre de 2011, correspondencia cursante en antecedentes. El hecho de rechazar la ejecución de una póliza, como ha ocurrido en este caso,* ***por se****, (sic) implica perjuicio para el beneficiario quien ve burlado sus expectativas y "buena fe" de que la aseguradora procederá conforme a lo estipulado.*

Que en cuanto al argumento 9 de la Aseguradora y anotado en el anterior Considerando, esta APS no encuentra elementos que configuren ilegalidad de la resolución que se impugna, si por ilegalidad vamos a entender (de acuerdo con Ossorio) lo que es contrario a la ley, por lo mismo, viciado de nulidad, ya que en la emisión de la Resolución impugnada se ha observado escrupulosamente el debido proceso, las garantías de defensa del regulado, los plazos legales, las atribuciones de esta APS y todo cuanto tiene que considerarse.

CONSIDERANDO:

Que un análisis adicional merece el contenido de la carta (por sus implicancias en el caso que nos ocupa) de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *CITE: DRSG.POT. 051/2011 de 27 de abril de 2011 (dirigida a Y.P.F.B.) en la que, y en referencia a las cláusulas del Condicionado General de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra A0018070, señala que dicha "…compañía no estará obligada a responder por la garantía extendida bajo dicha póliza, mientras las partes no resuelvan sus diferencias por la vía señalada…"*

El texto transcrito precedentemente no se encuentra registrado ante la APS como parte del proceso normal de registro de Pólizas de acuerdo a Ley habiendo sido comercializado por ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con la principal entidad petrolífera nacional. En adición a estos dos elementos (omisión de registro y posterior comercialización) instrumentados unilateralmente, se tiene que sirvió, en su día, de pretexto para justificar el no pago de la indemnización reclamada, aspecto que agrava la actuación de la aseguradora inevitablemente…"*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 14 de agosto de 2012, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 525-2012 de 24 de julio de 2012, argumentando lo siguiente:

"…III. FUNDAMENTOS

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. *interpone el presente recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 525/2012, puesto que esta resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo sancionador, tal como pasamos a demostrar a continuación:*

1. En relación a la presunta infracción cometida al inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° A0018070 - Certificado N° A0021961, comercializada con Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, fue comercializada con la Cláusula de Ejecución Inmediata condicional para entidades públicas, registrada por la autoridad supervisora en su oportunidad y vigente a la fecha. Debido a una confusión en el armado
de la póliza, se utilizó el condicionado general de otro producto (dirigido a entidades privadas y que además está debidamente registrado por la Autoridad Supervisora), por lo que, tomando en cuenta que tenemos registrado el producto para entidades públicas, es evidente que este hecho fue una equivocación por parte del ex - ejecutivo comercial durante el armado de la póliza, aspecto que queda totalmente evidenciado por los registros que corren en la Autoridad fiscalizadora.

Queda claro que ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** ***registró este producto****, por lo que no es correcto el señalar que se haya comercializado en esta póliza, cláusulas no registradas por la Autoridad Supervisora.*

2. Uno de los principios más importantes en el Derecho Administrativo es el principio de buena fe, en sentido que todos los participantes de la relación jurídica administrado-administración actúan dentro del marco de la buena fe entendida como la realización de las actividades sin buscar ventajas ni afecciones a terceros y mucho menos con una intencionalidad de ocasionar daño o perjuicio a terceros. La buena fe es ese estado de convicción con relación a un determinado asunto, que hace en la persona que ejecuta que realmente considera que ese asunto es correcto (independientemente que exista alguna confusión u error).

Eduardo Couture definía a la buena fe como "calidad jurídica de la conducta legalmente exigida de actuar en el proceso con probidad, con el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón". La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. siempre consideró que la póliza entregada al asegurado contenía las cláusulas pertinentes y en ningún momento supuso que las mismas no eran las que correspondían a esa póliza.

3. En ese sentido, no puede sancionarse por haber por infracción (sic) de los incisos f) y n) del Art. 12 de la Ley de Seguros; a los Arts. 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS N°070/99 e infracción de la Resolución Administrativa IS/N° 731/2007, puesto que en ningún momento hemos comercializado una póliza con cláusulas no registradas, sino simplemente se trató de un error al armar la póliza y entregarla al asegurado. Si existe una infracción, cosa que no aceptamos porque se actuó siempre de buena fe, sería la de falta de cuidado. Demás está decir que las cláusulas "erróneas" que se adjuntaron a la póliza también se encuentran registradas.

4. En el caso que se analiza, reiteramos se actuó de buena fe y prueba de ello es que al haberse producido daño, se aceptó el reclamo y se realizó el desembolso a favor de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos del valor caucionado por la póliza objeto de sanción de Bs. 4.200.00 (Cuatro Mil Doscientos Bolivianos 00/100) como lo demuestra el CITE:DRSG.POT.022/2012 que se adjunta. Por lo que, lo señalado por la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2012 no tiene asidero: "...El hecho de rechazar la ejecución de una póliza, como ha ocurrido en este caso, per se, implica perjuicio para el beneficiario quien ve burlado sus expectativas y "buena fe " de que la aseguradora procederá conforme lo estipulado"; y menos aún cuando se señala: "...En adición a estos dos elementos (omisión de registro y posterior comercialización) instrumentados unilateralmente, se tiene que sirvió en su día, de pretexto para justificar el no pago de la indemnización reclamada, aspecto que agrava la actuación de la aseguradora inevitablemente."
Por lo señalado en la Resolución Administrativa que se recurre, se establece que la APS no tiene ninguna base de sustento de la agravación que se alega. De hecho, es más que preocupante que el ente regulador actúe contra el principio de buena fe aludido.

5. Otro de los principios aplicables a los procedimientos sancionatorios es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión que se debe resolver en cada caso, de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado, debiendo observarse que el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "...en lo que respecta a la debida

adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión ".

En el presente caso, queda clara la inexistencia de intencionalidad o dolo porque la compañía registra los productos que comercializa y aún en este caso, las condiciones generales y particulares entregadas fueron registradas ante el ente supervisor.

En su momento también, reconocimos el descuido que dio origen a la presente sanción porque no es de nuestro interés generar daño o engañar a nadie. Como queda establecido también, no se ha generado ningún perjuicio porque todo se generó a raíz de un error al armar la póliza y entregarla al asegurado y no se trata, como pareciera entender el ente fiscalizador, de un plan instrumentado unilateralmente para evadir responsabilidades, prueba de ello es el pago realizado.

En consecuencia, de una interpretación correcta de los hechos, tampoco podemos hablar de reincidencia porque ha sido un hecho aislado, un error que no tenía ningún trasfondo de mala fe.

6.- Siguiendo este análisis y en función a todo lo expuesto, es una verdad de Perogrullo indicar que la sanción definida por el regulado (de Bs 68.922.30.-) resulta extremadamente onerosa y desproporcional. NO hay relación entre la sanción impuesta y el monto del valor caucionado (nuestra prima fue de Bs 350.- y el desembolso de La Boliviana a favor de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos fue de Bs. 4.200.00), por lo que la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa tan elevada como sanción.

IV. PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N⁰ 525-2012 de fecha 24 de julio de ***2012,*** *mediante la cual se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N⁰ 302-2012 de 10 de mayo de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS.*

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, correspondiente del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esa autoridad:

1) Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.
2) Reconozca la legitimidad de nuestra compañía para actuar dentro de este proceso
3) Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando totalmente la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 525-2012…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. Antecedentes.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sanciona a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A con una multa en bolivianos equivalente a 39.186 UFV's (Unidades de Fomento a la Vivienda), por contravención a los incisos f), n) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070/1999 de 23 de abril de 1999, al inciso f) del artículo 5 del Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros y al artículo 8 de la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

La infracción corresponde a la comercialización y promoción de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° A0018070 - Certificado N° A0021961 con Cláusulas no registradas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, así como haber modificado el texto uniforme de la Póliza y de las Cláusulas aprobadas por la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

De conformidad con los antecedentes, se evidencia que la citada Póliza contiene un Condicionado General que corresponde a Entidades Privadas y un Condicionado Particular y Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, sin embargo por el citado código, la Entidad Aseguradora registró, ante la APS, la póliza de textos únicos para fianzas para **Entidades Públicas**, aprobado mediante Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007 y aprobado para la aseguradora mediante la Resolución Administrativa N° 947 de 9 de noviembre de 2007.

1.2. Normativa Imputada.-

Previo al análisis de fondo nos remitiremos a la norma imputada que se transcribe a continuación:

- **LEY DE SEGUROS N° 1883 DE 25 DE JUNIO DE 1998.-**

  "Artículo 12.- Obligaciones de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:*

  "…f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros.

…n) Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos."

- **REGLAMENTO DE REGISTROS DE PÓLIZAS ANEXOS U CLÁUSULAS ADICIONALES, (RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS/Nº 070/1999 DE 23 DE ABRIL DE 1999).-**

  Articulo 2. (Plazo de Registro Para Nuevas Pólizas, Anexos o Cláusulas).-

  "Las pólizas, anexos o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización.

  El (los) documento(s) objeto de la solicitud del registro, deberán contener como información mínima:

  - *Fecha de la Solicitud*
  - *Entidad Aseguradora*
  - *Ramo de Aplicación*
  - *Nombre de la póliza, anexo o clausula adicional*
  - *Observaciones: (modificaciones, actualizaciones, registro previo a su comercialización o bien simultáneo a su utilización por primera vez, etc.)*
  - *En los seguros de vida y casos especiales en que la SPVS así lo requiera: Nota Técnica sustentatoria.*

  Todo documento a ser registrado deberá enmarcarse en las disposiciones legales vigentes así como poseer un lenguaje claro no sujeto a ambigüedades…."

  Artículo 5. (Ilegalidad de Póliza no Registrada)

  "Toda póliza de seguros, anexo o clausula adicional que no se encuentre registrada en la SPVS, será considerada ilegal.

  La comercialización de pólizas, uso de anexos o clausulas adicionales no registradas en la SPVS, será pasible de sanción por la SPVS a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran emerger de tal situación para la entidad aseguradora."

- **REGLAMENTO DE PROMOCIÓN Y PUBLICACIONES DE SEGUROS, APROBADO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS/Nº 359 DE 28 DE JUNIO DE 2000.**

  "…Artículo 5: (Prohibiciones) *Toda actividad de promoción y publicidad desarrollada por los operadores del seguro estarán sujetas a las siguientes prohibiciones:*

  …f. *Promover o publicar pólizas de seguros que aún no hayan sido registradas en la Superintendencia, en las condiciones contempladas en el respectivo Reglamento de Registro de Pólizas."*

- **ARTÍCULO 8 DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS/N° 731 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2007.**

  "ARTICULO 8° *Las Pólizas aprobadas mediante la presente Resolución, deberán ser comercializadas, obligatoriamente con la Clausula de Ejecución inmediata Condicional para Entidades Públicas ó con la Clausula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí*

  Las entidades aseguradoras quedan prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados en la presente Resolución."

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Del cumplimiento del Principio de Tipicidad.-

La recurrente señala que no existe un incumplimiento a la normativa imputada correspondiente a los incisos f) y n) del artículo 12 de la Ley de Seguros, ni a los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS/N° 070/1999 de 23 de abril de 1999, ni al inc. f) del artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 359 de 28 de junio de 2000.

Para dicho efecto, corresponde en primer término, analizar el principio de tipicidad, mismo que permitirá a la suscrita Autoridad, emitir el pronunciamiento respectivo.

El principio de Tipicidad, desarrollado ya por éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 02/2012 de 19 de enero de 2012, es:

"…El principio de tipicidad, responde al principio de "nullum crimen sine lege" lo que quiere decir "no existe crimen sin Ley previa que lo consagre". Por tanto el cumplimiento del Principio de Tipicidad, se consagra como una garantía jurídica para el supuesto actor de un delito -imputado, juzgado o procesado-, sea juzgado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma.

Que al respecto de la tipificación de las sanciones ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de fecha de 20 de enero de 2011 determinó:

"…Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:

La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: ***1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***

Congruentemente con lo anterior, tenemos que el ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*

El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:

"El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas*** *(...)*

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa (...)" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

"… la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****. Bajo*

ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *"nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria..."*

Ahora bien, subsumiendo al caso de autos, y teniendo clara la aplicación del principio de tipicidad, revisemos:

2.1.1. Incumplimiento al artículo 12 inc. f) de La ley de Seguros: El inciso f) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, determina en términos generales la obligación de registro de *todo servicio, seguro o plan de seguros.*

De acuerdo a la imputación dada mediante nota de cargos APS/DS/2782/2012, de 13 de abril de 2012, la APS delimitó la misma a la **comercialización de la Póliza** y se centró en la existencia de cláusulas no registradas, al señalar textualmente lo siguiente:

"***por haber comercializado*** *a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° A0018070 - Certificado N° A0021961* ***con Cláusulas no registradas*** *por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros."*
(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es así que, por una parte imputa la infracción de falta de registro, sin embargo centra la conducta de la Entidad a la comercialización de póliza con cláusulas no registradas, situación que no condice con el Principio de Tipicidad antes desarrollado.

Por lo que, la normativa imputada, como tal, no hace a la conducta infringida y expuesta por la APS, misma que a su vez adolece de precisión, al mostrar la inconsistencia de manejar el registro de cláusulas como si fueran individuales y separadas de la Póliza, cuando la infracción se dio en la comercialización de la Póliza que en su conjunto no estaba registrada.

Es así que, la APS, al imputar una norma que obliga el registro, pero basa la infracción en la comercialización y restringe a cláusulas no registradas, infringe el Principio de Tipicidad.

Por tanto, no corresponde que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., sea sancionada por incumplimiento al artículo 12 inc. f) de la Ley de Seguros.

2.1.2. Incumplimiento a los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999: Los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999, hacen referencia a que toda Póliza de seguros, anexo o cláusula adicional que no se encuentre registrada en la SPVS, **será considerada ilegal y que la comercialización de pólizas**, uso de anexos o cláusulas adicionales no registradas en la SPVS, **será pasible de sanción por la SPVS.**

Por lo que para entrar al análisis de este punto, se debe tomar en cuenta lo que establece el Código de Comercio respecto de la Póliza:

"…***SECCION IV***
POLIZA

Art. 1007. - (CONTENIDO). La póliza de seguro debe contener, además de las condiciones generales del contrato, los siguientes requisitos*:*

1) Denominación y domicilio del asegurador.

2) Nombre del asegurado y, en su caso del beneficiario;
3) Identificación clara y precisa del interés asegurado o de la persona o personas aseguradas;
4) Indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento del seguro o modo de determinar unas y otras.
5) Suma asegurada o modo de precisarla;
6) Riesgos a cargo del asegurador;
7) Prima o modo de determinarla y su forma de pago;
8) Fecha y lugar donde se celebra el contrato, y
9) ***Las demás cláusulas de acuerdo con las disposiciones de este Título y las especiales y particulares acordadas por los contratantes****. Los anexos que se suscriban para modificar, complementar, renovar o rehabilitar el contrato, deben indicar la identidad precisa de la póliza de la cual forman parte, bajo responsabilidad del asegurador…."*
(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se puede advertir, la Póliza no es un compendio de cláusulas aisladas, sino por el contrario, es un conjunto de partes que forman un todo que, para el caso de análisis, comprende:

- El Condicionado General
- El Condicionado Particular
- Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas

Por lo tanto, cuando la norma hace referencia a Póliza, se la debe entender, en sus tres componentes y no cada uno de forma aislada, es decir que la Póliza no está conformada por cláusulas registradas independientemente, sino como un todo, situación que no parece haber tomado en cuenta, la recurrente, en el Recurso Jerárquico.

Es así que, no es válido el argumento de la recurrente en sentido de justificar, la emisión de la referida Póliza con las características señaladas anteriormente, aduciendo que las cláusulas del Condicionado General (para Entidades Privadas) así como las cláusulas del Condicionado Particular y la Cláusula de Ejecución inmediata Condicional (para Entidades Públicas) se hallaban registradas, pues el registro es de la Póliza en su integridad y no de las cláusulas (léase Condicionado Particular o Condicionado General) de forma individual y por lo tanto **a tiempo de referirnos sobre la comercialización**, no podemos inferir más que el todo, es decir la Póliza con todos sus componentes.

También es necesario tomar en cuenta la definición del término Comercializar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que indica: ***Poner a la venta****;* por lo tanto, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. al haber vendido, a la empresa constructora Consultora ELCA, una "nueva póliza", distinta a las registradas, ha infringido lo dispuesto en los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070/1999 de 23 de abril de 1999**.**

Dicha situación que a su vez, se ve confirmada cuando es la propia entidad recurrente, quien mediante CITE: DRSG.POT.051/2011 de fecha 27 de abril de 2011, comunica al beneficiario de la póliza, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, que el trámite de ejecución de la póliza quedará paralizado mientras no se llegue a un acuerdo con el afianzado, para lo cual hacen referencia al artículo 8 (Discrepancias sobre el Contrato Principal) del Condicionado General, el mismo que no corresponde al Condicionado General del Texto Único para Fianzas para Entidades Públicas, emitida a través de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, lo que demuestra que la propia entidad **le da el valor total a la Póliza en su conjunto.**

2.1.3. Incumplimiento al artículo 12 inc. n) de la Ley de Seguros, por haber infringido lo establecido en el inc. f) del artículo 5 del Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros: El artículo 5 inc. f) del Reglamento de Promoción y Publicación de Seguros, refiere que toda actividad de promoción y publicidad desarrollada por los operadores del seguro estarán sujetas a las siguientes prohibiciones: **promover o publicar pólizas de seguros que aún no hayan sido registradas.**
Que, en el presente caso, la APS restringe su imputación a la promoción de Pólizas de Seguros, situación, que nos lleva al siguiente análisis:

El Reglamento de Promoción y Publicación de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa IS 359 de 28 de julio de 2000, en su artículo 2 refiere que la palabra Promoción, se entendería como el acto de informar, persuadir y recordar, existiendo entre ellas una relación directa, ya que al informar se persuade o recuerda, así la información y persuasión llegan a ser efectivas a través de alguna forma de comunicación.

De lo transcrito, tenemos que, para que la aseguradora haya sido sancionada, por este artículo, ésta debió promover la póliza en cuestión, a través de algún

medio de comunicación, al no haberse promovido o publicitado la referida póliza de seguros, ha hecho que la conducta no se adecúe al tipo.

Del análisis ut supra, se tiene que, no corresponde sancionar a la recurrente por el incumplimiento al artículo 12 inc. n) de la Ley de Seguros, por haber incumplido lo establecido en el inc. f) del artículo 5 del Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros, debido que la conducta realizada no hace a la imputada.

2.1.4. Incumplimiento al artículo 8 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007: El artículo 8 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, determina:

"… que *las entidades aseguradoras quedan* ***prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados en la presente Resolución****."*

Compulsado el expediente, se tiene que es la propia entidad aseguradora, quien acepta que existió una confusión en el armado de la póliza, al haberse utilizado el condicionado de otro producto dirigido a entidades privadas para la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° A0018070 Certificado N° 0021961,

Que, esta declaración, nos conduce a determinar que sí se ha modificado el texto de la póliza, más allá de la existencia o no de intención, por lo que, no cabe otra conclusión que la entidad aseguradora ha incumplido el artículo 8 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y por lo tanto merece sanción.

2.2. Proporcionalidad de la Sanción.-

La recurrente señala que el Ente Regulador no habría considerado el principio de proporcionalidad al momento de imponer una sanción que, si bien, existiría un incumplimiento, este se debió a un error en el armado de la póliza.

Que, por todo el análisis efectuado en el numeral anterior, se ha podido constatar que no existió incumplimiento al artículo 12 inc. f) y n) de la Ley de Seguros, ni al inc. f) del artículo 5 del Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros pero sí, al artículo 8 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999.

Ahora bien, revisado el expediente administrativo, se determina que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha calificado la infracción como leve correspondiendo aquel incumplimiento, conforme determina el artículo 52 de la Ley de Seguros, como enmendable o subsanable y resultante de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no han causado daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

Por lo que, los argumentos en los que funda la recurrente su defensa, se encuentran delimitados en el carácter que hace una infracción leve, y avala la imposición de sanción de multa pecuniaria, conforme prevé el artículo 52 de la Ley de Seguros y artículo 16 de la Resolución Administrativa IS/ 602 de 24 de octubre 2003 (Reglamento de Sanciones del Sector Seguros).

Del análisis de la propia norma, citada precedentemente, tenemos que el artículo 16 del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros faculta al órgano regulador a sancionar con multa no menor a 784 (setecientos ochenta y cuatro Unidades de Fomento a la Vivienda), ni mayor a 39.186 UFV's (Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), este hecho justamente evidencia una facultad discrecional por parte del órgano fiscalizador para graduar y determinar el importe de la multa dentro del límite establecido en la norma.

Por lo que, tenemos que, independientemente de que existan normas que no fueron incumplidas por la recurrente, la sanción se enmarca en dentro de los parámetros de la norma que hace una infracción leve y así mismo y no menos importante, es que la sanción corresponde una sola conducta infringida, por lo que el Ente Regulador en uso de la facultad discrecional que le asiste, ha determinado una multa correspondiente a las circunstancias del caso.

Finalmente, se ha detectado que la sanción impuesta se encuentra fundamentada y no ha respondido al capricho o a la arbitrariedad de la Autoridad como sugiere la recurrente, sino que las sanciones se han dado atendiendo, las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, conforme se evidenció previamente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, y de la revisión de la documentación cursante en el expediente, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha sometido su actuar a lo establecido por norma, determinando la infracción de la normativa y la adecuación a la conducta imputadas salvo lo ya determinado en el análisis ut supra.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 I. inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá Confirmar parcialmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 525-2012 de 24 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 348-2012 de 25 de mayo de 2012, confirmando el artículo segundo y tercero y modificando el artículo primero de la siguiente manera:

> ***"PRIMERO.- SANCIONAR a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *con una multa en bolivianos equivalente a 39.186 UFV's (Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por infracción de los artículos 2 y 5 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070/1999 de 23 de abril de 1999 y artículo 8 de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007 y* ***DESESTIMAR*** *la aplicación de sanción por los incumplimientos imputados al incisos f) y n) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998 y artículo 5 del Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros aprobado mediante la Resolución Administrativa IS Nº 359 de 28 de junio de 2000".*

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 437-2012 DE 20 DE JUNIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 066/2012 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2012

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 066/2012

La Paz, 20 de noviembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (BBVA Previsión AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 437-2012 de 20 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 190-2012 de 29 de marzo de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 037/2012 de 06 de septiembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 126/2012 de 22 de octubre de 2012, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 12 de julio de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.** legalmente representada por su Gerente de Administración y Medios Yobana Aguilera Rosado tal como lo acredita el Testimonio N° 513/2012 de 11 de abril de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 437-2012 de 20 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 190-2012 de 29 de marzo de 2012.

Que, en fecha 18 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA Previsión AFP S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 437-2012 de 20 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de julio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA Previsión AFP S.A**. mismo que fue notificado el 26 de julio de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ//DPC/5751/2011 de 20 de diciembre de 2011, notifica a **BBVA Previsión AFP S.A**., con las contravenciones en las que habría incurrido la entidad, no siendo objeto de impugnación los Cargos 4, 5, 9, 10 y 11, en Recurso Jerárquico:

"A) CASO: Guido Efraín Bueno Molina.
(…)
Cargo 1.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 respectivamente, con referencia al* ***Segundo Proceso Ejecutivo Social,*** *debido a que la AFP habría iniciando las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente, por los períodos octubre/2009 y noviembre/2009; de la primera ampliación febrero/2010 a abril/2010 y; de la segunda ampliación por junio/2010 y julio/2010, presentándose con demora la demanda.*

Lo anterior se detalla en el siguiente cuadro:

Periodo de cotización	*Plazo de Inicio del PES*	*Inicio Demanda del PES*	*Observaciones*
Oct-09	*Mar-10*	*04/05/2010*	*Incumple*
Nov-09	*Abr-10*	*04/05/2010*	*Incumple*
Feb-10	*Jul-10*	*12/10/2010*	*Incumple*
Mar-10	*Ago-10*	*12/10/2010*	*Incumple*
Abr-10	*Sep-10*	*12/10/2010*	*Incumple*
Jun-10	*Nov-10*	*04/01/2011*	*Incumple*
Jul-10	*Dic-10*	*04/05/2010* (sic)	*Incumple*

B) CASO: Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU
(…)
Cargo 2.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 259 de 23*

de junio de 2000, al advertir que en el Procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo y de aclaración, no habría remitido las comunicaciones escritas y dentro de plazos señalados al Empleador EMMU, correspondiente a los siguientes períodos:

Períodos	*Gestión*
De junio a diciembre	*2009*
De enero a diciembre	*2010*
De enero a marzo	*2011*

Cargo 3.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 respectivamente, con referencia al* ***Cuarto Proceso Ejecutivo Social,*** *debido a que la AFP habría iniciando las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente, por los períodos febrero/2010 a mayo/2010, inserta en la Nota de Débito N° 16288, presentándose con demora la demanda. Asimismo la copia del expediente remitida a esta Autoridad, estaba incompleta con respecto a las actuaciones procesales realizadas.*

Lo anterior se detalla en el siguiente cuadro:

Periodo de cotización	*Plazo para iniciar PES*	*Fecha de la demanda*	*Observación*
Feb-10	*Jul-10*	*25/08/2010*	*incumple*

Cargo 4.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Periodo comprendido sin movimiento procesal: *(Primer PES)*

- *Juzgado de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de El Alto – Bolivia.*
- *El primer PES inicia con la demanda presentada en fecha 13 de agosto de 1999, adjunta la Nota de Débito N° 000156.*
- *Luego de varias actuaciones se tiene que, el* ***18 de noviembre de 2006****, BBVA Previsión AFP S.A., reitera solicitud de levantamiento de retención de fondos.*
- *El* ***25 de marzo de 2010****, el representante legal de la EMMU, presenta un memorial respondiendo negativamente a la ampliación de la demanda ejecutiva, interponiendo recurso de apelación contra el Auto Intimatorio de Pago.*

- *De lo anteriormente expuesto, desde el **18 de noviembre de 2006** al **25 de marzo de 2010 existen mil doscientos veintitrés (1223) días sin que exista movimiento procesal diligente**, por parte de la AFP.*
- *Asimismo se tiene que, mediante memorial de **30 de abril de 2010,** la Administradora responde el memorial presentado por EMMU, y solicita su rechazo.*
- *El **25 de abril de 2011** la AFP emite la nota PREV/OP/0443/04/2011 la cual adjunta la copia del expediente del caso analizado.*
- *De lo anteriormente expuesto, desde el **30 de abril de 2010** al **25 de abril de 2011** existen **trescientos sesenta (360) días sin movimiento procesal diligente.***

***Periodo comprendido sin movimiento procesal:** (Ampliación demanda PES)*

- *Juzgado Segundo de Trabajo y de Seguridad Social de la ciudad de La Paz.*
- *Por medio de memorial de agosto de 2009, el cual no cuenta con sello de cargo del juzgado, se amplía la demanda por los períodos de diciembre/2008, enero/2009 a mayo/2009 en la Nota de Débito Nº 10545.*
- *El **05 de octubre de 2009**, el oficial de diligencias del Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social, realiza una representación indicando que el representante de la Empresa demandada no pudo ser habido.*
- *Mediante memorial de **26 de febrero de 2010**, BBVA Previsión AFP S.A., solicita se proceda a la notificación por cédula.*
- *Se pudo evidenciar que desde el **05 de octubre de 2009** al **26 de febrero de 2010, se evidencia ciento cuarenta y cuatro (144) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP.*
- *El **30 de abril de 2010,** la Administradora responde memorial de contrario y solicita su rechazo.*
- *En fecha **07 de septiembre de 2010,** notifica a la parte demandada.*
- *Se puedo evidenciar que desde el **30 de abril de 2010** al **07 de septiembre de 2010, se evidencian ciento treinta (130) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP.*
- *Mediante Memorial de **31 de enero de 2011,** BBVA Previsión AFP S.A., adjunta pase profesional y señala nuevo domicilio profesional.*
- *Se pudo evidenciar que desde el **07 de septiembre de 2010** al **31 de enero de 2011, se evidencia ciento cuarenta y seis (146) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP.*

***Periodo comprendido sin movimiento procesal:** (Tercer PES).*

- *Juez Segundo de Trabajo y de Seguridad de la ciudad de La Paz.*
- *El tercer proceso se inicia mediante la demanda presentada el 03 de marzo de 2008, acompañada de la Nota de Débito No. 6210-29, de 01 de febrero de 2008.*
- *El 26 de marzo de 2008, la Administradora señala domicilio procesal.*
- *Mediante Decreto de 27 de marzo de 2008, el Juez Segundo de Trabajo y Seguridad Social, dispone que con carácter previo, fundamente su petitorio conforme a norma.*
- *Mediante memorial de 02 de mayo de 2008, la Administradora fundamenta su petitorio.*
- *El 03 de mayo de 2008, el juez insiste con la fundamentación de petitorio.*

- *El 18 de junio de 2008, la Administradora subsana lo observado y pide se dicte Auto Intimatorio de Pago.*
- *Mediante decreto de 19 de junio de 2008, el juez reitera que se fundamente el petitorio.*
- *Posteriormente por memorial de **17 de febrero de 2011**, la Administradora solicita se proceda a la notificación por cédula.*
- *El **24 de agosto de 2010**, se efectúa la notificación a la empresa demandada.*
- *Se pudo evidenciar que desde el **17 de febrero de 2011** al **24 de agosto de 2010, existen ciento ochenta y ocho (188) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP.*

***Periodo comprendido sin movimiento procesal:** (Ampliación demanda PES)*

- *Juez de Trabajo y de Seguridad de la ciudad de La Paz.*
- *El 28 de enero de 2010, la AFP amplía la demanda por los periodos de junio a septiembre de 2009 detallados en la Nota de Débito No. 12011.*
- *El 26 de febrero de 2010, la Administradora solicita que se emita sentencia.*
- *El 22 de marzo de 2010, se notifica a las partes.*
- *Por medio del memorial de 26 de marzo de 2010, el nuevo representante legal aclara que se ratifica in extenso en la demanda.*
- *Mediante memorial de **30 de abril de 2010,** BBVA Previsión AFP S.A. reitera solicitud de sentencia.*
- *El **22 de septiembre de 2010**, la Administradora reitera una vez mas que se dicte sentencia.*
- *Se pudo evidenciar que desde el **30 de abril de 2010** al **22 de septiembre de 2010, existen ciento cuarenta y seis (146) días sin movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP.*

***Periodo comprendido sin movimiento procesal:** (Cuarto PES)*

- *Juez Cuarto de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de El Alto – Bolivia.*
- *La ampliación de la demanda en fecha 25 de agosto de 2010, que se presenta por los periodos de noviembre/2005 y febrero/2010 a mayo/2010 en la Nota de Débito No. 16288.*
- *El **18 de agosto de 2010,** el oficial de diligencias informa al Juez Cuarto de Trabajo y Seguridad Social, que el domicilio señalado para la notificación del demandado, no pudo ser encontrado.*
- *Mediante memorial de **10 de enero de 2011,** la Administradora solicita declinar al proceso a la ciudad de El Alto.*
- *Se pudo evidenciar que desde **18 de agosto de 2010** al **10 de enero de 2011,** existen **ciento cuarenta y cinco (145) días sin movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP…"*

Cargo 5.- Levantado

"...Cargo 6.-** Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 respectivamente, con referencia a la **Ampliación de demanda del Primer Proceso Ejecutivo Social de

fecha 01 de marzo de 2011, *no tiene sello de recibido del juzgado, debido a que la AFP habría iniciando las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente, por los períodos de agosto/2010 a diciembre/2010, inserta en la Nota de Débito de fecha 15 de febrero de 2011.*

Lo anterior se detalla en el siguiente cuadro:

Periodos	***Gestión***
De agosto a septiembre	*2010*

Cargo 7.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000.*

Lo anterior se detalla en el siguiente cuadro:

Periodos	***Gestión***
Octubre, noviembre y diciembre	*2009*
Enero y febrero	*2010*

Cargo 8.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 respectivamente, con referencia a la* ***Ampliación de la Demanda del Segundo Proceso Ejecutivo Social,*** *debido a que la AFP habría iniciando las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente, por el período de mayo/2010 inserta en la Nota de Débito de fecha 15 de octubre de 2010.*

Lo anterior se detalla en el siguiente cuadro:

Periodos	*Gestión*
Mayo	*2010*

Cargo 9.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:
Período comprendido sin movimiento procesal: *(Ampliación de la Demanda en el Segundo PES).*

- *Juzgado de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de La Paz.*
- *La ampliación de la demanda mediante memorial presentado el 23 de marzo de 2006, por los periodos de octubre a diciembre de 2005 detallados en la Nota de Débito de 20 de febrero de 2006.*
- *El Juez del Trabajo y Seguridad Social dicta Auto Intimatorio de Pago ampliando el anterior en fecha 24 de marzo de 2006.*
- *Mediante memorial de 22 de julio de 2006, la AFP amplía la demanda por los periodos detallados en la Nota de Débito de 10 de junio de 2005.*
- *El 31 de julio de 2006, el Juez de Trabajo y Seguridad Social dicta Auto Intimatorio de Pago ampliando el anterior.*
- *Por medio de memorial de **07 de noviembre de 2009,** la Administradora solicita que se proceda a la notificación del representante legal de la Universidad San Francisco de Asís.*
- *Mediante memorial de **24 de abril de 2010**, la AFP solicita oficio al Servicio de impuestos* (sic) *Nacionales.*
- *De lo expuesto anteriormente, se evidencia que desde **07 de noviembre de 2009** al **24 de abril de 2010, existen ciento sesenta y ocho (168) días sin movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP.*
- *El **19 de enero de 2011**, la Administradora adjunta pase profesional.*
- *De lo expuesto anteriormente, se evidencia que desde el **24 de abril de 2010** al **19 de enero de 2011, existen doscientos setenta (270) días sin movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP.*
- *Asimismo, se puede evidenciar que el memorial de ampliación de la demanda, con fecha **01 de marzo de 2011**, no posee sello de cargo del juzgado…"*

D) <u>CASO: ARISUR INC</u>

(…)

***Cargo 10.-** Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

***Período comprendido sin movimiento procesal:** (Amplia la demanda del Primer PES).*

- *Juzgado de Partido de Trabajo y de Seguridad Social.*
- *El 08 de abril de 2009, se solicita ampliar el PES por los períodos de mayo/2008, junio/2008, julio/2008, agosto/2008, septiembre/2008 y octubre/2008 en la Nota de Débito No. 9309, de 19 de enero de 2009, se solicita ampliar la Ejecución.*
- *Mediante auto de 13 de abril de 2009, se amplía la ejecución.*
- *En fecha 04 de mayo de 2009, el Representante Legal de ARISUR INC., opone incidente de nulidad de notificación.*
- *El 10 de marzo de 2010, la Administrador presenta un memorial solicitando fotocopias simple* (sic).

- *En fecha **15 de marzo de 2010,** se notifica a las partes con providencia de fs. 366.*
- *El **26 de abril de 2011,** la AFP emite la nota PREV/OP/0533/04/2011 la cual adjunta la copia del expediente del caso analizado.*
- *De lo anteriormente expuesto, desde el **15 de marzo de 2010** al **26 de abril de 2011, se evidencia cuatrocientos siete (407) días falta** (sic) **de movimiento procesal,** por parte de la AFP.*

***Período comprendido sin movimiento procesal** (Segundo PES)*

- *Juzgado de Partido de Trabajo y de Seguridad Social.*
- *El segundo proceso se inicia por recargos mediante demanda de 01 de junio de 2010, acompañada de la Nota de Débito N° 6210-596, de 28 de mayo de 2010.*
- *El Juez del Trabajo y Seguridad Social dicta Auto Intimatorio de Pago en fecha 07 de junio de 2010.*
- *Mediante memorial de **08 de junio de 2010,** el representante de la Administradora se apersona y amplía la demanda.*
- *El **26 de abril de 2011,** BBVA Previsión AFP S.A. emite la nota PREV/OP/0533/04/2011 la cual adjunta la copia del expediente del caso analizado.*
- *De lo anteriormente expuesto, se evidencia que desde **el 08 de junio de 2010** al **26 de abril de 2011 existen trescientos veintidós (322) días sin movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP.*

E) <u>CASO: CLUB BOLÍVAR</u>

(…)

***Cargo 11.-** Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

***Periodo comprendido sin movimiento procesal:** (Empleador Club Bolívar con NIT 1020421020).*

- *Juzgado del Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de La Paz.*
- *Se amplía la demanda, con el memorial de 09 de septiembre de 2009, acompañada de la Nota de Débito N° 10379 de 22 de junio de 2009, emitida por el concepto de Mora por el monto de Bs.46.394,81 y solicita la aplicación de las siguientes Medidas Precautorias:*
  - *Embargo.*
  - *Retención de Fondos.*
  - *Anotación preventiva.*
- *Mediante decreto de **30 de septiembre de 2009**, el Juez dispone que las excepciones serán resueltas en la sentencia.*

- *Con memorial de **07 de mayo de 2010**, la parte demandante solicita se dicte sentencia.*
- *De lo anteriormente expuesto, se evidencia que desde **el 30 de septiembre de 2009** al **07 de mayo de 2010**, **existen doscientos diecinueve (219) días sin movimiento procesal,** por parte de la AFP…"*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 14 de febrero de 2012 mediante nota PREV-COB-43/02/2012, BBVA Previsión AFP S.A. presentó descargos señalando lo siguiente:

"En atención a la nota del cite de referencia, sobre Notificación con Cargos sobre el incumplimiento a la normativa de Pensiones para el cobro de contribuciones en mora, tengo a bien informar lo siguiente:

*"**Cargo 1.-***
(…)
Respuesta.- La APS imputa cargos por el incumplimiento de los Decretos Supremo (sic) *25722 y 26131, olvidando que el ente regulador a través de la Resolución Administrativa SPVS P 259/2000 de 23 de junio de 2000, estableció gestiones administrativas de cobranza que deben ser ejecutadas por la AFP, disposición administrativa que por mandato de la Ley de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario son de cumplimiento obligatorio.*

Cargo 2.-
(…)
Respuesta.- Para los periodos observados, esta Administradora ha cumplido con lo que establecía la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 259 de 23 de junio de 2000; al emitir las cartas de cobro en la fecha que correspondía conforme se puede observar en el cuadro del anexo 1 y la documentación adjunta.

Cabe aclarar que cuando una empresa no realiza el pago de sus aportes, se genera deuda presunta de tipo M3 por no pago y su correspondiente gestión de cobro, sin embargo si para este mismo periodo la empresa presenta sus planillas y estas se digitan como Declaración y No Pago, se genera la deuda de tipo M1 deuda real por falta de pago y para esta deuda se realiza una gestión de cobro. Esta situación ocurrió para algunos periodos observados de la empresa EMMU, lo que hace pensar que la carta salió fuera de plazo, sin embargo para ese periodo ya se había generado una carta de cobro en fecha.

Cargo 3.-
(…)
Respuesta.- En función a lo establecido en la R.A. 259, el plazo para el inicio de la cobranza judicial para el periodo febrero/2010 es hasta el mes de agosto/2010; en este sentido no se observa incumplimiento a la normativa de cobranza establecida en su momento por la SPVS.

Cargo 4.-
(…)
Respuesta.- El proceso cuenta con Sentencia Ejecutoriada a favor de la AFP, como se observa en el expediente del proceso donde se tiene los (sic) *la documentación que*

acredita que la empresa ejecutada no tiene bienes ni cuentas en el sistema financiero habiéndose agotado las instancias en la vía civil…"

Cargo 5.- Levantado

"Cargo 6.-
(…)
Respuesta: En el análisis nuevamente la APS no considera el plazo establecido en la R.A. 259, que aclara el criterio para el proceso de cobranzas del SSO.

También en este caso, no considera que el proceso fue iniciado durante un periodo de cambio y que el inicio de los Procesos Coactivos por periodos del SSO fue instruido en la nota AP/DPC/CO/0298/2011 recién en fecha 04/02/2011.

Finalmente en este caso cabe aclarar que luego de ser rechazado el Proceso Coactivo Social instruido por la APS, correspondiente a los periodos observados, la deuda por los mismos fueron anuladas cuando mediante nota cite APS/DPC/20/2011 la APS remitió un detalle de empresas que se encontraban cerradas ante Impuestos Nacionales.

Cargo 8.-
(…)
Respuesta. En el análisis nuevamente la APS no considera el plazo establecido en la R.A. 259, que aclara el criterio para el proceso de cobranzas del SSO, para el periodo mayo/2010 el plazo para el inicio de la cobranza judicial es hasta el 28/11/2010, en este sentido no se observa ningún incumplimiento a la norma.

Finalmente en este caso cabe aclarar que luego de ser rechazado el Proceso Coactivo Social instruido por la APS, correspondiente a los periodos observados, la deuda por los mismos fueron anuladas cuando mediante nota cite APS/DPC/51/2011 la APS remitió un detalle de empresas que se encontraban cerradas ante Impuestos Nacionales.

Cargo 10.-
(…)
*- **Ampliación de la Nota de Débito Nº 9309, del 19 de enero de 2009.***
R.- Adjuntamos a la presente certificación de la Corte superior (sic) *del Distrito de Potosí donde certifica la acefalia* (sic) *de Juzgado donde cursa la causa.*

*- **Recargos Nota de Débito Nº 6210-596***
Se adjuntan los memoriales de fecha: 19-08-2010, 09-09-2010, 23-12-2010…"

Mediante Auto de fecha 28 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicita documentación complementaria, la cual fue atendida mediante nota PREV-COB-392/03/2012 de 14 de marzo de 2012 por BBVA Previsión AFP S.A., adjuntando documentación concerniente formularios de Declaraciones y No Pago, memorial de 24 de diciembre de 2010 y Circulares 011/2010-P-C.S.J. y 031/2010-P-C.S.J. donde se indican las vacaciones judiciales de junio y diciembre de 2010.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N°190-2012 DE 29 DE MARZO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°190-2012 de 29 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…PRIMERO.- *Sanciona y desestima la sanción a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos imputados:*

a) En relación al ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us 1.700 (MIL SETECIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000.*

b) En relación al ***Cargo N°2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.200 (TRES MIL DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 259 de 23 de junio de 2000.*

c) I. En relación al ***Cargo N°3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us 1.100 (MIL CIEN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, por el período febrero/2010.*

II. Se levanta la sanción por los períodos marzo/2010, abril/2010, mayo/2010.

d) En relación al ***Cargo N°4*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1990 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

e) Se levanta la sanción con respecto al ***Cargo N° 5.***

f) En relación al ***Cargo N°6*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us 1.500 (MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000.*

g) En relación al ***Cargo N°7*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us 1.500 (MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 259 de 23 de junio de 2000.*

h) En relación al ***Cargo N°8*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us 1.100 (MIL CIEN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de marzo 31 de marzo de 2000.*

*i) En relación al **Cargo N°9** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*j) En relación al **Cargo N°10** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*k) En relación al **Cargo N°11** con una multa en Bolivianos equivalente a $us $us (sic) 3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito"*

Los fundamentos expuestos en la citada Resolución son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió con el siguiente análisis de los argumentos expuestos por el regulado en sus descargos y aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba se procedió al análisis de naturaleza técnica y jurídica.
Que con respecto a cada uno de los cargos, se expresa lo siguiente:

AL CARGO N° 1

El cargo imputado a BBVA Previsión AFP S.A. es el siguiente:

*"**A) CASO: Guido Efraín Bueno Molina***
(…)
De los descargos presentados por la AFP, al Cargo N° 1 se tiene el siguiente análisis:

La Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, en su artículo noveno establece: "Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 23° de la Ley 1732

de Pensiones y 95° del Decreto Supremo 24469". Por lo que la presentación de la Demanda o su Ampliación es una obligación inexcusable para la AFP.

De lo anteriormente expuesto se tiene que evidentemente precede al inicio del PES la Gestión Administrativa de Cobro, la cual una vez concluida y sin que el pago se haga efectivo por el Empleador, obliga a la AFP a viabilizar el cobro judicial.

Por otro lado, es pertinente precisar el concepto de "Cuidado Exigible" previsto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, con respecto a los Procesos Ejecutivos Sociales (PES) instaurados por las AFP, bajo los lineamientos establecidos por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), el cual expresa lo siguiente:

> *"La figura del "Buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24468 de 17 de enero de 1997, que establece: "A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato, celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia", es una figura jurídica del "bonus" o "diligen pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación.*
>
> *Así de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 citado, la SPVS,* ***para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los procesos ejecutivos sociales, debe considerar ese concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales****, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo, las fechas de presentación de los memoriales de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente y, por ello le son imputables las respectivas responsabilidades" (Las negrillas son nuestras).*

De lo anterior se extrae que el obrar diligente de la AFP también se expresa con la presentación de memoriales que corresponden al PES en las fechas que se tienen previstas por norma, por lo que en el presente caso, el inicio del proceso judicial, con la presentación de la demanda debió ser dentro de los ciento veinte (120) días calendario, conforme prevé el Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, (vigente a la fecha del incumplimiento normativo de la Administradora) el cual amplía hasta 120 días el plazo que tienen las AFP para el inicio de la Gestión de Cobro Judicial,

computables desde que el Empleador se constituye en Mora, de acuerdo a lo siguiente:

> *"ARTICULO 1º.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 25722, de 31 de marzo de 2000."*

Por otro lado, para la presentación de la Primera y Segunda Ampliación de los PES, la AFP no ha observado lo determinado por la norma citada en el párrafo precedente la cual es aplicable a los PES y que está relacionada con el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil que establece: "si durante el proceso ejecutivo y antes de la sentencia venciere algún plazo de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, se podrá ampliar la ejecución por ese importe, sin que el procedimiento retrotraiga y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hubieren precedido". Por otro lado el inciso I del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil dispone: "si con posterioridad a la sentencia, vencieran nuevos plazos o cuotas de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, la ejecución podrá ser ampliada y el deudor deberá exhibir dentro del tercer día, los recibos que acreditaren haberse extinguido la obligación bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidos…".

En el presente caso, se imputa a la AFP al evidenciarse que habiéndose agotado la Gestión Administrativa de Cobro con respecto al Empleador "Aserradero San Martin LTDA" en cuanto al plazo de ciento veinte (120) días calendario, la Administradora estaba en la obligación de dar inicio a las acciones legales necesarias respecto al Segundo PES, por los períodos incurridos en mora. A continuación se hace la observación referente a las fechas en las que las demandas fueron presentadas:

- *Por el período octubre/2009, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales hasta el mes de marzo/2010, sin embargo presentó la demanda en fecha 04 de mayo de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
- *Por el período noviembre/2009, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales hasta el mes de abril/2010, sin embargo presentó la demanda en fecha 04 de mayo de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
- *Por el período febrero/2010, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales hasta el mes de julio/2010, sin embargo presentó la demanda en fecha 12 de octubre de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
- *Por el período marzo/2010, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales hasta el mes de agosto/2010, sin embargo presentó la demanda en fecha 12 de octubre de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
- *Por el período abril/2010, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales hasta el mes de septiembre/2010, sin embargo presentó la demanda en fecha 12 de octubre de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*

- *Por el período junio/2010, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales hasta el mes de noviembre/2010, sin embargo presentó la demanda en fecha 04 de enero de 2011, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
- *Por el período julio/2010, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales hasta el mes de diciembre/2010, sin embargo presentó la demanda en fecha 04 de mayo de 2011, por lo que se comprueba su incumplimiento.*

El artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, al que hace referencia la AFP, establecía sesenta (60) días calendario para la Gestión de Cobro Administrativo y posterior inicio de la Gestión de Cobro Judicial.

Posteriormente el artículo 1 del Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, modifica lo establecido en el artículo mencionado en el párrafo anterior y amplía el plazo hasta ciento veinte días (120) días calendario, para que la AFP inicie la Gestión de Cobro Judicial, sin embargo por lo señalado anteriormente se puede evidenciar que el inicio de las acciones legales por los períodos incurridos en mora de octubre/2009 y noviembre/2009 y la presentación de la Primera Ampliación de la Demanda por los períodos incurridos en mora de febrero/2010 a abril/2010 y Segunda Ampliación de la Demanda por los períodos incurridos en mora de junio/2010 y julio/2010, fueron presentadas después del plazo.

Por tanto, la AFP señala como descargos que la Resolución Administrativa SPVS-P 259/2000 de 23 de junio de 2000, regula la Gestión de Cobro Administrativo; sin embargo se tiene que dicha norma no está imputada pero de cierta forma se relaciona a los casos imputados. En el presente Cargo, las acciones de la AFP han vulnerado el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2000 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, refiriéndose al plazo de ciento veinte (120) días que tienen las AFP para iniciar un PES o en su caso Ampliar el PES. Por lo que lo mencionado por la AFP, no es argumento suficiente para desvirtuar el Cargo.

Por lo expuesto anteriormente, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para enervar el Cargo imputado, toda vez que la Administradora debió cumplir a cabalidad lo que la norma determina, y presentar las acciones legales y las Ampliaciones de la Demanda dentro del plazo que determina la norma.

AL CARGO N° 2

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha imputado a BBVA Previsión AFP S.A., con el Cargo N° 2 de la siguiente manera:

*"**B) CASO: Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU***
(…)
Asimismo, con nota PREV-COB-43/02/2012 de 14 de febrero de 2012, la Administradora indica lo siguiente:

1. *"…no se generó la 2da carta debido a que la empresa en este mes presentó sus planillas las mismas que fueron acreditadas como Declaraciones y No Pago generándose una nueva deuda de tipo M1 y su correspondiente gestión de cobro a partir de esa fecha."*

Dicho párrafo se encuentra en el cuadro Anexo de la Nota Cite: PREV-COB-43/02/2012, para los siguientes periodos:

- *Junio y octubre de 2009;*
- *Junio de 2010.*

2. *"…la empresa presentó sus planillas, las mismas que fueron acreditadas como Declaración y no Pago generándose de esta manera deuda de tipo M1 y su correspondiente gestión de cobro."*

Dicho párrafo se encuentra en el cuadro Anexo de la Nota Cite: PREV-COB-43/02/2012, para los siguientes períodos:

- *Julio y noviembre de 2009;*
- *Julio, agosto y septiembre de 2010.*

3. *"Se generó deuda de tipo M3 y sus cartas de cobro, en la fecha que correspondía."*

Dicho párrafo se encuentra en el cuadro Anexo de la Nota Cite: PREV-COB-43/02/2012, para los siguientes períodos:

- *Agosto, septiembre y diciembre de 2009;*
- *Febrero, marzo, abril, octubre, noviembre y diciembre de 2010;*
- *Febrero y marzo de 2011.*

4. *"… no se generó la 2da. carta debido a que a esa fecha este periodo se encontraba en Jurídico (sic)por estar incluido en la Nota de Débito emitida a la empresa"*

Dicho párrafo se encuentra en el cuadro Anexo de la Nota Cite: PREV-COB-43/02/2012, para los siguientes períodos:

- *Enero y mayo de 2010;*
- *Enero de 2011.*

De igual forma, en el Anexo de la nota remitida por BBVA Previsión AFP S.A., la Administradora adjunta las siguientes Notas de Gestión de Cobro Administrativo:

CITE	Periodo
C1 441836	Jun-09
C1 443894	Jun-09

CITE	Periodo
C1 455376	Dic-09

CITE	Periodo
C2 100758	Jun-10
	Jul-10

	Jul-09
	Jun-09
C2 78518	Jul-09
	Jun-09
C1 443894	Jul-09
C1 446026	Ago-09
C2 80345	Ago-09
C1 448204	Sep-09
C2 82188	Sep-09
C1 450312	Oct-09
	Oct-09
C1 452683	Nov-09
	Oct-09
C2 85878	Nov-09

C2 88274	Dic-09
C1 457676	Ene-10
C1 460003	Feb-10
C2 91903	Feb-10
C1 462123	Mar-10
C2 93701	Mar-10
C1 46428	Abr-10
C2 95573	Abr-10
C1 46621	May-10
C1 468673	Jun-10
	Jun-10
C1 470947	Jul-10
	Ago-10

	Ago-10
C1 473247	Sep-10
C2 102334	Sep-10
C1 477779	Oct-10
	Nov-10
C2 205486	Oct-10
	Nov-10
C1 480940	Dic-10
C2 107461	Dic-10
C1 484596	Ene-11
C1 488665	Feb-11
C2 111523	Feb-11
C1 491497	Mar-11
C2 113852	Mar-11

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

- *Por los siguientes períodos:*
  - *Agosto a diciembre de 2009*
  - *Enero a diciembre de 2010;*

Si bien las notas de Gestión de Cobro Administrativo, fueron generadas en la fecha que correspondía conforme a norma, las mismas fueron recibidas por el Empleador en fecha posterior a la determinada por norma, como se puede evidenciar en la documentación adjunta por la AFP.

- *Por los siguientes períodos:*
- *Junio a agosto de 2009;*
- *Marzo de 2010;*
- *Enero a marzo de 2011.*

Las notas fueron generadas pero no pudieron ser entregadas al Empleador, conforme se puede evidenciar en el sello situado en las notas adjuntas por la AFP.

Cabe señalar, que las notas presentadas como descargos no se encontraban incluidas en la nota inicial con cite: PREV-OP-0443/04/2011.

En el Anexo de la presente Resolución, se encuentra el análisis en detalle por período observado.

Cuando la AFP señala: "Al emitir las cartas de cobro en la fecha que correspondía conforme se puede observar en el cuadro Anexo 1", dicha actuación no es suficiente para cumplir lo establecido en la norma, ya que lo que se determina es que una vez identificadas las Contribuciones en mora, se debe aplicar el Procedimiento de recuperación administrativa, en la cual la primera y segunda carta de cobro deben ser

emitidas y entregadas al Empleador, dentro de plazo, según corresponda por cada período incurrido en mora.

Es importante señalar que, el espíritu de la norma para la Gestión de Cobro Administrativo, es dar la posibilidad al Empleador para que pueda regularizar la mora, más intereses y otros, antes de ingresar al escenario jurisdiccional.

Por lo expuesto, se determina que la AFP tenía la obligación de enviar las cartas de cobro al Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU dentro de los plazos determinados por norma y agotar debidamente la Gestión Administrativa de Cobro, en base al inciso d) del artículo 31° de la Ley de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, que establece: "es obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), el cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieran sido pagados a éstas por el empleador, sin otorgar condonaciones". De esta manera el Empleador podía conocer con precisión los períodos por los que se encontraba incurriendo en mora, oportunamente, y conocer su situación en calidad de deudor.

Finalmente, la AFP argumenta haber iniciado la Gestión Administrativa de Cobro y haber emitido las cartas de cobro en la fecha que correspondía según lo que establece la norma, sin embargo el envió de las cartas al Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU, fue realizado fuera de plazo en algunos casos y en otros no se realizó; hecho que se comprueba por la documentación con respecto a los períodos imputados, lo cual imposibilita desvirtuar el presente Cargo.

En base al argumento presentado por la AFP, se ratifica para los veintidós (22) períodos el Cargo N° 2.

AL CARGO N° 3

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha imputado con el siguiente Cargo a BBVA Previsión AFP S.A., de la siguiente manera:

*"**B) CASO: Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU***
(…)
Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 3, estableciendo que:

La Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, en su artículo noveno establece: "Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 23° de la Ley 1732 de Pensiones y 95° del Decreto Supremo 24469". De lo anteriormente expuesto se tiene que evidentemente precede al inicio del PES la Gestión Administrativa de Cobro, la cual una vez concluida y sin el pago por el Empleador, la AFP debe proceder al cobro judicial.

Por otro lado, es pertinente precisar el concepto de "Cuidado Exigible" previsto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, con respecto a los Procesos Ejecutivos Sociales (PES) instaurados por las AFP, bajo los lineamientos establecidos por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), la cual expresa lo siguiente:

> *"La figura del "Buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24468 de 17 de enero de 1997, que establece: "A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato, celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia", es una figura jurídica del "bonus" o "diligen pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación.*
>
> *Así de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 citado, la SPVS,* ***para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los procesos ejecutivos sociales, debe considerar ese concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales****, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo,* ***las fechas de presentación de los memoriales de la AFP*** *para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente y, por ello le son imputables las respectivas responsabilidades" (Las negrillas son nuestras).*

De lo anterior se extrae que el obrar diligente de la AFP también se expresa con la presentación del inicio de las acciones legales que corresponden al PES en las fechas que se tiene prevista la norma, por lo que en el caso, el inicio del proceso judicial, con la presentación de la demanda debió ser dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computados desde el momento en que el Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU, incurrió en mora por los períodos febrero/2010 a mayo/2010, ya habiéndose agotado el plazo para efectivizar el cobro por medio de la Gestión de Cobro Administrativo.

En el presente caso, se imputa a la AFP al evidenciarse que habiéndose agotado la Gestión Administrativa de Cobro con respecto al Empleador, en cuanto al plazo de ciento veinte (120) días calendario, la Administradora estaba en la obligación de dar inicio a las acciones legales necesarias respecto al Cuarto PES, por los períodos incurridos en mora.

A continuación se hace la observación referente a la fecha en la que la demanda fue presentada y de la cual esta Autoridad tiene constancia, así como de la fecha en la que de acuerdo al artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131, debió presentarse:

- *Por el período febrero/2010, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales hasta el mes de julio/2010, sin embargo presentó la demanda en fecha 25 de agosto de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*

Con respecto a los períodos: marzo/2010, abril/2010 y mayo/2010 se levantan porque la acción legal fue presentada en plazo.

Por lo cual, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para enervar el Cargo imputado con respecto al período febrero, por lo que se ratifica parcialmente el Cargo…"

"…AL CARGO N° 6.

La Autorización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha imputado con Cargos a BBVA Previsión AFP S.A., de la siguiente manera:

*"**C) CASO: Universidad San Francisco de Asís***
(…)
De los descargos presentados por la AFP, al Cargo N° 6 se obtiene el siguiente análisis:

La Resolución Administrativa – SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, en su artículo noveno establece: "Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 23° de la Ley 1732 de Pensiones y 95° del Decreto Supremo 24469". Por lo que la presentación de la Demanda o su Ampliación es una obligación inexcusable para la AFP.

Asimismo, la AFP no ha observado lo determinado por la norma citada en el párrafo precedente la cual es aplicable a los PES y que está relacionada con el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil que establece: "si durante el proceso ejecutivo y antes de la sentencia venciere algún plazo de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, se podrá ampliar la ejecución por ese importe, sin que el procedimiento retrotraiga y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hubieren precedido". Por otro lado el inciso I del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil dispone: "si con posterioridad a la sentencia, vencieran nuevos plazos o cuotas de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, la ejecución podrá ser ampliada y el deudor deberá exhibir dentro del tercer día, los recibos que acreditaren haberse extinguido la obligación bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidos…".

Por otro lado, es pertinente precisar el concepto de "Cuidado Exigible" previsto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, con respecto a los Procesos Ejecutivos Sociales (PES) instaurados por las AFP, bajo los lineamientos establecidos por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ

55/2006 de 29 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), la cual expresa lo siguiente:

> *"La figura del "Buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24468 de 17 de enero de 1997, que establece: "A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato, celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia", es una figura jurídica del "bonus" o "diligen pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación.*
>
> *Así de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 citado, la SPVS, **para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los procesos ejecutivos sociales, debe considerar ese concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales**, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo, **las fechas de presentación de los memoriales de la AFP** para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente y, por ello le son imputables las respectivas responsabilidades" (Las negrillas son nuestras).*

En el presente caso, se imputa a la AFP al evidenciarse que la Administradora estaba en la obligación de presentar dentro de los ciento veinte (120) días calendario, la Ampliación de la Demanda del Primer PES con fecha de emisión de 01 de marzo de 2011, por los períodos agosto/2010 a diciembre/2010 incurridos en mora. Por lo que se entiende que con respecto a los períodos agosto/2010 y septiembre/2010, la demanda ya tenía fecha de emisión fuera de plazo para los mismos, de igual forma no tiene sello de recibido del juzgado, por lo que se entiende que la acción legal ha sido emitida y presentada fuera de plazo por todos los períodos imputados.

Lo anterior se expresa de la siguiente manera: con respecto al período de cotización es agosto/10, el plazo para el inicio o ampliación del PES venció en enero/10, lo mismo para el período de cotización septiembre/10 el cual vencía en febrero/10, por tanto la demanda presentada por BBVA Previsión AFP S.A. con fecha de 01 de marzo de 2011, se entiende que fue presentada fuera del plazo determinado por norma.

Los argumentos presentados por la AFP con respecto a la nota AP/DPC/CO/0298/2011 emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones – AP no son aplicables al presenta (sic) *caso, en virtud a que esta Autoridad ha imputado la falta de Ampliación de Demanda en un Proceso Ejecutivo Social y no de un Proceso*

Coactivo Social, por lo que la nota no tiene ninguna relación con lo imputado. Asimismo no imposibilitaba a que la Administradora cumpla con su obligación y presente la Ampliación de demanda del Primer PES dentro del plazo, y conforme a norma del SSO.

Por tanto, la AFP contaba con el tiempo suficiente para presentar la Ampliación de Demanda del Primer PES por los períodos agosto/2010 a diciembre/2010, incurridos en mora por parte del Empleador "Universidad San Francisco de Asís" o en su caso iniciar un nuevo proceso judicial, en sujeción estricta a la norma del SSO.

La AFP como representante de los Asegurados debió tomar atención a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el plazo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 y de esta manera cumplir con la presentación de la Ampliación del Primer PES por los períodos agosto/2010 a diciembre/2010, dentro del plazo de ciento veinte (120) días calendario, con el propósito de efectivizar el pago adeudado por el Empleador en relación a los períodos en mora, en el PES.

Por lo expuesto anteriormente, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para enervar los Cargos imputados, toda vez que la Administradora debió cumplir a cabalidad lo que la norma determina, y presentar la Ampliación de la Demanda del Primer PES dentro del plazo establecido.

AL CARGO N° 8

La Autorización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha imputado con cargos a BBVA Previsión AFP S.A., de la siguiente manera:

*"**C) CASO: Universidad San Francisco de Asís***
(…)
De los descargos presentados por la AFP, al Cargo Nº 8 se obtiene el siguiente análisis:

La Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, en su artículo noveno establece: "Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 23° de la Ley 1732 de Pensiones y 95° del Decreto Supremo 24469". Por lo que la presentación de la Demanda o su Ampliación es una obligación inexcusable para la AFP.

Asimismo, la AFP no ha observado lo determinado por la norma citada en el párrafo precedente la cual es aplicable a los PES y que está relacionada con el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil que establece: "si durante el proceso ejecutivo y antes de la sentencia venciere algún plazo de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, se podrá ampliar la ejecución por ese importe, sin que el procedimiento retrotraiga y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hubieren precedido". Por otro lado el inciso I del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil dispone: "si con posterioridad a la sentencia, vencieran nuevos plazos o cuotas de la

obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, la ejecución podrá ser ampliada y el deudor deberá exhibir dentro del tercer día, los recibos que acreditaren haberse extinguido la obligación bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidos…".

De lo anteriormente expuesto se tiene que evidentemente precede al inicio del PES la Gestión Administrativa de Cobro, la cual una vez concluida y sin el pago por el Empleador, la AFP debe proceder al cobro judicial.

Por otro lado, es pertinente precisar el concepto de "Cuidado Exigible" previsto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, con respecto a los Procesos Ejecutivos Sociales (PES) instaurados por las AFP, bajo los lineamientos establecidos por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), la cual expresa lo siguiente:

> *"La figura del "Buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24468 de 17 de enero de 1997, que establece: "A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato, celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia", es una figura jurídica del "bonus" o "diligen pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación.*
>
> *Así de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 citado, la SPVS, **para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los procesos ejecutivos sociales, debe considerar ese concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales**, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo, **las fechas de presentación de los memoriales de la AFP** para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente y, por ello le son imputables las respectivas responsabilidades" (Las negrillas son nuestras).*

De lo anterior se extrae que el obrar diligente de la AFP también se expresa en que la presentación de la Ampliación de la demanda del Segundo PES debió ser dentro de los ciento veinte (120) días calendario, computados desde el momento en que el Empleador Universidad incurre en mora por el período mayo/2010, ya habiéndose agotado el plazo para efectivizar el cobro por medio de la Gestión de Cobro Administrativo.

En el presente caso, se imputa a la AFP al evidenciarse que habiéndose agotado la Gestión Administrativa de Cobro con respecto al Empleador, en cuanto al plazo de ciento veinte (120) días calendario, la Administradora estaba en la obligación de presentar la Ampliación de la Demanda del Segundo PES, por el período incurrido en mora.

En ese comprendido, el artículo 1 del Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, amplió el plazo hasta ciento veinte días (120) días calendario, para que la AFP inicie o en este caso amplié la Gestión de Cobro Judicial por nuevos períodos incurridos en mora, sin embargo por lo señalado anteriormente se puede evidenciar que la Ampliación de la Demanda del Segundo PES por un nuevo período incurrido en mora de mayo/2010, fue presentada después del plazo.

Por tanto, la AFP ha vulnerado el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 1 del Decreto Supremo N°26131 de 30 de marzo de 2000 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N°25722 de 31 de marzo de 2000, refiriéndose al plazo de ciento veinte (120) días que tienen las AFP de inicio a la Gestión de Cobro Judicial, computables desde que el Empleador se constituye en Mora, de acuerdo a lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 1°.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."*

La Resolución Administrativa – SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, en su artículo noveno establece: "Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 23° de la Ley 1732 de Pensiones y 95° del Decreto Supremo 24469". Por lo que la presentación de la Ampliación de la Demanda del Segundo PES, es una obligación inexcusable para la AFP, con el propósito de efectivizar el pago adeudado por el Empleador en relación a nuevos períodos incurridos en mora. Sin embargo la Administradora presentó la Ampliación de la demanda después de los ciento veinte (120) días calendario, incumpliendo su obligación en su calidad de Representante de los Asegurados.

Asimismo, la AFP no ha observado lo determinado por la norma citada en el párrafo precedente la cual es aplicable a los PES y que está relacionada con el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil que establece: "si durante el proceso ejecutivo y antes de la sentencia venciere algún plazo de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, se podrá ampliar la ejecución por ese importe, sin que el procedimiento retrotraiga y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hubieren precedido". Por otro lado el inciso I del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil dispone: "si con posterioridad a la sentencia, vencieran nuevos plazos o cuotas de la obligación en virtud de la cual se estuviere procediendo, la ejecución podrá ser ampliada y el deudor deberá exhibir dentro del tercer día, los recibos que acreditaren

haberse extinguido la obligación bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia a los nuevos plazos y cuotas vencidos…".

Asimismo, los argumentos presentados por la AFP con respecto a la nota ASP/DPC/51/2011 de 07 de abril de 2011 emitida por esta Autoridad no son aplicables al presenta (sic) *caso, en virtud a que se ha imputado la falta de Ampliación en un PES por el período de mayo/2010, y siendo que la nota fue emitida de manera posterior a dicho período incurrido en mora por el Empleador, la AFP no puede argumentar la depuración de la mora por este período. Por lo tanto la AFP no puede invocar dicha nota, como una imposibilidad a que no haya podido cumplir con su obligación y presente la Ampliación de demanda dentro del plazo.*

Por lo expuesto, se determina que la AFP contaba con el tiempo suficiente y la posibilidad para presentar la Ampliación de Demanda del Segundo PES por el período mayo/2010, incurrido en mora por parte del Empleador "Universidad San Francisco de Asís" o en su caso iniciar un nuevo proceso judicial, en sujeción estricta a la norma.

Los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para enervar los Cargos imputados, toda vez que la Administradora debió cumplir a cabalidad lo que la norma determina, y presentar la Ampliación de la Demanda del Segundo PES dentro del plazo establecido.

A LOS CARGOS Nº 7, 9 y 11
(…)

La AFP no presentó descargos con respecto a los Cargos N° 7, 9 y 11.

Es importante señalar, que respecto a los Cargos N° 7, 9 y 11, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Auto de 28 de febrero de 2012, solicita nuevamente a la Administradora la remisión de documentación de descargos, en cumplimiento a la verdad material, sin embargo la AFP no envía documentación alguna al presente.

Por lo que esta Autoridad determina que, al no existir descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A., se considera aceptación tácita por parte de la Administradora por tanto los Cargos N° 7, 9 y 11 se ratifican…"

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse*

a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque la AFP no inicio* (sic) *las acciones legales correspondiente al Segundo PES con respecto a los períodos octubre/2009 y noviembre/2009, tampoco presentó la Ampliación de la Demanda por los períodos febrero/2010 a abril/2010, de igual forma para la Segunda Ampliación de la Demanda*

del PES por los períodos junio/2010 y julio/2010, o en su caso no inició un nuevo PES en el plazo de ciento veinte (120) días calendario, por los períodos incurridos en mora por el Empleador "Aserradero San Martin LTDA.", incumpliendo con la obligación descrita en la norma; ***c)*** *Los argumentos presentados en los descargos referidos a la Resolución Administrativa SPVS-P 259/2000 de 23 de junio de 2000, establece Gestión Administrativa de Cobro deben ser ejecutadas por la AFP, lo cual no tiene relación con la normativa incumplida por la Administradora en iniciar dentro de plazo las acciones legales y la presentación de las Ampliaciones de la Demanda o en su caso dar inicio de un nuevo PES dentro de los ciento veinte (120) días calendario, lo que comprueba la falta de atención que tuvo la AFP a lo que determina realmente la norma, por último todos estos extremos han sido valorados por esta Autoridad, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el Cargo.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no tomó atención a lo señalado por norma, y presentó la demanda o Ampliación de la Demanda después de los ciento veinte (120) días calendario;* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que la AFP en su condición de representante de los Asegurados, se encuentra obligada a llevar el PES con absoluta diligencia, sin embargo al no haber actuado diligentemente en presentar dentro de plazo la demanda o Ampliación, su actuación ocasionó que la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador "Aserradero San Martin LTDA." se vean retrasadas y se vulneren los derechos de los Asegurados como principales afectados.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en el hecho de que el regulado, por norma está obligado a iniciar las acciones legales y presentar la Ampliación de la Demanda o iniciar un nuevo PES dentro de los ciento veinte (120) días calendario; al omitir esta obligación en el presente caso, la AFP incurre no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de iniciar las acciones legales y presentar la Ampliación de la Demanda o dar inicio a un nuevo PES por los períodos incurridos en mora por el Empleador "Aserradero San Martin LTDA.", como representante de los Asegurados; asimismo provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones a tiempo y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 2

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259 de 23 de junio de 2000;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque la AFP entregó al Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano (EMMU) fuera de plazo las cartas de cobranza por los veintidós (22) períodos incurridos en mora;* ***c)*** *Los argumentos presentados en su descargo y en atención a lo que señala la norma en su*

obligación de iniciar en primera instancia la Gestión de Cobro Administrativo a momento de que el Empleador incurrió en mora por uno o más períodos, han sido valorados por esta Autoridad, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y los descargos presentados, por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el Cargo.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto a ambos casos, ***a)*** *La existencia de negligencia por parte del regulado al no tomar atención a lo determinado por norma, la cual señala que para la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano (EMMU), se debe iniciar la Gestión de Cobro Administrativo cumpliendo los plazos, por todos los nuevos períodos incurridos en mora;* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que la AFP no envió dentro de plazo las cartas de cobro al Empleador, por lo que su actuación ocasionó que el Empleador se halle en un estado de falta de comunicación oportuna sobre los deudas al SSO, al no advertirles a tiempo a estos que estarían incurriendo en mora, para que presenten sus justificaciones en esta etapa.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado, por norma está obligado a cumplir el procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo y Cobro Judicial; al no haber enviado las cartas de cobro dentro del plazo al Empleador, la AFP incurre no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de enviar dentro de plazo las cartas de cobranza por los nuevos períodos incurridos en mora por el Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU, como representante de los Asegurados; asimismo provoca que el Empleador se encuentre en una indefensión durante esta etapa, ya que no pueden justificar oportunamente los períodos que hubiesen incurrido en mora, a tiempo.

Al Cargo N° 3

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentran previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque la AFP inicio las acciones legales del Cuarto PES fuera de plazo, por los períodos febrero/2010 a mayo/2010 incurridos en mora por el Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU, incumpliendo con su obligación de iniciar las acciones legales dentro de los ciento veinte (120) días calendario descrita en la norma;* ***c)*** *Los argumentos presentados en su descargo se refieren a la falta de regulación de normativa en cuanto a la inexistencia de presentar las acciones legales dentro de los ciento veinte (120) días calendario, lo que comprueba la falta de atención que tuvo la AFP a lo que determina realmente la norma.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no tomó atención a lo señalado por norma, y dio inicio a las acciones legales del Cuarto PES después de los ciento veinte (120) días calendario;* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que la AFP en su condición de representante de los Asegurados, se encuentra obligada a llevar los PES con absoluta diligencia, sin embargo al no haber actuado diligentemente, su actuación ocasionó que la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento urbano – EMMU se vean retrasadas y se vulneren los derechos de los Asegurados como principales afectados.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en el hecho de que el regulado, por norma está obligado a iniciar las acciones legales dentro de los ciento veinte (120) días calendario; al omitir esta obligación en el presente caso, la AFP incurre no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de dar inicio a un nuevo PES por los períodos incurridos en mora febrero/2010 a mayo/2010 por el Empleador, como representante de los Asegurados; asimismo provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones a tiempo y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio…"

"Al Cargo N° 6

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000;* ***b)*** *El hecho se encuentra comprobado porque la AFP no presentó la Ampliación de la Demanda del Primer PES de fecha 01 de marzo de 2011 o en su caso no inició un nuevo PES, dentro del plazo de ciento veinte (120) días calendario, por los períodos de agosto/2010 a diciembre/2010 incurridos en mora por el Empleador Universidad San Francisco de Asís, incumpliendo con la obligación descrita en la norma;* ***c)*** *Los argumentos presentados en los descargos que se refieren a la falta de regulación de normativa en cuanto a la inexistencia de presentar la Ampliación de la Demanda o iniciar un nuevo PES dentro del plazo determinado, comprueba la falta de atención que tuvo la AFP a lo que determina realmente la norma.*

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso ***a)*** *La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no tomó atención a lo señalado por norma, y presentó la Ampliación de la Demanda del Primer PES después de los ciento veinte (120) días calendario;* ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que la AFP en su condición de representante de los Asegurados, se encuentra obligada a llevar los PES con absoluta diligencia, sin embargo al no haber actuado diligentemente, su actuación ocasionó que la recuperación de las Contribuciones*

adeudadas por el Empleador Universidad San Francisco de Asís se vean retrasadas y se vulneren los derechos de los Asegurados como principales afectados.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en el hecho de que el regulado, por norma está obligado a presentar la Ampliación de la Demanda o iniciar un nuevo PES dentro de los ciento veinte (120) días calendario; al omitir esta obligación en el presente caso, la AFP incurre no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de Ampliar la Demanda del Primer PES o dar inicio a uno nuevo por los nuevos períodos incurridos en mora por el Empleador Universidad San Francisco de Asís, como representante de los Asegurados; asimismo provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones a tiempo y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio…"

"CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo (sic) *67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.*

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 22 de mayo de 2012, BBVA Previsión AFP S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°190-2012 de 29 de marzo de 2012 con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N°437-2012 DE 20 DE JUNIO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 437-2012 de 20 de junio de 2012, mediante la cual confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 190-2012 de 29 de marzo de 2012, bajo los siguientes fundamentos:

"…*Que en función a los argumentos presentados por la AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS emite el pronunciamiento correspondiente:*

La Resolución Administrativa SPVS - P No. 259 de 23 de junio de 2000, en su artículo noveno establece: "Una vez concluida la Gestión de Cobro, sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, las Administradoras están obligadas a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en los artículos 23° de la Ley 1732 de Pensiones y 95° del Decreto Supremo 24469". Por lo que la presentación de la Demanda o su Ampliación es una obligación inexcusable para la AFP.

De lo anteriormente expuesto se tiene que evidentemente precede al inicio del Proceso Ejecutivo Social, la Gestión Administrativa de Cobro, la cual una vez concluida y sin que el pago se haga efectivo por el Empleador, obliga a la AFP a viabilizar el cobro judicial.

Asimismo, se extrae que el obrar diligente de la AFP también se expresa con la presentación de memoriales que corresponden al PES en las fechas que se tienen previstas por norma, por lo que en estos casos, el inicio del proceso judicial, con la presentación de la demanda dentro de los ciento veinte (120) días calendario, conforme prevé el Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, (vigente a la fecha del incumplimiento normativo de la Administradora) el cual amplía hasta ciento veinte (120) días calendario el plazo que tienen las AFP para el inicio de la Gestión de

Cobro Judicial, conmutables desde que el Empleador se constituye en mora, de acuerdo a lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 1°.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."*

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2012 de 15 de mayo de 2012, establece:

> ***"1.4 De la obligación de iniciar los Procesos Ejecutivos Sociales dentro de los 120 días.-***
>
> *La AFP señala que el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, no establece desde que momento debe computarse el plazo de los ciento veinte (120) días para el inicio de la cobranza judicial, simplemente hace referencia en la ampliación de plazo y derogara* (sic) *toda norma contraria, como lo es la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000, la misma no fue complementada o reemplazada por nueva normativa, más al contrario es citada en todas las observaciones y sanciones realizadas por la AP y la APS, con quien siempre se habría corroboró* (sic) *la interpretación de la vigencia del plazo de 30 días para acreditar las planillas y a partir de que el Empleador incurre en mora se empieza a computar el plazo de los 120 días de la gestión de cobro.*
>
> *Que ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2012 de 10 de abril de 2012, determinó:*
>
> > *"...En atención al argumento vertido, esta instancia jerárquica no puede entender que a más de diez años de haberse emitido la norma de cobranza, la AFP siga haciendo incorrectas aplicaciones de la norma, intentando eludir así el cumplimiento de sus obligaciones como administradora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y representantes de los Afiliados.*
> >
> > *Por lo que, corresponderá transcribir las normas para un mejor conocimiento de la recurrente tal como se procede:*
> >
> > ***- El Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 establece:***
> >
> > ***"ARTÍCULO 7.- (PROCEDIMIENTOS DE COBRO DE CONTRIBUCIONES EN MORA).*** *Para el cobro de contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social.*
> >
> > *La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social."*

"ARTÍCULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL). *La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Procesos Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469."*

- El Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 amplia la gestión de cobro tal como sigue:

"ARTÍCULO 1.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. *Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000."*

Asimismo, importará traer a colación el precedente administrativo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, que determinó:

"...Tal como la norma lo indica, el legislador estableció un plazo máximo de 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora del empleador para la interposición del Proceso Ejecutivo Social, correspondiendo ahora establecer con precisión el momento en el que el empleador se constituye en mora, para determinar desde cuando se empieza a computar el plazo para iniciar el citado proceso.

En este contexto, el artículo 21, párrafo de la Ley de Pensiones N° 1732 dispone "Estos pagos se realizaron dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrán exceder de treinta (30) días a partir del día en que devengan los sueldos salarios de sus trabajadores o empleadores. Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente Ley..."

Por lo que queda claro que el Empleador se constituye en mora, pasado treinta días (1 mes) de devengado el sueldo, por lo que a partir del primer día siguiente se empieza a computar el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social. *(Las negrillas son nuestras).*

Asimismo corresponde referimos a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 259 de fecha 23 de junio de 2000 (Norma General para la Gestión de cobro) que determina los procedimientos y plazos para el inicio y gestión de cobros, donde se advierte que los tres meses involucrados en la gestión de cobro, se encuentran inmersos en el plazo de noventa (90) días de iniciada la mora, por lo que no ***existiría precedente jurídico o norma que ampare una gestión mayor a dicho plazo y un inicio del Proceso Ejecutivo Social mayor a los ciento veinte (120) días, cual se ha podido evidenciar de la norma transcrita up supra..."***

De lo transcrito queda claro que la AFP, debe realizar las gestiones de cobro dentro del plazo de los 120 días y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, tiene ***la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social*** *o incluso antes, conforme lo determina el parágrafo segundo del artículo 7 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, al determinar que la gestión de cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.*

Situación que a su vez nos lleva al precedente anotado en la Resolución Ministerial Jerárquico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 018/2012 que determina:

> *"El plazo de los 120 días para el inicio del proceso ejecutivo social, corresponde a la obligación impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones como representantes de sus Afiliados en el decreto* (sic) *Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, en razón a que el objeto de tal proceso no está en sólo lograr una sentencia favorable, sino principalmente en la recuperación de las contribuciones en mora de manera oportuna, de manera tal que los asegurados no resulten perjudicados a tiempo de acceder a una prestación del Seguro social obligatorio* (sic) *de largo plazo, por lo que en definitiva, el plazo de los 120 días corresponde al plazo máximo en que las administradoras deben dar inicio al Proceso Ejecutivo Social, hecho que de ninguna manera implica la extinción del derecho para interponer el Proceso Ejecutivo Social ante la vía jurisdiccional.*
>
> *Entonces, el incumplimiento del plazo previsto para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, se entiende clara e inequívocamente como una infracción a la normativa regulatoria en materia de Pensiones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones..."*

Del análisis ut supra se tiene que, el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social es de ciento veinte (120) días calendario de la fecha de inicio de mora o agotada la Gestión de Cobro y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social."

La Administradora ha realizado una interpretación incorrecta de la norma, pretendiendo justificar su conducta antijurídica en una norma de menor jerarquía, la misma que ocasiona perjuicio al Asegurado retardando la recuperación de sus aportes en mora.

La Administradora también señala "Aplicando el cronograma del artículo decimotercero de la R,A. 259/2000, como ejemplo en el periodo de noviembre/2009 del Cargo N° 1, se tiene que el periodo noviembre/2009 corresponde al periodo "t": el mes de diciembre/2009 "t+1" que es el plazo establecido para el pago de contribuciones, el periodo "t+2" corresponde al mes de enero/2010, mes en el que se procede a la acreditación de aportes y a la identificación de la mora y el periodo t+3 a partir del mes de febrero/2010 iniciando el cómputo del plazo de 120 días para la gestión de cobro, coligiendo que el plazo para iniciar la gestión de cobro

administrativo del periodo noviembre/2009 corre a partir del mes de febrero/2010.", sin embargo, el Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, señala que el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social es de ciento veinte (120) días calendario, el cual que se computa pasados los treinta (30) días, a partir del día en que devengan los salarios de sus Empleadores, por lo que a partir del primer día siguiente del mes, se empieza a computar los ciento veinte (120) días calendario para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

Por otro lado, respecto al proceder de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS que atentaría contra el principio de Seguridad Jurídica, es importante señalar que la Seguridad Jurídica se entiende como "...el fundamento para la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que las personas saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones..." (Ossorio), el mismo tiene estrecha relación con el Principio de Legalidad o Principio de Primacía de la Ley, por el cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas (ej. el Estado sometido a la constitución o al Imperio de la ley). Por esta razón se dice que el principio de legalidad establece la seguridad jurídica.

Asimismo, otro de los principios que sustentan el derecho administrativo, es el de jerarquía normativa, expuesto en el inciso h), del articulo (sic) *4 de la ley de procedimiento administrativo* (sic), *que a la letra dice lo siguiente: "Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes."*

En este entendido, bajo los principios de Seguridad Jurídica, de Legalidad y de Jerarquía Normativa, el actuar del regulado, debía enmarcarse en lo determinado por la norma establecida previamente al hecho sancionado con cargos por esta Autoridad, que en este caso en particular es el Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001, la misma que por el Principio de Jerarquía Normativa, se encuentra por encima de otras de menor jerarquía, como ser las notas AP/DPC/CO/2152 de 28 de julio de 2010 y AP/DF/564/09 de 12 de agosto de 2009, con las cuales la Administradora quiere justificar su incumplimiento a la norma.

El artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, al que hace referencia la AFP en su Recurso de Revocatoria, establecía sesenta (60) días calendario para la Gestión de Cobro Administrativo y posterior inicio de la Gestión de Cobro Judicial.

Asimismo en cuanto a la nota APS/DPC/51/2011 de 07 de abril de 2011 referida por la AFP para los Cargos N° 6 y 8, se observa que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS mediante la misma, ha instruido a la Administradora, realizar una depuración de los Empleadores Inactivos identificados, con el fin de evitar que se continúe generando mora con respecto a posteriores períodos; sin embargo dicha nota fue emitida de forma posterior a las obligaciones que debían ser cumplidas por la AFP, siendo que para el Cargo N° 6 la AFP debió presentar la Ampliación de demanda del Primer Proceso Ejecutivo Social de fecha 01 de marzo de 2011, por los períodos de

agosto/2010 a diciembre/2010, inserta en la Nota de Débito de fecha 15 de febrero de 2011; y en el Cargo N° 8, la AFP debió presentar la Ampliación de demanda del Segundo Proceso Ejecutivo Social, por el período de mayo/2010, inserta en la Nota de Débito de fecha 15 de octubre de 2010. Por lo tanto el argumento presentado por el Regulado no es suficiente para levantar los Cargos mencionados.

Por todo lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para levantar los Cargos sancionados, toda vez que la Administradora debió cumplir a cabalidad lo que la norma determina, y presentar las acciones legales y las Ampliaciones de la Demanda dentro del plazo que determina la norma.

Por otro lado, BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria, manifiesta como segundo argumento lo siguiente:

"III.2. REMISIÓN DE COMUNICACIONES ESCRITAS DE COBRO FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA VIGENTE.

La APS sanciona a esta Administradora porque no se remitieron las comunicaciones escritas y dentro de los plazos señalados al empleador EMMU de los periodos de junio a diciembre/2009, enero a diciembre/2010 y de enero a marzo/2011.

Con la documentación presentada por esta Administradora en calidad de descargo, se demostró que la observación con referencia a la remisión de comunicaciones escritas por los periodos observados no corresponde, en razón a que esta Administradora realizó dos (2) gestiones de cobro: una por la Deuda Presunta de tipo M3 y la otra por la Deuda Real de tipo M1, esta última, cuando la empresa presentó sus planillas, las que fueron digitadas como Declaraciones y no Pago, demostrando plenamente la emisión de las cartas de cobro dentro del plazo que establece la norma administrativa, de acuerdo a la información con que la AFP contaba en su momento.

Con referencia al sustento manifestado en la Resolución impugnada sobre un supuesto perjuicio ocasionado al Empleador por no contar éste con una comunicación oportuna sobre sus deudas al SSO y al no advertirle a tiempo que estaría incurriendo en mora para que presente sus justificaciones. Al respecto, cabe aclara (sic) que por mandato constitucional toda ley es de orden público y de cumplimiento obligatorio a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial, la Ley 1732 desde la fecha de su publicación 29 de noviembre de 1999, establece las obligaciones del empleador, asimismo, define cuando se constituye en mora, de manera que esta Administradora bajo ningún concepto ocasionó perjuicio alguno al empleador con referencia a la mora de las contribuciones al SSO, siendo que la retención y el pago a la AFP de aportes, primas y comisiones son actos que son realizados directamente por el Empleador y éste tiene pleno conocimiento sobre el cumplimiento de sus obligaciones y de ser el caso la fecha en que se constituyó en mora.

Al respecto cabe aclarar que la AFP demandó a la Empresa de Mantenimiento Urbano (EMMU) con un Proceso Ejecutivo Social el 13 de agosto de 1999 por

concepto de pago de contribuciones en mora, pese a esta situación, para nuevos periodos constituidos en mora, se realizó las gestiones de cobro tanto Administrativas como Judiciales de parte de esta Administradora, hecho que desvirtúa lo aseverado por su autoridad con respecto a la falta de información, incumpliendo al no realizar el pago de los aportes a esta Administradora no solo (sic) por los periodos observados si no (sic) también por periodos anteriores y posteriores. Situación demostrada con las notas remitidas por el Empleador adjuntando las planillas que no habían sido pagadas las mismas que fueron digitadas como Declaración y No Pago.

Por lo expuesto consideramos que el argumentar que se perjudico a la empresa por no informarle en fecha las cartas de cobro es falso ya que si la empresa haya pretendido pagar la deuda o presentar descargo que permita la anulación de la (sic) estaría incurriendo en mora para que presente sus justificaciones. Al respecto, cabe aclara (sic) que por mandato constitucional toda ley es de orden público y de cumplimiento obligatorio a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta oficial (sic)*, la Ley 1732 desde la fecha de su publicación 29 de noviembre de 1999, establece las obligaciones del empleador, asimismo, define cuando se constituye en mora, de manera que esta Administradora bajo ningún concepto ocasionó perjuicio alguno al empleador con referencia a la mora de las contribuciones al SSO, siendo que la retención y el pago a la AFP de aportes, primas y comisiones son actos que son realizados directamente por el Empleador y éste tiene pleno conocimiento sobre el cumplimiento de sus obligaciones y de ser el caso la fecha en que se constituyó en mora.*

Al respecto cabe aclarar que la AFP demandó a la Empresa de Mantenimiento Urbano (EMMU) con un Proceso Ejecutivo Social el 13 de agosto de 1999 por concepto de pago de contribuciones en mora, pese a esta situación, para nuevos periodos constituidos en mora, se realizó las gestiones de cobro tanto administrativas como Judiciales de parte de esta Administradora, hecho que desvirtúa lo aseverado por su Autoridad con respecto a la falta de información, además de considerar que la empresa tenia (sic) por demás conocimiento de su incumplimiendo (sic) al no realizar el pago de los aportes a esta Administradora no solo por los periodos observados si no (sic) también por periodos anteriores y posteriores. Situación demostrada con las notas remitidas por el Empleador adjuntando las planillas que no habían sido pagadas las mismas que fueron digitadas como Declaración y No Pago. (sic)

Por lo expuesto consideramos que el argumentar que se perjudico a la empresa por no informarle en fecha las cartas de cobro es falso ya que si la empresa haya pretendido pagar la deuda o presentar descargo que permita la anulación de la (sic) los 120 días para el inicio del cobro judicial de las contribuciones en mora. (sic)

La Resolución impugnada no puede ser considerada ajustada a derecho porque lesiona los derechos de la AFP establecidos en el ordenamiento jurídico vigente, por cuanto el respeto de la ley y de los derechos fundamentales es una condición de validez de todos los actos administrativos de la APS.

También es importante aclarar que en lo que a los cargos N° 6 y 8 se refiere, la deuda fue anulada por certificaciones enviadas por la misma APS en la nota cite APS/DPC/51/2011, demostrando oportunamente ante la APS que no existe daño a ningún afiliado… (sic) *…misma ya lo hubiera hecho anteriormente y sin embargo hasta la fecha no tenemos una respuesta positiva departe de la empresa."*

En función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 22 de mayo de 2012, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

La Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 259 de 23 de junio de 2000, en su artículo Quinto, indica lo siguiente:

"…

b) Envío de una segunda comunicación escrita al empleador, antes del día 35 de vencido el plazo para identificar la mora y para determinar aquella que presumiblemente se encuentre en esta situación, en la que se reitere lo informado en la primera comunicación y se le informe que de no concurrir a las oficinas de la Administradora o enviar por correo copia de los antecedentes que permitan aclarar la presunta mora o a descartarla, en un plazo de 15 días calendario; la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva."

Claramente se establece que, una vez identificadas las Contribuciones en mora y determinadas aquellas que presumiblemente se encuentren en esa situación, las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán aplicar el Procedimiento de Gestión de Cobro y de Aclaración. Por lo tanto, se entiende que el imperativo normativo es claro referente a la obligatoriedad que recae sobre las AFP de dar cumplimiento al procedimiento y los plazos específicos en esta etapa, la administrativa, para el cobro y aclaración de la mora a través de la emisión de comunicaciones escritas dirigidas al Empleador para hacerle conocer la mora adeudada al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, la cual debe cumplirse sin excepción alguna.

Para refrendar lo expresado en el párrafo anterior se tiene que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 03/2012 de 24 de enero de 2012, determina que: "....De todo lo previamente relacionado al Cargo N° 1, se tiene comprobado que BBVA Previsión AFP S.A. no remitió la segunda comunicación escrita al Empleador "Importadora Lucca" correspondiente al período agosto/2009.

Que conforme al ordenamiento legal vigente, se tiene que existen procedimientos previos y obligatorios a ser llevados a cabo por una AFP antes de iniciar cualquier acción judicial, que se constituyen en medios de cobro administrativos anteriores al proceso ejecutivo social a efectos de otorgar a los empleadores la posibilidad de formular aclaraciones y explicaciones sobre posibles adeudos al SSO.

Asimismo, se colige que al determinar la normativa vigente el grado de diligencia, entendido como el de un buen padre de familia (máxima diligencia), se establece también el grado de responsabilidad de la AFP, por lo que el Procedimiento de Gestión de Cobro establece en su artículo 12, que el incumplimiento de sus normas generales por parte de las Administradoras, dará lugar a la aplicación de lo previsto por el artículo 292 y siguientes del Decreto Supremo N° 24469, de 17 de enero de 1997, que reglamenta la Ley de Pensiones..."

Por otro lado, BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria manifiesta lo siguiente: "...esta Administradora realizó dos (2) gestiones de cobro: una por la Deuda Presunta de tipo M3 y la otra por la Deuda Real de tipo M1, esta última, cuando la empresa presentó sus planillas, las que fueron digitadas como Declaraciones y no Pago, demostrando plenamente la emisión de las cartas de cobro dentro del plazo que establece la norma administrativa, de acuerdo a la información con que la AFP contaba en su momento.". Lo señalado anteriormente por la AFP, no justifica la omisión de envío imputada por esta Autoridad, debido a que la misma tenía la obligación de emitir y enviar las cartas de cobro al Empleador Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMU dentro de los plazos determinados por norma y agotar debidamente la Gestión Administrativa de Cobro. Ya que analizada la documentación referida a las cartas de cobro para los períodos incurridos en mora por el Empleador, se observa lo siguiente:

- *Para los períodos: junio/2009, octubre/2009, junio/2010, la primera carta para estos períodos fue generada por la AFP, sin embargo no se generó la segunda carta debido a que la empresa presentó sus planillas, las mismas que fueron acreditadas como Declaraciones y No Pago generándose una nueva deuda de tipo M1 y su correspondiente gestión de cobro a partir de esa fecha. Esta Autoridad establece que existe aceptación tácita por parte de la Administradora de no haber remitido la segunda carta de la Gestión de Cobro Administrativo. Asimismo no existe constancia de la fecha "Declaración y No Pago", por último el FPC remitido por la AFP como respaldo de las Declaraciones y No Pago para este período, no presenta constancia de que se trate de una Declaración y No Pago.*

- *Para los períodos: julio/2009, noviembre/2009, julio/2010, agosto/2010 y septiembre/2010, la empresa presentó sus planillas, las mismas que fueron acreditadas como Declaración y No Pago generándose de esta manera deuda de tipo M1 y su correspondiente gestión de cobro. Esta Autoridad observa que la fecha de inicio de la Gestión de Cobro Administrativo que señala la Administradora, incumple el plazo determinado por norma, en ese sentido existe aceptación tácita por parte de la AFP de dicho incumplimiento, asimismo el FPC remitido como respaldo de las Declaraciones y No Pago para estos periodos, no presentan constancia de que se trate de una Declaración y No Pago, por último las notas generadas no fueron entregadas al Empleador, conforme se puede evidenciar en el sello situado en las notas adjuntas por la AFP.*

- *Para los períodos: agosto/2009, marzo/2010, febrero/2011, marzo/2011, se generó deuda de tipo M3 y sus cartas de cobro, en la fecha que correspondía, sin embargo las notas no fueron entregadas al Empleador, conforme se puede evidenciar en el sello situados en las notas adjuntas por la AFP.*

- *Para los períodos: agosto/2009, septiembre/2009, diciembre/2009, febrero/2010, marzo/2010, abril/2010, octubre/2010, noviembre/2010, diciembre/2010, se generó deuda de tipo M3 y sus cartas de cobro, en la fecha que correspondía. Si bien la nota de Gestión Administrativo fue generada en la fecha que correspondía conforme la norma, la misma fue recibida por el Empleador en fecha posterior a la determinada por norma, como se puede evidenciar en la documentación adjunta por la AFP.*

- *Para los períodos enero/2010, mayo/2010 y enero/2011: la AFP expresa: "la primera carta para este período se generó, sin embargo no se generó la segunda carta debido a que a esa fecha este período se encontraba en Jurídico (sic) por estar incluido en la Nota de Débito emitida a la empresa." Esta Autoridad observa que si bien la nota de Gestión de Cobro Administrativo, fue generada en la fecha que correspondía conforme a norma, la misma fue recibida por el Empleador en fecha posterior a la determinada por norma, como se puede evidenciar en la documentación adjunta por la AFP. Siendo que existe aceptación tácita por parte de la Administradora de no haber remitido la segunda carta de la Gestión de Cobro Administrativo.*

Asimismo la Administradora señala que: "...cabe aclara (sic) que por mandato constitucional toda ley es de orden público y de cumplimiento obligatorio a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial, la Ley 1732 desde la fecha de su publicación 29 de noviembre de 1999, establece las obligaciones del empleador, asimismo, define cuando se constituye en mora, de manera que esta Administradora bajo ningún concepto ocasionó perjuicio alguno al empleador con referencia a la mora de las contribuciones al SSO, siendo que la retención y el pago a la AFP de aportes, primas y comisiones son actos que son realizados directamente por el Empleador y éste tiene pleno conocimiento sobre el cumplimiento de sus obligaciones y de ser el caso la fecha en que se constituyó en mora.".

Lo señalado anteriormente por la AFP, es equivocado debido a que ésta tiene la obligación de enviar las cartas de cobro al Empleador dentro de los plazos determinados por norma y cumplir lo establecido en el inciso d) del artículo 31° de la Ley de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, que establece: "es obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), el cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieran sido pagados a éstas por el empleador, sin otorgar condonaciones". Ya que la importancia de la fase administrativa, radica en que la AFP conozca con precisión la suma adeudada, considerando los descargos del Empleador, la Administradora pueda acudir a la solución de la mora a través de la vía Administrativa.

De igual manera la AFP señala: "...esta Administradora bajo ningún concepto ocasionó perjuicio alguno al empleador con referencia a la mora de las contribuciones al SSO..", esta Autoridad aclara que el Empleador tiene el derecho de conocer con precisión los períodos por los que se encuentra en mora, ya que al no conocerlos estaría siendo perjudicado, debido a que la falta de comunicación de inicio de la Gestión de Cobro Administrativo por parte de la AFP, ocasiona que el Empleador desconozca su situación y se vea imposibilitado de utilizar los medios de defensa que la ley le otorga, otorgando a la Administradora ventajas sobre el cobro administrativo y el inicio del cobro judicial.

Es obligación de la Administradora que una vez identificadas las Contribuciones en mora, aplicar el Procedimiento de recuperación administrativa, en el cual la primera y segunda carta de cobro deben ser emitidas y entregadas al Empleador, dentro de plazo, según corresponda por cada período incurrido en mora.

Es importante señalar que, el espíritu de la norma para la Gestión de Cobro Administrativo, también es dar la posibilidad al Empleador para que pueda regularizar la mora, más intereses y otros, antes de ingresar al escenario jurisdiccional.

La Administradora manifiesta haber iniciado un Proceso Ejecutivo Social el 13 de agosto de 1999, luego de haber agotado la Gestión de Cobro Administrativo contra el Empleador; sin embargo dicha actuación no puede ser considerada como descargo, debido a que en el presente Cargo se sanciona el incumplimiento a lo establecido en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N°259 de 23 de junio de 2000. Por tanto las actuaciones a las que hace referencia el regulado no corresponden.

Asimismo en cuanto a la nota APS/DPC/51/2011 de 07 de abril de 2011 referida por la AFP, se observa que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS mediante la misma, ha instruido a la Administradora, realizar una depuración de los Empleadores Inactivos identificados, con el fin de evitar que se continúe generando mora con respecto a períodos posteriores a la misma, siendo que la obligación de la AFP de entregar al Empleador las cartas de cobranza por los períodos: junio/2009 a diciembre/2009, enero/2010 a diciembre/2010 y enero/2011 a marzo/2011, son anteriores a la misma, por lo que el argumento presentado por el Regulado no es suficiente para levantar el Cargo N°2.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para levantar el Cargo N°2.

Con respecto a los demás Cargos

BBVA Previsión AFP S.A., no presenta argumentos ni descargos sobre los Cargos N° 4, 7, 9 y 11.

Sin embargo, es importante señalar, que respecto a estos Cargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante Auto de 28 de febrero de 2012, solicita a la Administradora la remisión de documentación de descargo, respecto a la cual la Administradora no remite documentación alguna.

Al no existir fundamentos de impugnación ni descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A., se considera aceptación tácita por parte de la Administradora por tanto los Cargos se ratifican.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N⁰190-2012 de 29 de maro de 2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 12 de julio de 2012, **BBVA Previsión AFP S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 437-2012 de 20 de junio de 2012, argumentado lo siguiente:

"…II. AGRAVIOS.

La APS en la R.A. 437/2012 sustenta la confirmación de la R.A. 190/2012 manifestando:

> *"Asimismo, se extrae que el obrar diligente de la AFP también se expresa con la presentación de memoriales que corresponden al PES en las fechas que se tiene previstas por norma, por lo que en estos casos, el inicio del proceso judicial, con la presentación de la demanda dentro de los ciento veinte (120) días calendario, conforme prevé el Decreto Supremo 26131 de 30 de marzo de 2001, (vigente a la fecha de incumplimiento normativo de la Administradora) el cual amplía hasta ciento veinte (120) días calendario el plazo que tienen las AFP para el inicio de la Gestión de Cobro Judicial, computables desde que el Empleador se constituye en mora..."*
>
> *"La Administradora ha realizado una interpretación incorrecta de la norma pretendiendo justificar su conducta antijurídica en una norma de menor jerarquía, la misma que ocasiona perjuicio al Asegurado retardando la recuperación de sus aportes en mora."*

III. INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO ESTABLECIDO POR LA NORMATIVA VIGENTE PARA EL INICIO DE LA GESTIÓN DE COBRO JUDICIAL.

En el Recurso de Revocatoria de manera clara y plena se ha demostrado que esta Administradora de Fondos de Pensiones lo único que ha hecho en la Gestión de Cobro Judicial es aplicar el cronograma aprobado por la normativa que regula el mismo, disposición que fue emitida por el Ente Regulador y Fiscalizador del Seguro Social Obligatorio, disposiciones administrativas que de conformidad a la Ley de

Procedimiento Administrativo, toda Resolución, circular, instructivo es de cumplimiento obligatorio para las personas sujetas a su regulación.

Desde el momento de emisión de la R.A. 259/2000 y después de la promulgación del DS 26131, la ex SPVS siempre sostuvo el criterio expresado en la R.A. 259/2000 y ha explicado la gestión de cobro aplicando el cronograma que refiere el artículo decimotercero de la misma, reconociendo claramente que el plazo para el inicio de la gestión de cobro judicial corre a partir del periodo t+3, como prueba de ello se trascribe las partes pertinentes de la correspondencia intercambiada:

1.- Nota AP/DPC/CO/2152 de fecha 28 de julio de 2010 en la cual se revisó el AGM de mayo/2010 en el párrafo segundo indica:

"Al respecto, se ha evidenciado que en el reporte enviado existen Empleadores en mora sin emisión de Nota de Debito, asimismo, no existe reporte que por los periodos evidenciados, la AFP hubiese iniciado el correspondiente Proceso Ejecutivo Social - PES o hubiese ampliado el monto de la Demanda ***una vez transcurridos 120 días de identificada la Mora.****".(Las negrillas son nuestras)*

2.- Nota AP/DF/564/2009 de fecha 12 de agosto de 2009, en la fiscalización de empresa con mora mayor a 120 días en el cálculo de los días de retraso en el inicio del Proceso Ejecutivo Social se aplica los 120 días tomando como Plazo para Inicio PES según la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ***a partir del periodo t+3*** *y es mas en la misma observación hace referencia al D.S. 26131, lo cual se demuestra en el cuadro 2 con el cálculo de los días de retrazo* (sic) *según la Observación 2 de la nota AP/DF/564/2009.*

La aplicación de un nuevo criterio al margen de las disposiciones legales y administrativas, y diferente al que estuvo aplicando en el SSO durante la gestión 2010 (Cite AP/DPC/CO/2152) con la validación del ente regulador atenta contra el derecho a la seguridad jurídica que tienen las personas, sean estas jurídicas o naturales.

La APS tiene la obligación legal de realizar fiscalizaciones bajo los preceptos legales y las disposiciones administrativas emitidas, es más, debe actuar garantizando a los regulados el precepto constitucional de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica implica que el ente regulador debe sostener un solo criterio técnico para los actos fiscalizados, no puede pensar de una manera en una primera fiscalización y de manera contraria en la siguiente.

La APS en su calidad de ente regulador tiene el deber de brindar seguridad jurídica a los regulados y de actuar bajo parámetros razonablemente previsibles conforme establece la ley, la seguridad jurídica que debe brindar es fundamental, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación y fiscalización pone en riesgo la estabilidad de los servicios, pues la AFP quedaría sometida a los cambiantes criterios de la APS, dificultando las actividades que desarrolla.

La APS tiene el deber de actuar cumpliendo el principio de igualdad, porque no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por el mismo ente regulador, lo que implica que debe actuar con racionalidad y universalidad de para resolver los procesos sancionatorios, caso contrario vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a situaciones jurídicas idénticas o análogas, como es el caso del cómputo del plazo de los 120 días para el inicio del cobro judicial de las contribuciones en mora.

La Resolución impugnada no puede ser considera (sic) *ajustada a derecho porque lesiona los derechos de la AFP establecidos en el ordenamiento jurídico vigente, por cuanto el respeto de la Ley y de los derechos fundamentales es una condición de validez de todos los actos administrativos de la APS.*

También es importante reiterar y aclarar que con relación a los cargos N° 6 y 8 se refiere, la deuda fue anulada por certificaciones enviadas por la misma APS en la nota cite APS/DPC/51/2011, demostrando oportunamente ante la APS que no existe daño a ningún afiliado.

REMISIÓN DE COMUNICACIONES ESCRITAS DE COBRO FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA VIGENTE.

A tiempo de reiterar los argumentos y fundamentos expuestos en el Recurso de Revocatoria presentado, tenemos a bien presentar a su autoridad las siguientes aclaraciones con referencia al caso de la ***Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano - EMMA*** *conforme se expresa a continuación:*

1) Si bien esta Administradora acepto (sic) *no haber remitido la segunda carta de la Gestión de Cobro Administrativa, esta aceptación se refería a la segunda carta de cobro de la deuda presunta; ya que cuando correspondía la emisión de esta segunda carta de cobro, se dígito las planillas presentadas por la empresa mediante una nota, planillas que generaron una deuda real de tipo "M1" Mora Efectiva por no pago, para la cual se emitieron tanto la primera como la segunda carta de cobro. Esta Administradora ha cumplido a cabalidad lo establecido en la normativa vigente ya que como podemos generar una 2da carta de cobro de una deuda Presunta que no existía a la fecha de emisión de esta carta, ya que conforme se ha explicado anteriormente la deuda presunta de tipo "M3" fue anulada cuando se genero* (sic) *la deuda real de tipo "M1", por lo tanto, para esta nueva deuda se emitió la primera y segunda carta de cobro.*

Con referencia a la observación realizada de que el FPC no presentan (sic) *la constancia de que se trate de una Declaración y No Pago, consideramos que no es un fundamento legal para una sanción, ya que el hecho de que el Empleador no hubiera marcado en el FPC la casilla correspondiente a la Declaración y no Pago, no quiere decir que no corresponda a ésta, porque al no presentar pago alguno, se deduce que es una Declaración y no Pago, es más, estos FPC cuentan con el sello y firma de la empresa y fueron obtenidos a través de una nota presentada por la misma. Con referencia a los cargos por los periodos de Jul/2009; Nov/2009; Jul/2010; Ago/2010 y Sep/2010, manifestamos a su autoridad que esta Administradora ha*

cumplido ha (sic) *cabalidad la normativa que estaba vigente a la fecha de generación de la deuda de los periodos observados, ya que conforme establecía el cronograma de Gestión de Cobro de la RA 259 "Norma General para la Gestión de Cobro" para los periodos observados se tendría el siguiente plazo para el inicio de la Gestión de Cobro Administrativa:*

Periodo de Cotización (t)	Plazo Pago (t+1)	Plazo Acreditación (t+2)	Plazo p/Identificar la deuda e iniciar la Gestión de Cobro (t+3)
Jul-09	Ago-09	Sep-09	Oct-09
Nov-09	Dic-09	Ene-10	Feb-10
Jul-10	Aqo-10	Sep-10	Oct-10
Ago-10	Sep-10	Oct-10	Nov-10
Sep-10	Oct-10	Nov-10	Dic-10

Y las cartas de cobro para los periodos observados fueron emitidas en las fechas siguientes:

Periodo observado	Deuda Real "M1" (DNP)	
	1ra. Carta	2da. Carta
Jul-09	24/10/2009	25/11/2009
Nov-09	25/02/2010	25/03/2010
Jul-10	25/10/2010	25/11/2010
Aqo-10	25/10/2010	25/11/2010
Sep-10	25/11/2010	24/12/2010

Cabe aclarar que para los periodos de Agosto y Septiembre/2010 se emitieron con anterioridad las cartas de cobro debido a que la empresa nos presento (sic) *en esa fecha sus planillas y fueron digitadas como Declaración y No Pago generándose la deuda y su correspondiente gestión de cobro.*

Con respecto a la observación de que los FPC remitido como respaldo de las Declaraciones y No Pago para estos periodos, no presentan constancia de que se trate de una Declaración y No Pago, cabe aclarar que los periodos de Julio/2010 y Septiembre/2010 si tienen identificado en el FPC el tipo "Declaración y No Pago" por lo tanto no entendemos la observación que realiza la APS. Con relación a los demás periodos corresponde el mismo descargo mencionado anteriormente con relación a la observación realizada de que el FPC no presenta la constancia de que se trate de una Declaración y No Pago.

Por último, la APS hace referencia que para estos periodos observados las notas generadas no fueron entregadas al Empleador, sin embargo en el anexo reportado en la RA 190-2012 se identifica claramente la "Fecha de Entrega de la Nota" para los periodos observados excepto para el periodo de Julio/2009, por lo expuesto esta observación no es valida (sic) *para los periodos de Nov/2009; Jul/2010; Ago/2010 y Sep/2010.*

IV.- <u>PETITORIO</u>

Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana critica la revocatoria de la APS/DJ/DPC Nº 437/2012 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº 190/2012 de 29 de marzo de 2012 y revoque el Artículo tres de esta última Resolución, considerando la realidad material descrita y el cumplimiento de las disposiciones legales administrativas que regulan la prestación de jubilación del Seguro Social obligatorio de largo plazo."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº190-2012 de 29 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por:

a) Incumplimiento a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, debido a que no se habrían iniciado las acciones legales en el plazo establecido para los siguientes empleadores:

   1) Aserradero San Martín Ltda. (Cargo Nº 1)
   2) Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano (Cargo Nº 3)
   3) Universidad San Francisco de Asís (Cargo Nº 6, 7 y 8)

b) Infracción a lo dispuesto en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 259 de 23 de junio de 2000, ya que en el período de junio/2009 a marzo/2011 no remitió las comunicaciones escritas en los plazos señalados, durante la Gestión de Cobro Administrativo (Cargo Nº 2).

c) Incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, por la paralización injustificada de las actuaciones procesales dentro del Proceso Ejecutivo Social, seguido contra los siguientes empleadores:

1) Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano (Cargo Nº 4)
2) Universidad San Francisco de Asís (Cargo Nº 9)
3) ARINSUR INC. (Cargo Nº 10)
4) Club Bolívar (Cargo Nº 11)

Conforme se tiene de la transcripción realizada del Recurso Jerárquico, y de los antecedentes del proceso, la recurrente limita su impugnación a los Cargos sancionados Nº 1, 2, 3, 6, 7 y 8.

Consiguientemente, se evidencia la inexistencia de impugnación respecto a las infracciones cometidas y por ende reconocidas por la recurrente correspondiente a los Cargos Nº **4, 9, 10 y 11;** por lo tanto, el presente análisis sólo se limitará a los Cargos objeto de impugnación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. EN CUANTO AL PLAZO PARA EL INICIO DE LAS ACCIONES LEGALES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. con los Cargos Nº 1, 3, 6, 7 y 8 por incumplimiento a los artículos 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, debido a que la AFP habría iniciando las acciones legales fuera del plazo establecido por norma vigente.

Que la recurrente señala que esta habría cumplido con los plazos para el inicio de la Gestión de Cobro Judicial de las contribuciones en mora, que sin embargo de ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros habría impuesto un nuevo criterio para contabilizar el plazo de los ciento veinte (120) días, al margen de las disposiciones legales y administrativas, por lo que este hecho -según la recurrente- ha dado lugar a que se vulnere el principio de igualdad y el principio de seguridad jurídica.

Por lo que, previó al análisis de fondo, corresponde transcribir las normas tal como se procede a continuación:

- **El Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 establece:**

  "ARTÍCULO 7.- (PROCEDIMIENTOS DE COBRO DE CONTRIBUCIONES EN MORA). *Para el cobro de Contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social.*

  La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social."

  "ARTICULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL). *La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora,*

está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469.

La Gestión de Cobro, podrá ser interrumpida, cuando la AFP tenga constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del empleador, debiéndose iniciar de inmediato el Proceso Ejecutivo Social."

- **El Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001 amplia la gestión de cobro tal como sigue:**

"ARTICULO 1.- AMPLIACIÓN DE LA GESTIÓN DE COBRO. *Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese periodo, la acción procesal prevista en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 25722, de 31 de marzo de 2000..."*

Ahora bien, es importante traer a colación lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto al plazo establecido para el inicio de los Procesos Ejecutivos Sociales, en las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 20/2012 10 de abril de 2012, y la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, mismas que establecieron lo siguiente:

"…Tal como la norma lo indica, el legislador ***estableció un plazo máximo de 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora del empleador****,* ***para la interposición del Proceso Ejecutivo Social,*** *correspondiendo ahora establecer con precisión el momento en el que el empleador se constituye en mora, para determinar desde cuando se empieza a computar el plazo para iniciar el citado proceso.*

En este contexto, el artículo 21, párrafo segundo de la Ley de Pensiones N° 1732 dispone "Estos pagos se realizaran dentro del plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrán exceder de treinta (30)días calendario a partir del día en que devengan los sueldos salarios de sus trabajadores o empleadores. Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente Ley…"

Por lo que queda claro que el empleador se constituye en mora, pasado treinta días (1mes) de devengado el sueldo, por lo que a partir del primer día siguiente se empieza a computar el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

Asimismo corresponde referirnos a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 259 de fecha 23 de junio de 2000 (Norma General para la Gestión de Cobro) que determina los procedimientos y plazos para el inicio y gestión de cobros(sic)*, donde se advierte que los tres meses involucrados en la gestión de cobro, se encuentran inmersos en el plazo de 90 días de iniciada la mora, por lo que no* ***existiría precedente jurídico o norma que ampare una gestión mayor a dicho plazo y un inicio del Proceso Ejecutivo Social mayor a los 120 días, cual se ha podido evidenciar de la norma transcrita up supra…"***

*De lo transcrito queda claro que la AFP, **debe realizar las gestiones de cobro dentro del plazo de los 120 días y vencido este plazo, si no cuenta con alguna respuesta favorable a las gestiones de cobro, tiene la obligación de iniciar el Proceso Ejecutivo Social** o incluso antes, conforme lo determina el parágrafo segundo del artículo 7 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, al determinar que la gestión de cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social.*

Situación que a su vez nos lleva al precedente anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 018/2012 que determina:

*"El plazo de los 120 días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, corresponde a la obligación impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones como representantes de sus Afiliados en el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, en razón a que el objeto de tal proceso no está en sólo lograr una sentencia favorable, sino principalmente en la recuperación de las contribuciones en mora de manera oportuna, de manera tal que los asegurados no resulten perjudicados a tiempo de acceder a una prestación del **Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por lo que en definitiva, el plazo de los 120 días corresponde al plazo máximo en que las administradoras deben dar inicio al Proceso Ejecutivo Social,** hecho que de ninguna manera implica la extinción del derecho para interponer el Proceso Ejecutivo Social ante la vía jurisdiccional.*

Entonces, el incumplimiento del plazo previsto para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, se entiende clara e inequívocamente como una infracción a la normativa regulatoria en materia de Pensiones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones." (El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De los precedentes administrativos ya citados, es de conocimiento de las Administradoras de Fondos de Pensiones que los empleadores están obligados a realizar el pago de las cotizaciones, primas y comisiones, en un plazo de treinta días calendario (1 mes) a partir del día en que devengan los sueldos o salarios; vencido este plazo, en caso de incumplimiento en el pago, el empleador ingresa en mora al día siguiente.

Asimismo, tal como establece la normativa vigente, para la recuperación de las contribuciones en mora, que fueron retenidas por los empleadores y no canceladas al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, las Administradoras conforme a procedimiento, deben aplicar: la Gestión de Cobro Administrativa y luego el Proceso Ejecutivo Social.

Por tanto, y **sin perjuicio de la aclaración que se realiza líneas abajo**, previo al inicio del Proceso Ejecutivo Social, las Administradoras de Fondos de Pensiones, conforme lo establece la Resolución Administrativa SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000, deben realizar dentro de los ciento veinte (120) días calendario de iniciada la mora, gestiones administrativas mínimas de cobranza (procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo).

Ahora bien, tal como se señaló precedentemente, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, establece que:

> "…*La AFP* ***transcurridos*** *los sesenta (60) días calendario* ***de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro*** *sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora,* ***está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social*** *previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469…*"
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo señalado y considerando que el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001, modificó el plazo de los sesenta (60) días calendario, ampliando el mismo **hasta ciento veinte (120) días calendario,** para el **inicio del Proceso Ejecutivo Social**, se tiene que una vez concluida la gestión de cobro y en el evento que el empleador no pague lo adeudado al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, transcurridos los ciento veinte (120) días calendario, es responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones, el **iniciar el Proceso Ejecutivo Social**, el día **ciento veintiuno (121)**, plazo a contabilizarse desde el día en que el empleador ingresó en mora.

Sin embargo de ello, eso no significa que las Administradoras de Fondos de Pensiones deban necesariamente esperar el plazo de los ciento veinte (120) días calendario para dar inicio al Proceso Ejecutivo Social, ya que éstas, conforme a su deber de buen padre de familia y de diligencia que deben tener respecto a la representación legal de sus Asegurados, pueden dar inicio al Proceso Ejecutivo Social antes de transcurrido el plazo de los ciento veinte (120) días calendario, por ejemplo: cuando las gestiones de cobro con el empleador no hayan rendido frutos en anterior oportunidad, o cuando las Administradoras tengan constancia del cierre o del posible cierre de las oficinas del empleador, conforme lo establece el artículo 9 y el artículo 7 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, que reglamenta los artículos 23 y 33 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, cuando indica que: "***La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social***".(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De igual manera tal como lo señala el artículo octavo del Procedimiento de Gestión de Cobro, aprobado mediante Resolución Administrativa-SPVS-P Nº 259 de 23 de junio de 2000:

> "***OCTAVO.- (SUSPENSIÓN DEL PROCESO DE GESTIÓN DE COBRO)***
> *Si durante la aplicación del proceso de Gestión de Cobro, la Administradora toma conocimiento de que el empleador presenta problemas financieros que amenazan su continuidad o que no permitan hacer frente a las deudas previsionales en el corto plazo, las Administradoras deberán suspender el procedimiento de Gestión de Cobro e iniciar inmediatamente el cobro por la vía judicial.*"

Por todo lo señalado, corresponde hacer el análisis de legalidad en cuanto a los cargos sancionados e impugnados por la recurrente.

Asimismo, se debe tomar en cuenta lo señalado por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota SPVS-IP-DC 577-2001 de 18 de abril de 2001, en la que se comunica que al determinarse nuevos periodos en mora una vez iniciado el Proceso Ejecutivo Social, corresponde que las Administradoras de Fondos de Pensiones realicen la

ampliación dentro del proceso judicial por dichos periodos, no siendo necesario realizar una gestión previa de cobro administrativo por nuevos periodos vencidos.

2.2. DE LOS CARGOS OBJETO DE IMPUGNACIÓN.-

2.2.1. Cargo Nº 1.- (Guido Efraín Bueno – Aserradero San Martín Ltda.)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. por incumplimiento al plazo establecido en norma para el inicio del Proceso Ejecutivo Social y las ampliaciones correspondientes, de acuerdo al siguiente detalle:

"

PERIODO DE COTIZACIÓN	*PLAZO DE INICIO DEL PES*	*INICIO DEMANDA DEL PES*	*OBSERVACIÓN*
Oct-09	*Mar-10*	*04/05/2010*	*INCUMPLE*
Nov-09	*Abr-10*	*04/05/2010*	*INCUMPLE*
Feb-10	*Jul-10*	*12/10/2010*	*INCUMPLE*
Mar-10	*Ago-10*	*12/10/2010*	*INCUMPLE*
Abr-10	*Sep-10*	*12/10/2010*	*INCUMPLE*
Jun-10	*Nov-10*	*04/01/2011*	*INCUMPLE*
Jul-10	*Dic-10*	*04/05/2010* (sic)	*INCUMPLE*

..."

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 190-2012 de 29 de marzo de 2012, a fojas 336, la Entidad Reguladora estableció lo siguiente:

> *"- Por el periodo de **octubre/2009**, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales **hasta el mes de marzo/2010**, sin embargo presentó la demanda en fecha 04 de mayo de 2010, por lo que se comprueba el incumplimiento.*
> *- Por el periodo de **noviembre/2009**, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales **hasta el mes de abril/2010**, sin embargo presentó la demanda en fecha 04 de mayo de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
> *- Por el periodo **febrero/2010**, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales **hasta el mes de julio/2010**, sin embargo presentó la demanda en fecha 12 de octubre de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
> *- Por el periodo **marzo/2010**, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales **hasta el mes de agosto/2010**, sin embargo presentó la demanda en fecha 12 de octubre de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
> *- Por el periodo **abril/2010**, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales **hasta el mes de septiembre/2010**, sin embargo presentó la demanda en fecha 12 de octubre de 2010, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
> *- Por el periodo **junio/2010**, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales **hasta el mes de noviembre/2010**, sin embargo presentó la demanda en fecha 04 de enero de 2011, por lo que se comprueba su incumplimiento.*
> *- Por el periodo **julio/2010**, la AFP contaba con plazo para dar inicio a las acciones legales **hasta el mes de diciembre/2010**, sin embargo presentó la demanda en fecha 04 de mayo de 2011, por lo que se comprueba su incumplimiento…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo señalado corresponde realizar el siguiente análisis:

- **Proceso Ejecutivo Social:**

  La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, estableció que el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social para el periodo de octubre/2009 era **hasta** marzo/2010 y para el periodo de noviembre/2009 era **hasta** abril/2010.

  Sin embargo, importa precisar que los periodos de octubre/2009 y noviembre/2009, debieron ser pagados por el empleador hasta el 30 de noviembre de 2009 y 31 de diciembre de 2009 respectivamente, entrando en mora al día siguiente de vencido este plazo.

  Por lo que debido al incumplimiento, la Administradora de Fondos de Pensiones debió **iniciar** el Proceso Ejecutivo Social máximo el 31 de marzo de 2010 (para el periodo de octubre/2009) y el 1 de mayo de 2010 (para el periodo de noviembre/2009), una vez transcurridos los ciento veinte (120) días calendario de iniciada la mora, es decir al día ciento veintiuno (121).

  De lo transcrito se tiene que la Entidad Reguladora hace una incorrecta contabilización del plazo de los ciento veinte (120) días calendario, ocasionando confusión a la recurrente, al señalar que el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social era **hasta** marzo/2010 (para el periodo de octubre/2009) y **hasta** abril/2010 (para el periodo de noviembre/2009), siendo que recién en fecha 31 de marzo de 2010 y 1 de mayo de 2010, respectivamente, debió **iniciarse** el Proceso.

- **Primera Ampliación de la Demanda:**

  La primera ampliación de la Demanda, fue realizada por la Administradora de Fondos de Pensiones en fecha 12 de octubre de 2010; la misma debió ser iniciada el 30 de julio de 2010 (para el periodo de febrero de 2010), el 29 de agosto de 2010 (para el periodo de marzo/2010) y el 29 de septiembre de 2010 (para el periodo de abril/2010), una vez transcurridos los ciento veinte (120) días de iniciada la mora.

  Sin embargo, la Entidad Reguladora señaló que la primera ampliación de la demanda por el periodo de febrero/2010 debió ser iniciada **hasta** julio/2010, la demanda por el periodo de marzo/2010 **hasta** agosto/2010 y la demanda por el periodo de abril/2010 **hasta** septiembre/2010, **dentro** de los ciento veinte días (120) calendario de iniciada la mora, lo cual no corresponde ya que el **plazo máximo** para realizar la ampliación es hasta el día ciento veintiuno (121) de iniciada la mora.

- **Segunda Ampliación de la Demanda:**

  Ahora bien en cuanto a la segunda ampliación de la demanda, se tiene que la misma fue realizada por la Administradora de Fondos de Pensiones en fecha 04 de enero de 2011 para el periodo de junio/2010 y el 04 de mayo de 2011 para el periodo de julio/2010, sin embargo, la misma debió ser iniciada el 29 de noviembre de 2010 y el 30 de diciembre de 2010, respectivamente, una vez transcurridos los ciento veinte (120) días de iniciada la mora.

  De la misma manera, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,

ocasionó una confusión a la recurrente, al señalar que la segunda ampliación el Proceso Ejecutivo Social debió ser iniciada **hasta** noviembre/2010 por el periodo de junio/2010 y **hasta** diciembre/2010 por el periodo de julio/2010, siendo que el **plazo máximo** para realizar la ampliación es hasta el día ciento veintiuno (121).

Conforme se evidencia, la Entidad Reguladora realizó un incorrecto cómputo del plazo de los ciento veinte (120) días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

Que de acuerdo a lo señalado en el punto anterior, se tiene que dentro del plazo de los ciento veinte (120) días calendario de iniciada la mora, la Administradora debe realizar las gestiones mínimas establecidas en el procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo, correspondiendo que recién el día ciento veintiuno (121) se **inicie** el Proceso Ejecutivo Social, salvo lo estipulado en el punto 2.1.

Asimismo, tal como se señaló en el punto anterior, se debe considerar que para las ampliaciones por nuevos periodos vencidos, una vez iniciado el Proceso Ejecutivo Social, no es obligatorio que las Administradoras de Fondos de Pensiones realicen la gestión de cobro administrativo previo.

Por todo lo señalado es evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros al haber hecho una incorrecta contabilización de los plazos para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, ocasionó una confusión al recurrente y realizó un incorrecto análisis de la norma, sin perjuicio de ello es evidente que existió incumplimiento por parte de la AFP, al haberse excedido el plazo de 121 días, establecido en la norma.

2.2.2. Cargo N° 2.- (Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano-EMMU)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. por infracción a lo dispuesto en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 259 de 23 de junio de 2000, al advertir que en el Procedimiento de Gestión de Cobro Administrativo y de Aclaración, durante el periodo de junio/2009 a marzo/2011, no habría remitido las comunicaciones escritas dentro de plazos señalados al Empleador EMMU.

Al respecto, la Resolución Administrativa – SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000 señala:

"CUARTO.- (IDENTIFICACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES EN MORA).-

(…)
La mora efectiva por pagos en defecto se debe determinar en los diez (10) primeros días del segundo mes posterior a aquel en que realizó la recaudación, siempre y cuando se hayan obtenido posteriormente los FPC correspondientes.

QUINTO.- (PROCEDIMIENTO DE COBRO Y DE ACLARACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE MORA).

Una vez identificadas las contribuciones en mora y determinadas aquellas que presumiblemente se encuentren en esta situación, las Administradoras deberán

aplicar el Procedimiento de Gestión de Cobro y de aclaración, el que deberá contener como mínimo las siguientes actividades:

a) Envío de comunicación escrita al empleador, dentro del plazo de 5 días calendarios de vencido el plazo para identificar la mora y para determinar aquella que presumiblemente se encuentre en esta situación, en la que se le informe sobre este hecho; dándole a conocer los antecedentes de (sic) *respectivos para que en el plazo de 15 días calendario concurra a las oficinas de la Administradora para aclarar o regularizar su situación o envíe por correo a las oficinas de la Administradora copia de los antecedentes necesarios para descartarla.*

b) Envío de una segunda comunicación escrita al empleador, antes del día 35 de vencido el plazo para identificar la mora y para determinar aquella que presumiblemente se encuentre en esta situación, en la que se reitere lo informado en la primera comunicación y se le informe que de no concurrir a las oficinas de la Administradora o enviar por correo copia de los antecedentes que permitan aclarar la presunta mora o a descartarla, en un plazo de 15 días calendario; la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva…"

Asimismo la Resolución Administrativa SPVS-IP 935 de 01 de septiembre de 2006, establece lo siguiente:

***"I.** Se incluye el siguiente párrafo en el Artículo Cuarto (IDENTIFICACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES EN MORA):*

"Una vez identificada la mora, en el plazo establecido en el párrafo primero, las AFP realizarán una depuración de la mora presunta (por no pago y por defecto) antes del primer envío de comunicación de cobranza a los empleadores. El plazo para esta depuración y verificación es de 15 días calendario contados a partir del día siguiente de vencido el plazo para identificar la mora."

***II.** Se modifica el cómputo para el envío de la primera y segunda comunicación escrita al empleador del Artículo Quinto (PROCEDIMIENTO DE COBRO Y DE ACLARACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE MORA) de acuerdo a lo siguiente:*

"a) El plazo para el envío de la primera comunicación escrita al empleador es de 5 días calendario vencido el plazo para la depuración y verificación de la mora presunta.
b) El envío de la segunda comunicación escrita al empleador se debe realizar antes del día 35 de vencido el plazo para la depuración y verificación de la mora presunta."

De la normativa señalada se tiene que si bien dentro del procedimiento de Gestión de Cobro, se mantiene el envío de las dos comunicaciones escritas a los empleadores, el plazo

para remitir las mismas fue modificado, considerando que la **mora efectiva** debe ser determinada en los diez (10) primeros días del segundo mes posterior a aquel en que realizó la recaudación, es decir a cuarenta días del periodo de cotización, y una vez **identificada la mora**, las Administradoras deben realizar la **depuración y verificación** en quince (15) días calendario contados a partir del día siguiente de vencido el plazo para identificar la mora, es decir al día cincuenta y cinco del periodo de cotización.

Por lo tanto, una vez identificada la mora y realizada la depuración y verificación, las Administradoras deberán aplicar el Procedimiento de Gestión de Cobro y aclaración, realizando como mínimo el envío de dos comunicaciones escritas a los empleadores:

a) Primera comunicación escrita en el plazo de cinco días calendario de vencido el plazo para la **depuración y verificación** de la mora presunta.
b) Segunda comunicación escrita antes del día 35 de vencido el plazo para la **depuración y verificación** de la mora.

Sin embargo, la Entidad Reguladora sancionó a la Administradora de Fondos de Pensiones por no enviar la primera comunicación escrita a los 5 días calendario de vencido el plazo para **identificar la mora** y la segunda comunicación escrita antes del día 35 de vencido el plazo para **identificar la mora**, sin considerar el proceso de depuración y verificación de la mora, establecido en el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 935 de 1 de septiembre de 2006.

Por tanto, no corresponde que la Entidad Reguladora sancione a la Administradora de Fondos de Pensiones, por incumplimiento al artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 259 de 23 de junio de 2000, en razón a que esta norma fue modificada por la Resolución Administrativa SPVS-IP 935 de 01 de septiembre de 2006, por lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un incorrecto análisis en cuanto a los plazos establecidos en normativa vigente.

2.2.3. Cargo Nº 3.- (Empresa Municipal de Mantenimiento Urbano – EMMU)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a BBVA Previsión AFP S.A., por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo 1 del Decreto Supremo Nº 26131 de 30 de marzo de 2001 que modifica el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000, al evidenciar que el Cuarto Proceso Ejecutivo Social por el periodo de febrero/2010, fue iniciado fuera del plazo establecido.

Al respecto, tal como lo señala la norma, el periodo de febrero/2010 debió ser cancelado por el empleador hasta el 31 de marzo de 2010, incurriendo en mora a partir del 1º de abril de 2010, por lo tanto la Administradora de Fondos de Pensiones, debió iniciar el Cuarto Proceso Ejecutivo Social en fecha 30 de julio de 2010 como plazo máximo, sin embargo este fue iniciado el 25 de agosto de 2010, fuera del plazo establecido.

Nótese en este punto que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, refiere que el inicio del Proceso Ejecutivo Social debió ser **dentro** del plazo de los **ciento**

veinte (120) días calendario de iniciada la mora, sin considerar que dentro de ese periodo la Administradora debió realizar las gestiones mínimas de cobranza, y el día ciento veintiuno (121) de iniciada la mora, ésta debió iniciar el Proceso Ejecutivo Social, salvo lo señalado en el punto 2.1.

Por lo tanto es evidente que la Entidad Reguladora no sólo ocasionó una confusión a la Administradora de Fondos de Pensiones en cuanto al cómputo de los ciento veinte (121) días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, sino que la misma ha hecho un incorrecto análisis de la norma. Sin perjuicio de ello es evidente que existió incumplimiento por parte de la AFP, al haberse excedido el plazo de 121 días, establecido en la norma.

2.2.4. Cargo N° 6.- (Universidad San Francisco de Asís – USFA)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. ya que la ampliación de la demanda del Primer Proceso Ejecutivo Social fue presentada fuera del plazo establecido, en fecha 01 de marzo de 2011, por los periodos de agosto/2010 a diciembre/2010, de los cuales se realiza el siguiente análisis:

- Para el periodo de agosto/2010 la Administradora de Fondos de Pensiones, debió **iniciar** la ampliación de la demanda del Primer Proceso Ejecutivo Social en fecha 29 de enero de 2011, al día ciento veintiuno (121) desde el inicio de la mora, como plazo máximo, sin embargo, el proceso fue iniciado en fecha 01 de marzo de 2011, fuera del plazo establecido en norma.

- Con relación a los periodos de septiembre/2010 a diciembre/2010, se tiene que la ampliación de la demanda debió ser iniciada en las fechas detalladas a continuación, el día ciento veintiuno de iniciada la mora, como plazo máximo:

  - Septiembre/2010 en fecha 1 de marzo de 2011,
  - Octubre/2010 en fecha 31 de marzo de 2011,
  - Noviembre/2010 en fecha 1 de mayo de 2011 y
  - Diciembre/2010 en fecha 1 de junio de 2011

De acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora, se tiene que la ampliación por dichos periodos fue iniciada en fecha 1 de marzo de 2011, sin embargo la misma señala que no contaría con el sello de recepción del juzgado, y pese a no haber procedido con la búsqueda de la verdad formal, procedió a emitir su fallo.

Por lo tanto, se concluye que la APS ha hecho una incorrecta aplicación de la norma, y del debido proceso, debiendo en consecuencia anularse el procedimiento para el cargo y sanción en análisis.

2.2.5. Cargo N° 7.- (Universidad San Francisco de Asís – USFA)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. con referencia al Segundo Proceso Ejecutivo Social, ya que habría iniciado las acciones legales fuera del plazo establecido en normativa vigente, por los periodos de

octubre/2009 a febrero/2010, por lo que corresponde que se realice en siguiente análisis:

- El periodo de octubre/2009, debió ser cancelado por el empleador hasta el 30 de noviembre de 2009, debido al incumplimiento debió iniciar el Proceso Ejecutivo Social en fecha 31 de marzo de 2010, una vez transcurridos los ciento veinte (120) días de iniciada la mora.

- El periodo de noviembre/2009, debió ser cancelado por el empleador hasta el 31 de diciembre de 2009, debido al incumplimiento debió iniciar el Proceso Ejecutivo Social en fecha 1 de mayo de 2010, una vez transcurridos los ciento veinte (120) días de iniciada la mora.
- El periodo de diciembre/2009, debió ser cancelado por el empleador hasta el 31 de enero de 2010, debido al incumplimiento debió iniciar el Proceso Ejecutivo Social en fecha 1 de junio de 2010, una vez transcurridos los ciento veinte (120) días de iniciada la mora.
- El periodo de enero/2010, debió ser cancelado por el empleador hasta el 28 de febrero de 2010, debido al incumplimiento debió iniciar el Proceso Ejecutivo Social en fecha 29 de junio de 2010, una vez transcurridos los ciento veinte (120) días de iniciada la mora.
- El periodo de febrero/2010, debió ser cancelado por el empleador hasta el 31 de marzo de 2010, debido al incumplimiento debió iniciar el Proceso Ejecutivo Social en fecha 30 de julio de 2010, una vez transcurridos los ciento veinte (120) días de iniciada la mora, con una demora de cuatro (4) días.

Conforme lo ya expresado se tiene que el inicio del Proceso Ejecutivo Social debe ser iniciado transcurridos los ciento veinte (120) días calendario de iniciada la mora, y no así dentro del periodo de los 120 días como refiere la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ya que en dicho periodo, salvo lo señalado en el punto 2.1., la Administradora debe realizar las gestiones mínimas de cobro administrativo.

Por lo que esta situación, ha dado lugar a que el Ente Regulador nuevamente haga un incorrecto análisis de la norma y haya causado confusión al regulado en cuanto al inicio del Proceso Ejecutivo Social, sin embargo y pese a ello es evidente que la AFP incumplió la normativa imputada excediéndose del plazo de 121 días, establecido en la norma.

2.2.6. Cargo N° 8.- (Universidad San Francisco de Asís – USFA)

Se sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. ya que la ampliación de la demanda del Segundo Proceso Ejecutivo Social, correspondiente al mes de mayo/2010, fue iniciada fuera del plazo establecido en normativa vigente.

Al respecto, de acuerdo a lo señalado por la Entidad Reguladora mediante Informe APS/DPC/UO/055-2012 de 16 de marzo de 2012 (Fjs 228), la demanda por el periodo de mayo/2010 fue iniciada en fecha 16 de noviembre de 2010, sin embargo, el mismo debió ser iniciado en fecha 29 de octubre de 2010, el día ciento veintiuno (121) desde el inicio de la mora, como plazo máximo.

Asimismo, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,

mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 190-2012 de 29 de marzo de 2012 señala que: "…*la presentación de la Ampliación de la demanda del Segundo PES debió ser* ***dentro*** *de los* ***ciento veinte (120)*** *días calendario, computados desde el momento en que el Empleador Universidad* (sic) *incurre en mora por el periodo mayo/2010, ya que habiéndose agotado el plazo para efectivizar el cobro por medio de la Gestión de Cobro Administrativo...".* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Con dicha argumentación nuevamente se observan incongruencias de parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cuanto al cómputo del plazo para el Inicio del Proceso Ejecutivo Social, debido a que como ya se estableció con anterioridad dentro del plazo de los ciento veinte (120) días calendario de iniciada la mora, las Administradoras deben realizar la gestión de cobro administrativo, y una vez vencido este plazo, al día ciento veintiuno (121) recién se debe iniciar el Proceso Ejecutivo Social, salvo lo estipulado en el punto 2.1.

Ahora bien, y sin perjuicio de ello es evidente que existió incumplimiento por parte de la AFP, al haberse excedido el plazo de 121 días, establecido en la norma.

3. Del Petitorio del memorial de Recurso Jerárquico.-

Por último el recurrente solicita en su Recurso Jerárquico, específicamente en el petitorio lo siguiente:

> ***"…****Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana critica la revocatoria de la APS/DJ/DPC Nº 437/2012 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº 190/2012 de 29 de marzo de 2012 y revoque el Artículo tres de esta última Resolución, considerando la realidad material descrita y el cumplimiento de las disposiciones legales administrativas que regulan la prestación de jubilación del Seguro Social obligatorio de largo plazo. "*

De la lectura del mismo se evidencian incongruencias y confusión por parte de la recurrente a momento de redactar su petitorio, ya que primero solicita la revocatoria de la APS/DJ/DPC Nº 437/2012 de 20 de junio de 2012, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº 190/2012 de 29 de marzo de 2012, sin embargo líneas más adelante solicita la revocatoria del artículo tres la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº 190/2012 de 29 de marzo de 2012.

Que de la revisión realizada de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 190-2012 de 29 de marzo de 2012, se tiene que la misma no tendría un artículo tres como sugiere la recurrente, y que además la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 190-2012 de 29 de marzo de 2012, es sancionatoria y no así es la que resuelve el Recurso de Revocatoria (no correspondiendo entonces solicitar la revocatoria de ésta, porque la misma ya ha sido confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC Nº 437/2012 de 20 de junio de 2012.)

Sin embargo de ello y en virtud al principio de favorabilidad e informalismo entendidos como que "*...el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió el recurrente…*" este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se ha pronunciado en el fondo.

CONSIDERANDO:

Que del análisis de los Considerandos anteriores, y del correspondiente control de legalidad se tiene que la Entidad Reguladora en cada uno de los cargos objeto de impugnación ha hecho un incorrecto análisis de la norma y ocasionando confusión a la recurrente, respecto al cómputo de los ciento veinte (120) días para el inicio del Proceso Ejecutivo Social, sin embargo pese a ello se ha evidenciado el incumplimiento a la normativa que le fuera imputada al regulado.

Que, importa que la Entidad Fiscalizadora considere para posteriores procesos administrativos, que el inicio del Proceso Ejecutivo Social debe realizarse **una vez vencidos los ciento veinte (120) días calendario, es decir al día ciento veintiuno (121), desde que el empleador se constituyó en mora, conforme a lo ya señalado por esta instancia Jerárquica y la normativa vigente.**

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que en cuanto a los Cargos Nº 1, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11; los mismos deben ser confirmados.

Que, por el contrario, la APS no ha hecho un incorrecto análisis de la norma, no ha sometido su actuar a lo establecido por norma, vulnerando así los principios de congruencia, legalidad, principios de sometimiento pleno a la ley, debido proceso, por lo que corresponde revocar el cargo Nº 2 y anular el cargo Nº 6, al haberse generado indefensión al regulado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43, I. inc. b) y 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Revocar Parcialmente la resolución impugnada y anular en caso de detectarse vicios en el procedimiento.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 437-2012 de 20 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 190-2012 de 29 de marzo de 2012, dejando sin efecto el inciso b) del Artículo Primero y Confirmando los incisos a), c), d), e), g), h), i), j) y k) del mismo artículo primero, conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo en cuanto al inciso f) del Artículo Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 190-2012 de 29 de marzo de

2012, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 437-2012 de 20 de junio de 2012, debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa por cuerda separada, conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
BANCO ECONÓMICO S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 269/2012 DE 27 DE JUNIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 067/2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 067/2012

La Paz, 23 de noviembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **Banco Económico S.A.,** legalmente representada por el Ing. Justo Yepez Kakuda, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 269/2012 de 27 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº 168/2012 de 7 de mayo de 2012 , ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 038/2012 de 18 de septiembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 127/2012 de 22 de octubre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 17 de julio de 2012, el **Banco Económico S.A.,** legalmente representada por el Ing. Justo Yepez Kakuda, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 36/2000 de 24 de enero de 2000, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera clase Nº 40 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dra. Edith Castellanos Salas, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 269/2012 de 27 de

junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº 168/2012 de 7 de mayo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 23 de julio de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Banco Económico S.A.,** mismo que fue notificado el 26 de julio de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 26 de julio de 2012, se hizo un llamamiento a los terceros interesados **Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA.**" y **Jaime Enrique Quiroga Angulo,** para que en el término de diez (10) días administrativos presente alegatos.

Que, mediante memorial presentado el 13 de agosto de 2012, **Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA.**" presenta alegatos.

Que, mediante memorial presentado el 13 de agosto de 2012, **Jaime Enrique Quiroga Angulo** presenta alegatos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Que antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia de algunos antecedentes que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 23 de febrero de 2010, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010, misma que determinó en su parte resolutiva lo siguiente:

"…ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 74/2009 de 30 de julio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmándose y anulando en parte la resolución recurrida, conforme lo siguiente y en base a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica:

I. *Se MODIFICA el numeral 1 con el siguiente texto:*
"Desestimar sanción para los cargos 1, 2, 3 y 5 imputados mediante nota ASFI/DDC/R-14164/2009 de fecha 30 de junio de 2009, al haberse operado la prescripción en aplicación de lo establecido en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

II. *Se ANULA los numerales 2 y 4, debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa y tramitarla por cuerda separada, conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*

III. *Se CONFIRMA los numerales 3, 5, 6 y 7 en todos sus términos*
ARTÍCULO SEGUNDO.- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá iniciar Diligencias Preliminares la denuncia presentada por SERPREC LTDA. y seguir según corresponda el proceso administrativo determinado para el efecto. "

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 890/2010 de 20 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N°786 /2010 de 3 de septiembre de 2010.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 009/2011 de 18 de marzo de 2011, resolvió:

> "…*ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del sistema Financiero emitir nueva resolución administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica*…"

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro del proceso administrativo dispuesto por la indicada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, en razón a que este hubiera prescindido totalmente del procedimiento establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 y de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011.

Que, el representante legal del Banco Económico S.A., mediante memorial presentado en fecha 2 de diciembre de 2011, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012, resolvió el citado Recurso Jerárquico disponiendo lo siguiente:

> *"ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011..."*

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 168/2012 DE 7 DE MAYO DE 2012.-

Que, en cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°021/2012 de16 de abril de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, determinando:

> ***"PRIMERO.-** Instruir al **Banco Económico S.A.** la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba, dentro de la demanda interpuesta por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda. Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A., en el plazo de (7) siete días hábiles administrativos, debiendo remitir a ASFI copia del comprobante contable que evidencie su cumplimiento.*
>
> ***SEGUNDO.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras*

N° 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Económico S.A., debiendo remitir a este Órgano de Supervisión, copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto."

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que, en virtud del análisis y evaluación de los fundamentos expuestos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, así como de todos los antecedentes que cursan dentro del presente caso, corresponde a ASFI pronunciarse únicamente con relación a la previsión que debe constituir el Banco Económico S.A. valorando el riesgo legal correspondiente.

Que, para este propósito es necesario considerar los antecedentes que precedieron el pronunciamiento efectuado por la Instancia Jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, estableciendo como una de las causales para declarar la nulidad del procedimiento administrativo, la previsión gradual o escalonada que ASFI habría instruido erróneamente al Banco Económico S.A. en contraposición a lo señalado en el Manual de Cuentas, ya que esta de manera clara establece que cuando exista un riesgo legal debe constituirse una previsión y esta debe ser del importe estimado en función al riesgo legal que represente para la entidad el proceso judicial instaurado por el representante legal de SERPREC Ltda., Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A., no debiendo dar lugar a la errónea interpretación manifestada por la instancia jerárquica alegando arbitrio o discrecionalidad hacia la citada entidad bancaria.

Que, para el caso concreto es menester señalar y analizar lo que establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras con relación a la previsión (por riesgo legal) a fin de determinar y graduar correctamente en el presente caso.

"Manual de Cuentas

CÓDIGO 250.00
GRUPO PREVISIONES
DESCRIPCIÓN *Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por los juicios contra la entidad, previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes.*

Las previsiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, Cartera, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables e inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo.

Pasivos
250.00 Previsiones
CÓDIGO 257.00
GRUPO PREVISIONES

CUENTA OTRAS PREVISIONES
DESCRIPCIÓN *en esta cuenta se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.*

DINÁMICA DÉBITOS 1. Por el valor contabilizado cuando se resuelve la incertidumbre.

CRÉDITOS 1. Por el valor estimado de otras previsiones.

SUBCUENTAS
257.01 OTRAS PREVISIONES"

Que, conforme lo descrito anteriormente se tiene anotado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión y registrar el importe estimado del cien por cien (100%) del valor para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad.

Que, en ese contexto de acuerdo a los antecedentes que cursan en este Órgano de Supervisión, la previsión gradual dispuesta anteriormente por ASFI, al amparo del artículo 1, Sección 3, Capítulo I, Título V del Reglamento de Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, no corresponde, debido a que no puede aplicarse una previsión específica para "riesgo de cartera" a una previsión específica para "riesgo legal", arguyendo referencia normativa, cuando existe definición para el caso concreto y más aún, al corresponder a dos previsiones distintas y de aplicación especifica, siendo la primera aplicada a cubrir el riesgo de crédito, por la probabilidad de que un deudor incumpla, en cualquier grado con el repago de sus obligaciones con la entidad de intermediación financiera, existiendo diferentes grados por categoría y tipo de moneda y siendo la segunda para cubrir posibles pérdidas originadas para contingentes legales.

Que, al evidenciarse la existencia de riesgo legal, a raíz de la controversia judicial entre el Banco Económico S.A. y SERPREC Ltda., con relación al cheque N° 05079-9, este riesgo debe ser cubierto por el Banco, mediante la adopción de una medida preventiva de previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado que permita el cumplimiento de dicho fin y que no puede confundirse esta determinación como una sanción, ya que esta tiene elementos constitutivos diferentes.

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, establece de manera insoslayable que los actos administrativos a tiempo de pronunciarse deben tener un fundamento, y expresar de manera concreta las razones que inducen a emitir el acto, además de sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan a la causa y al derecho aplicable, en suma deben estar revestidos de una congruencia especifica, debiendo ASFI, aplicar el principio de congruencia y fundamentalmente el principio de legalidad, al emitir el criterio que en ley corresponda, sin dar lugar a la discrecionalidad que las partes pudieran alegar.

Que, en ese orden es importante revisar que se entiende par facultad discrecional, por

lo que corresponde revisar la amplia doctrina y en especial al Dr. Jaime Pozo Chamorro, quienes de manera unánime, determina que; la potestad discrecional, otorga un margen de Libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente solo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

Entonces, según manifiesta el Autor- (sic) la discrecionalidad, no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la permite. En consecuencia, la discrecionalidad debe observar y respetar determinados elementos que la Ley señala.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principia parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere coma tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

El Dr. Jaime Pozo Chamorro, también expresa la importancia de distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad, categorías que constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración. En este caso, la administración toma su decisión en atención a la complejidad y variación de los casos sometidos a su conocimiento, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la ley. Por lo que queda claro, que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal, que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad a interés general.

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia Constitucional No. 0258/2007 de fecha 10 de abril de 2007, lo siguiente:

"(…) Principio de los limites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad a conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es mnás (sic) una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la

situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada (…).

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos a causa que las originó, conformándose así los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que 'La Administración Pública actuara con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento (…)". (Criterios extraídos del precedente administrativo Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012).

Que, en el marco de lo expuesto anteriormente es la propia norma, cual es el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, la que determina de manera imperativa y categórica, que cuando exista un Riesgo Legal, debe constituirse una previsión y está debe ser del importe estimado del valor para cubrir dicho riesgo, aspecto por el cual la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debe circunscribir su decisión, desechando valoraciones de carácter subjetivo de la citada norma contable.

CONSIDERANDO:

Que, las funciones de regulación y supervisión que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro del ámbito de su competencia, se circunscriben al mandato establecido por el parágrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el Código de Comercio, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Reglamentos conexos, los cuales rigen y determinan su accionar en estricta observancia de los derechos y garantías consagrados por la Constitución hacia los administrados.

Que, el artículo 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) es el Órgano Rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del País teniendo como objeto institucional mantener el sistema financiero nacional sano y eficiente.

Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente ASFI, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio del país intermediación de recursos financieros.

Que, el numeral 14 del artículo 154 de la citada Ley, (sic) concretamente establece que dentro de las atribuciones que ASFI ejerce, se encuentra la de ***"Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de inspección y control".***

Que, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras es el compendio de normas que reglamentan los procedimientos de contabilización que deben aplicar las entidades financieras y la información contable que deben producir sobre las operaciones que realicen, este Manual es de uso obligatorio por todas las entidades financieras en Bolivia y el mismo está sujeto a una actualización y adecuación periódica por las operaciones financieras que se desarrollan en el sistema y por las normas legales y reglamentarias que emiten organismos del Estado. Las normas establecidas en el Manual de Cuentas concuerdan sustancialmente con normas profesionales de contabilidad generalmente aceptadas.

Que, el Código 250, Grupo Previsiones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece en su descripción que, representa el importe estimado para cubrir riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por juicios contra la entidad, previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situación contingentes y las previsiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, cartera y otras cuentas por cobrar.

Que, el Código "257.00, Cuenta "OTRAS PREVISIONES", dentro del Grupo Previsiones, dispone que en la misma se debe registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

CONSIDERANDO:

Que, para el presente caso es importante considerar el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI que; ***"Por ello la Superintendencia General del SIREFI dejó claramente establecido que la SBEF tiene competencia plena, respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas aplicables a las actividades de intermediación financiera, como interna de control (manuales de funciones, resoluciones de Directorio etc.) emitida por las propias entidades que realizan actividades de intermediación financiera, independientemente si estos actos son también objeto de controversias judiciales en forma simultánea.***

Por otra parte, dentro de esta concepción objetiva de las funciones que cumple la autoridad regulatoria, es posible apreciar que no solo tiene competencia para aplicar sanciones, sino también para adoptar medidas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participo, no le es imputable y no se encuentra provista contractualmente o en una norma expresa. Estas decisiones correctivas o rectificadoras que adopte la SBEF en estos casos no implican una dirimisión o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituye una determinación de

daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada y que no le corresponde accionar los mecanismos jurisdiccionales.

Por ello, los efectos de una decisión de esta naturaleza, que adopte el órgano regulador, solamente pueden estar destinados a restituir la situación jurídica del administrado y solo pueden darse cuando los hechos son meridianamente claros en cuanto a mostrar la existencia de responsabilidad objetiva de la institución, que con su incumplimiento o inobservancia a un deber de cuidado que le impone la normativa administrativa, en razón de su naturaleza jurídica de ser una entidad privada que presta un servicio de carácter público a la colectividad, ocasiona un perjuicio a un usuario o cliente de los servicios financieros, sin que éste haya participado o hubiera propiciado ese perjuicio."

CONSIDERANDO:

Que, los Principios Fundamentales del ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, en ese orden la actividad administrativa se rige por los principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 22 de abril de 2002.

Que, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 literal c) señala que: "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

Que, la Ley determina que los órganos de la Administración Pública deben velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

Que, conforme señala la doctrina del Derecho Administrativo, la legalidad, no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos, se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del Órgano administrativo.

Que, de conformidad a los antecedentes que cursan en este Órgano de Supervisión, se establece la existencia de un proceso ordinario civil radicado en el juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayorí (sic) Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., demandando responsabilidad emergente del pago del importe del cheque N° 05079-9 más daños y perjuicios.

Que, mediante nota GG.273/2011 de 05 de agosto de 2011, el Banco Económico S.A. informó a esta Autoridad de Supervisión sobre la situación actual del referido proceso

judicial instaurado por SERPREC Ltda., por lo que mediante Auto de fecha 24 de junio de 2011, emitido por la Autoridad Judicial Dra. Gisela Valda Clavijo, Juez Primero de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, habría clausurado el término probatorio, para formular alegatos en conclusiones para dictar sentencia.

Que, en este sentido cabe considerar que uno de los principios que rige el procedimiento administrativo, es el principio de verdad material, que sin embargo, ASFI en búsqueda de la citada verdad material, no puede pronunciarse y dilucidar aspectos que van más allá a su competencia y que el mismo como en el presente caso el proceso judicial se encuentra sometido una Autoridad judicial competente.

CONSIDERANDO:

Que, mérito a los fundamentos expuestos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2010 de 18 de marzo de 2011, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece de manera expresa que en el ***Código 250.00 "Grupo Previsiones",*** *corresponde la constitución de una* ***previsión*** *por el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, obligaciones que en caso de* ***juicios****, se contabilizan en la* ***subcuenta 257.00 "Otras Previsiones",*** *aspecto que merece ser considerado en el presente caso.*

Que, en ese sentido el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece la obligación de que las entidades financieras supervisadas de manejar su contabilidad bajo la normativa establecida en dicho Manual.

Que, el Código "257.00, Cuenta OTRAS PREVISIONES", dentro del Grupo Previsiones, dispone que en la misma se debe registrar "el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

Que, las condiciones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras para que el Banco Económico S.A constituya una previsión, se han dado, fundamentalmente porque existe un riesgo legal de una posible perdida, que debe asumir el Banco por el juicio civil instaurado contra dicha entidad por la empresa SERPREC LTDA., en atención a la probabilidad de que la entidad tenga que erogar recursos para cancelar el monto que determine la autoridad judicial en el proceso judicial en curso, en cuyo caso el fallo dispondrá el pago del cheque objeto del litigio.

Que, para este efecto las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37), dispone que se debe reconocer una medida preventiva, similar a las previsiones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cuando se den las siguientes circunstancias:

a) *La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un suceso pasado.*
b) *Es probable (es decir, existe mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación.*
c) *Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.*

Que, las tres condiciones establecidas en las Normas Internacionales de Contabilidad, se cumplen en el presente caso, consecuentemente la contingencia judicial que debe asumir el Banco Económico S.A., en atención a que tiene la obligación presente de constituir una previsión en cumplimiento del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, al cumplirse los requisitos exigidos al efecto para constituir la misma y como resultado de un juicio instaurado en el pasado: contra el Banco, es probable que la Entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la autoridad judicial resultado del fallo dispone el pago del cheque en el proceso civil en curso, adicionalmente puede estimarse el importe de la deuda correspondiente, en atención a que el monto del cheque objeto del proceso judicial está cuantificado.

Que, la instrucción de previsión que efectuará esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al Banco Económico S.A., adicionalmente de encontrarse sustentada en lo dispuesto por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, se halla al amparo del numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que faculta a ASFI a instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultante de la labor de supervisión y control, como sucede en el presente caso, al haber determinado dentro del presente proceso dicha contingencia, independientemente de que en la vía administrativa hubiera operado la prescripción de las infracciones y en cumplimiento a lo dispuesto por el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI señalando que esta Autoridad de Supervisión puede adoptar medidas correctivas o rectificadoras, que no implican una dirimisión o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada.

Que, considerando la existencia de una contingencia legal (demanda civil interpuesta por el representante legal de SERPREC), la cual surge a consecuencia de la mala aplicación de los procesos internos del Banco en el pago del cheque N° 05079-9, de acuerdo con la facultad establecida en el numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), los criterios jurisprudenciales del SIREFI, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, los criterios expuestos por las Normas internacionales de Contabilidad y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, bajo un criterio de "Prudencia", corresponde al Banco Económico S.A. la constitución de la previsión del 100% de la posible contingencia legal que resulte del fallo judicial.

Que, para precisar y no dejar al Banco Económico S.A., a su arbitrio la apropiación contable correspondiente, se establece que el registro contable donde debe registrar el Banco la previsión, debe ser en la cuenta 257.00 "Otras Previsiones", en las que se registra en general, el riesgo de posibles pérdidas por diferentes conceptos, como en el presente caso, emergente de un proceso judicial contra la entidad.

Que, en definitiva el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en la cuenta (Previsiones), Código 250.00, establece la obligación de los Bancos y Entidades

de Intermediación Financieras de registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad, aspecto por el cual el Banco Económico S.A. debe aplicar mediante la previsión del 100% de la posible contingencia legal…"

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 28 de mayo de 2012, el Banco Económico S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 168/2011 de 7 de mayo de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

Que, en fecha 16 de mayo de 2012, Jaime Enrique Quiroga Angulo, convocado como tercero interesado, presentó alegatos con los mismos argumentos presentados en Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 269/2012 DE 27 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 269/2012 de 27 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar totalmente, la Resolución Administrativa ASFI Nº 168/2012 de 07 de mayo de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que, en el marco de la formalidad establecida en el parágrafo I) del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el señor Justo Yepez Kakuda en representación legal del BANCO ECONÓMICO S.A. mediante memorial presentado en fecha 28 de mayo de 2012, previa remisión a este Órgano de Supervisión de la carta GNFO – 406/2012 de 22 de mayo de 2012, a través de la cual adjunta la transacción contable N° 10986 de fecha 22 de mayo de 2012, que evidencia la constitución de previsión del 100% correspondiente a la contingencia legal del proceso ordinario civil relativo al caso SERPREC Ltda., interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, alegando para el efecto los siguientes argumentos:

Respecto a la Resolución ASFI No. 168/2012 alega que la misma estaría viciada de nulidad.- *señala lo siguiente:*

- *El objeto de la presente litis, de carácter administrativo, se ha centrado en la determinación de la cuantía de PREVISION por riesgo legal.-*
- *Sin embargo, el resuelve primero de la Resolución ASFI N° 168/2012, indica en forma desconcertante e imprecisa lo siguiente:*
- *"**PRIMERO.-** Instruir al Banco Económico SA, **la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil** radicado en el juzgado primero de partido en lo civil de Cochabamba, dentro de la demanda interpuesta por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda., Magno Guillermo Mayori Machicao contra el*

Banco Económico S.A., en el plazo de (7) siete días hábiles administrativos, debiendo remitir a ASFI copia del comprobante contable que evidencie su cumplimiento".

- *En un análisis más detenido, dentro del presente recurso revocatorio, advertirá su misma autoridad, que esta parte resolutiva -que nos hemos permitido subrayar- instruye la constitución de la previsión del 100% de la contingencia legal, sin que exprese en forma cierta y determinada el monto o cuantía de la previsión, lo que demuestra que falta un elemento esencial en la citada resolución para que tenga el valor de acto administrativo, pues resulta evidente, que no existe un objeto cierto, conforme manda el Art. 28 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo Ley No. 2341, disposición concordante con los Art. 190 y 192 del Código de Procedimiento Civil que establecen - en sus partes pertinentes- lo siguiente:*
- *Art. 190 (Sentencia).- La Sentencia pondrá fin al litigio en primera instancia; contendrá decisiones expresas, positivas y precisas recaerá sobre las cosas litigadas…."*
- *Art 192 (Forma de la Sentencia).- La Sentencia se dará par fallo y contendrá: 3).- La parte resolutiva con decisiones claras, positivas y precisas sobre la demanda…"*
- *Esta parte resolutiva y estructural de la resolución No 168/2012, se encuentra viciada de nulidad absoluta, al sentir del Art. 35 inciso b) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, ya que precisamente lo que se ha estado discutiendo -durante tres años- y tratando de determinar es el monto exacto de la previsión, que debe ser contabilizada en una cuenta y que, por esa razón matemática, debe tener un monto preciso, siendo insuficiente y nada clara haber dispuesto el porcentaje del 100% de una contingencia legal derivada del proceso ordinario sin cuantificar el monto en forma expresa, precisa y determinada.*
- *Este vicio substancial -que implica ANTIJURICIDAD- hace que la Resolución ASFI No. 168/2012 no pueda integrarse al bloque de legalidad administrativa, siendo imperativo declarar nula la Resolución y dictar una nueva cumpliendo los requisitos formales mencionados.*

Respecto a la relación de antecedentes en torno a la Previsión discutida.-*señala lo siguiente:*

- *El expediente administrativo de la materia, evidencia la ardua, difícil e incidentada discusión acerca del monto de la previsión por riesgo legal emergente del citado juicio ordinario civil radicado en el juzgado primero de partido en lo civil de Cochabamba, dentro de la demanda interpuesta par el representante legal de la empresa SERPREC Ltda., Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A.*
- *Este es el núcleo de la presente controversia administrativa y por, ello, es menester realizar una relación fáctica de las Resoluciones dictadas por la ASFI -con todos sus vaivenes en torno a la Previsión-, de la siguiente manera:*

1. *Resolución ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, dictada por Ernesto Rivero, por el que se dispone previsionar el monto correspondiente al pago del cheque No. 05079-9.*

2. *Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, dictada por Ernesto Rivero, por el que se dispone instruir una previsión escalonada (dos partes) al Banco Económico S.A., sobre el importe del cheque No. 05079-9, en caso de sentencia de primera y segunda instancia dentro del referido proceso civil.*

3. *Resolución ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, dictada por el Lic. Reynaldo Yujra, que resolvió instruir al Banco Económico S.A., previsionar el monto del cheque No. 05079-9 en la cuenta 257 "otras previsiones" en un 100% por la posible contingencia resultante de la resolución judicial que resuelva la controversia.*

4. *Resolución ASFI N° 890/2010 de 20 de octubre de 2010, dictada por el Lic. Reynaldo Yujra Segales, que resolvió instruir al Banco Económico S.A., previsionar el monto del cheque No. 05079-9 por la suma de Bs.-7.478.092.24 en la cuenta 257 "otras previsiones", cuyo porcentaje fue de forma escalonada hasta alcanzar el 100% del importe del cheque.*

5. *Resolución ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, dictada por la Dra. Lenny Valdivia T. Valdivia Bautista (sic), que en su parte pertinente dispuso que el Banco Económico S.A., estime y cuatifique (sic) el monto de la previsión en función a la posible contingencia resultante de la Resolución Judicial que resuelva la controversia planteada……..*

6. *Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, dictada por la Dra. Lenny Valdivia T. Valdivia Bautista (sic), que en su parte resolutiva instruye al Banco Económico S.A., la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil radicado en el juzgado primero de partido en lo civil de Cochabamba.*

Sobre la expresión de agravios.- *Se señala lo siguiente;*

- *" … en las cinco (5) primeras Resoluciones Administrativas emitidas por la ASFI, en la que participaron tres diferentes directores ejecutivos de ese Ente Regulador, se ha instruido una previsión CLARA y DETERMINADA EN UN IMPORTE DE DINERO, que ha dado lugar a la apropiación contable correspondiente por parte del Banco Económico SA., sin embargo en la última Resolución dictada por su autoridad, se ha dispuesto la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinado, faltando por determinar cuál seria (sic) el IMPORTE exacto de esa contingencia legal, dentro de los parámetros de prudencia, que predica su misma Resolución No. 168/2012 que hoy impugnamos, con reiteradas citas del Dr. Jaime Pozo Chamorro y con cita de la determinación adoptada por la Unidad de Recursos Jerárquicos en Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/ VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 que consideró fundamentos de importancia, entre ellos el análisis de fondo planteado en la Resolución Administrativa ASFI No. 890/2010 (cuarta Resolución emitida por la ASFI) en la que la ASFI reconoce como Ente Regulador en el ámbito de su competencia textualmente lo siguiente:*

- *"Que, sin embargo debe considerarse que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras no define de manera específica la constitución del 100% de la previsión EN UN SOLO MOMENTO para este tipo de contingencias dejando más bien cierta discrecionalidad al Ente Regulador para imponerla siempre y cuando esté debidamente fundamentada". (Ver página 6 de la Resolución ASFI No. 186/2012).*

- *Posteriormente, en el Considerando de la página 20 y 21 su autoridad siguiendo con la errada y desatinada fundamentación de la Resolución No. 168/2012, indica lo siguiente:*

- *"Que, las condiciones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras para que el Banco Económico S.A., constituya una previsión se han dado, fundamentalmente porque existe un riesgo legal de una posible perdida, que debe asumir el Banco por el juicio civil instaurado contra dicha entidad por la empresa SERPREC Ltda., en atención a la probabilidad de que la entidad tenga que erogar recursos para cancelar el monto que determine la autoridad judicial en el proceso judicial en curso, en cuyo caso el fallo dispondrá el pago del cheque objeto del litigio.*

- *Que para este efecto las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37) dispone que se debe reconocer una medida preventiva, similar a las previsiones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cuando se den las siguientes circunstancias:*

  a) La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un proceso pasado.
  b) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación.
  c) Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.

- *Y continua indicando quo las tres condiciones establecidas en las Normas internacionales de Contabilidad, se cumplen en el presente caso, consecuentemente la contingencia judicial que debe asumir el Banco Económico S.A., en atención a que tiene la obligación presente de constituir una previsión en cumplimiento del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, al cumplirse los requisitos exigidos al efecto para constituir la misma y como resultado de un juicio instaurado en el pasado contra el Banco, es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la autoridad judicial resultado del fallo dispone el pago del cheque en el proceso civil en curso, adicionalmente puede estimarse el importe de la deuda correspondiente, en atención a que el monto del cheque objeto del proceso judicial esté cuantificado"*

- *Lamentablemente, su autoridad ha transgredido la Ley al efectuar una errada fundamentación y apreciación de los hechos que giran en torno a la previsión y ha deformado y malinterpretado el concepto jurídico de obligación presente, veamos porque:*
  a) La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un suceso pasado.

- ***EXPRESION DE AGRAVIOS CON RELACION AL PUNTO a)**.- Con relación a este punto recordamos a la ASFI que el suceso pasado SE ENCUENTRA PRESCRITO y no existe ninguna obligación presente. Lo que existe en realidad, es una pretensión judicial, en plena discusión la cual no puede ni debe equipararse a una obligación presente ya que el Banco ha opuesto en sede judicial la excepción de prescripción y de pago*

documentado.

También, su autoridad ha transgredido la Ley al efectuar una errada estimación y apreciación del proceso judicial, veamos porque:

a) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación.

- ***EXPRESION DE AGRAVIOS CON RELACION AL PUNTO b).-*** *Como se tiene señalado no se trata de una obligación presente, sino de una pretensión judicial doble donde del análisis del expediente judicial, se puede concluir que existe mayor posibilidad de la desestimación de esta pretensión de SERPREC por la PRESCRIPCION TRIENAL deducida por el Banco y la excepción de pago documentado del cheque efectuada en la persona del Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo en su calidad de representante de SERPREC.*

- *Y finalmente, su autoridad ha transgredido la Ley al efectuar una errada fundamentación y apreciación del objeto del litigio y el monto estimado del mismo, veamos porque:*

  b) Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.

- ***EXPRESION DE AGRAVIOS CON RELACION AL PUNTO c).-*** *Afirmar que puede estimarse el importe de la deuda correspondiente, en atención a que el monto del cheque objeto del proceso judicial está cuantificado, constituye un lamentable desatino y prejuzgamiento, toda vez que lo que en realidad existe es un proceso judicial doble, donde el Banco también ha demandado a SERPREC por daños y perjuicios, no siendo estas consideraciones (incisos a, b y c) de la ASFI fruto de un análisis que refleja la verdad material y objetiva que reporta el expediente.*

Asimismo, el Banco Económico hace mención a la verdad material y objetiva que reporta el expediente, donde también se habrían aportado evidencias materiales que demostrarían entre otros aspectos lo siguiente: que el señor Mayori se encuentra imputado por el delito de extorsión, que la imputación fiscal se realizó basada en la existencia de suficientes indicios y hechos denunciados así como la participación del señor Ing. Magno Guillermo Mayori Machicao en el delito de extorsión, aspecto que no habría sido tomado en cuenta por ASFI en la Resolución ASFI N° 168/2012.

Tampoco ASFI habría tenido en cuenta la confesión provocada del otro representante de SERPREC Ltda., quién cobró el cheque (Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo) y finalmente este Órgano de Supervisión no habría considerado el Auto de fecha 13 de febrero de 2009 que cursa en el expediente administrativo signado con el Trámite No. T-464142 emitido por el Juez Primero de Partido en lo Civil y Comercial de la ciudad de Cochabamba.

En resumen todas estas pruebas según el Banco Económico S.A. constituyen la verdad material del expediente, que debieron ser consideradas por la ASFI para estimar el monto de la previsión contenida en el numeral primero de la Resolución Administrativa No. 168/2012 de forma razonable, prudente, proporcional, justa y encuadrada en los

porcentajes de participación predefinidos por la partes (SERPREC y JAIME QUIROGA ANGULO) y no imponer previsiones alejadas de esta realidad que pueden confundir al juzgador al momento de dictar su Sentencia.

Asimismo se menciona que:

- *"La estimación del cien por ciento del valor del cheque No. 05019-9 no tiene fundamento lógico, ni razonable ni legal porque imponer una PREVISION que va mas allá del 17.5% de su participación, es lesionar el principio de verdad material y de proporcionalidad que cursa en el expediente, conforme a los fundamentos ya expuestos."*

- *Entonces, la pérdida máxima estimada que podría sufrir el Banco ante un nuevo e injusto pago del cheque No. 05079-9 en el peor de los casos de contingencia judicial, no puede ni debe superar el 17,5% y por lo tanto la estimación del 100% no tiene sustento de razonabilidad, ni de proporcionalidad, ni legalidad, ni de verdad material, correspondiendo por los fundamentos y argumentos definidos en la Resolución Ministerial Jerárquica que se REVOQUE la instrucción del 100% del valor del cheque y se instruya una previsión máxima del 17.5% del importe del cheque ya que el participe del 82.5%, Jaime Enrique Quiroga, de "todos los derechos y las obligaciones que surjan del contrato de obra, utilidades o perdidas, costos y gastos" (ver numeral 4 de la página 89 de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPNPSF/URJ-SIREFI 008/2010), no tiene ningún reclamo contra el Banco. De ahí que una estimación del 100% en solo momento, es una decisión precipitada e imprudente, teniendo en cuenta las pruebas producidas por el Banco Económico S.A., que no pueden ser desestimadas para la estimación del riesgo legal, como ser:*

  - *La excepción de pago documentado del cheque No. 05079-9 en la persona del apoderado de SERPREC Ltda.*
  - *La excepción de Prescripción Trienal declarada probada y ejecutoriada en Sede Administrativa y el planteamiento de la misma excepción en el proceso ordinario doble.*
  - *La confesión del apoderado y socio accidental de SERPREC Ltda.*
  - *Informe Pericial que da cuenta que el importe del cheque No. 05079-9 ingreso efectivamente a la contabilidad de SERPREC Ltda.*
  - *Las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37) que no han sido correctamente interpretadas como tenemos expuesto, ya que no existe una obligación presente de pagar el aludido cheque No. 05079-9, que fue pagado al representante legal del beneficiario el año 2004.*
  - *Los indicios de culpabilidad en los que se funda la imputación que pesa contra el Sr. Guillermo Mayori Machicao por la probabilidad de que hubiese cometido el delito de extorsión contra el Banco Económico por exigir el cobro del cheque 05079-9 que ya había sido cobrado por su socio accidental mayoritario y representante legal, el Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo, esta es una razón adicional y de orden moral que también debe ser tenida en cuenta en respeto a la verdad material establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con los principios constitucionales establecidos en el Art. 8 de la CPE.*

- *Teniendo en cuenta los insumos materiales anotados, su autoridad no ha estimado de manera objetiva los factores que MINIMIZAN el riesgo legal con relación al proceso ordinario civil doble entre SERPREC Ltda. y el Banco Económico S.A., lo que nos causa agravio contra los legítimos derechos e intereses del Banco Económico y lesiona el principio constitucional de la presunción de inocencia establecido en la nueva Constitución Política del Estado (Art. 116) concordante con el Art. 74 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y deja un negativo precedente en todo el Sistema Financiero Nacional al establecer en uno solo momento una previsión del 100% de una contingencia legal derivada de un proceso ordinario civil, ¿ha considerado su autoridad la cantidad de juicios ordinarios que tiene la banca? y que pasaría si se tiene que previsionar el 100% de las demandas ordinarias ingresadas contra los Bancos, y que no tienen ni siquiera sentencia en primera instancia, como en el caso presente.*

- *Respetuosamente pensamos que este tipo de decisiones, pueden afectar severamente a la solidez del Sistema Financiero del Estado Plurinacional de Bolivia y que su autoridad está obligada a proteger.*

Finalmente, concluye el memorial de Recurso de Revocatoria que, en merito a los fundamentos expuestos, ASFI dicte Resolución revocando el resuelve primero de la Resolución ASFI N° 168/2012, solicitando adicionalmente dejar sin efecto la difusa instrucción de previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil radicado en el juzgado primero de partido en lo civil de Cochabamba, dentro de la demanda interpuesta por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda., Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A., asimismo, solicita que ASFI instruya al Banco Económico S.A. constituya una previsión de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil en un 17.5% del Monto del Cheque en cuestión signado con el numero 05079-9, equivalente a Bs.1.308.666,l4, todo ello, dentro el marco de una estimación de riesgo prudencial que culmine con un monto preciso y determinado en la suma de Bs.1.308.666,14 que cubre actualmente el 100% del riesgo legal derivado del citado juicio ordinario, dentro el cual, de acuerdo a la prueba aportada todavía no existe una obligación presente con sello de cosa juzgada, sino pretensiones jurídicas en plena fase de discusión judicial.

CONSIDERANDO:

Que, en mérito a los antecedentes que cursa en el expediente administrativo, así como los argumentos expuestos por el Banco Económico S.A. en el presente Recurso de Revocatoria, corresponde a este Órgano de Supervisión efectuar el análisis respecto a los argumentos planteados, estableciendo lo siguiente:

RESPECTO A LOS VICIOS DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 168/2012 DE 7 DE MAYO DE 2012.-

La Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, en su Capítulo V refiere, a la Nulidad y la Anulabilidad, institutos jurídicos que fueron debidamente expuestos por la instancia jerárquica a través de la Resolución Ministerial jerárquica MEFP/VPSF-URJ SIREFI N° 030/2010, cuyo fundamento es pertinente señalar:

"En materia administrativa se encuentra plenamente identificado en todo procedimiento legal - ya sea de forma análoga a expresa - como una solución procedimental a la subsanación de vicios encontrados en la tramitación de todo proceso. Instituto de características especiales que clasifican los vicios según la gravedad e importancia que reviste la antijuricidad, calificándolos como nulidades absolutas y nulidades relativas o anulabilidades, con diferencias especificas al momento de emitir pronunciamiento. Diferencias que deben ser claramente identificados para su correcta aplicación, debiendo ser valoradas de acuerdo a la que establece la doctrina y el procedimiento especial que las reglamenta.

La nulidad absoluta o de pleno derecho penaliza al acto de ineficaz desde el punto de vista intrínseco y por ello carece de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación; vale decir que no requiere de una solicitud expresa de nulidad, ya que al constituirse en un defecto de fondo, la nulidad debe ser declarada inclusive de oficio. Asimismo la nulidad absoluta tiene un carácter erga omnes, aspecto que hace susceptible de ser opuesto por cualquier persona que detente un interés legal y en cualquier momento no siendo aplicable una acción de extinción caducidad o prescripción contra el defecto de fondo.

Contrario sensu a lo manifestado, la nulidad relativa, de forma o anulabilidad tiene efectos mucho más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos aspectos fundamentales: el primero corresponde al libre arbitrio del afectado y el segundo a la seguridad jurídica a la que pueden verse afectados. De acuerdo a estos presupuestos las partes que se consideren afectadas por un acto anulable, sólo ellos pueden pedir o aducir la declaración de nulidad del acto dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual el derecho del peticionante precluye y convalida el defecto, estableciendo entonces que el inejercicio de la acción de petición de anulabilidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto subsanatorio.

Con relación al régimen de las nulidades, el Decreto Supremo 27175, no establece procedimiento especifico al respecto, en consecuencia debe aplicarse supletoriamente lo establecido por la ley marco y demás disposiciones legales análogas, teniendo el debido cuidado de no adentrarse en el ámbito de lo que se denomina como antinomia jurídica o conflicto en la aplicación de una a más normas relacionadas, debido a que la aplicación supletoria y/o análoga debe guardar absoluta coherencia con la norma especial, sin conculcar otros preceptos normativos superiores, ni los valores esenciales del derecho que resguardan las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

En este contexto, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no establece con certeza los actos nulos y anulables y que de manera expresa establece las formas en que las resoluciones en Recurso de Revocatoria deben ser emitidas, no debemos olvidar que en la aplicación del derecho existen aspectos supra legales que deben ser considerados con preferencia a momento de tomar una decisión, tales coma el resguardo de las garantías y derechos fundamentales que otorga el Estado a todos sus soberanos".

Por lo anterior, la determinación adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero, a través de la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 e mayo de 2012, dispone que el Banco Económico S.A. constituya la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso civil instaurado por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao como representante legal de SERPREC Ltda., dicha decisión obedece al cumplimiento de los lineamientos expuestos por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, (pág. 95) el cual concretamente señala:

(…)
"Conforme se tiene anotado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión y registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad".

"Ahora bien ingresando en el análisis de fondo planteado tenemos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, refirió en su Resolución Administrativa ASFI N° 890/2010 a Fs. 287 lo siguiente:

"Que, sin embargo debe considerarse que el Manual de Cuentas pare Bancos y Entidades Financieras no define de manera específica la constitución del 100% de la previsión en un solo momento para este tipo de contingencias dejando más bien cierta discrecionalidad al regulador para imponerla siempre y cuando esté debidamente fundamentada".

"De lo transcrito se tiene que la ASFI ha aplicado erróneamente la norma en contraposición a lo referido en el Manual de Cuentas, ya que esta de manera clara establece que cuando exista un riesgo legal debe constituirse una previsión y esta debe ser del importe estimado es decir del cien por ciento (100%) del valor para cubrir dicho riesgo, sin dar lugar a la discrecionalidad alega".

En ese entendido, respecto a las aseveraciones vertidas por el Banco económico (sic) S.A. en su Recurso de Revocatoria en sentido de que la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, se encontraría viciada de nulidad absoluta en consideración a lo expuesto, dicha aseveración no corresponde por cuanto en mérito a las consideraciones precedentemente expuestas este Órgano de Supervisión dictó dicha determinación en virtud al mandato constitucional previsto por el parágrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el artículo 153 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras y fundamentalmente en cumplimiento de los lineamientos dispuestos por las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas dispuestos por la instancia jerárquica mediante las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 28 de marzo de 2011, relativo a que ante la existencia de un riesgo legal por efecto de un proceso judicial el Banco Económico S.A. debe constituirse una previsión y esta debe ser por el importe estimado, es decir del cien por ciento del valor del cheque objeto de la litis.

En este sentido, no corresponde las aseveraciones expresadas por el recurrente en sentido que la previsión dispuesta por ASFI no establece un objeto cierto o suma

determinada en la resolución recurrida, no obstante que el valor del cheque intransferible N° 05079-9, objeto de la litis establece claramente el importe a previsionar.

RESPECTO A LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS PUNTOS a), b) y c) RELATIVO A LA PREVISIÓN DEL 100% DE LA CONTINGENCIA LEGAL DERIVADA DEL PROCESO ORDINARIO PLANTEADO POR SERPREC LTDA.

Sobre este particular, cabe necesariamente considerar los fundamentos expuestos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2010 de 18 de marzo de 2011, por cuanto el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece de manera expresa que en el ***Código 250.00 "Grupo Previsiones",*** *corresponde la constitución de una* ***previsión*** *por el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, obligaciones que en caso de* ***juicios****, se contabilizan en la* ***subcuenta 257.00 "Otras Previsiones",*** *cuyos aspectos a continuación son desglosados para una correcta interpretación del recurrente.*

En el caso concreto es menester señalar y analizar lo que establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras con relación a la previsión (por riesgo legal) cuyo resultado fundamenta la determinación adoptada por este Órgano de Supervisión a través de la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, que en lo pertinente señala:

"Manual de Cuentas
CÓDIGO 250.00
GRUPO PREVISIONES

DESCRIPCIÓN *Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por lo activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por los juicios contra la entidad, previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes.*
Las previsiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, Cartera, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables e inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo.

Pasivos
250.00 Previsiones
CÓDIGO 257.00
GRUPO PREVISIONES
CUENTA OTRAS PREVISIONES

DESCRIPCIÓN *en esta cuenta se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.*

DINÁMICA DÉBITOS 1. Por el valor contabilizado cuando se resuelve la incertidumbre.
CRÉDITOS 1. Por el valor estimado de otras previsiones.
SUBCUENTAS
257.01 OTRAS PREVISIONES"

De lo descrito anteriormente, se establece que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión y registrar el importe estimado del cien por cien (100%) del valor para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios planteados contra la entidad.

En ese contexto, al evidenciarse la existencia de riesgo legal, a raíz de la controversia judicial entre el Banco Económico S.A. y SERPREC Ltda., con relación al cheque N° 05079-9, este riesgo debe ser cubierto por el Banco, mediante la adopción de una medida preventiva de previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado que permita el cumplimiento de dicho fin y que no puede confundirse esta determinación como una sanción, ya que esta tiene elementos constitutivos diferentes.

La Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 establece de manera insoslayable que los actos administrativos a tiempo de pronunciarse deben tener un fundamento, y expresar de manera concreta las razones que inducen a emitir el acto, además de sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan a la causa y al derecho aplicable, en suma deben estar revestidos de una congruencia especifica, debiendo ASFI, aplicar el principio de congruencia y fundamentalmente el principio de legalidad, al emitir el criterio que en ley corresponda, sin dar lugar a la discrecionalidad que las partes pudieran alegar.

En ese sentido, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, (normativa contable) establece la obligación de las entidades financieras supervisadas de manejar su contabilidad bajo la normativa establecida en dicho Manual.

El Código "257.00, Cuenta OTRAS PREVISIONES", dentro del Grupo Previsiones, dispone que en la misma se debe registrar "el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

Las condiciones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras para que el Banco Económico S.A constituya una previsión, se han dado, fundamentalmente porque existe un riesgo legal de una posible perdida, que debe asumir el Banco por el juicio civil instaurado contra dicha entidad por la empresa SERPREC LTDA., en atención a la probabilidad de que la entidad tenga que erogar recursos para cancelar el monto que determine la autoridad judicial en el proceso judicial en curso, en cuyo caso el fallo dispondrá el pago del cheque objeto del litigio.

Asimismo, con relación a las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37), dispone que se debe reconocer una medida preventiva, similar a las previsiones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cuando se den las siguientes circunstancias:

a) *La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un suceso pasado.*
b) *Es probable (es decir, existe mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación.*

c) *Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.*

Consiguientemente, las tres condiciones establecidas en las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37), se cumplen en el presente caso, consecuentemente la contingencia judicial que debe asumir el Banco Económico S.A., en atención a que tiene la obligación presente de constituir una previsión en cumplimiento del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, al cumplirse los requisitos exigidos al efecto para constituir la misma y como resultado de un juicio instaurado en el pasado contra el Banco, da la probabilidad de que la Entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la autoridad judicial resultado del fallo dispone el pago del cheque en el proceso civil en curso, adicionalmente puede estimarse el importe de la deuda correspondiente, en atención a que el monto del cheque objeto del proceso judicial está cuantificado.

En este sentido, la instrucción de previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil instaurado por Magno Guillermo Mayori Machicao por SERPREC Ltda., dispuesta mediante Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, se encuentra sustentada en el marco de lo previsto por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, que al amparo del numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, faculta a ASFI a instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultante de la labor de supervisión y control, como sucede en el presente caso, al haber determinado dentro del presente proceso dicha contingencia, independientemente de que en la vía administrativa hubiera operado la prescripción de las infracciones y en cumplimiento a lo dispuesto por el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI señalando que esta Autoridad de Supervisión puede adoptar medidas correctivas o rectificadoras, que no implican una dirimisión o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada.

En el presente caso, la existencia de una contingencia legal (demanda civil interpuesta por el representante legal de SERPREC Ltda.), surge a consecuencia de la mala aplicación de los procesos internos del Banco en el pago del cheque N° 05079-9, de acuerdo con la facultad establecida en el numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), los criterios jurisprudenciales del SIREFI, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, los criterios expuestos por las Normas internacionales de Contabilidad y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, bajo un criterio de "Prudencia", corresponde al Banco Económico S.A. la constitución de la previsión del 100% de la posible contingencia legal que resulte del fallo judicial.

Adicionalmente, cabe señalar que uno de los aspectos por los cuales derivó en la anulación de la Resolución ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, por el que ASFI dispuso que el Banco Económico S.A., estime y cuantifique el monto de la previsión en función a la posible contingencia resultante de la Resolución Judicial que resuelva la

controversia, planteada por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao, claramente se encuentra establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012, (pág. 33) que señala: ***"No debe olvidarse que en el presente caso, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011, expresó los fundamentos generales en los que debía regirse la autoridad inferior al momento de emitir nuevo pronunciamiento, ello emergente de la anulación determinada por los vicios procedimentales en los que incurrió la Autoridad Fiscalizadora.***

Por lo que, en el presente caso el recurrente debe tener claro que las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, sí son vinculantes y no sólo revisten un carácter enunciativo para la autoridad inferior, más por el contrario, la Autoridad recurrida tiene la obligación de cumplirlas inmediatamente, tal cual versa el parágrafo II artículo 60 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175.

Que, conforme a lo compulsado se ha podido establecer que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dispuso la anulación de la Resolución Administrativa, al evidenciar un defecto procesal que definitivamente hubiera conllevado nuevamente a una anulación del procedimiento en instancia a quem, cuando se hubiera realizado el control de legalidad del acto, al existir nuevamente violaciones al debido proceso". *(Las negrillas son nuestros)*

En definitiva, y considerando los elementos precedentemente expuestos fundaron y motivaron la determinación asumida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, para que el Banco Económico S.A. constituya la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil, rechazándose enfáticamente los argumentos expresados por el recurrente en su memorial de Recurso de Revocatoria contra mencionada Resolución Administrativa.

RESPECTO A LA LESIÓN DEL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL Y DE PROPORCIONALIDAD ALEGADOS POR EL BANCO ECONÓMICO S.A.

Sobre este particular, cabe puntualizar que uno de los principios que rige el procedimiento administrativo, es el principio de verdad material, que sin embargo, en el presente caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede pronunciarse o dilucidar aspectos que van más allá del mandato legal establecido por el parágrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, las atribuciones conferidas por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y disposiciones reglamentarias, preceptos que circunscriben su competencia a la naturaleza de Órgano Administrativo sin ninguna injerencia en el ámbito jurisdiccional como es el proceso ordinario civil instaurado por Magno Guillermo Mayori Machicao por SERPREC Ltda. contra el Banco Económico S.A., en cual se encuentra radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba.

Corroborando lo expuesto, es importante considerar en esta oportunidad el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI señalando; ***"Por ello la Superintendencia General del SIREFI dejó claramente establecido que la SBEF tiene competencia plena, respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas aplicables a las actividades de intermediación financiera, como interna de control (manuales de funciones, resoluciones de Directorio etc.) emitida por las propias entidades que realizan actividades de intermediación financiera, independientemente si estos actos son también objeto de controversias judiciales en forma simultánea.***

Por otra parte, dentro de esta concepción objetiva de las funciones que cumple la autoridad regulatoria, es posible apreciar que no solo tiene competencia para aplicar sanciones, sino también para adoptar medidas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participo, no le es imputable y no se encuentra provista contractualmente o en una norma expresa. Estas decisiones correctivas o rectificadoras que adopte la SBEF en estos casos no implican una dirimisión o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituye una determinación de daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada y que no le corresponde accionar los mecanismos jurisdiccionales.

Por ello, los efectos de una decisión de esta naturaleza, que adopte el órgano regulador, solamente pueden estar destinados a restituir la situación jurídica del administrado y solo pueden darse cuando los hechos son meridianamente claros en cuanto a mostrar la existencia de responsabilidad objetiva de la institución, que con su incumplimiento o inobservancia a un deber de cuidado que le impone la normativa administrativa, en razón de su naturaleza jurídica de ser una entidad privada que presta un servicio de carácter público a la colectividad, ocasiona un perjuicio a un usuario o cliente de los servicios financieros, sin que éste haya participado o hubiera propiciado ese perjuicio."

Finalmente, respecto a la lesión o vulneración del principio de proporcionalidad reclamado por el Banco Económico S.A., corresponde aclarar al recurrente que los criterios de proporcionalidad, sólo son aplicables en los procesos sancionadores, donde se impone una sanción y no así cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adopte una medida preventiva, como en el presente caso, consiguientemente, la determinación adoptada por ASFI de que el Banco Económico S.A., deba realizar una previsión no se debe a la imposición de una sanción, sino como expresamente señala la Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 08/2010 de 23 de febrero de 2010, (pág.226) cuando refiere:

"(…) Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva, que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes (…).

Congruente con lo anterior, se concluye que ASFI al haber adoptado una medida preventiva, en ningún caso implica la imposición de una sanción y menos que se pueda aplicar los criterios de proporcionalidad reclamados por el Banco Económico S.A.

CONSIDERANDO:

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-64823/2012 de 29 de mayo de 2012, se corrió traslado del memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A., al señor Magno Guillermo Mayori Machicao como representante de la Empresa SERPREC Ltda., habiendo merecido respuesta mediante memorial presentado en fecha 27 de junio de 2012, formulando para el efecto los siguientes alegatos:

"Improcedencia del Recurso de Revocatoria"

- *Al respecto, el señor Mayori expone que; el Banco Económico S.A. al momento de presentar el memorial de Recurso de Revocatoria no habría acreditado el cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, por consiguiente corresponde que ASFI mediante Resolución Administrativa declare improcedente el recurso en estricta sujeción a lo establecido en los artículos 43 inc. d) y 47 del Decreto Supremo N° 27175.*

- *Asimismo, en lo concerniente a la previsión del 100% de la contingencia legal, establecida en la resolución recurrida, el Banco Económico S.A. cuestiona la falta de expresión en forma cierta y determinada del monto o cuantía de la previsión, indicando que es lo que se ha estado discutiendo durante tres años, es decir el monto exacto de la previsión, sin embargo el monto de la previsión es el monto del cheque N° 05079-9 sobre la base de lo dispuesto por el Código de Comercio, toda vez que el Banco Económico S.A. incumplió los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio lo cual genera la responsabilidad determinada por el Artículo 628 del Código de Comercio por el mal pago del cheque, en tal sentido el recurrente debió haber previsionado el monto del cheque y de no haberlo hecho, quedaría totalmente demostrado que no cumplió con lo dispuesto por la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, razón por la cual el recurso debería declarase improcedente en sujeción a lo señalado precedentemente.*
- *Sobre este particular cabe puntualizar al señor Magno Guillermo Mayori Machicao, que el presente Recurso de Revocatoria fue admitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, considerando lo dispuesto por el parágrafo I) del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto el señor Justo Yepez Kakuda en representación legal del Banco Económico S.A., mediante carta GNFO – 406/2012 de 22 de mayo de 2012, presenta en adjunto la transacción contable N° 10986 de fecha 22 de mayo de 2012, que evidencia la constitución de previsión del 100% correspondiente a la contingencia legal del proceso ordinario civil*

relativo al caso SERPREC Ltda., habiendo de esta forma y dentro el plazo previsto por la Resolución ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, dado cumplimiento a lo dispuesto por este Órgano de Supervisión.

CONSIDERANDO:

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-64861/2012 de 29 de mayo de 2012, se corrió traslado del memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A., al señor Jaime Enrique Quiroga Angulo como socio y tercer interesado de la Empresa SERPREC Ltda., habiendo merecido respuesta mediante memorial presentado en fecha 16 de mayo de 2012, formulando para el efecto los siguientes alegatos:

- *Manifiesta en su memorial la recepción de la notificación efectuada por este Órgano de Supervisión con la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, por el que ASFI dispone que el Banco Económico S.A. previsione el 100% del monto reclamado por SERPREC Ltda., dentro del procedimiento administrativo instaurado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero contra el mencionado Banco ante denuncia planteada por SERPREC Ltda.*
- *Al respecto, del contenido del referido memorial el señor Quiroga manifiesta dejar en constancia la violación al procedimiento aplicado en el presente caso por cuanto considera que, en la tramitación de este caso se configuran delitos que ameritan la intervención del Ministerio Público, debido a las denuncias penales planteadas contra el señor Magno Guillermo Mayori Machicao, quién estaría actuando con poderes expedidos ilegalmente, motivo por el cual solicita el pronunciamiento expreso así como la remisión de antecedentes al Ministerio Público.*

En este sentido, la solicitud y cuestionamientos formulados por el señor Jaime Enrique Quiroga Angulo fueron atendidas y aclaradas por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DAJ/R-69875/2012 de 11 de junio de 2012, el mismo que en su contenido responde cada una de sus inquietudes planteadas, para el efecto, se transcribe en su integridad la respuesta cursada, la misma que tiene relación con los alegatos formulados en el presente Recurso de Revocatoria.

"En atención a su memorial presentado en fecha 16 de mayo de 2012, a través del cual hace conocer la recepción de la notificación efectuada por este Órgano de Supervisión con la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, emitido dentro del procedimiento administrativo instaurado por ASFI contra el Banco Económico S.A., ante denuncia planteada por SERPREC LTDA., y solicita la remisión de antecedentes al Ministerio Público en razón a que el señor Magno Guillermo Mayori Machicao estaría actuando con poderes expedidos ilegalmente.

Al respecto, cabe aclarar que esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de su competencia administrativa establecida por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Disposiciones Reglamentarias, tramitó el procedimiento administrativo instaurado contra el Banco Económico S.A. ante denuncia planteada por el Ing. Magno Guillermo Mayori Machicao, en representación de la empresa Servicios de Pretensado y

Construcción "SERPREC Ltda.", en tal sentido, en el marco de las citadas disposiciones legales y considerando fundamentalmente lo dispuesto por las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 28 de marzo de 2011 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012, este Órgano de Supervisión emitió la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, encontrándose a la fecha dicho Acto Administrativo en Recurso de Revocatoria planteado por el Banco Económico S.A.

Asimismo, aclaro a usted que en razón a la competencia administrativa que ejerce este Órgano de Supervisión no corresponde a ASFI establecer la legalidad o ilegalidad de los poderes con que actúa el señor Magno Guillermo Mayori Machicao, correspondiendo que plantee su denuncia directamente a la autoridad llamada por Ley para que investigue estos supuestos ilícitos.

Finalmente, hago conocer que en respuesta a los requerimientos efectuados por el Dr. Marco Antonio Vargas, Fiscal de Materia de la Fiscalía del Distrito de La Paz, mediante requerimientos de fechas 23 de febrero y 26 de marzo de 2012, dentro del caso LPZ1108825 esta Autoridad de Supervisión a través de las cartas ASFI/DAJ/R-23323/2012 de 29 de febrero de 2012, ASFI/DAJ/R-40376/2012 de 3 de abril de 2012 y ASFI/DAJ/R-46888/2012 de 17 de abril de 2012, cuyas copias simples adjunto para su conocimiento, remitió a conocimiento de la referida Autoridad Fiscal los antecedentes del presente procedimiento administrativo, consecuentemente, corresponde a dicha Autoridad pronunciarse en el marco de su competencia establecida por Ley".

CONSIDERANDO:

Que, las funciones de regulación y supervisión que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro del ámbito de su competencia, se circunscriben al mandato establecido por el parágrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el Código de Comercio, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Reglamentos conexos, los cuales rigen y determinan su accionar en estricta observancia de los derechos y garantías consagrados por la Constitución hacia los administrados.

Que, el artículo 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) es el Órgano Rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del País teniendo como objeto institucional mantener el sistema financiero nacional sano y eficiente.

Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente ASFI, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio del país intermediación de recursos financieros.

Que, el numeral 14 del artículo 154 de la citada Ley, concretamente establece que dentro de las atribuciones que ASFI ejerce, se encuentra la de "Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de inspección y control".

Que, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras es el compendio de normas que reglamentan los procedimientos de contabilización que deben aplicar las entidades financieras y la información contable que deben producir sobre las operaciones que realicen, este Manual es de uso obligatorio por todas las entidades financieras en Bolivia y el mismo está sujeto a una actualización y adecuación periódica por las operaciones financieras que se desarrollan en el sistema y por las normas legales y reglamentarias que emiten organismos del Estado. Las normas establecidas en el Manual de Cuentas concuerdan sustancialmente con normas profesionales de contabilidad generalmente aceptadas.

Que, el Código 250, Grupo Previsiones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece en su descripción que, representa el importe estimado para cubrir riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por juicios contra la entidad, previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situación contingentes y las previsiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, cartera y otras cuentas por cobrar.

Que, el Código "257.00, Cuenta "OTRAS PREVISIONES", dentro del Grupo Previsiones, dispone que en la misma se debe registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

Que, en definitiva es la propia norma, cual es el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, la que determina de manera imperativa y categórica, que cuando exista un Riesgo Legal, debe constituirse una previsión y está debe ser del importe estimado del valor para cubrir dicho riesgo, aspecto por el cual la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero circunscribió su determinación, desechando valoraciones de carácter subjetivo de la citada norma contable.

CONSIDERANDO:

Que, los Principios Fundamentales del ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, en ese orden la actividad administrativa se rige por los principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 22 de abril de 2002.

Que, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 literal c) señala que:
"La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:
c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

Que, la Ley determina que los órganos de la Administración Pública deben velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

Que, conforme señala la doctrina del Derecho Administrativo, la legalidad, no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos, se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del Órgano administrativo.

Que, las funciones de regulación y supervisión que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro del ámbito de su competencia, se circunscriben al mandato constitucional establecido por el parágrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el Código de Comercio, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Reglamentos conexos, los cuales rigen y determinan su accionar en estricta observancia de los derechos y garantías consagrados por la Constitución hacia los administrados…."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 17 de julio de 2012, el Banco Económico S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012 de 27 de junio de 2012, argumentado lo siguiente:

"…II. LA RESOLUCIÓN ASFI No. 269/2012 OBJETO DEL PRESENTE RECURSO NO SUBSANÓ EL VICIO DE NULIDAD RECLAMADO E IMPUGNADO EN EL RECURSO REVOCATORIO.-

En la pág. 2 de la Resolución ASFI N° 269/2012 (que es objeto de impugnación en el presente recurso) se ha señalado que: durante el transcurso de estos tres años, el fondo del procedimiento administrativo, instaurado contra el Banco Económico SA., radicó principalmente en la determinación del monto o porcentaje de la previsión que debía constituir el citado Banco, respecto a la suma establecida en el Cheque intransferible N°05079-9, a la orden a la empresa SERPREC Ltda., por el importe de Bs.-7.478.092,24.- (sic).

Lo subrayado es nuestro para hacer notar, ante el superior jerárquico, que la presente litis se ha centrado en la determinación del monto y porcentaje de la PREVISIÓN por riesgo legal.-

*Sin embargo, a la fecha subsiste el error ostensible en la Parte Resolutiva o dispositiva de la Resolución ASFI N° 269/2012, que CONFIRMA TOTALMENTE, la resolución Administrativa No. 168/2012 de 7 de mayo de 2012, la misma que también en forma equivocada y además **imprecisa (es decir no determinada)** dice lo siguiente:*

> ***"PRIMERO-** Instruir al Banco Económico S.A, la **previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil** radicado en el juzgado primero de partido en lo civil de Cochabamba...*

Cabe preguntarse, con severa duda cartesiana, que monto exacto seria la previsión del 100% de una contingencia legal derivada de un proceso ordinario? donde está el monto o porcentaje buscado y discutido durante tres años? En la tediosa relación y transcripción que caracteriza a resolución ASFI N°269/2012 que es un simple eco de la imprecisa Resolución ASFI N°168/2012?

Con el mayor respeto, la respuesta es NO.- Veamos porque:

En primer lugar, la esperada pretensión de determinación no se ha logrado, muy probablemente por la deficiencia técnica el Informe Legal ASFI/DAJ/R-77587/2012 de 26 de Junio de 2012 que sirvió de base para el RESUELVE emitido en la Resolución ASFI N° 269/2012, el cual NO dice expresamente que MONTO EXACTO en MONEDA NACIONAL debe previsionarse, limitándose a establecer un porcentaje aplicable a un juicio ordinario DOBLE que no tiene una cuantía determinada y por el contrario tiene varios puntos de hecho a probar, y por lo tanto seguimos, todos los sujetos procesales, en una especie de limbo o incertidumbre que vicia en forma absoluta la citada Resolución.-

En la obra ADMINISTRACIÓN PUBLICA, FUNDAMENTOS Y RESPONSABILIDADES de Celín Saavedra, Ed.2012, con cita de jurisconsultos, se explica los elementos esenciales del acto administrativo, entre ellos el objeto:

El objeto del acto administrativo es la materia o contenido sobre lo que se decide, certifica, valora u opina. Es el contenido central del acto administrativo. El objeto tiene que ser lícito, cierto y determinado, claro, preciso y posible física y jurídicamente, razonable y moral. En la práctica, viene a ser la parte resolutiva o dispositiva propiamente dicha del acto administrativo, en la cual se sintetizan las conclusiones.

Dicho lo anterior, el superior jerárquico podrá advertir fácilmente que esta parte dispositiva instruye la constitución de la ***previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil,*** *radicado en el juzgado primero de partido en lo civil de Cochabamba..., sin que exprese en forma cierta y determinada es decir en MONEDA NACIONAL, DE USO LEGAL y CORRIENTE, el monto o cuantía de la previsión, lo que demuestra que falta un elemento esencial, en la citada resolución No. 168/2012 y en la Resolución No. 269/2012 de 27 de junio de 2012, no teniendo ninguna de ellas el valor de acto administrativo, pues resulta evidente, que* ***no existe un objeto cierto determinado, sino por determinar por no decir adivinar,*** *quebrantándose de esta manera la norma imperativa prevista en el Art. 28 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo Ley No. 2341, disposición concordante con los Art. 190 y 192 del Código de Procedimiento Civil que también señala que la Sentencia debe contener* ***decisiones expresas, positivas y precisas*** ***y*** *el* ***Art. 192 del mismo cuerpo legal*** *que en su numeral 3) estatuye que la* ***parte resolutiva debe contener decisiones claras, positivas y precisas*****"**

Este elemento esencial y estructural que debe ser corregido por el Superior Jerárquico, en estricta aplicación del Art. 35 inciso b) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, ya que precisamente lo que se ha estado discutiendo -durante tres años- y tratando de determinar es el monto exacto de la previsión, que debe ser contabilizada en una cuenta y en determinada moneda, y que por esa razón matemática, debe tener un monto preciso, siendo insuficiente y nada claro haber dispuesto el porcentaje del

100% de una contingencia legal derivada del proceso ordinario, sin cuantificar el monto en forma expresa, precisa y determinada.

No tiene congruencia, sindéresis ni validez el argumento escrito en el párr. Cuarto de la Pág. 22 de la Resolución ASFI N° 269/2012, relativo a que "ante la existencia de un riesgo legal por efecto de un proceso judicial el Banco Económico debe constituirse una previsión y esta debe ser por el importe estimado, es decir por el cien por ciento del valor del cheque objeto de la litis, lo que nos obliga a realizar una nueva exposición de las resoluciones emitidas por la ASFI en torno a la Previsión.

III. NUEVAMENTE EXPONE LA RELACIÓN DE ANTECEDENTES EN TORNO A LA PREVISIÓN DISCUTIDA-

El expediente da cuenta de la controversial discusión acerca del monto de la previsión por riesgo legal emergente del citado juicio ordinario. No se trata de una previsión del Cheque, sino de la contingencia legal derivada de un proceso ordinario que tiene 14 puntos de hecho a probar y, que son los ítems legales que su autoridad debe estimar y no solo limitarse al monto del cheque 05079-9 que es un ítem o punto de hecho en discusión.

De ahí que, en vez de mejorar las diversas Resoluciones Administrativas, estas se han deformado y deteriorado.- Veamos de que manera.-

***1ª La primera Resolución ASFI N° 74/2009,** dictada por el Lie. Ernesto Rivera, que instruye al Banco Económico S.A., provisionar el monto correspondiente al pago del cheque No. 05079-9.-*

***2ª La segunda Resolución ASFI N° 266/2009** también dictada por el Lie. Ernesto Rivera, dispone instruir una previsión al Banco Económico a efecto de atender la potencial contingencia que resulte de la determinación judicial que resuelva los derechos del reclamante (SERPREC) del 33.33% del importe del cheque No. 05079-9 en caso de que la sentencia en primera instancia declare probada la demanda de SERPREC, el 66.66% del importe del cheque....*

***3º La tercera Resolución ASFI N° 786/2010** de 3 de septiembre de 2010, dictada por el Lic. Reynaldo Yujra Segales resolvió instruir Banco Económico S.A, previsionar el monto del cheque No. 05079-9 en la cuenta 257 "otras previsiones" en un 100%.-*

***4º La cuarta Resolución ASFI N° 890/2010** de 20 de octubre de 2010, dictada por el Lic. Reynaldo Yujra Segales, resolvió instruir Banco Económico S.A., previsionar el monto del cheque No. 05079-9 por la suma de Bs.- 7.478.092,24 en la cuenta 257 "otras previsiones" de la siguiente manera:*

a) 20% del importe del cheque No. 05079-9 dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con la presente resolución...

5º La quinta Resolución ASFI N° 680/2011 *dictada por la Dra. Lenny T. Valdivia Bautista (es decir su persona), que en su parte pertinente dispuso que el Banco Económico estime y cuantifique el monto de la previsión...-*

6º La sexta Resolución ASFI N° 168/2012 *dictada por la Dra. Lenny T. Valdivia Bautista que en su parte resolutiva instruye al Banco Económico S.A, la* ***previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario*** *civil radicado en el juzgado primero de partido en lo civil de Cochabamba, dentro de la demanda interpuesta por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda., Magno Guillermo Mayorí Machicao contra el Banco Económico S.A., en el plazo de (7) siete días hábiles administrativos, debiendo remitir a ASFI copia del comprobante contable que evidencie su cumplimiento".*

7º La séptima y última Resolución ASFI N° 269/2012 *dictada también por la Dra. Lenny T. Valdivia Bautista, RESUELVE: CONFIRMAR TOTALMENTE, la resolución Administrativa ASFI N°168/2012 de 07 de mayo de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.-*

Advertirá el superior jerárquico, que en las cuatro (4) primeras Resoluciones Administrativas emitidas por la ASFI con tres diferentes Directores, se ha instruido una previsión LIMITÁNDOSE AL IMPORTE DEL CHEQUE, que ha dado lugar a la apropiación contable correspondiente, sin embargo en la última Resolución dictada por su autoridad, se ha dispuesto la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario, faltando por determinar cuál sería el IMPORTE exacto de esa contingencia legal.

Volviendo a la pág. 22 de la Resolución ASFI No. 269/2012, cuando afirma que no correspondería las aseveraciones expresadas por el recurrente en sentido de que la previsión dispuesta por ASFI no establece un objeto cierto o suma determinada en la resolución recurrida, no obstante que el valor del cheque intransferible N° 05079-9, objeto de la litis establece claramente el importe a previsionar.

Con este párrafo, casi ininteligible su autoridad estaría diciendo que la parte resolutiva tendría que ser esclarecida en la parte considerativa, lo que es un vicio de nulidad absoluta ya que no se trata de una nulidad relativa, se trata de una nulidad absoluta o de pleno derecho que importa la penalización del acto desde el punto de vista intrínseco que incluso no requiere de una solicitud expresa de nulidad ya que constituye un defecto de fondo que será fácilmente advertido por el superior jerárquico de la sola lectura de la parte resolutiva de la Resolución ASFI N° 168/2012 y de la Resolución ASFI N° 269/2012 que hemos remarcado en recuadro.

Otro agravio se encuentra en la Resolución ASFI N° 269/2012 en su página 24 primer párrafo con subtitulo denominado SUB CUENTAS 257.01 otras previsiones, ya que de manera errónea indica lo siguiente" De lo descrito anteriormente se establece que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión y registrar el importe estimado del cien por cien (100%) del valor para cubrir el

riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios planteados contra la entidad agrega que " En este contexto, al evidenciarse la existencia de un riesgo legal a raíz de la controversia judicial entre el Banco Económico S.A. y SERPREC Ltda. con relación al cheque N° 05079-9, este riesgo debe ser cubierto por el Banco, mediante la adopción de una medida preventiva de previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado que permita el cumplimiento de dicho fin y que no pueda confundirse esta determinación como una sanción, ya que esta tiene elementos constitutivos diferentes."

Lamentablemente, su autoridad ha vuelto a transgredir en este caso el Manual de Cuentas Para Bancos y Entidades Financieras, al efectuar una errada transcripción de la cuenta "Otras Previsiones" y de la Sub Cuenta N° 257.01 que a la letra dice "Otras Previsiones" la cual no menciona para nada que se debe constituir una previsión registrando el importe estimado del cien por cien (100%) del valor para cubrir el riesgo de posibles pérdidas.

También se incurre en error que causa agravio, al indicar en el último párrafo de la página 24 que: "Las condiciones establecidas para el Manual para cuentas de Bancos y Entidades Financieras para que el Banco Económico S.A. constituya una previsión, se han dado, fundamentalmente porque existe un riesgo legal de una posible perdida, que debe asumir el Banco por el juicio instaurado contra dicha entidad por la empresa SERPREC Ltda., en atención a la probabilidad de que la autoridad tenga que erogar recursos para cancelar el monto que determine la autoridad judicial en el proceso judicial en curso, en cuyo caso el fallo dispondrá el pago del cheque objeto de litigio".

"Así mismo con relación a las normas internacionales de contabilidad 37 (NIC 37) dispone que se debe reconocer una medida preventiva, similar a las previsiones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cuando se den las siguientes circunstancias:

a) La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad) como resultado de un suceso pasado.

b) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelarla obligación.

c) Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.

Consiguientemente las tres condiciones establecidas en la Norma Internacional de Contabilidad 37 (NIC 37), se cumplen en el presente caso, consecuentemente la contingencia judicial que debe asumir el Banco Económico S.A. en atención a que tiene la obligación presente de constituir una previsión en cumplimiento al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, al cumplirse los requisitos exigidos al efecto para constituir la misma y como resultado en un Juicio instaurado en el pasado contra el Banco, da la probabilidad que la entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la Autoridad Judicial resultado del fallo dispone el pago del cheque en el proceso civil en curso, adicionalmente puede estimarse el importe de la deuda

correspondiente, en atención a que el monto del cheque objeto del proceso judicial está cuantificado.

IV. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-

Advertirá el superior jerárquico que lamentablemente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a efectuado una errada fundamentación y apreciación de los hechos y antecedentes que giran en torno a la previsión y a las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37) que han servido de base para el pronunciamiento de la Resolución ASFI 269/2012 habiendo deformado los tres incisos de las (NIC 37) los cuales no se aplican al presente caso y que nos permitimos formular la correspondiente expresión de agravios con relación a cada uno de ellos, habiendo deformado el concepto jurídico de obligación presente, veamos porque:

a) La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un suceso pasado.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS CON RELACIÓN AL PUNTO a).- *Con relación a este punto recordamos a la ASFI que el suceso pasado SE ENCUENTRA PRESCRITO y no existe ninguna obligación presente. Lo que existe en realidad, es una pretensión judicial DOBLE en plena discusión, la cual no puede ni debe equipararse a una obligación presente ya que el Banco ha opuesto en sede judicial la excepción de prescripción y de pago documentado.*

También, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha transgredido la Ley al efectuar una errada estimación fundamentación y apreciación del proceso judicial, veamos porque:

b) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelarla obligación.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS CON RELACIÓN AL PUNTO b).- *Como se tiene señalado no se trata de una obligación presente, sino de una pretensión judicial doble donde del análisis del expediente judicial, se puede concluir que existe mayor posibilidad de la desestimación de esta pretensión de SERPREC por la PRESCRIPCIÓN TRIENAL deducida por el Banco y la excepción de pago documentado del cheque 05079-9 efectuada en la persona del Ing. Jaime Enrique Quiroga Ángulo en su calidad de representante de SERPREC.*

Y finalmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha transgredido la Ley al efectuar una errada fundamentación y apreciación del proceso judicial, veamos porque:

c) Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS CON RELACIÓN AL PUNTO c).- *Afirmar que puede estimarse el importe de la deuda correspondiente, en atención a que el monto del cheque objeto del proceso judicial está cuantificado, constituye un lamentable desatino y prejuzgamiento, toda vez que lo que en realidad existe es un proceso judicial doble donde existen 14 puntos de hecho a probar, y donde el Banco también ha demandado a SERPREC por daños y perjuicios, no siendo estas consideraciones (incisos a, b y c) de la ASFI fruto de un análisis que refleja la verdad material y objetiva que reporta el expediente.*

Reiteramos que la verdad material y objetiva que reporta el expediente, que generaría riesgo legal no ha sido correctamente valorada y apreciada ya que su respetable autoridad no ha tenido en cuenta la confesión provocada del otro representante de SERPREC que cobró el cheque (Ing., Jaime Enrique Quiroga Ángulo) y tampoco no considero el Auto de fecha 13 de febrero de 2009 que cursa en el expediente administrativo signado con el Tramite No. T- 464142 en el cual el Juez Primero de Partido en lo Civil y Comercial de la ciudad de Cochabamba ha efectuado la siguiente precisión jurídica:

"Que, sin embargo como resultado de aquella sociedad accidental, Jaime E. Quiroga ha recibido un 82.5% de participación y por supuesto de responsabilidades, sumados a todo ello los poderes conferidos por Magno G. Mayori, hacen imprescindible su participación en el proceso en trámite, máxime si la demanda interpuesta por SERPREC LTDA., contra el BANCO ECONÓMICO tiene su génesis precisamente en la intervención de Jaime E. Quiroga en el cobro de la suma demandada y por supuesto en el manejo de las cuentas bancarias en representación de la sociedad. Los hechos precedentemente anotados lo convierten a Quiroga en el sujeto central del conflicto, todo lo expuesto avala la necesidad de integrarlo a la Litis"

Es decir, que el Juez ha considerado que es parte central de este conflicto el Ing. Jaime Enrique Quiroga Ángulo quien ha contestado la demanda de SERPREC afirmando en su numeral 2.2.4.3 que los fondos cobrados provenientes del cheque No. 05079-9 han beneficiado a la empresa constructora, prueba de ello es que los mismos facturan, y finalmente niega la demanda de SERPREC por ser falsa y manifiestamente improcedente.

Todas estas pruebas que constituyen la verdad material del expediente, debieron ser consideradas por la ASFI para estimar el monto de la previsión contenida en el numeral primero de la Resolución Administrativa No. 168/2012 de forma razonable, prudente, proporcional, justa y encuadrada en los porcentajes de participación predefinidos por la partes (SERPREC y JAIME E. QUIROGA ÁNGULO) y no imponer previsiones alejadas de esta realidad que pueden confundir al juzgador al momento de dictar su Sentencia.

La ASFI, lamentablemente ni en la Resolución 168/2012 ni en la Resolución 269/2012 se ha circunscrito a la realidad precisada y su estimación de la PREVISIÓN se circunscribe al monto del cheque, como si ese fuera el único punto en discusión dentro el proceso ordinario DOBLE.

Nada más alejado de la verdad material que reporta el expediente, y de ahí, que se realizó una estimación exorbitante y desproporcionada (ultra vires), sin considerar que el Ing. Jaime Enrique Quiroga Ángulo representante de SERPREC Ltda., en el marco del Contrato de Asociación Accidental tiene una participación del 82.5%, de "todos los derechos y las obligaciones que surjan del contrato de obra, utilidades o perdidas, costos y gastos" hecho real y objetivo reconocido por el Ministerio de Finanzas Públicas quien también ha dado cabida a la intervención legal del Ing. Jaime Enrique Quiroga Ángulo como tercero interesado, persona que no ha formulado reclamo alguno por el procesamiento y pago del cheque No. 05079-9 contra el Banco Económico S.A., y por el contrario ha calificado de temeraria, dolosa y maliciosa la denuncia del gerente de SERPREC Ltda.

La estimación del cien por ciento del valor del cheque No. 05079-9 no tiene fundamento lógico, ni razonable ni legal porque imponer una PREVISIÓN que va mas allá del 17.5% de su participación, es lesionar el principio de verdad material y de proporcionalidad que cursa en el expediente, conforme a los fundamentos ya expuestos.

Entonces, la perdida máxima estimada que podría sufrir el Banco ante un nuevo e injusto pago del cheque No. 05079-9 en el peor de los casos de contingencia judicial, no puede ni debe superar el 17,5% y por lo tanto la estimación del 100% no tiene sustento de razonabilidad, ni legalidad, ni de verdad material.

V. PETITORIO.-

*En mérito a los fundamentos expuestos, con cita de expresión de agravios, normas quebrantadas y especificación de errores en el análisis de las pruebas materiales aportadas, el Banco Económico S.A., interpone RECURSO JERÁRQUICO dentro el plazo legal que señala el Art. 66 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, impugnando la Resolución ASFI N° 269/2012 de fecha 27 de Junio de 2012 emitida por su autoridad, pidiendo que el Superior Jerárquico dicte Resolución ANULANDO la Resolución ASFI N° 269/2012 y la Resolución ASFI N° 168/2012, dado que la parte resolutiva no establece un monto o cuantía exacta en MONEDA NACIONAL de la previsión, limitándose únicamente a señalar la previsión del 100 % de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil como si lo único que se estaría discutiendo en este proceso es la cuantía del cheque N° 05079-9, olvidándose la ASFI que existen catorce puntos a hechos a probar en el Auto de Relación Procesal pronunciado por el Juez Primero de Partido Civil y Comercial del Distrito de Cochabamba y deje sin efecto la instrucción de **previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil** y FINALMENTE instruya a la ASFI que en el por tanto de su nueva Resolución indique un monto preciso y determinado en moneda nacional, considerando los fundamentos de hecho, derecho y expresión de agravios contenidos en el presente recurso jerárquico…."*

6. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 13 de agosto de 2012, **Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA.**" presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"…II. CONSIDERACIONES JURÍDICO LEGALES

Una vez más nos encontramos dirigiéndonos a su autoridad por este proceso administrativo de nunca acabar, sobre todo por las resoluciones irregulares que ha emitido la ASFI concernientes a la aplicación de la previsión por parte del Banco Económico S.A. y a las actitudes dilatorias por parte del Banco de pretender en todo momento evadir sus obligaciones.

En esta oportunidad el escenario es diferente que en las anteriores dos, toda vez que por fin la ASFI emite una resolución apegada a la normativa vigente y dispuso la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso, y luego confirmó dicha resolución en su totalidad al momento de resolver el recurso de revocatoria planteado por el Banco. Sin embargo el Banco insiste en dilatar al máximo este proceso, es decir más de lo que ya ha logrado dilatándolo por 3 años con la franca colaboración de la ASFI.

Como se puede observar, ya se le agotaron los argumentos al Banco, pero le sirve seguir recurriendo para seguir perdiendo tiempo.

El Banco pide se deje sin efecto la instrucción de previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil e instruya a la ASFI que en el por lo tanto de su nueva resolución indique el monto preciso y determinado en moneda nacional, considerando los fundamentos de hecho y derecho expresados en su recurso.

Al respecto resulta por demás incongruente toda la perorata del Banco en torno a observar que la Resolución recurrida de la ASFI no establece el monto sobre el cual se debe aplicar la previsión, siendo que el monto está determinado por el monto del cheque intransferible N° 05079-9 que es Bs.7.478.092,24 que es el monto que el Banco pagó en infracción plena y categórica de los Artículos 603° y 626° del Código de Comercio, y los Artículos 29° y 36° del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central, por lo que es responsable de ese mal pago conforme lo dispuesto por el Art. 628 del Código de Comercio. En consecuencia es sobre este monto que debe realizar la previsión y además que el Banco ya lo ha hecho, puesto que de lo contrario su recurso de revocatoria hubiera sido improcedente, toda vez que el mismo tiene efecto devolutivo. Entonces no corresponde entrar en mayores consideraciones respecto del monto de la previsión debido a que el monto está por demás claro y además debe tomarse en cuenta que la disposición de la resolución cuestionada y recurrida por el Banco ha sido cumplida por el mismo Banco al haber previsionado el monto del cheque, y ese cumplimiento ha sido aceptado por la misma ASFI, puesto que de lo contrario hubiera declarado improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A. todo esto en sujeción a las siguientes disposiciones:

El Artículo 47 (Procedencia) del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece lo siguiente:

"I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria***

dispuesta por la resolución recurrida, *salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento."*

Por su parte el Artículo 40 (Efecto Devolutivo) del mismo Decreto Supremo, establece:

"I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada..." Además de lo señalado, corresponde precisar que existe un monto determinado para efectos de previsión, y ese es el monto del cheque que es aquel que el Banco está obligado a previsionar en cumplimiento de lo dispuesto por las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37), las mismas que en sus tres condiciones para aplicar la previsión se han cumplido, tal como la propia ASFI lo ha establecido ***en la resolución recurrida así como el propio Ministerio*** *de Economía y Finanzas Públicas en sus Resoluciones Ministeriales Jerárquicas emitidas sobre este mismo asunto.*

Por todo lo señalado, ha quedado por demás demostrada y evidente la pretensión dilatoria del Banco careciendo su petición de sustento jurídico y legal. Es fácil advertir para su Autoridad, que ha venido conociendo los argumentos del Banco a través de los recursos jerárquicos que se ha interpuesto sobre este tema de la previsión, que el Banco se ha quedado ya sin argumentos, puesto que todos los que fueron planteados han sido contundentemente desvirtuados mediante las Resoluciones Jerárquicas que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha emitido sobre este tema, no obstante de ello el Banco sigue insistiendo en el hecho de que no se han cumplido las condiciones de las normas NIC 37 no obstante que ello ha sido ya totalmente desvirtuado mediante sus Resoluciones Ministeriales Jerárquicas.

En este sentido el recurrente indica que se ha deformado los tres incisos de las NIC 37 e insiste con lo siguiente:

El recurrente señala respecto del inciso a) de las normas NIC 37 "a) La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un proceso pasado"; que el suceso pasado se encuentra prescrito y no existe ninguna obligación presente, y lo que existe es simplemente una pretensión judicial, la que no puede equipararse a una obligación presente, debido a que el Banco opuso excepción de prescripción y pago documentado.

Este argumento es por demás inconsistente, toda vez que de ninguna manera existe prescripción y menos aún pago documentado, puesto que la prescripción no se supone, sino que debe ser determinada mediante resolución expedida por el Juez competente y el pago documentado deber ser acreditado, lo cual nunca sucedió, ¿como pretenden documentar una pago que no se hizo al titular de un cheque intransferible?; la única manera en que pudiera acreditarse un pago documentado sería el comprobante del pago del cheque intransferible N° 05079-9 a la cuenta del titular de dicho cheque, es decir a la cuenta de SERPREC LTDA.. Asimismo corresponde señalar de manera categórica que ***de ninguna manera el Banco acreditó la inexistencia de la obligación por parte de éste de pagar en favor de SERPREC LTDA. el monto del cheque intransferible.*** *Más aún la obligación se encuentra por demás acreditada en el sentido que tanto la ASFI como el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha establecido de manera expresa que el Banco Económico S A* ***incumplió los***

Artículos 603° y 626° del Código de Comercio, y los Artículos 29° y 36° del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia *y por lo tanto en virtud al Art. 628 el Banco es responsable del pago del cheque intransferible N° 05079-9, por lo tanto resulta totalmente contradictorio y por lo tanto inclusive ocioso utilizar como argumento el hecho de que la obligación no existe, por lo tanto debe realizarse la previsión a efectos de atender dicha obligación. En lo concerniente al inc. b) señalado de las normas NIC 37 "b) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación," el recurrente señala que no existe la probabilidad señalada en el citado inciso puesto que debido a las excepciones opuestas de prescripción y pago documentado, existe mayor probabilidad de desestimación de la pretensión de SERPREC LTDA, sin embargo el recurrente pretende desconocer que existen elementos suficientes para que el Juez emita sentencia a favor de SERPREC LTDA, toda vez que el mal pago del cheque intransferible N° 05079-9 ha quedado por demás demostrado, existiendo inclusive pronunciamiento por parte tanto de la ASFI como del propio Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en el sentido de haber establecido de manera expresa que el Banco Económico S.A.* ***ha incumplido los Artículos 603° y 626° del Código de Comercio, y los Artículos 29° y 36° del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia.*** *En consecuencia, siendo que de ninguna manera existe prescripción, la misma que tampoco puede presumirse por instancias administrativas a efectos de instruir una previsión y además existiendo prueba preconstituida que NO EXISTE PAGO DOCUMENTADO y que tal prueba no ha sido desvirtuada por el Banco, la probabilidad de una sentencia en favor de SERPREC LTDA. es mayor, por lo que los argumentos del recurrente vuelven a caer por su propio peso siendo su argumento totalmente inconsistente a los efectos de pretender desvirtuar el sustento de la previsión establecida por la ASFI.*

Luego, en lo concerniente al inc. c) señalado de las normas NIC 37, respecto a estimarse de manera fiable el monto de la deuda, el recurrente de manera totalmente burda sigue recurriendo testarudamente al argumento de la participación de Jaime Enrique Quiroga en la Asociación Accidental y a que los fondos provenientes del cheque habrían beneficiado a SERPREC Ltda., pretendiendo que la previsión se sustente en un porcentaje de participación en una Asociación Accidental, cuando el cheque intransferible N° 05079-9 fue girado a SERPREC LTDA y el monto del mismo fue dispuesto por el Banco en favor de Jaime Enrique Quiroga en plena violación a las disposiciones del Código de Comercio y del Reglamento del Cheque, tal como lo ha señalado expresamente no solo la ASFI sino el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Debido a que estas mismas entidades han desestimado contundentemente tales argumentos en sus diferentes Resoluciones que fueron emitidas con motivo de las Recursos interpuestos por el Banco y por SERPREC Ltda., resulta ocioso abordar en mayores consideraciones sobre este argumento totalmente ilegal e incongruente. Respecto a este punto queda claro que el monto de la deuda determinado es el del cheque para efectos de previsión y este es el monto sobre el cual debe aplicarse la previsión tal como suponemos que el propio Banco lo hizo para efectos de interponer el recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI n° 168/2012

III.PETITORIO

En virtud de todo lo mencionado precedentemente, siendo que todos los argumentos expuestos por el Banco Económico S.A. en su recurso jerárquico son inconsistentes, contradictorios y sobre todo ociosos y que tienen pretensiones simplemente dilatorias y que además fueron debidamente desvirtuados ya inclusive con anterioridad mediante las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, solicito que en el marco del principio de seguridad jurídica y a efectos de concluir la instancia administrativa sobre el asunto de la previsión teniendo en cuenta que se han agotado todos los argumentos sobre este tema a través de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se resuelva el Recurso Jerárquico disponiendo la Confirmación de la Resolución ASFI N° 269/2012 de 27 de junio de 2012. "

Mediante memorial presentado el 13 de agosto de 2012, Jaime Enrique Quiroga Angulo presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"…I. ANTECEDENTES.

Estando notificado con la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012, en calidad de TERCERO LEGITIMO INTERESADO, en esa calidad y al amparo de los Arts. 12 y 60 de la Ley No. 2341, "Ley de Procedimientos Administrativos", tengo a bien apersonarme ante su autoridad y presentar la siguiente alegación:

A los fines de una correcta previsión, la Ley No. 2341, "Ley de Procedimiento Administrativo", determina los siguientes principios:

ARTICULO 4º.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa). La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;
e) Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo;

II. ELEMENTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE EN LA DETERMINACIÓN DEL MONTO O PORCENTAJE DE LA PREVISIÓN POR RIESGO LEGAL EMERGENTE DE UN JUICIO ORDINARIO DOBLE.

Dentro de ese marco jurídico, la valoración o cuantificación o medición o determinación del riesgo legal se ha convertido en el tema decidendum en el presente proceso, y por ello es menester compulsar varios indicadores que se hallan dentro del Proceso Ordinario Doble de hecho que sostienen tanto SERPREC LTDA como el BANCO ECONÓMICO ante el Juez Primero de partido en lo Civil de Cochabamba, en el entendido de que este juicio representaría una posibilidad de pérdidas debido al supuesto mal pago del Cheque N° 05079-9 y que podría afectar adversamente a dicha entidad financiera.

*Sr. Ministro, la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012, no ha valorado los **ACTOS JURÍDICOS COLIGADOS a la cobranza de dicho cheque**, y por ello el Ing. Magno Guillermo Mayori continua con el abuso de la personalidad de SERPREC Ltda. y trata, infructuosamente, sacar de contexto el cheque en cuestión, el mismo que está ligado a la factura No. 0196 entregada a la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba y que demuestra el manejo económico y financiero realizado por mi persona en el marco del Contrato de Asociación Accidental suscrito por SERPREC Ltda., y mi persona para la construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina - Recoleta, habiendo luego sostenido un proceso arbitral que culminó con el Laudo No. 001/06 de 12 de enero de 2006, el mismo que muestra el Estado te cuentas de la Asociación Accidental, en el que se VERIFICA como ingreso las letras de cambio y la factura No. 196 cuyo valor es igual al valor del cheque No. 05079-9 (prueba que cursa en el expediente - y reitero- se encuentra en la página 32 de las 36 páginas que comprende del Laudo Arbitral).*

Pretender hacer abstracción de estos actos jurídicos coligados a la emisión y cobranza del cheque No. 05079-9, es una reprochable falta de consideración y valoración de los componentes del riesgo legal y ha dado lugar, en el presente procedimiento administrativo, a la incorrecta, difusa Resolución 269/2012 de Previsión del 100% del Riesgo Legal emergente de dicho proceso ordinario.-

Esta previsión excesiva, lamentablemente, estimula el malévolo plan de hacer cobrar a SERPREC Ltda., dos veces la suma de Bs.- 7.478.052.24 que constituye el importe del cheque 05079-9 cobrado por mi persona el año 2004, precisamente en nombre y representación de SERPREC Ltda., en base a una cadena de poderes que han sido analizados por ese Ministerio en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010, lo cual me obliga a reiterar los siguientes fundamentos de hecho y derecho en los cuales se sustenta el presente alegato.

2.1. IMPORTE DEL CHEQUE INGRESADO AL ESTADO DE CUENTAS DE SERPREC.

En el proceso Arbitral entre mi persona Jaime Enrique Quiroga Ángulo y la empresa SERPREC Ltda. se ARBITRO sobre el importe de la factura No. 0196 que origino el cheque No. 05079-9 motivo de este proceso administrativo; de ahí que he afirmado que se litigó sobre el importe de este cheque y que el mismo se ingresó a la contabilidad de SERPREC, prueba de ello es que el Laudo No. 001/06 de 12 de enero de 2006, muestra el Estado de cuentas de la Asociación Accidental, en el que se VERIFICA como ingreso las letras de cambio y la factura No. 196 cuyo valor es igual al valor del cheque No. 05079-9 (prueba que se encuentra en la pagina (sic)32 de las 36 paginas (sic)que comprende del Laudo Arbitral).

2.2. ACTUACIONES QUE NO PUEDEN ABSTRAERSE DE LA REALIDAD Y QUE ORIGINARON LA ENTREGA, COBRO Y PAGO DEL CHEQUE

Mi persona, por cuenta de la empresa SERPREC Ltda., en mérito a los poderes notariales que me fueron otorgados por el Gerente General de la misma, Ing. Mayori, suscribió con el Municipio de Cochabamba el Acta de Conciliación y Pago de Deuda en fecha 23 de septiembre del año 2004 en la que consta que se procedió con el descuento de seis Letras de Cambio Nos. 61728, 61729, 61730, 61731, 61732 y 61733, las mismas que fueron endosas para que mi persona como tenedor legitimo de las mismas las pueda descontar, lo cual efectivamente sucedió por un valor descontado de $us.- 934.761,53

equivalentes a Bs.-7.478.052.24, monto del cheque No. 05079-9 de acuerdo al Acta de Conciliación pertinente, siendo irrelevante que el endoso de las mismas sea en blanco de acuerdo con lo establecido en el Art. 524 del Código de Comercio en virtud a la cual el endoso en blanco se considera valido (sic)con la sola firma del endosante. Hecho que ratifica mi condición de tenedor legitimo de las cambiales ya que el endoso en Blanco incluso implica una trasmisión en propiedad, lo que demuestra que mi persona estaba plenamente facultada y autorizada para la cobranza del cheque No. 05079-9 en virtud al contrato de Asociación Accidental y la cadena de poderes que respaldan mi actuación la cual no puede hacerse abstracción por el capricho y conveniencia del Ing. Mayori.

2.3. COBRO DEL CHEQUE POR PERSONA AUTORIZADA

Tampoco puede hacerse abstracción de las cosas que han sucedido en un espacio y tiempo determinado, cual es la cobranza del cheque No. 05079-9 efectivizada al día siguiente de la Conciliación de cuentas con la H. Alcaldía de Cochabamba, es decir ***el 24 de septiembre del 2004*** *y ese mismo día* ***mi persona****, Ing. Jaime Enrique Quiroga Ángulo, en calidad de apoderado de SERPREC Ltda., en mérito de los Instrumentos de Poder Notariales que me otorgó el PROPIO MAYORI Nos. 369/2003 y 146/2004 y las facultades incursas en el contrato de Asociación Accidental de 30 de septiembre de 2003, recogí de la Alcaldía y* ***cobre*** *el cheque intransferible No. 05079-9 por Bs.-7.478.092,24 en representación de SERPREC Ltda., resultando deshonesto y malicioso desconocer como pretende Mayori sus propios actos o pretender hacer abstracción de los mismos.*

Subrayo y remarco en negrillas la fecha de cobro del cheque, por cuanto recién el 20 de abril del 2009, según se evidencia en la Resolución recurrida, después de haber transcurridlo aproximadamente cuatro años desde que mi persona como apoderado de SERPREC Ltda. cobró el aludido cheque, el Ing. Mayori en representación -abusiva y maliciosa- de SERPREC Ltda., sentó denuncia ante la ASFI por supuesta falta de personería para el cobro del citado CHEQUE.

La empresa SERPREC Ltda. a través de su gerente Ing. Mayori conocía de mis actuaciones como apoderado, y por supuesto, conoció la cobranza del cheque No. 05079-9, siendo totalmente malicioso, fraudulento y de mala fe pretender desconocer mis actuaciones y los poderes que me han sido conferidos.

Es evidente que el Ing. Mayori tratando de desconocer los poderes otorgados, las conciliaciones de cuentas, las facturas emitidas y el procedimiento Arbitral ya mencionado, tratando con su conducta de sonsacar un doble pago, al Banco Económico afectando mi imagen crediticia que puede resultar perjudicial a mis legítimos derechos, al margen de que el reclamo de Mayori es tardío, extemporáneo, temerario y malintencionado.

2.4. CONDUCTA DOLOSA E INTIMIDANTE DEL ING. MAYORI.

Ya lo dijimos que la conducta dolosa del Sr. Mayori, no se agota en este tramite (sic), y su característico tono amenazante de responsabilizar penalmente a toda persona o autoridad que se le cruce en el camino y que no se someta a sus designios así lo ha hecho con el Oficial Mayor Financiero de la Honorable Municipalidad de Cochabamba, en

esa época el Sr. Héctor Tito Orellana Núñez imputándole falsamente de los delitos de Malversación, Cohecho Pasivo Propio, Uso de Influencias, Beneficios en Razón del Cargo, Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Publicas (sic)y Concusión, investigación penal en la que se me involucro como cómplice y que ha sido rechazada por el Ministerio Publico por no tener asidero legal.
Asimismo ha pretendido enjuiciarme penalmente por el supuesto uso de instrumento falsificado tratando de argumentar que los poderes que me fueron otorgados y con los que he actuado habrían sido falsificados por mi persona y la Notaría de Fe Pública que los extendió, Dra. María del Carmen Montano del Granado, habiendo aperturado dos procedimientos uno disciplinario ante la Dirección de Régimen Disciplinario del Consejo de la Judicatura y otro ante el Ministerio Publico habiendo sido rechazados ambos procesos.

Adicionalmente como corolario y prueba de la conducta maliciosa y dolosa del Ing. Mayori se tiene la Sentencia Condenatoria de reclusión de 4 años y 6 meses impuesta en Juicio Penal Publico por el Juez Segundo de Sentencia de Cochabamba por la comisión del delito de Estafa en contra los socios de SERPREC Ltda. que son Janeth Pastora Camberas Vda. De Barroso e hijos quienes son los herederos del fallecido socio de SERPREC Ltda., Ing. Edgar Fortunato Barroso Daza.

Ese mismo modus operandi intimidante ha sido desarrollado por Mayori y su equipo de abogados con el Fiscal Dr. Irving Avendaño que lo imputó por el delito de extorsión, es decir por haber tratado de obtener una ventaja indebida mediante amenazas contra el Banco Económico S.A., proceso en el cual mi persona fue notificada para presentar una declaración informativa, de ahí que no me causa sorpresa que Mayori en represalia por haberlo desenmascarado en su intención de obtener un doble pago del cheque No. 05079-9 me haya endilgado falsas denuncias por la comisión de supuestos delitos de Falsedad Material, Uso de Instrumento Falsificado y Estelionato por el presunto cobro ilegal de dos letras de cambio giradas por SERPREC Ltda., aceptadas por la Honorable Alcaldía de Cochabamba por $us.- 387.939,40 adjuntando una imputación realizada por el Ministerio Publico contra mi persona, el mismo que se encuentra impugnado.

Finalmente ha endilgado, en forma injusta y falsa, al Lic. Yujra, ex Presidente Ejecutivo de la ASFI, la supuesta comisión de delitos de Resoluciones contradictorias por haber revocado una medida de previsión del cien por ciento y haber determinado previsiones porcentuales según el estado del juicio.-

En este rosario de ilegalidades del mismo, sostengo con el referido Ing. Mayori los siguientes procedimientos penales:

-Ministerio Público a denuncia de Jaime Enrique Quiroga, caso No.577/2010 (Denuncia por documento falsificado de alquiler de un inmueble de Mayori y su cuñada) por los delitos tipificados en los artículos 199, 200, 203 y 229.

-Ministerio Publico a denuncia de Jaime Enrique Quiroga contra Guillermo Mayori, caso No. 1559/10, por falsificación de poderes, uso de instrumento falsificado, por los delitos tipificados en los artículos 199, 200, 203 y 229.

-Ministerio Público a denuncia de Jaime Enrique Quiroga contra Guillermo Mayori (denuncia por falsificación de nuevo poder) caso No. 0736/10, por los delitos tipificados en los artículos 199, 200, 203 y 229.

III. DE OTROS ASPECTOS QUE HACEN A LOS ALEGATOS. QUE ES IMPORTANTE SE TOMEN EN CUENTA POR LA AUTORIDAD REGULATORIA. AL HACER AL FONDO DE LO PRETENDIDO ILEGALMENTE POR EL DEMANDANTE.

Si revisamos los documentos en base a los que se pretende recuperar este $us.- 1.000.000.- supuestamente cobrado ilegalmente, se tiene que el documento base de esta operación comercial (asociación accidental), determina que los porcentajes se dividían de la siguiente manera:

Jaime Enrique Quiroga	*82.50%*
SERPREC Ltda.	*17.50%*

Si estudiamos el contrato, el monto global del mismo es de $us.- 4.552.145,90.-, lo que implica que el 17.50% del mismo es equivalente a $us.- 796.625,53.-, pero este monto se encontraba compuesto a su vez de la siguiente manera:

13% destinado al pago del IVA	*$us.- 591.778,96.-*
3% para el pago del IT	*$us.-136.564,37.-*
1.5% Que se reconoce por el uso del nombre	
En el contrato de obra adjudicado	*$us.- 68.282,18.-*
Total	*$us.- 796.625,51.-*

De donde se tiene que lo que legal y contractualmente le correspondía a SERPREC Ltda., por su participación en el contrato de obra Construcción Vehicular Muyurina - Recoleta era solamente el 1.50% del contrato equivalente a $us.- 68. 282,18.-.

Ahora bien, si la Ley No. 2341, "Ley de Procedimiento Administrativo", determina en su artículo 4 inciso d), que:

ARTICULO 4º.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa). La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;

Es obligación de la administración pública y por ende de los organismos de control investigar esta verdad material, en oposición a la verdad formal.

Si se investiga esta "verdad material" ,lo anteriormente detallado, no puede ser pasado por alto y corresponde una pregunta ¿Cómo puede ser quien debía beneficiarse con 1.5 ***de $us.- 1.000.000.- que es un pago parcial de la Alcaldía de Cochabamba realizado a través del cheque No. 05079-9 y originado en el proyecto Vehicular Muyurina - Recoleta y relacionado con el Contrato de Asociación Accidental, el cual por voluntad***

de sus asociados correspondía a SERPREC Ltda., recibir del importe del cheque solamente en la suma de $us.-15.000.- ahora nos preguntamos cómo puede pedir que se le pague la totalidad del cheque y solicitar una previsión DEL CIEN POR CIENTO por dicho monto?.

VI. DE MI SOLICITUD Y PETITORIO.

Por todo lo expuesto, detallado y fundamentado legal y jurisprudencialmente, en estricta sujeción a lo que determina la Constitución Política del Estado, la "Ley de Procedimientos Administrativos, la jurisprudencia constitucional vinculante, ***propugno el*** *Recurso Jerárquico formulado por el Banco Económico,* ***ya que la Resolución N°269/2012 establece una previsión exagerada del cien por ciento del riesgo legal emergente de un juicio doble sin tomar en cuenta los diversos componentes para la debida cuantificación de un riesgo legal,*** *y en estricta aplicación del procedimiento administrativo* ***PIDO se ANULE LA RESOLUCIÓN N°269/2012, reiterando que el Ing. Mayori no está obrando de buena Fe*** *ya que su intención es cobrar dos veces el importe del cheque Nro. 05079-9 que ya fue cobrado por mi persona en representación de SERPREC Ltda., el año 2004, y esta conducta constituye una pretensión de enriquecimiento ilícito por parte del Ing. Mayori, no siendo viable tampoco ninguna previsión conforme a lo alegado."*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por el Banco Económico S.A. corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante traer a colación lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010 de 23 de febrero de 2010, misma que resolvió anular el numeral 4, bajo los siguientes argumentos:

"Es así que, al evidenciarse la existencia de un riesgo legal (a raíz de las controversias surgidas entre el Banco Económico S.A. y SERPREC LTDA. con relación al cheque 05079-9 y al incumplimiento de la normativa), éste riesgo debe ser cubierto, y la determinación de la previsión por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, permite el cumplimiento de dicho fin.

Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva, que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes.

Sin embargo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del uso de las atribuciones conferidas por Ley, ***debe asegurar que el riesgo legal sea satisfecho, pudiendo adoptar la medida preventiva de Previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado.***

Por lo analizado precedentemente, corresponde anular el numeral 4 de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunciarse nuevamente sobre este punto, considerando los aspectos expuestos y dando correcta aplicación a la normativa."

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Prescripción.-

El Banco Económico S.A., señala que no existe ninguna obligación presente por parte del Banco y que lo que existe, en realidad, es una pretensión judicial doble en plena discusión, la cual no puede ni debe equipararse a una obligación presente ya que el Banco dentro del proceso civil ordinario ha opuesto, en sede judicial, las excepciones de prescripción y pago documentado.

Al respecto, se tiene que, si bien, dentro del proceso ordinario civil interpuesto por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., éste hubiera interpuesto las excepciones previas o perentorias de pago documental y prescripción, a la fecha de la revisión de los antecedentes, no se habría presentado Sentencia ni Resolución por las cuales las excepciones hayan sido probadas por autoridad competente y que al no existir una sentencia o resolución que declare probadas las excepciones, no puede considerarse como que el hecho se encontraría prescrito.

En cuanto a lo referido por el recurrente de que, en el presente caso, no existiría una obligación presente por parte del Banco Económico S.A., con la empresa SERPREC Ltda., se tiene que la obligación nace de las supuestas infracciones cometidas por el Banco Económico S.A. en el pago del cheque N° 05079-9, hecho que estaría siendo dilucidado dentro de un **proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba,** entre el Banco Económico S.A y SERPREC Ltda.

2.2. Principio de Verdad Material.-

En cuanto a la falta de aplicación del principio de verdad material, el Banco Económico S.A., refiere que la ASFI no habría tomado en cuenta la confesión provocada del Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo, Auto de fecha 13 de febrero de 2009 y Auto de Relación Procesal pronunciado por el Juez Primero de Partido en lo Civil, donde existirían 14 puntos a probar.

Al respecto, debe manifestarse que la ASFI no puede buscar la verdad material ni valorar la confesión provocada del Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo, Auto de fecha 13 de febrero

de 2009 y demás actuados del proceso ordinario civil, en razón a que los mismos no corresponden a su competencia y que, a la fecha, se encuentran en controversia en sede jurisdiccional.

Que, bajo esta línea de razonamiento, en el mismo caso de autos, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, refirió:

> *"…Se tiene que efectivamente uno de los principios que rige el procedimiento administrativo, es el principio de verdad material, sin embargo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en busca de la citada verdad material, no puede pronunciarse, y dilucidar aspectos que van más allá de su competencia y que los mismos se encuentran dilucidándose por autoridad jurisdiccional.*
>
> *Es más, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al valorar dichos hechos, ha extralimitado su competencia, al no corresponder los mismos, a la naturaleza del proceso administrativo, sino más bien al ámbito jurisdiccional, que se encuentra en controversia en dicha vía, hecho que se puede constatar de la imputación presentada al Juez Segundo de Instrucción en lo penal a Fs. 350, por los delitos de falsedad material, ideológica, uso de instrumento falsificado y estelionato, por lo que al no existir un pronunciamiento final por la Autoridad competente, esta documentación no puede ser motivo de valoración, ni de fundamentación, y menos pueden ser objeto de juicios de valor por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*
>
> *"…De lo transcrito, queda claro que no corresponde a la vía administrativa determinar y pronunciarse en cuanto a hechos controvertidos en sede jurisdiccional, debido a que justamente la Autoridad administrativa, no tiene la competencia para ello, debiendo las partes afectadas acudir a la Autoridad que corresponda para determinar estos aspectos y así satisfacer sus pretensiones…."*

Sin embargo de ello, dentro de su competencia, lo que si constató el Ente Regulador que se traduce en verdad material, es que el **Banco Económico S.A. tiene un proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba**, que genera un riesgo que merece la determinación de una previsión, no existiendo, por ende, otra verdad por investigar en el marco de competencia a la cual se encuentra sujeta la Entidad Reguladora.

Que, de igual modo, no se debe olvidar que el presente proceso versa sobre la medida preventiva asumida por la ASFI traducida en la previsión y no así sobre otros aspectos que no hacen al presente proceso.

2.3. En cuanto a lo alegado por el Tercer interesado.-

Referente a la solicitud de Jaime Enrique Quiroga Angulo (tercer interesado), sobre que la ASFI debió pronunciarse sobre otros hechos como ser: que dentro del proceso Arbitral Laudo No. 001/06 de 12 de enero de 2006, seguido por Jaime Enrique Quiroga, a SERPREC Ltda., se hubiera demostrado que el importe del cheque ingresó a su contabilidad, que por cuenta de la empresa SERPREC Ltda., en mérito a los poderes notariales que le fueron otorgados, éste

cobro el cheque Nº 05079-9 y que a su vez estos montos fueron descontados, de acuerdo al acta de conciliación.

Al respecto, se tiene que estos hechos no pueden ser motivo de pronunciamiento especial debido a que, como bien señala el recurrente en su memorial de alegatos, éstos hechos se encuentran dilucidándose dentro del proceso civil ordinario, correspondiendo, por ende, al Juez de la causa determinar si el cheque intransferible fue pagado a persona autorizada, si además este pago se hizo de manera correcta o incorrecta, si el importe del cheque ingresó a la contabilidad de SERPREC Ltda., cuáles son los porcentajes del cheque, si el presente hecho se encontraría prescrito o no.

Que, en el mismo sentido, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, determinó:

> *"…Por último, recalcar que el presente procedimiento administrativo se lleva a consecuencia de lo determinado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a que el Banco Económico S.A., deba realizar una previsión, que el Sr Jaime Enrique Quiroga tercer interesado en su memorial de alegatos* ***en ningún momento señala de qué manera se le habría vulnerado un derecho, o algún intereses legítimo con la medida adoptada por el ente regulador.***
>
> *Más bien a lo largo de su memorial este realiza una serie de apreciaciones contra la empresa SERPREC LTDA. (tercer interesado también) olvidando el Sr. Jaime Enrique Quiroga de que el presente proceso administrativo* ***involucra al órgano de regulación y al Banco Económico S.A., en su calidad de regulado.***
>
> *Si bien dentro de este proceso concurre la presencia de terceros interesados (Serprec LTDA., y el Sr. Jaime Enrique Quiroga) no podemos olvidar que su actuación dentro de este proceso* ***sólo se circunscribe a determinar cuál es el derecho o interés legitimo que se le habría vulnerado con la decisión adoptada por el órgano regulador y no así la de resolver conflictos o controversias e intereses particulares entre ellos, distorsionando así la naturaleza del proceso administrativo pretendiendo convertirlo en un proceso contencioso entre Serprec LTDA., y el Sr. Jaime Enrique Quiroga.***
>
> *Por lo que, se colige que la vía administrativa, no puede pronunciarse sobre controversias entre particulares, que no hacen al proceso administrativo que se sigue en instancia jerárquica…"*

Por lo que, Jaime Enrique Quiroga, no debe olvidar que el Recurso Jerárquico es un recurso de puro derecho y el mismo se circunscribe a realizar el examen de legalidad, que, en el caso de autos, se restringe en la previsión adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y no así de investigar actos que corresponden ser investigados y dilucidados por autoridad competente.

Por último y en cuanto a que el Ing. Mayori estaría obrando de mala fe, ya que su intención sería de cobrar dos veces el importe del cheque Nº 05079-9, y que esta conducta constituye una pretensión de enriquecimiento ilícito, corresponde una vez más precisar al tercer interesado, que en el presente proceso administrativo no se está definiendo ningún derecho con respecto al cheque Nº 05079-9, ni se está ordenando ningún pago ni la devolución de

dineros a la empresa SERPREC Ltda., lo que se está dilucidando es si, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al haber ordenado al Banco Económico S.A. una previsión del cien por ciento (100%) ha actuado conforme a derecho.

2.4. De la determinación de la previsión.-

El recurrente, manifiesta que la ASFI transgredió lo dispuesto en el Manual de Cuentas Para Bancos y Entidades Financieras, específicamente, lo establecido por la descripción de la Sub Cuenta N° 257.01, ya que en la misma no mencionaría en ningún lado que se debe constituir una previsión del cien por ciento (100%).

Previo al análisis de fondo, corresponde remitirnos a la decisión adoptada por el Ente Regulador en sus Resoluciones Administrativas ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012 y ASFI N° 269/2012 de 27 de junio de 2012, a Fs. 69 y 152.

> "…*Que, considerando la* ***existencia de una contingencia legal*** *(demanda civil interpuesta por el representante legal de SERPREC), la cual surge a consecuencia de la mala aplicación de los procesos internos del Banco en el* ***pago del cheque N° 05079-9*** *de acuerdo con la facultad establecida en el numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), los criterios jurisprudenciales del SIREFI, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, los criterios expuestos por las Normas Internacionales de Contabilidad y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados , bajo un criterio de "Prudencia"* ***corresponde al Banco Económico S.A. la constitución de la previsión del 100% de la posible contingencia legal que resulte del fallo judicial*** …"

De lo transcrito se tiene que si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero haría referencia a la previsión del **cien por ciento (100%) de la posible contingencia legal que resulte del fallo judicial,** la misma no fundamenta a que se aplica el cien por ciento (100%), tomando en cuenta para ello la cuantificación del riesgo legal dentro del proceso judicial que ha determinado.

Ahora bien, primero importa emitir pronunciamiento, en lo que se refiere a la facultad de determinar una Previsión en el caso que nos ocupa, para lo cual debe hacerse un análisis de dicho Manual, utilizando el método deductivo, es decir que deberá partir de lo general para llegar a lo específico. Con este fin, empezamos analizando las disposiciones generales de dicho Manual, que señalan:

> "…***TÍTULO I***
>
> ***I. POLÍTICAS CONTABLES***
>
> *Si bien en la descripción y dinámica de cada grupo, cuenta y subcuenta, cuando es necesario, se indican las normas particulares aplicables a cada tipo de operación,* ***se considera conveniente establecer algunas normas generales que deben observarse*** *al registrar las operaciones de una entidad financiera.* (Las negrillas fueron insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> ***1. Normas contables aplicables***
>
> *Los estados financieros se prepararán de acuerdo con las* ***disposiciones establecidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras. En caso*** *de existir* ***situaciones no***

previstas por dichas disposiciones**, se aplicarán **los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados** emitidas por el Colegio de Auditores **y las Normas Internacionales de Contabilidad** (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, **optando por la alternativa más conservadora. (Las negrillas fueron insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se puede apreciar, la prioridad es aplicar las disposiciones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y **en caso de situaciones no previstas en dicho Manual,** recién se debe acudir a la demás normativa, siendo las normas internacionales las últimas en aplicarse (léase NIC 37). **En todo caso se debe optar por la alternativa más conservadora.** En este marco normativo, analizaremos, en primer lugar, lo que dispone el Manual de Cuentas mencionado, cuando hace referencia a las Previsiones, en este caso, en la cuenta OTRAS PREVISIONES.

"CÓDIGO 250.00
GRUPO PREVISIONES

***DESCRIPCIÓN** Representa el **importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas** originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, **por juicios contra la entidad**, previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes.*
Las previsiones que representan correcciones de valor de Inversiones temporarias, Cartera, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables e Inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo. (Las negrillas fueron insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

CÓDIGO 257.00
GRUPO PREVISIONES
CUENTA OTRAS PREVISIONES

***DESCRIPCIÓN** En esta cuenta **se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo**, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc*. (Las negrillas fueron insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

SUB CUENTA
257.01 OTRAS PREVISIONES"

Como se puede observar, el Manual de Cuentas, en la Descripción de la Cuenta 257.00 Otras previsiones, establece de manera suficiente las instructivas para efectuar una previsión, al mencionar "*En esta cuenta **se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas"*** de lo que se desprende que el importe de la previsión debe ser suficiente para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, en este caso del litigio en el que se encuentra el Banco por la demanda iniciada.

Para tener mayores elementos de juicio, el análisis que se realiza, también contempla lo establecido en los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidos por el Consejo Técnico de Auditoría y Contabilidad, que, según el Manual de Cuentas para

Bancos y Entidades Financieras, son las normas que se aplican en segundo orden, y para ello hacemos referencia al Principio de PRUDENCIA que "*significa que cuando se deba elegir entre dos valores para un elemento del activo, normalmente se debe optar por el más bajo, o bien que una operación se contabilice de tal modo que la alícuota del propietario sea menor.*" (El subrayado fue insertado en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El hecho de contabilizar una previsión, como es sabido, genera un cargo en los resultados de la gestión, por lo que el efecto también se da en el Patrimonio, en este caso, del Banco; por lo tanto, el registrar una previsión por el cien por ciento (100%) del riesgo legal, genera que se tengan estados financieros conservadores en los cuales la alícuota del propietario o participación de los accionistas es menor, lo contrario, es decir no hacer tal previsión o que ésta sea por un porcentaje menor al cien por ciento (100%), no se cumpliría el mencionado Principio contable de Prudencia.
Finalmente, las normas contables que se aplican en tercer orden son las normas internacionales de contabilidad, en el presente caso, la Norma Contable NIC 37, la misma que establece que se debe tomar una medida preventiva, similar a las previsiones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cuando se den las siguientes circunstancias:

a) La empresa tiene una obligación presente (de carácter legal o asumida por la entidad), como resultado de un suceso pasado.
b) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación.
c) Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.

Ahora bien, subsumiendo el análisis al caso de autos, tenemos como primera conclusión que el Ente Regulador se encuentra investido de la facultad para establecer una previsión, misma que debe ser por el total del Riesgo que se estima se va a producir, es decir del cien por ciento (100%).

Sin embargo, la determinación del monto (del riesgo) al cual se debe aplicar dicho porcentaje (100%), debió encontrarse en la fundamentación de las Resoluciones Administrativas hoy impugnadas, especialmente en el análisis que realizó a la Norma Contable NIC 37, sin embargo se limitó a una simple enunciación, prescindiendo de argumentar y especificar cuál es la probabilidad y cuál es el importe –riesgo- al cual se aplicará el cien por ciento (100%), producida por la contingencia legal emergente del proceso judicial instaurado por SERPREC Ltda.

Por lo que, si bien, el fundamento técnico y legal usado por la ASFI, se encuentra claramente identificado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, así como en los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptadas en Bolivia y en la Norma Internacional de Contabilidad 37, para que se materialice la previsión del cien por ciento (100%), la Autoridad Fiscalizadora debió cuantificar el riesgo legal tal como exige Norma Contable NIC 37, en su inciso c) y hacer el correspondiente análisis en cuanto al inc. b) de la misma norma, cumpliendo de esta manera la debida fundamentación a la que se encontraba obligada.

Ahora bien, en cuanto a que en el numeral 14 del artículo 154 de la Ley N°1488, establece *"Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control."*, se tiene que, si bien, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene competencia para instruir ajustes contables al Banco Económico S.A., sin embargo de ello, dicha exigencia debe estar fundamentada en que el hecho de que el Ente Regulador haya ordenado una previsión del cien por ciento (100%) del riesgo legal del proceso judicial, sin establecer la cuantificación del mismo, hace que su decisión no se encuentre conforme a derecho ya que no se tiene una fundamentación clara y concreta sobre el monto del riesgo legal por el cual se deba efectuar la mencionada previsión.

Que por lo anteriormente expresado, corresponde traer a colación el pronunciamiento emitido por esta instancia jerárquica, mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 sentando el siguiente precedente:

> *"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."*
>
> *Ahora bien complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:*
>
> *"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "*
>
> *"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"*

De lo precedentemente citado tenemos que, el presente proceso, debe anularse debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá hacer un nuevo análisis y deberá fundamentar su decisión respecto de cuál sería el importe del riesgo legal, para así

establecer el importe de la previsión a fin de cumplir cabalmente con los preceptos legales que establece la Ley de Procedimiento Administrativo.

2.5. De la Nulidad por Falta de Objeto.-

El Banco Económico S.A. expresa que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hubiera determinado en forma equivocada e imprecisa el monto de la previsión al instruir, al mismo, que la realice por el cien por ciento (100%) de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil, radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba y que, este hecho, ha dado lugar a que el presente acto carezca de objeto cierto, por lo que, en el presente caso, la resolución sería nula de pleno derecho al no haber establecido en moneda nacional la cuantía de la previsión.
Al respecto, se tiene que el Ente Regulador en la Resolución ASFI Nº 168/2012 de 7 de mayo de 2012, en su resuelve primero determinó:

> "…*Instruir al* ***Banco Económico S.A. la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba, dentro de la demanda interpuesta por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda. Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A.****, en el plazo de (7) siete días hábiles administrativos, debiendo remitir a ASFI copia del comprobante contable que evidencie su cumplimiento."*

Que, si bien esta determinación hubiera causado gran confusión al recurrente, al no saber el monto exacto de la previsión, éste pudo haber solicitado al ente regulador una complementación y enmienda conforme lo establece el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003, que en su artículo 36, establece:

> *"… I. Los administrados que intervengan en el procedimiento* ***podrán solicitar, dentro de los (3) días siguientes a su notificación, aclaración de los actos administrativos*** *que presenten contradicciones y/o ambigüedades, así como la complementación de cuestiones esenciales expresamente propuestas que hubiesen sido omitidas en la resolución(...)"* (Negrillas y subrayado insertos son nuestros).

Sin perjuicio de ello, importa que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera, emita sus actos administrativos de manera clara, no dando lugar a interpretaciones o confusiones, conforme prevé el inciso e) del Parágrafo II del Artículo 17 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Ahora, en cuanto a la pretensión de determinarse la nulidad del acto, corresponde remitirnos a la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002, en su Capítulo V refiere, a la Nulidad y la Anulabilidad, especificando en su artículo 35º lo siguiente:

ARTICULO 35º. (Nulidad del Acto).-

I. *Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:*

a) *Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;*
b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible*;*
c) *Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;*
d) *Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y,*
e) *Cualquier otro establecido expresamente por Ley."*

Tal como se tiene de la lectura del inc. b) de la precipitada norma, la misma hace referencia a que un acto será nulo cuando éste carezca de objeto o el mismo sea ilícito o imposible, en el caso de autos, no nos encontramos ante ninguna de estas circunstancias en razón a que la previsión, dada por la ASFI, sí se encuentra identificada y la misma se dio con el proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba, dentro de la demanda interpuesta por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda., Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A.

De igual manera, en cuanto a que el objeto fuera de imposible cumplimiento o ilícito, se tiene que, en el caso de autos, el mismo no puede considerarse como de imposible cumplimiento al haberse ya cumplido con la previsión y, en cuanto, a que el mismo sea ilícito, se tiene que el mismo no puede considerarse ilícito debido a que la previsión se encuentra determinada en el Manual de Cuentas.

Por lo que, se advierte que en ningún caso se puede considerar, lo referido por el recurrente, que el presente proceso se encontraría viciado de nulidad absoluta al no haberse señalado el monto de la previsión.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **no ha motivado ni ha fundamentado** conforme a derecho la Resolución Administrativa ASFI Nº 269/2012 de 27 de junio de 2012, conforme se evidencia de la fundamentación dada en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, conforme se determinó en los diversos precedentes dados por este Ministerio, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto siendo sus causales las establecidas por ley.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando

las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad **o de lugar a la indefensión de los interesados.**

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012 de 27 de junio de 2012, **inclusive,** que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.
E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA
NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.
LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.
BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A.
ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.
LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 400-2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 068/2012 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 068/2012

La Paz, 28 de noviembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A., ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** y **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 039/2012 de 20 de septiembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 128/2012 de 23 de octubre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 20 de julio de 2012, el señor **Jaime José Antonio Trigo Flores**, en representación de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**

E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A., ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. y **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/5572/2012 con fecha de recepción 25 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012.

Que, mediante nota presentada en fecha 10 de agosto de 2012, el señor **Jaime José Antonio Trigo Flores** acredita el cumplimiento a la providencia de fecha 30 de julio de 2012, a cuyo efecto, aclara la razón social de sus representadas y presenta el testimonio Nº 0675/2012, otorgado en fecha 3 de julio de 2012 por ante Notaría de Fe Pública Nº 101 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, sobre poder conferido por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A., ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** y **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, "*para que en nombre y representación de sus personas, acciones y derechos, presente en su representación recurso jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Nº APS/DJ/Nº 400-2012…*".

Que, asimismo y en cumplimiento a la providencia de fecha 30 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 266-2012 de 23 de abril de 2012, la que en su artículo segundo, aprueba el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros, cuya copia también se adjunta.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de agosto de 2012, notificado en fecha 16 de agosto de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante Auto de fecha 15 de agosto de 2012, notificado a la recurrente en fecha 16 de agosto de 2012, y mediante publicación en el periódico La Razón de fecha 18 siguiente, se dispone la notificación con el Recurso Jerárquico **a las entidades que operan en el sistema asegurador**, a los fines que, como terceras interesadas, se apersonen y presenten sus alegatos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 246-2012 DE 23 DE ABRIL DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

> "…***ARTÍCULO PRIMERO.-*** *Se deja sin efecto la Resolución Administrativa IS Nº 359 de 28 de julio de 2000, que aprueba el Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros.*
>
> ***ARTÍCULO SEGUNDO.-*** *Se aprueba el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros, que forma parte inseparable de la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***ARTÍCULO TERCERO.-*** *La presente Resolución Administrativa entrará en vigencia a partir del 1 de junio de 2012.*
>
> ***ARTÍCULO CUARTO.-*** *La Dirección de Seguros en coordinación con la Unidad de Atención al Ciudadano y la Unidad de Comunicación quedan encargadas del cumplimiento del presente Reglamento.*
>
> ***ARTÍCULO QUINTO.-*** *Los operadores del mercado de seguros que incumplan con lo dispuesto en la presente Resolución Administrativa, serán sancionados de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Sanciones de Seguros*…"

Que, mediante el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros al que se refiere el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, se establecen los extremos que se transcriben a continuación:

> "***REGLAMENTO DE PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO DEL MERCADO DE SEGUROS***
>
> ***PRIMERO.- (OBJETO)*** *El presente Reglamento tiene por objeto establecer los lineamientos básicos que los operadores del mercado de seguros fiscalizados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, deben cumplir al momento de planificar, elaborar y circularizar su publicidad, promoción y material informativo.*
>
> ***SEGUNDO.- (AMBITO DE APLICACIÓN)*** *Se encuentran sujetos al ámbito de aplicación del presente Reglamento, la Entidades Aseguradoras, Corredores de Seguros, Corredores de Reaseguros y Auxiliares del Seguro, en adelante operadores del mercado de seguros.*

TERCERO.- (DEFINICIONES) *Para efectos del presente Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:*

Cliente y/o Usuario: *Es toda persona natural o jurídica que contrata productos y/o servicios de los operadores del mercado de seguros.*

Publicidad: *Es toda forma de comunicación impersonal y de largo alcance que se use: prensa, radio, televisión, filmaciones, carteles interiores o exteriores, vallas, folletos, panfletos, cartillas, separatas, trípticos, volantes, correos, cupones, revistas, redes electrónicas, patrocinio publicitario, internet o cualquier otro medio para informar, persuadir o recordar acerca de productos, servicios, ideas del mercado asegurador, con la finalidad de atraer a posibles compradores, espectadores, clientes y/o usuarios, seguidores u otros.*

Promoción: *Es toda técnica o medio que se usa para transmitir las cualidades de un producto, servicio o idea prestado por los operadores del mercado de seguros.*

Material Informativo: *Medio o Instrumento que se usa para hacer conocer a compradores, espectadores, clientes y/o usuarios, seguidores u otros del mercado de seguros sobre aspectos relacionados al seguro.*

Publicidad Denigratoria: *Considerada como competencia desleal, considerándose como aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca descrito* (sic)*, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, producto o servicio relacionado a los operadores del mercado de seguros.*

CUARTO.- (LÍNEAMIENTOS (sic) ***BÁSICOS DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO)*** *Toda la publicidad, promoción y material informativo de los operadores del mercado de seguros deberán cumplir con los siguientes objetivos:*

1. *Mantener y acrecentar la confianza del público en general, a través de información veraz, exacta, precisa, integra* (sic)*, clara y oportuna.*
2. *Informar de manera integral sobre todos los productos y servicios que presta.*
3. *Consolidar un mercado sano, seguro, transparente y competitivo.*

QUINTO.- (CARACTERÍSTICAS DE LA PUBLICIDAD PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO) *La publicidad, promoción y material informativo de los operadores del mercado de seguros deberá tener las siguientes características:*

1. ***Veracidad:*** *La imagen institucional, características como el objeto social, productos, servicios que se presten, calificación de riesgo, situación técnica, económica financiera y otros que se incorporen en la publicidad, promoción o material de información deben ser ciertas, y estar de acuerdo con la realidad del estado general del operador del mercado de seguros.*
2. ***Exactitud:*** *Las cifras utilizadas deben ser exactas identificando el periodo al que corresponden, así como la fuente oficial de donde han sido tomadas o el responsable de su elaboración.*

3. ***Precisión:*** *Deben contener información puntual de tal manera que evite inducir al público en general y en especial a clientes y/o usuarios a confusión o errores de interpretación.*
4. ***Integridad:*** *Deben contener información completa y verificable sobre todos los productos y servicios ofertados.*
5. ***Claridad:*** *La información debe ser concreta y precisa, de manera puedan ser captadas y/o comprendidas fácilmente.*
6. ***Oportunidad:*** *Deben ser difundidas en el tiempo, lugar o circunstancia conveniente para la toma de decisiones de los clientes y/o usuarios.*

SEXTO.- (REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO) *La publicidad, promoción y material informativo de los operadores del mercado de seguros que sea difundido por cualquier medio deberá cumplir con los siguientes requisitos:*

1. *Deberá ser bilingüe, redactada en idioma castellano y otro idioma oficial establecido en la Constitución Política del Estado, respetando las particularidades del territorio donde será difundida.*
2. *Utilizar la denominación o razón social del operador del mercado de seguros y/o sigla o logotipo, tal como aparece en sus documentos de constitución vigentes.*
   En caso de que el operador del mercado de seguros cuente con una marca comercial, la misma deberá encontrarse registrada en la dependencia legal competente y ser puesta en conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros de la APS, antes de ser usada en cualquier publicidad, promoción o material informativo.
3. *Exponer su denominación genérica: Compañía de Seguros, Corredora de Seguros, Corredora de Reaseguros, Auxiliar del Seguro (Ajustador y Liquidador de Reclamos; Inspector de Averías, Investigador de Siniestros, Asesores en Seguros u otros.*
4. *Los datos y cifras que se incluyan deben ser recientes y actualizados, haciendo mención al periodo y la fuente de la misma, en caso de realizar comparaciones en relación a esta información, señalando expresamente con que entidad o persona jurídica se compara.*
5. *Señalar de manera precisa el producto o servicio que se ofrece, nombre y características particulares.*
6. *Toda publicidad, promoción o material informativo debe contener el logo institucional de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS y la siguiente leyenda:*
   "Este operador esta bajo la fiscalización y control de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS".
   Cuando la publicidad, promoción o material informativo involucre a una entidad que no esté bajo fiscalización y control de la APS, se deberá aclarar este extremo.
7. *Las notas aclarativas, explicativas, referencias o advertencias incluidas en la publicidad, promoción o material informativo, deberán tener un tamaño y formato relevante dentro del anuncio que las haga visibles y comprensibles, cualquiera sea el medio que se utilice.*

8. *Si el producto o servicio que se publicita, implica la contratación de otro producto o servicio relacionado, deberá ser aclarado en la publicidad, promoción o material informativo.*
9. *Cuando exista una oferta, condición o plazo promocional en el producto o servicio ofrecido, se debe aclarar la vigencia, culminación o discontinuidad oportunamente.*
10. *Incluir elementos de contacto como números telefónicos, direcciones a nivel nacional, fax, pagina WEB y otros, así como los horarios en los que se puede acceder a estos y que permitan al cliente y/o usuario acceder oportunidad a mayor información respecto a los productos o servicios anunciados.*

SÉPTIMO.- (PROHIBICIONES) *Toda publicidad, promoción o material informativo realizada por los operadores del mercado de seguros está sujeta a las siguientes prohibiciones:*

1. *Que la publicidad, promoción o material informativo contenga información inexacta, incompleta, ambigua o falsa que induzca a error o equivocación sobre la situación financiera, técnica y legal de los operadores del mercado de seguros.*
2. *Emitir juicios de valor sobre el estado técnico legal o económico financiero de otras compañías de seguros.*
3. *Incluir elementos de competencia desleal que sean contrarias a la buena fe comercial.*
4. *Ofertar productos o servicios que no se encuentren dentro del giro exclusivo del operador del mercado de seguros y que estén registrados en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS.*
5. *Continuar con la Publicitar* (sic), *Promoción o Material Informativo observado o rectificado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS.*
6. *Utilizar la razón social, denominación o marca de una empresa absorbida o fusionada en la publicidad, promoción o material informativo de la nueva entidad.*
7. *Utilizar juicios de valor o comparaciones que pudieran generar confusión en el público.*

OCTAVO.- (REPORTE A LA APS) *Toda publicidad promoción o material informativo que cualquier operador del mercado de seguros vaya a lanzar deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con quince (15) días administrativos de anticipación a su difusión, solicitando la respectiva autorización, adjuntando un ejemplar del texto, mensaje, frase u oración, audio, secuencia gráfica o cualquier otro elemento que lo componga.*

Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros, debiendo el operador del mercado de seguros proceder con la rectificación o reformulación correspondiente, sin perjuicio de las sanciones que la APS pudiera determinar.

NOVENO.- (CONTROL DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN O MATERIAL INFORMATIVO) *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a través de la*

Dirección de Seguros en coordinación con la Unidad de Atención al Ciudadano y la Unidad de Comunicaciones, realizará un monitoreo continuo de la publicidad, promoción y material informativo autorizado y emitido por los operadores del mercado de seguros, así como del cumplimiento del presente Reglamento, pudiendo ordenar su rectificación o suspensión cuando no se ajuste a lo previsto en el ordenamiento legal y regulatorio aplicable.

Cuando la APS instruya la rectificación o suspensión de la publicidad, promoción o material informativo, comunicará por escrito al operador del mercado de seguros dicha decisión, debiendo ser rectificada o retirada en el plazo de 48 horas.

***DECIMO.- (REQUERIMIENTO DE INFORMACION)** El operador del mercado de seguros deberá proporcionar a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuando esta lo solicite un ejemplar de la publicidad, promoción o material informativo que esté* (sic) *haya emitido en un plazo de tres días administrativos a contar desde la fecha en la que se realizo el requerimiento, informando el formato en el que se está remitiendo, el cual debe coincidir con el medio en el que fue puesto en vigencia.*

***DÉCIMO PRIMERO.- (CONFIDENCIALIDAD)** Toda información referente a la solicitud de aprobación de publicidad, promoción o material informativo realizada a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, será confidencial, siendo de conocimiento únicamente de los funcionarios encargados de su tramitación.*

***DÉCIMO SEGUNDO.- (CONSULTAS)** Los operadores del mercado de seguros podrán consultar a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuando tengan dudas acerca de aspectos relacionados a la Ley de Seguros, Decreto Reglamentario o Resoluciones Operativas, que deban ser incluidos en sus publicidades, promociones o material informativo.*

Dicha consulta deberá ser realizada por escrito y deberán versar sobre aspectos concretos contenidos en la Ley de Seguros N° 1883, Decreto Supremo Reglamentario N° 25201 y Resoluciones Operativas emitidas por la Autoridad de Fiscalización.

***DÉCIMO TERCERO.- (SUCURSALES EXTRANJERAS)** Las sucursales extranjeras podrán publicitar o difundir las cifras sobre capitales y reservas globales de su casa matriz, siempre que al mismo tiempo indiquen los recursos situados en el país y directamente destinados a hacer frente a los compromisos contraídos en el.*

Cualquier otra referencia de información relativa a operaciones de la casa matriz, necesariamente deberán ir acompañadas con igual información referida a las operaciones efectuadas en el Estado Plurinacional de Bolivia…"

2. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

2.1. Recurso de Revocatoria interpuesto por NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A..-

Mediante memorial presentado el 22 de mayo de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***II.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO***

Nacional Vida Seguros de Personas S.A. interpone el presente recurso administrativo de revocatoria contra la R.A. N° 246/2012, en merito a los siguientes fundamentos legales:

II.1. PUBLICIDAD DENIGRATORIA

II.1.1. *El artículo tercero del Reglamento al definir la "Publicidad Denigratoria" prevé, en lo pertinente, que se considera como competencia desleal a aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca* ***descrito*** *de una persona, empresa, producto o servicio.*

El artículo 27 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo dispone que acto administrativo es toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y las formalidades establecidas legalmente; en el presente cc.so, la R.A. N° 246/2012 evidentemente expresa una decisión de la APS, aunque no cumple con uno de sus requisitos, el previsto en el artículo 28 inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, dado que su objeto no es materialmente posible.

Las normas deben, para su comprensión, redactarse adecuadamente con la finalidad de que su aplicación no amerite dificultad; en el presente caso, el artículo tercero es incomprensible dado que éste señala que la competencia desleal es aquella que genera "descrito", al no existir ese vocablo (descrito), el precepto (artículo tercero) se torna incompresible, con lo cual, su objeto y consecuentemente su aplicación se torna imposible.

La inobservancia de la previsión contenida en el inciso c) del artículo 28 de la citada Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo genera que se incurra en una causal de nulidad absoluta prevista por el inciso b) del artículo 35.1 de la citada disposición.

Por lo expuesto, se solicita la revocatoria de la resolución administrativa impugnada.

II.1.2. *El artículo tercero del Reglamento al definir la "Publicidad Denigratoria" prevé que se considera "competencia desleal" aquella publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca descrito* (sic) *de una persona, empresa, producto o servicio.*

El Código de Comercio en su artículo 69 establece cuales son los actos que se consideran "competencia desleal" y, entre estos no se encuentran comprendidos, la publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión afecte a una persona, empresa, producto o servicio. La APS soslaya el ordenamiento jurídico y actúa sin competencia, al crear una nueva categoría jurídica, al tipificar como competencia desleal, toda publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión afecte a una persona, producto o servicio; es así, que no corresponde a la

APS crear una nueva conducta que se la deba entender jurídicamente como competencia desleal, por lo tanto, su conducta al aprobar el Reglamento que prevé que una determinada actividad de la entidad aseguradora sea considerada como competencia desleal incurre en lo previsto por el artículo 35.I inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, afectando de nulidad absoluta el acto administrativo recurrido en revocatoria.
II.1.3. *Finalmente, el artículo* (sic) *66 y 70 del Código de Comercio establece la jurisdicción competente para ejercer el control de los actos de competencia desleal, siendo la jurisdicción competente por la vía penal y civil en la vía sumaria, por lo tanto, el control de la competencia desleal no corresponde a la APS, por lo que, debe proceder a la revocatoria del acto administrativo impugnado.*

II.2. IDIOMA BILINGÜE

El Reglamento en su artículo sexto numeral 1 dispone que la publicidad, promoción y material informativo de los operadores del mercado seguros (sic) *que sea difundido por cualquier medio deberá cumplir con el requisito de ser* ***bilingüe,*** *es decir, que deberá redactarse en idioma castellano y en otro idioma oficial establecido en la Constitución Política del Estado, respetando las particularidades del territorio donde será difundida.*

Al respecto, la Constitución Política del Estado (Constitución) prevé lo siguiente:

- *En su artículo 5, que son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; y, que el Gobierno plurinacional y los gobiernos autónomos deben utilizar al menos dos idiomas oficiales.*

- *En su artículo 234.7, que para acceder al desempeño de funciones públicas se requiere hablar al menos dos idiomas oficiales del país.*

- *En su Disposición Transitoria Décima, que el requisito de hablar al menos dos idiomas oficiales para el desempeño de funciones públicas determinado en el Artículo 234.7 será de aplicación progresiva de acuerdo a Ley.*

- *En su artículo 14.IV, que en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.*

Como se puede advertir de la sola lectura de la norma suprema, la Constitución instituye, inicialmente, la obligación de utilizar el idioma castellano y un idioma de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a las instituciones u órganos públicos, en este caso al Gobierno Plurinacional y a los gobiernos subnacionales autonómicos; y, posteriormente, la obligación de utilizar un idioma de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a los funcionarios públicos.

De lo expuesto, se concluye que la obligación de utilizar el idioma castellano y un idioma nativo sólo se establece en el ámbito público y no en el ámbito privado, y, que incluso esta obligación del uso del idioma nativo en el ámbito público está sujeta a una progresividad y no es exigible actualmente.

Teniendo en cuenta lo señalado, jurídicamente no es admisible que la APS, a través de un Reglamento, exija el cumplimiento de una obligación o deber que la Constitución no prevé, con lo cual, se solicita la revocatoria del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros, dado que sus disposiciones no guardan relación con los preceptos constitucionales.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que de acuerdo al artículo 5 los idiomas oficiales de Bolivia, independientemente del castellano, son treinta y seis que se corresponden con las naciones y pueblos indígena originario campesinos que existen en Bolivia a todo lo largo del territorio nacional, por lo tanto, la aplicación del precepto recurrido es inaplicable si se tiene en cuenta que la publicidad que emiten las entidades aseguradoras son unívocas, se elaboran en la oficina central y se difunden en todo el territorio, si se cumple con la previsión objeto de recurso, debería elaborarse para su difusión, no una publicidad sino treinta seis, lo cual modifica el presupuesto destinado a las aseguradoras y hace inviable esta actividad; por lo que vemos la necesidad de impugnar la mencionada resolución, al afectar rotundamente nuestro interés legítimo y perjudicando de sobremanera a la compañía en el tema económico, que causaría el cumplimiento del Reglamento mencionado.

Por otro lado, la R.A. N° 246/2012 en ningún momento aclara que se debe hacer con toda la folletería ya emitida y que se encuentra en depósitos o entregados a intermediarios del mercado y que fueron emitidos para cubrir toda la gestión 2012.

Adicionalmente a lo ya mencionado, se aclara que toda propaganda/publicidad informativa se emite en función a los condicionados de nuestras pólizas, los mismos que se encuentran en idioma castellano de conformidad al Art. 1006 del Código de Comercio, por lo que resultaría un grave perjuicio la traducción de los mismos; y es en ese sentido que acreditamos que nuestro interés legitimo se ve perjudicado por la resolución impugnada.

Por todo lo expuesto, la previsión recurrida incurre en la causal de nulidad prevista en el inciso b) del artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, por lo que, corresponde su revocatoria.

II.3. MARCA COMERCIAL

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso, con lo cual y si se aplica lo dispuesto por la citada disposición legal, se debe tener en cuenta que la indicada Ley en su artículo 5.1 dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto

administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso de autos, la APS prevé en el artículo sexto, numeral 2 del Reglamento que la denominación o razón social del operador del mercado de seguros que cuente con una marca comercial, antes de difundirla a través de la publicidad debe ser puesta a conocimiento de la APS.
Ahora bien, por una parte el Reglamento no explica cuales son los motivos de la exigencia de que la marca comercial antes de su difusión sea puesta a conocimiento de la APS; y, por otra parte se debe tener en cuenta que ni la Ley de Seguros ni los reglamentos establecen que la APS se constituya en un órgano de control de la "marca comercial", por lo tanto, primero, la exigencia de su presentación previa no encuentra asidero legal, y, segundo, este precepto ha sido emitido por la APS sin competencia, afectando el Reglamento, recurrido en revocatoria, de nulidad, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 35.1 inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

II.4. ELEMENTOS DE CONTACTO

El Reglamento en su artículo 6 numeral 10 señala que toda publicidad, promoción o material informativo debe incluir elementos de contacto como números telefónicos, direcciones a nivel nacional, fax, página WEB y otros, así como los horarios en los que se puede acceder a estos y que permitan al cliente y/o usuarios acceder con oportunidad a mayor información respecto a los productos o servicios anunciados. Al respecto, se debe tener en cuenta que no puede constituirse como una exigencia que se introduzca en toda publicidad elementos de contacto, debe valorarse previamente la naturaleza y la finalidad de esta publicidad así como sus características, para analizar la relevancia de que la publicidad contenga o no esa información.

Teniendo en cuenta que todo acto administrativo debe cumplir con el requisito previsto en el inciso c) del artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo; es decir, que debe tener un objeto cierto, lícito y materialmente posible, y, que el Reglamento en su artículo 6, numeral 10 no cumple con este requisito, toda vez que no es materialmente posible que toda publicidad oral y escrita contenga toda esta información por la brevedad del tiempo en que se emite oralmente o por la estrategia comunicacional y de publicidad que se aplique, procede la nulidad del acto administrativo impugnado, por lo que, se solicita su revocatoria.

II.6. REPORTE A LA APS

El Reglamento en su artículo octavo dispone que toda ***publicidad***, ***promoción*** *o material informativo que cualquier operador del mercado de seguros vaya a lanzar deberá ser remitida a la APS con quince (15) días administrativos de anticipación a su difusión, solicitando la respectiva autorización. Los plazos comerciales no son tan amplios, la Ley de Procedimiento Administrativo establece plazos no tan amplios para*

el actuar de la administración, con lo cual, es necesario que se regule un plazo más amplio y que se especifique si en caso de omisión procederá el silencio administrativo positivo o negativo.

Este punto perjudica notablemente a la compañía, ya que el anterior Reglamento de Promoción y Publicaciones de Seguros, en su Art. 7 establecía plazos razonables y más acordes a la realidad, al indicar expresamente que "Toda actividad de promoción o publicidad que requiera la autorización de la SPVS, deberá ser remitida a sus dependencias por lo menos con tres días administrativos de anticipación al inicio de su difusión, adjuntando la solicitud respectiva y un ejemplar del texto, mensaje, frase u oración, imágenes, audio, secuencias gráficas o cualquier otro elemento que lo componga.

Cualquier observación, rectificación o impedimento que la SPVS considere necesario realizar, será comunicado mediante carta al operador del seguro interesado, en un plazo máximo de ***tres*** *días administrativos, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud.*

Si la SPVS, no se pronunciara en el plazo estipulado anteriormente, su silencio administrativo determinará la aprobación implícita de la solicitud"*.*

Los plazos comerciales no son tan amplios, la Ley de Procedimiento Administrativo establece plazos no tan amplios para el actuar de la administración y es de vital importancia que se especifique si en caso de omisión procederá el silencio administrativo positivo; para no vulnerar el interés legítimo de la compañía como ocurre con la Resolución Administrativa impugnada.

II.7. SANCIONES

El Reglamento en su artículo octavo, también, dispone que cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros, debiendo el operador del mercado de seguros proceder con la rectificación o reformulación correspondiente, sin perjuicio de las sanciones que la APS pudiera determinar.

Al respecto, el inciso e) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo dispone que un principio de la actividad administrativa, es el principio de la buena fe, cuya concurrencia exige que el procedimiento administrativo sustanciado por la Administración se gestione en virtud de la confianza, cooperación y lealtad de la actuación de los servidores públicos hacia los ciudadanos. En el presente caso, de la lectura del precepto cuestionado se entiende que aunque una publicidad dada se encuentre aprobada por la APS, éste órgano sin aviso previo puede cambiar de opinión y considerar que la publicidad no es idónea y sancionar al operador del mercado de seguro (sic)*, esta conducta por supuesto no denota la concurrencia del principio consagrado por el inciso e) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, por lo tanto, al vulnerar el Reglamento este precepto normativo, corresponde su revocatoria.*

II.8. CONSULTAS

El artículo 12 del Reglamento establece que toda consulta debe ser realizada por escrito y que debe versar sobre aspectos concretos contenidos en la Ley de Seguros, el Decreto Supremo N° 25201 y las resoluciones operativas emitidas por la APS. Al respecto, no se ha considerado que los incisos a) y h) del artículo16 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo prevé que las personas tienen derecho a formular peticiones a la Administración Pública, sin establecer una limitación a este derecho y que tiene derecho a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen. Por lo expuesto, los límites previsto (sic) *en el artículo 12 del Reglamento, descritos precedentemente (consulta por escrito y en concreto de normas), son contrarios a los preceptos contenidos en los incisos a) y h) del artículo 16 de la citada Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, por lo que, corresponde la revocatoria del acto administrativo impugnado.*

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. *Admita el presente Recurso de Revocatoria.*
2. *Por lo expuesto y expresado como se encuentra nuestro Recurso de conformidad con los términos ya señalados, al demostrarse la imprecisión, incompetencia y falta de aplicación del ordenamiento jurídico vigente y los principios establecidos en el mismo, respetuosamente pedimos resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la* ***REVOCATORIA TOTAL*** *de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 246-2012 de 23 de abril de 2012, por ser manifiestamente lesiva a nuestros legítimos intereses y derechos y sea por corresponder en estricto derecho y justicia…*"

2.2. Recursos de Revocatoria interpuestos por ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA y ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. .-

Mediante memoriales presentados el 22 de mayo de 2012, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA**, por una parte, y **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, por otra, interponen Recursos de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012, con similares fundamentos y petitorios expresados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** (numeral 2.1. supra), a excepción del acápite "*II.4 Elementos de contacto*" que sale en el de la última nombrada y no así en los Recursos de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA** y **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**

2.3. Recursos de Revocatoria interpuestos por LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A. y BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A..-

Mediante memorial presentado el 22 de mayo de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, con similares fundamentos y petitorio expresados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** (numeral 2.1. supra), empero incluyendo el acápite "*Juicios de valor*" que se transcribe a continuación:

"…***JUICIOS DE VALOR***

El Reglamento en su artículo séptimo numeral 2 establece que no se puede emitir juicios de valor sobre el estado técnico, legal o económico financiero de otras compañías de seguros; sobre este punto debe regularse de una forma más amplia, porque el sólo hecho de establecer comparaciones lleva implícito un juicio de valor, o el sólo hecho de resaltar las cualidades de una empresa podría considerarse que lleva implícito (sic) *la critica* (sic) *a otra competidora, por lo que, esta regulación debe complementarse*…"

Asimismo, mediante memorial presentado el 22 de mayo de 2012, **BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, con similares fundamentos expresados por **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**

2.4. Recurso de Revocatoria interpuesto por LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.-

Mediante memorial presentado el 28 de mayo de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO***

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. *interpone el presente recurso administrativo de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 246/2012 que emite el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material informativo del Mercado de Seguros (Reglamento de Publicidad), debido a que causa perjuicio a nuestros intereses legítimos y derechos subjetivos, tal como pasamos a explicar a continuación en mérito a los siguientes fundamentos legales:*

1) Principios

- *La Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 consagra los principios generales de la actividad administrativa. Uno de estos principios, es precisamente el de sometimiento pleno a la ley, que está previsto en el inciso c) del citado artículo, lo que conlleva la obligación de la Administración Pública de*

circunscribir su actuación estrictamente a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

- *El artículo 43 en sus incisos d) y s) de la Ley de Seguros N° 1883, establece que la Autoridad de Fiscalización tiene entre sus atribuciones supervisar las actividades de las entidades bajo su jurisdicción, así como emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la Ley y de sus reglamentos; sin embargo, de acuerdo al artículo 41 de esa misma Ley, el ente regulador como órgano que fiscaliza y controla las entidades del sector de seguros tiene entre sus objetivos: "a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras."*

2) Derechos de expresión e información, costos

- *No obstante, los principios señalados han sido descuidados al emitir el Reglamento de Publicidad ya que si bien la Autoridad Supervisora de Pensiones y Seguros (APS) puede emitir disposiciones relativas a la materia sobre la que regulan* (sic) *y tiene como atribución la protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro, lo que le permite establecer ciertos criterios genéricos en aspectos que no tienen relevancia directa para la regulación del mercado de seguros, como son los temas relativos a la publicidad; no es menos cierto que esta facultad de la APS debe ser enfocada y realizada bajo criterios y principios técnicos aplicables y razonables, sin apartarse del objetivo que tiene la actividad de publicitar avisos u ofertas de servicios como en el presente caso, sin limitar ni menos conculcar los derechos de las compañías de seguros.*

- *En ese sentido, el ente regulador en el acto administrativo impugnado restringe y limita nuestros derechos de expresión e información establecidos en el Art. 106.II de la actual Constitución Política del Estado, al emitir este Reglamento ya que no toma en cuenta la naturaleza misma del negocio de seguros. No considera los aspectos esenciales como el hecho de que cualquier compañía de seguros al proyectar una campaña de publicidad para seguros debe investigar y estudiar su mercado objetivo, enfocándose en el desarrollo de un mensaje adecuado para satisfacer las necesidades de un segmento específico en consideración a cada consumidor, tomando en cuenta el producto que se quiere ofertar, sus características, etc., y lógicamente la campaña de publicidad que se realice deberá planificarse, desarrollarse y aplicarse en función al público destinado a ese producto, siendo un elemento importante de las campañas de publicidad para seguros las expectativas comerciales del oferente.*

- *La APS no consideró que el realizar una campaña de publicidad implica un análisis pormenorizado de los medios publicitarios, las tarifas por los anuncios y los costes de emisión; al pretender por ejemplo colocar obligaciones relativas a (de acuerdo al Artículo sexto del reglamento señalado) que la publicidad, promoción y material informativo de los operadores del mercado de seguros difundido por cualquier medio sea bilingüe, redactada en idioma castellano y otro idioma oficial, implica claramente una vulneración a nuestros derechos constitucionales de primera generación que incluyen, entre otras cosas, la libertad de expresión y se genera*

además, un perjuicio directo por lo que significa el costo que esa determinación implica para los operadores del mercado al imprimir materiales informativos en distintos idiomas oficiales de Bolivia.

- Otro aspecto que no toma en cuenta el regulador es la enorme complejidad que implicaría para una compañía de seguros seria, realizar una campaña nacional para un producto masivo, ya que tendrían que imprimirse materiales informativos en distintos idiomas oficiales, cuando el público objetivo de dicho producto prácticamente en su totalidad habla, lee y escribe en castellano solamente. El no considerar estos aspectos es ignorar la realidad de nuestro Estado.

- Finalmente cuando en el artículo octavo del reglamento recurrido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establece la obligatoriedad de reporte a la APS para obtener la respectiva autorización y que: "....cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario, realizar, será comunicado…… debiendo el operador del mercado de seguros proceder con la rectificación o reformulación correspondiente...", se estaría forzando una situación que implica una acción administrativa de facto no respaldable por el ordenamiento jurídico y una usurpación de funciones por cuanto se estaría pretendiendo restringir nuestra libertad de informar al público sobre nuestros productos. La dimensión individual de la libertad de expresión se proyecta en la posibilidad de expresar el pensamiento usando los medios que elija el emisor, en este caso La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. y también en la facultad de difundirlo a través de ellos, para que sea conocido por sus naturales destinatarios. Obstruir o vulnerar cualquiera de esas dos proyecciones limita y afecta el ejercicio del derecho en su conjunto. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles. Una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Lo más llamativo en este caso, es que se trata de restringir los alcances de la publicidad sobre productos revisados y aprobados previamente por el ente fiscalizador. En consecuencia, debido a que se vulneran nuestros derechos de expresión e información establecidos en el Art. 106, II de la actual Constitución Política del Estado, se solicita la revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012.

3) Bilingüismo

- Como es de conocimiento público, en el Artículo 5 de la Constitución Política del Estado, párrafo I, se establece que no hay un idioma oficial (castellano) como en la anterior Constitución en Bolivia, sino que de acuerdo a nuestro principal cuerpo normativo, se reemplazó el idioma oficial por varios idiomas oficiales del Estado como el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chacobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasuawe (sic), *guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pa-cawara* (sic), *puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.*

- En consecuencia, todos y cada uno de estos idiomas son plenamente válidos para desarrollar cualquier acto jurídico o comercial, sin necesidad de realizarse una actuación con la concurrencia de dos idiomas, por lo que el establecer como requisito que sea en castellano y otro idioma, implica un acto discriminatorio contrario a la propia Constitución. Cabe preguntarse, ¿Por qué no podrían realizarse actos publicitarios solo en aymara o quechua, o mojeño-trinitario o castellano, si todos estos idiomas tienen el mismo valor e importancia constitucional en la actualidad? Por otra parte, es de común conocimiento la funcionalidad de los idiomas en Bolivia. La población del Estado Plurinacional de Bolivia en su mayoría, incluso entre aquellas personas cuyo idioma materno no es el castellano, hablan y comprenden el castellano existiendo un aprendizaje cognoscitivo por medio del lenguaje en castellano (tanto en términos técnicos de semiología y semántica). Así, si bien se puede hablar en otros idiomas como el Aymara o en Quechua pero gran parte de esa población no lee o escribe en esos idiomas. Es decir, son a-funcionales y son casi cien por ciento orales, al igual que la gran mayoría de los otros idiomas, por lo que la publicidad escrita no tendría ningún efecto en estas personas, desvirtuando completamente el objeto de la publicidad y ocasionándose un costo innecesario y fútil. Es por ello que nuevas normas están buscando una educación en los idiomas originarios, no obstante esa adecuación implicará décadas para alcanzar el grado de conocimiento que permita y justifique la realización de publicidad en un sector tan técnico y específico como es el ámbito de de seguros.

- Sobre este aspecto del bilingüismo, la APS tampoco consideró que de acuerdo al Art. 234.7 de la Constitución Política del Estado se establece que para acceder al desempeño de funciones públicas se requiere hablar al menos dos idiomas oficiales del país; pero que este requisito de conformidad a su Disposición Transitoria Décima, será de aplicación progresiva de acuerdo a Ley.

- Nuestra Carta Magna en el artículo 14.IV, señala que en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban. Es decir que si nuestra Constitución instituye la obligación de utilizar el idioma castellano y un idioma nativo en el ámbito público y no en el ámbito privado, y, que incluso esta obligación del uso del idioma nativo en el ámbito público está sujeta a una progresividad y no es exigible actualmente, la solicitud de la APS a través del Reglamento recurrido jurídicamente no es admisible, ya que la APS no puede exigir el cumplimiento de una obligación o deber que la Constitución no prevé. En conclusión, es procedente la solicitud de revocatoria del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros, dado que sus disposiciones no guardan relación con los preceptos constitucionales.

4) Definiciones

- Por otro lado, el artículo tercero establece las definiciones utilizadas en el Reglamento y define a "Publicidad Denigratoria" en los siguientes términos: "...Considerada como competencia desleal, considerándose como aquella que por

su contenido, forma de presentación o difusión provoca descrito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, producto o servicio relacionado a los operadores del mercado de seguros" (el subrayado es nuestro). Como se establece de una simple lectura de la definición señalada, el artículo tercero se torna incomprensible y en consecuencia su aplicación será imposible. Es decir, incumple con un elemento esencial del acto administrativo expresamente señalado en el artículo 28 inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, dado que su objeto no es materialmente posible.

- En relación a este mismo punto del artículo tercero del Reglamento, al definirse "Publicidad Denigratoria" como "competencia desleal" aquella publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca descrito de una persona, empresa, producto o servicio, se estaría creando una nueva categoría jurídica puesto que el Código de Comercio en su artículo 68 establece cuáles son los actos que se consideran "competencia desleal" y, entre estos no se encuentran comprendidos, la; publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión afecte a una persona, empresa, producto o servicio. La APS soslaya el ordenamiento jurídico y actúa sin competencia al tipificar como competencia desleal, toda publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión afecte a una persona, producto o servicio. El órgano regulador NO tiene competencia para crear una nueva conducta que se deba entender jurídicamente como competencia desleal, por lo tanto, su conducta al aprobar el Reglamento que prevé que una determinada actividad de la entidad aseguradora sea considerada como competencia desleal incurre en lo previsto por el artículo 35.1 inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, afectando de nulidad absoluta el acto administrativo recurrido en revocatoria, por lo que corresponde la revocatoria del acto administrativo impugnado.

- La norma recurrida hace referencia en forma muy genérica a "material informativo" pero no especifica si se trata de comunicados de prensa, notas de prensa, entrevistas informativas, reportajes y/u otra comunicación directa de la empresa hacia sus públicos estratégicos o target comerciales a través de informativos o periódicos, radios e internet. Sólo se limita a señalar medio o instrumentos que se use para hacer conocer (entiendo que se refiere a desde un panfleto o cartilla o broshure) pero no especifica o aclara si es a través de un medio masivo de comunicación para informar. Son dos conceptos distintos que el regulador debería tomar en cuenta en una nueva norma que contemple los aspectos técnicos de la publicidad.

5) Publicidad

- *La APS no consideró que la publicidad es una técnica de comunicación comercial destinada a fomentar o incrementar el consumo de un producto o servicio a través de los medios de los diferentes medios de comunicación. En términos generales puede agruparse en above the line y below the line según el tipo de soportes que utilice para llegar a su público objetivo. La Publicidad se debe efectuar realizando procedimientos de investigación, análisis y estudio de numerosas disciplinas, tales como la psicología, la sociología, la antropología, la*

estadística, y la economía, que son halladas en el estudio de mercado, se podrá desarrollar un mensaje adecuado para el público, dentro del cumplimiento de sus propios principios y técnicas. Así no es posible tratar de limitar u obligar a que la publicidad deba realizarse en tal o cual idioma; en uno o varios idiomas, con o sin imágenes, etc.

- *En esta perspectiva, cuando el Reglamento en su artículo 6 numeral 10 señala que toda publicidad, promoción o material informativo debe incluir elementos de contacto como números telefónicos, direcciones a nivel nacional, fax, página WEB y otros, así como los horarios en los que se puede acceder a éstos y que permitan al cliente y/o usuarios acceder con oportunidad a mayor información respecto a los productos o servicios anunciados; es indudable que dependerá de la naturaleza y la finalidad de la publicidad así como de sus características, para analizar la relevancia de que la publicidad contenga o no esa información; por lo que no que no puede constituirse como una exigencia que se introduzca en toda publicidad sin valoración previa. Teniendo en cuenta que todo acto administrativo debe cumplir con el requiso* (sic) *previsto en el inciso b) del artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo; es decir, que debe tener un objeto cierto, lícito y materialmente posible, y, que el Reglamento en su artículo 6 numeral 10 no cumple con este requisito, toda vez que no es materialmente posible que toda publicidad oral y escrita contenga toda esta información por la brevedad del tiempo en que se emite oralmente o por la estrategia comunicacional y de publicidad que se aplique, procede la nulidad del acto administrativo impugnado, por lo que, se solicita su revocatoria.*

6) Envío del material

- *Otro aspecto que no se tiene claro es el referente al establecido en el Artículo ocho relativo a enviar el material comunicacional 15 días antes de su difusión, al no señalar el plazo que tendría el regulador para pronunciarse sobre el material informativo enviado ¿Podría entenderse que la difusión se realizará incluso sin el pronunciamiento del regulador?*

- *Por otro lado, no se toma en cuenta la existencia de situaciones extraordinarias de difusión empresarial que no permiten la presentación de nuestras comunicaciones 15 días antes al regulador para esperar su aprobación por la coyuntura informativa.*

- *Asimismo, debería tomarse en cuenta la imposibilidad por razones técnicas de enviar nuestras comunicaciones 15 días antes como pretende el regulador para esperar su aprobación (si se entiende que es necesario esperar la aprobación del regulador), ya que muchos trabajos de publicidad requieren de un tiempo mayor para su desarrollo, en el que ya se invierten recursos tanto humanos como monetarios, como por ejemplo un spot televisivo o una cuña radial.*

7) Confidencialidad

Tomando en cuenta las características del negocio asegurador, se necesita contar con la confidencialidad suficiente con relación a la publicidad sobre los productos antes de que estos se presenten al mercado, en ese contexto la norma sobre este tema debería necesariamente contener una cláusula de confidencialidad, es decir, un compromiso que debe realizar la APS en las instancias que corresponden de tutela sobre la información relativa a nuestras productos, garantizando al mercado que guardará para sí la información a la que tendrá acceso a través de su participación en la actividad de revisión de la publicidad.

8) Consultas

El artículo 12 del Reglamento establece que toda consulta debe ser realizada por escrito y que debe versar sobre aspectos concretos contenidos en la Ley de Seguros, el Decreto Supremo N° 25201 y las resoluciones operativas emitidas por la APS. Al respecto, no se ha considerado que los incisos a) y h) del artículo 16 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo prevé que las personas tienen derecho a formular peticiones a la Administración Pública, sin establecer una limitación a este derecho y que tiene derecho a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen. Por lo expuesto, los límites previsto (sic) *en el artículo 12 del Reglamento, descritos precedentemente (consulta por escrito y en concreto de normas), son contrarios a los preceptos contenidos en los incisos a) y h) del artículo 16 de la citada Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, por lo que, corresponde la revocatoria TOTAL del acto administrativo impugnado.*

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113.***

2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 246 de 23 de abril de 2012, por vulnerar claramente nuestros derechos legítimos****…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 400-2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 400-2012 de 12 de junio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A., ALIANZA**

VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. y **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, se dispone:

"…***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012.,* (sic) *en los términos que se exponen a continuación.*

SEGUNDO.- *Se modifica el último párrafo denominado "Publicidad Denigratoria" del artículo TERCERO, como sigue:*

*"**Publicidad Denigratoria:** Considerada como competencia desleal, es aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, producto o servicio relacionado a los operadores del mercado de seguros"*

TERCERO.- *Se suprime el apartado 1 del artículo SEXTO.- (REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO).*

CUARTO.- *Se modifica el apartado 10 del artículo SEXTO.- (REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO), como sigue:*

*"**10-** Incluir elementos de contacto como números telefónicos, direcciones a nivel nacional, fax, página WEB y otros si correspondiere, así como los horarios en los que se puede acceder a estos y que permitan al cliente y/o usuario acceder con oportunidad a mayor información respecto a los productos o servicios anunciados.*

Los operadores del mercado de seguros deberán tener en cuenta la especificidad del medio de publicidad, promoción o material informativo escogido a momento de cumplir con esta obligación, tendiendo siempre a que contenga los mayores elementos de contacto posible. En ningún caso se aceptará la no concurrencia de algún elemento de contacto."

QUINTO.- *Se modifica el segundo párrafo del artículo OCTAVO.- (REPORTE A LA APS) del siguiente modo:*

"Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros dentro del plazo de los mismos 15 días anotados anteriormente, debiendo dicho operador proceder a la rectificación correspondiente.

Si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se pronunciara dentro del plazo establecido anteriormente, se entenderá como silencio administrativo negativo, o de rechazo de la solicitud."

SEXTO.- *Se suprime el artículo DÉCIMO SEGUNDO del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material del Mercado de Seguros…"*

Los fundamentos que se hacen constar para tales determinaciones, son los que se transcriben a continuación:

"…***CONSIDERANDO:***

Que es necesario ir por partes para resolver el presente recurso. Para ello nos servirá algunas digresiones en torno a algunas precisiones conceptuales y a fin de no confundir categorías administrativas íntimamente relacionadas con la actuación de la Administración Pública.

Es de rigor manifestar que la ***Competencia*** *en materia jurisdiccional (mutatis mutandis en el campo administrativo), es la capacidad o incumbencia para conocer de un juicio o una causa; la capacidad o incumbencia de la Administración para conocer y resolver un asunto (Guillermo Cabanellas). El término* ***Potestad*** *significa poderío, soberanía o facultad, que en el ámbito administrativo sirve para justificar la autonomía administrativa ya que en el fondo, no existirían las potestades administrativas (Roberto Dromi) constituyendo solamente aspectos del poder que por antonomasia, lo tiene el Estado.*

La ***Competencia*** *es la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinados por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico (Roberto Dromi). En cuanto a la* ***Facultad****, la noción señala que es el derecho o la autoridad que se tiene para hacer algo.*

Se puede fácilmente inferir que todos los conceptos administrativos precedentes configuran el soporte sobre el cual, la Administración Pública concibe, emite y ejecuta y manda ejecutar sus propios actos.

*Si bien la doctrina es clara cuando señala que la competencia administrativa debe ser expresa, concreta y devenir del órgano y norma pre determinadas; en otras palabras, sus atribuciones deben ser limitadas (****numerus clausus****), no menos cierto es que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los* ***Actos Discrecionales****. El Acto Discrecional es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la "satisfacción del interés público", aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia.*

Por lo que el Acto Discrecional se caracteriza porque la Administración tiene la facultad de elegir entre varias opciones, la más conveniente; es un acto que revela valoración de los hechos en el marco de beneficio del interés público; es un acto en el que se realiza un juicio de oportunidad en relación a normas o criterios de diversa naturaleza; es un acto en el que se da una libertad de acción por parte de la autoridad, que aunque parte de la norma y se ampara en ella, no se encuentra constreñida por ésta. En otras palabras y en la lectura del maestro Marienhoff: ***"las***

facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos". *Añade este autor que la existencia de normas y procedimientos para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el acto sea discrecional; por ello es que la redacción literal que nos señala la posibilidad de un acto discrecional puede decir: "facúltese", "autorízace"* (sic)*, etc.*

CONSIDERANDO:

Que es en el marco conceptual anteriormente descrito en el que el legislador ha elaborado y estructurado las atribuciones y competencias de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS):

La Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 - de Seguros, establece atribuciones a favor de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS), como las siguientes:

s) *Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.*

t) Todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

En este mismo contexto, el artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 - de Pensiones:

c) *Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).*

n) Todas aquellas atribuciones que sean conferidas por la presente Ley y sus reglamentos, o necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Luego, no es difícil entender que la APS tiene como atribuciones, todas aquellas que en su criterio, son convenientes por oportunidad y por su finalidad. Obsérvese que el acto discrecional de la Administración no es arbitrario ni abusivo, sino que se ampara en la legalidad descrita y en una posibilidad amplia que el propio legislador ha juzgado conveniente, otorgar a esta Autoridad de Fiscalización.

CONSIDERANDO:

1. *Corresponde ahora analizar el argumento expresado en el numeral 1.1. del cuarto Considerando del presente recurso. Revisado el texto en cuestión, es evidente la existencia del término* ***"descrito"*** *que debilita la claridad, estilo y técnica legislativa de la redacción. Este rasgo limitante queda resuelto si se suprime tal palabra*

Por otro lado y con el fin de evitar caer en pleonasmos, el término "considerándose" debe ser modulado, de tal manera que la redacción final será:

*"**Publicidad Denigratoria:** Considerada como competencia desleal, es aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, producto o servicio relacionado a los operadores del mercado de seguros"*

***2.** Referente al argumento expresado en el numeral 1.2. del cuarto Considerando del presente recurso, se debe señalar que la descripción de los elementos de la "Publicidad Denigratoria" se entiende en un marco de definiciones como bien reza el nomen iuris del artículo tercero del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros.*

El hecho de encontrarse en un contexto conceptual, revela que su vigencia es a sólo efecto de aclaración del uso de términos de dicho reglamento, y no a efecto de crear un nuevo tipo obligacional. Es práctica común en la técnica legislativa, crear un conjunto de términos en normas especializadas, cuyas definiciones contribuyen y facilitan el entendimiento y aplicación de la norma en cuestión; v.gr. la Ley de Seguros, la Ley 1008, el Código Tributario, la Ley de Bancos, etc. Si la intención de la APS fuera crear un tipo obligacional nuevo, se habría insertado un artículo expreso con tal obligación.

En adición, si bien el artículo 69 del Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero 1977- Código de Comercio establece una categoría de conductas susceptibles de ser tipificadas como "competencia desleal", se debe tener presente las facultades discrecionales que la APS tiene, como bien se ha demostrado en un Considerando anterior, cuyo fundamento técnico damos por reproducido en este acápite.

La cita de los articulas 66 y 70 del Código de Comercio no son consistentes a efecto de fundar la nulidad del punto que tratamos, puesto que ellos se refieren a las acciones que los sujetos pasivos de la competencia desleal tienen su disposición; esto es, cuando la competencia desleal ha tenido lugar. En consecuencia y en aplicación del artículo 28.c) de la Ley de Seguros, el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Valores tiene objeto cierto, lícito y materialmente posible.

***3.** En relación al argumento del numeral 1.3. del cuarto Considerando del presente recurso, el artículo 5 de la. Constitución Política del Estado limita y circunscribe el deber de utilización de al menos dos idiomas, únicamente, al ámbito de la administración estatal y autonómico, que para acceder a la función pública se requiere al menos, hablar dos idiomas oficiales del país. La Disposición Transitoria Décima de la Constitución Política del Estado, señala que esta obligación será implementada progresivamente.*

***4.** En lo tocante al argumento 4 del cuarto Considerando de la presente resolución, es necesario indicar que el término **"control"** denota comprobación, fiscalización, un proceso de verificación, o cerciorarse de que los hechos van de acuerdo a lo planificado; inclusive, regulación. En este sentido, lo único que el segundo párrafo del artículo SEXTO establece es que la marca del operador de seguros debe encontrarse*

registrada y ser puesta en conocimiento de la APS antes de ser usada para su publicidad, promoción o material informativo. Es en este marco que debe ser entendido el término ***"control"****, y no como una actividad de determinación de cómo debe ser la marca, u obligar al operador de seguros a que elija tal o cual marca.*

De esta manera, la APS ha encuadrado sus actos dentro del marco de la Ley y con plena competencia para ello.

5. *En lo tocante al argumento 5 del cuarto Considerando de la presente resaludan, la naturaleza de la publicidad es breve en tiempos y material, inclusive, de modalidad. En efecto, una publicidad oral (por radio) por ejemplo, difícilmente puede contener toda la información requerida. Situación opuesta se tendría si se tratara de una publicidad visual (en televisión por ejemplo), escenario en el que podría caber la información que se exige. También es factible cumplir con estos requerimientos tratándose de publicidad o promoción por medios impresos (prensa escrita por ejemplo).*

Lo anterior, revela la imposibilidad práctica de que aquella exigencia sea cumplida de modo absoluto, sino se considera el medio por el cual se ha de realizar la publicidad, promoción y material informativo, tal como se encuentra redactada. Por ello, es necesaria la reelaboración del contenido del artículo SEXTO 10. del Reglamento, que debe ser modulado y adecuarse a las especificidades de los tipos de publicidad, promoción o material informativo.

*"****10-*** *Incluir elementos de contacto como números telefónicos, direcciones a nivel a nacional si correspondiere, fax, página WEB y otros, así como los horarios en los que se puede acceder a estos y que permitan al cliente y/ o usuario acceder con oportunidad a mayor información respecto a los productos o servicios anunciados.*

Los operadores del mercado de seguros deberán tener en cuenta la especificidad del medio de publicidad, promoción o material informativo escogido a momento de cumplir con esta obligación, tendiendo siempre a que contenga los mayores elementos de contacto posible. En ningún caso se aceptará la no concurrencia de algún elemento de contacto."

6. *En lo referente al argumento 6 del cuarto Considerando de esta resolución, a pesar de la redacción opaca, entendemos que los recurrentes cuestionan el plazo de 15 días previos a la difusión de la publicidad, promoción o material informativo, pareciéndoles mejor y más eficiente, el plazo de 3 días (como era el antiguo Reglamento), cuya omisión, importaba silencio administrativo positivo.*

Si estamos interpretando correctamente aquellos argumentos, hubiera sido deseable que los recurrentes expongan las razones para preferir un plazo en desmedro de otro. En todo caso, el plazo de 15 días administrativos obedece a razones de procesamiento, análisis y despacho de la publicidad, promoción o material informativo.

Asimismo y con el objeto de brindar seguridad en cuanto al cumplimiento de plazos, se hace necesario limitar los tiempos de respuesta para que los operadores del mercado de seguros actúen con confianza; por ello, la redacción del segundo párrafo del artículo OCTAVO del Reglamento será:

"Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros dentro del plazo de los mismos 15 días anotados anteriormente, debiendo el interesado proceder a la rectificación correspondiente.

Si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se pronunciara dentro del plazo establecido anteriormente, se entenderá como silencio administrativo negativo, o de rechazo de la solicitud."

***7.** En relación al argumento 7 del cuarto Considerando de la presente resolución, los pensamientos dudosos que la redacción original pudiera provocar, han sido resueltas con la redacción final inscrita en el punto precedente.*

***8.** Analizando el argumento 8 del cuarto Considerando de la presente resolución, tenemos que los incisos al y h) del artículo 16 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 previene el derecho a petición así como el correlativo derecho a respuesta fundada y motivada. Concordante con esta disposición se encuentra el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, que reviste al derecho de petición de rango constitucional, para cuyo ejercicio **sólo** se exige la identificación del peticionario.*

Ahora bien, contrastando estas disposiciones de rango jerárquico superior al Reglamento, el contenido del artículo DECIMO SEGUNDO del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros claramente restringe o constriñe tal derecho a circunscribir su ejercicio a aspectos de seguro únicamente. Por mucho que la petición pudiera ser impertinente a la especialidad de la APS, ello no puede ser pretexto para limitar aquella prerrogativa constitucional. En todo caso, el legislador ha previsto la respuesta obligatoria a la petición, momento en que se revolverá sobre la pertinencia o impertinencia de lo solicitado.

Por lo expuesto, considerándose repetitivo el artículo DÉCIMO SEGUNDO del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material del Mercado de Seguros, corresponde suprimirlo.

***9.** En relación al argumento 9 del cuarto Considerando de la presente resolución, aclaremos lo que es la acepción común de la frase "juicios de valor". Se entiende por ésta la emisión de criterio u opinión que ensalza o denosta (con base subjetiva que puede o no tener pruebas que lo sustenten) algo o a alguien.*

Sobre la base de este razonamiento, podemos afirmar que lo que el Reglamento prohíbe es que en la publicidad, promoción o material informativo, no debe haber criterios que ensalzen (sic) *o denoten el estado técnico, legal, o financiero de otras compañías de seguros. Por lo que no caben otras interpretaciones ni*

complementaciones; más aun, cuando el ámbito de esta prohibición se circunscribe a lo técnico, a lo legal y/o a lo financiero de otra compañía de seguros. En otras palabras, no se trata de cualquier comparación.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado precedentemente, se concluye que corresponde la modificación parcial del Reglamento de Publicidad, Promoción o Material Informativo del Mercado de Valores…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Que, en fecha 20 de julio de 2012, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A., ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** y **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, representadas al efecto por el señor **Jaime José Antonio Trigo Flores**, interponen Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 400-2012 de 12 de junio de 2012, expresando lo siguiente:

"…***III. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO***

III.1. *La APS en la Resolución APS/DJ/DS/N° 400-2012 que confirma parcialmente la Resolución APS/DJ/DS/N° 246-2012, establece en su Artículo quinto que se modifica el segundo párrafo del artículo octavo del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros (Reglamento), de acuerdo a lo siguiente:*

"Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros dentro del plazo de los mismos 15 días anotados anteriormente, debiendo dicho operador proceder a la rectificación correspondiente.

Si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se pronunciara dentro del plazo establecido anteriormente, se entenderá como silencio administrativo negativo, o de rechazo de la solicitud."

Esta determinación que aplica el silencio administrativo negativo en el caso que la APS no se pronuncie dentro del plazo de 15 días, surge como respuesta al argumento presentado en nuestro Recurso de Revocatoria con relación a que no existía inicialmente un plazo para que el regulador se pronuncie cuando una compañía le presente el material informativo de publicidad para su autorización.

Con esta nueva determinación efectuada por la APS se evidencia que no solamente se vulnera el principio de no reformatio in peius, sino también se desvirtúa completamente el espíritu y objetivo de la norma de publicidad por los siguientes argumentos:

- *En principio se debe señalar que el Silencio Administrativo acarrea RESPONSABILIDAD PARA LA AUTORIDAD QUE INCURRIO EN EL MISMO, de acuerdo al Artículo 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que en los hipotéticos casos en los que la APS no se pronuncie, tendríamos que presentar las respectivas denuncias ante esa Cartera de Estado, aspecto que consideramos innecesario por la materia que se está tratando.*

- *Por otra parte, se debe tomar en cuenta que la publicidad es un elemento que permite poner en conocimiento del mercado, un determinado producto, servicio o hecho. En nuestro caso para que los asegurados puedan tomar conocimiento de los productos que ofrecemos y puedan optar por adquirirlos en función a sus necesidades y expectativas.*

- *La publicidad no es un elemento esencial o componente básico del producto.*

- *La norma que pretende regular la publicidad tiene por objeto principal que el asegurado tome conocimiento de los productos en la forma más amplia y con la mayor información posible y no tiene relación con la naturaleza, alcance o aspectos técnicos del producto.*

- *Cuando las entidades aseguradoras envían su publicidad para aprobación de la APS, no están enviando el producto para su autorización o no, es decir que es posible comercializar un producto registrado y autorizado, independientemente que la publicidad que se emita respecto a dicho producto sea o no aprobada.*

- *En ese sentido, no es posible que se pretenda aplicar silencio administrativo negativo por la inactividad o negligencia de la administración, en la aprobación de la publicidad, porque no se están resolviendo aspectos de fondo o recursos administrativos. Más al contrario, se envía el material para que la APS verifique que la misma no ocasiona confusión o engaña al asegurado.*

- *La Sentencia Constitucional 0032/2010 de 20 de septiembre de 2010, ha establecido: "En virtud al principio de eficacia disciplinado por el art. 4 inc. j) de la LPA, el ejercicio de toda potestad administrativa, genera para la administración pública en cualquiera de sus niveles, la obligación de emisión de actos administrativos evitando dilaciones indebidas, aspecto plasmado en el art. 17.1 de la LPA, razón por la cual, estos actos deben ser pronunciados dentro de los plazos procedimentales establecidos por el 'bloque de legalidad' imperante, aspecto que garantiza una tutela administrativa efectiva y brinda seguridad y certeza jurídica al administrado, en esta perspectiva, el Estado Plurinacional de Bolivia, ha incorporado a su ingeniería jurídica la técnica conocida en Derecho Comparado como 'silencio administrativo'." Por lo señalado anteriormente, se concluye que aplicar silencio administrativo negativo ocasiona una serie de efectos dañosos a las compañías, quienes realizan una serie de gastos y erogaciones para la emisión de la publicidad, por lo que al recibir una respuesta negativa por silencio administrativo negativo, se verían en la obligación de interponer recursos administrativos, aspecto totalmente grotesco, tomándose en cuenta que el*

producto ya puede ser comercializado y con esa negativa se priva al público de conocer el producto.

- *Por otra parte, con esta disposición la APS incurre en una violación al principio de no reformatio in peius (reformar en peor o reformar en perjuicio), que como es de conocimiento legal, consiste en que tras la interposición de un recurso administrativo la autoridad encargada de dictar una nueva Resolución resuelve la causa empeorando los términos en que fue dictada la primera, para el recurrente.*

- *Lo que se pidió en el recurso de revocatoria es que la APS, señale un plazo que tendría el regulador para pronunciarse sobre el material informativo enviado, a fin de no dejar en un estado de espera indefinida a la entidad aseguradora.*

- *En todo caso correspondería que el silencio administrativo sea positivo, puesto que no se debe olvidar que se trata de un tema de publicidad que está muy ligado a aspectos como oportunidad, coyuntura informativa y que actualmente se estarían restringiendo los alcances de la publicidad sobre productos revisados y aprobados previamente por el ente fiscalizador.*

III.2. *La APS en la Resolución APS/DJ/DS/N° 400-2012 que confirma parcialmente la Resolución APS/DJ/DS/N° 246-2012, establece en su Artículo segundo que se modifica el último párrafo del artículo tercero del Reglamento, de acuerdo a lo siguiente:*

"Publicidad Denigratoria: Considerada como competencia desleal, es aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca denigración o menosprecio directo o indirecto e (sic) *un persona, empresa, producto o servicio relacionado a los operadores del mercado de seguros".*

El artículo tercero del Reglamento al definir la "Publicidad Denigratoria" prevé que se considera "competencia desleal" aquella publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca descrito de una persona, empresa, producto o, servicio.

El Código de Comercio en su artículo 68 establece cuales son los actos que se consideran "competencia desleal" y, entre estos no se encuentran comprendidos, la publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión afecte a una persona, empresa, producto o servicio. La APS soslaya el ordenamiento jurídico y actúa sin competencia, al crear una nueva categoría jurídica, al tipificar como competencia desleal, toda publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión afecte a una persona, producto o servicio; la APS no tiene competencia para crear una nueva conducta que se la deba entender jurídicamente como competencia desleal, por lo tanto, su conducta al aprobar el Reglamento que prevé que una determinada actividad de la entidad aseguradora sea considerada como competencia desleal incurre en lo previsto por el artículo 35.1 inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, afectando de nulidad absoluta el acto administrativo recurrido en revocatoria.

Por lo expuesto, corresponde en derecho que se deje sin efecto el último párrafo del artículo tercero del Reglamento de acuerdo a lo expuesto y teniendo en cuenta que la APS no tiene competencia para modificar en el recurso de revocatoria el Reglamento, es decir, el acto impugnado, dado que la modificación no está prevista como una forma de resolver los recursos de revocatoria, de acuerdo al artículo 61 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Además, debe considerarse que el artículo 5 de la Ley N° 2341 dispone que las competencias de un órgano público son expresas, es decir, que deben estar previstas en una ley o en un reglamento y el hecho de que un inciso t) del artículo 43 de la Ley de Seguros prevea que la APS tiene todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones, no implica que automáticamente asuma la competencia de crear a través de normativas de la institución nuevas tipologías comerciales y establezca sanciones al respecto.

***III.3.** Finalmente, se solicita al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas se tengan en cuenta todos los agravios formulados por los representantes legales de las entidades aseguradoras que recurrieran en revocatoria la Resolución APS/DJ/DS/N° 246-2012 y que fuesen desestimadas o no resueltas por la APS.*

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, interpongo Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 400-2012 de 12 de junio de 2012, mediante la cual se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012, ambas emitidas por la APS, en representación de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., Nacional Vida Seguros de Personas S.A., La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., Bupa Insurance (BOLMA) (sic) *S.A., Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A.*

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esa autoridad:

1) Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.
2) Reconozca la legitimidad de nuestra compañía (sic) *para actuar dentro de este proceso*
3) Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando totalmente la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 400 2012…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Por el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió aprobar "*el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros, que forma parte inseparable de la presente Resolución Administrativa*", reglamento que, en su versión original, estaba compuesto por trece artículos.

En razón a los Recursos de Revocatoria interpuestos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, por parte de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A., ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** y **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

> "…***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012.,* (sic) *en los términos que se exponen a continuación.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Se modifica el último párrafo denominado "Publicidad Denigratoria" del artículo TERCERO, como sigue:*
>
> "***Publicidad Denigratoria:*** *Considerada como competencia desleal, es aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, producto o servicio relacionado a los operadores del mercado de seguros*"
>
> ***TERCERO.-*** *Se suprime el apartado 1 del artículo SEXTO.- (REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO).*
>
> ***CUARTO.-*** *Se modifica el apartado 10 del artículo SEXTO.- (REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO), como sigue:*
>
> "***10-*** *Incluir elementos de contacto como números telefónicos, direcciones a nivel nacional, fax, página WEB y otros si correspondiere, así como los horarios en los que se puede acceder a estos y que permitan al cliente y/o usuario acceder con oportunidad a mayor información respecto a los productos o servicios anunciados.*

Los operadores del mercado de seguros deberán tener en cuenta la especificidad del medio de publicidad, promoción o material informativo escogido a momento de cumplir con esta obligación, tendiendo siempre a que contenga los mayores elementos de contacto posible. En ningún caso se aceptará la no concurrencia de algún elemento de contacto."

***QUINTO.-** Se modifica el segundo párrafo del artículo OCTAVO.- (REPORTE A LA APS) del siguiente modo:*

"Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros dentro del plazo de los mismos 15 días anotados anteriormente, debiendo dicho operador proceder a la rectificación correspondiente.

Si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se pronunciara dentro del plazo establecido anteriormente, se entenderá como silencio administrativo negativo, o de rechazo de la solicitud."

***SEXTO.-** Se suprime el artículo DÉCIMO SEGUNDO del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material del Mercado de Seguros…"*

No obstante tal pronunciamiento, las mismas recurrentes interponen el Recurso Jerárquico de fecha 20 de julio de 2012, por los extremos que se señalan en el memorial correspondiente y que constituyendo a la controversia, se pasa a su análisis:

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Alegatos opuestos al artículo octavo (modificado) del Reglamento.-

El Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012, en su artículo octavo (texto modificado por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 400-2012 de 12 de junio de 2012) señala:

"…***OCTAVO.- (REPORTE A LA APS)** Toda publicidad promoción o material informativo que cualquier operador del mercado de seguros vaya a lanzar deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con quince (15) días administrativos de anticipación a su difusión, solicitando la respectiva autorización, adjuntando un ejemplar del texto, mensaje, frase u oración, audio, secuencia gráfica o cualquier otro elemento que lo componga.*

Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros dentro del plazo de los mismos 15 días anotados anteriormente, debiendo dicho operador proceder a la rectificación correspondiente.

> ***Si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se pronunciara dentro del plazo establecido anteriormente, se entenderá como silencio administrativo negativo, o de rechazo de la solicitud***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Artículo que fue recurrido -en representación unificada en la persona del señor **Jaime José Antonio Trigo Flores**- por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A., ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** y **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, conforme a los argumentos que se señalan a continuación.

2.1.1. El silencio administrativo negativo.-

Señalan las recurrentes:

> "…*no es posible que se pretenda aplicar silencio administrativo negativo por la inactividad o negligencia de la administración, en la aprobación de la publicidad, porque no se están resolviendo aspectos de fondo o recursos administrativos. Más al contrario, se envía el material para que la APS verifique que la misma no ocasiona confusión o engaña al asegurado* (…)
>
> *Lo que se pidió en el recurso de revocatoria es que la APS, señale un plazo que tendría el regulador para pronunciarse sobre el material informativo enviado, a fin de no dejar en un estado de espera indefinida a la entidad aseguradora*…"

En principio y en la línea doctrinal, se debe partir de la premisa de la obligación que tiene la Administración de resolver expresamente todos los procedimientos que tramite, de tal manera que el silencio administrativo es una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución, en plazo, de los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la Administración.

Así, el silencio administrativo responde a una forma simple de producción de una realidad administrativa: transcurso del plazo máximo de resolución sin que se hubiera pronunciado la resolución respectiva.

En el caso del silencio negativo surge un acto ficticio con los solos efectos de posibilitar el acceso a los recursos administrativos o jurisdiccionales, según proceda.

Entonces, el reclamo de las recurrentes es legítimo por cuanto, el silencio administrativo, como efecto ante la inactividad de la Administración, ha sido implementado por el legislador -no por la propia Administración- a favor del administrado, a efectos con ello garantizar su derecho de petición consagrado por el artículo 24º de la Constitución Política del Estado, y que conlleva también el derecho "*a la obtención de respuesta formal y pronta*", así como la responsabilidad por la falta de pronunciamiento como deber fundamental de la Administración.

Entonces, ante la inactividad señalada, se impone la ficción jurídica establecida por el artículo 17º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que conviene transcribir en lo pertinente, a continuación:

> "…***Artículo 17º (Obligación de Resolver y Silencio Administrativo).***
>
> *I. La Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación* (…)
>
> *III. Transcurrido el plazo previsto sin que la Administración Pública hubiera dictado la resolución expresa, la persona podrá considerar desestimada su solicitud, por silencio administrativo negativo, pudiendo deducir el recurso administrativo que corresponda o, en su caso jurisdiccional.*
>
> *IV. La autoridad o servidor público que en el plazo determinado para el efecto, no dictare resolución expresa que resuelva los procedimientos regulados por la presente Ley, podrá ser objeto de la aplicación del régimen de responsabilidad por la función pública, conforme a lo previsto en la Ley Nº 1178 de Administración y Control Gubernamentales y disposiciones reglamentarias.*
>
> *V. El silencio de la administración será considerado como una decisión positiva, exclusivamente en aquellos trámites expresamente previstos en disposiciones reglamentarias especiales, debiendo el interesado actuar conforme se establezca en estas disposiciones*…"

Entonces, no puede constituir el silencio administrativo una salvaguarda en favor de la Administración, por cuanto para ella, está más bien el deber de responder formal y prontamente al administrado, como señala el artículo 24º de la Constitución Política del Estado, con ello, "*a dictar resolución expresa en todos los procedimientos*" como dice el transcrito artículo 17º de la Ley Nº 2341, de manera tal que, contrariamente a lo que sugiere el artículo octavo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012 (texto modificado por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012), **no puede la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispensarse de tales obligaciones, so pretexto de que de no hacerlas, le queda -cual si fuera a su favor y no a favor de los administrados- el silencio administrativo negativo**.

Antes mas bien, constando por el precitado artículo octavo que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha dispuesto para sí la facultad para la *observación, rectificación o impedimento* a la solicitud de autorización de publicidad, promoción o material informativo, debió el Ente Regulador sujetar lo mismo, a las características técnicas que importan tales categorías, extremo que se extraña, así como un correcto análisis, también técnico, que contemple las exigencias de plazos de tiempo que permitan la evaluación de las solicitudes, cuanto su aprobación o rechazo oportunos, y oportunidad de subsanación.

2.1.2. El principio de la *non reformatio in peius*.-

Señalan también las recurrentes, que:

"…*con esta disposición la APS incurre en una violación al principio de no* (sic) *reformatio in peius (reformar en peor o reformar en perjuicio), que como es de conocimiento legal, consiste en que tras la interposición de un recurso administrativo la autoridad encargada de dictar una nueva Resolución resuelve la causa empeorando los términos en que fue dictada la primera, para el recurrente*…"

En apego a lo doctrinal, "*dentro del procedimiento administrativo la reformatio in peius se verifica cuando el interesado, ante la impugnación de un acto administrativo, ve empeorada su condición jurídica como consecuencia de lo decidido por el órgano llamado a resolver un recurso administrativo*" (Buteler), entendiéndose "*en el derecho administrativo formal*" a tal principio, como "*la modificación de un acto administrativo en su contenido material como consecuencia de la decisión de un recurso administrativo, que comporta disminuir los efectos favorables, agravar los desfavorables o incluir nuevos resultados perjudiciales para el recurrente*" (Fraga Pittaluga).

Verificado de esa manera el carácter atendible de la pretensión de las recurrentes, se impone una compulsa entre la determinación original y la posterior del Ente Regulador, conforme a la relación siguiente:

- **Redacción original del Reglamento aprobado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012:**

  "…***OCTAVO.- (REPORTE A LA APS)*** *Toda publicidad promoción o material informativo que cualquier operador del mercado de seguros vaya a lanzar deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con quince (15) días administrativos de anticipación a su difusión, solicitando la respectiva autorización, adjuntando un ejemplar del texto, mensaje, frase u oración, audio, secuencia gráfica o cualquier otro elemento que lo componga.*

  Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros, debiendo el operador del mercado de seguros proceder con la rectificación o reformulación correspondiente, sin perjuicio de las sanciones que la APS pudiera determinar…"

- **Redacción modificada del Reglamento conforme a lo dispuesto por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 400-2012 de 12 de junio de 2012:**

  "…***OCTAVO.- (REPORTE A LA APS)*** *Toda publicidad promoción o material informativo que cualquier operador del mercado de seguros vaya a lanzar deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con quince (15) días administrativos de anticipación a su difusión, solicitando la respectiva autorización, adjuntando un ejemplar del texto, mensaje, frase u oración, audio, secuencia gráfica o cualquier otro elemento que lo componga.*

Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros dentro

> *del plazo de los mismos 15 días anotados anteriormente, debiendo dicho operador proceder a la rectificación correspondiente.*
>
> ***Si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se pronunciara dentro del plazo establecido anteriormente, se entenderá como silencio administrativo negativo, o de rechazo de la solicitud***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, el agravamiento que acusan las recurrentes (toda vez que ello es lo que importa la acusada infracción al *non reformatio in peius*), sólo puede estar determinado por lo que señala el último párrafo del Reglamento modificado, aquel que establece la concurrencia del silencio administrativo negativo (*de rechazo de la solicitud*) para el caso de la inexistencia de pronunciamiento a la solicitud.

Visto lo analizado y concluido en el numeral 2.1.1 supra, el alegato de las recurrentes deja de tener trascendencia adjetiva a efectos del pronunciamiento de la presente Resolución Ministerial Jerárquica; no obstante, sustantivamente y ante la concluida imposibilidad legal del Ente Regulador, para dispensarse de su obligación de pronunciarse y resolver, dentro de las exigencias propias del procedimiento administrativo, mal amparado para ello en la concurrencia del silencio administrativo negativo, se debe concluir a su vez en que, efectivamente sí ha existido en el caso de autos, una infracción al principio de la *non reformatio in peius*.

2.2. Competencia del Ente Regulador en el establecimiento del criterio de competencia desleal.-

Señalan las recurrentes:

> "…*la APS no tiene competencia para crear una nueva conducta que se la deba entender jurídicamente como competencia desleal, por lo tanto, su conducta al aprobar el Reglamento que prevé que una determinada actividad de la entidad aseguradora sea considerada como competencia desleal incurre en lo previsto por el artículo 35.1 inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, afectando de nulidad absoluta el acto administrativo recurrido en revocatoria* (…)
>
> *Además, debe considerarse que el artículo 5 de la Ley N° 2341 dispone que las competencias de un órgano público son expresas, es decir, que deben estar previstas en una ley o en un reglamento y el hecho de que un inciso t) del artículo 43 de la Ley de Seguros prevea que la APS tiene todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones, no implica que automáticamente asuma la competencia de crear a través de normativas de la institución nuevas tipologías comerciales y establezca sanciones al respecto*…"

Tales extremos tienen relevancia en lo señalado en el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012, que en la parte pertinente de su artículo tercero (texto modificado por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 400-2012 de 12 de junio de 2012), señala:

"…***TERCERO.- (DEFINICIONES)*** *Para efectos del presente Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:* (…)

Publicidad Denigratoria: *Considerada como competencia desleal, es aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, producto o servicio relacionado a los operadores del mercado de seguros*…"

En principio, cabe señalar como evidente el que el Capítulo V (artículos del 66° al 71°), Título I, Libro Primero, del Código de Comercio, regula y establece al instituto jurídico comercial *competencia desleal*, conceptualizándolo (Art. 66°), definiéndolo (Art. 69°), y previendo la sustanciación jurisdiccional a efectos de su abstención y, en su caso, rectificación pública (Arts. 70° y 71°).

Dada la calidad material de tal normativa (reguladora de la actividad comercial, Art. 1° del mismo Código), se debe señalar que la misma se circunscribe al Derecho Comercial, rama jurídica de reconocida existencia científica, por tanto, distinta del campo regulatorio, que hace a una de las facetas del Derecho Administrativo, de contenido y objeto distintos.

Entonces, las disposiciones del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 246-2012 de 23 de abril de 2012 y modificado por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 400-2012 de 12 de junio de 2012, no corresponden a la órbita del Derecho Comercial, sino que obedecen a la del Derecho Administrativo regulador.

Desde luego que a la recurrente le corresponde la calidad de comerciante al tenor del artículo 5°, numeral 2, del Código de Comercio, y por lo tanto, le es aplicable el criterio sobre competencia desleal que señala el artículo 66°, en relación al 1°, ambos de la misma norma; empero nada de ello tiene que ver con las facultades reguladoras de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cuyo ámbito, puede establecer criterios técnicos como el contenido en el precitado artículo tercero del Reglamento.

Para entender ello, es preciso remitirse al artículo 43° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), que en su inciso s) establece la atribución de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, de "*Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos*" (en relación a los incisos b) y c) del artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones), determinando que la implementación del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros y más precisamente, de la definición sobre Publicidad Denigratoria que allí consta, con todo y su mención sobre "*competencia desleal*", obedecen a la legítima facultad del Ente Regulador de establecer parámetros normativos que, aún de coincidentes con algún criterio comercial, resultan en el ejercicio pleno de su facultad reguladora administrativa, por tanto, no hay aquí ninguna violación al orden de competencia, como mal lo señalan las recurrentes.

Téngase presente que no es este Reglamento el que, según el tenor de su redacción, ha previsto sanciones a lo que denomina Publicidad denigratoria, como mal sugieren varios de

los Recursos de Revocatoria, sino que se limita a señalar los efectos en caso de su concurrencia, conforme se establece de su artículo noveno, el que a la letra señala:

> "…***NOVENO.- (CONTROL DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN O MATERIAL INFORMATIVO)*** *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a través de la Dirección de Seguros en coordinación con la Unidad de Atención al Ciudadano y la Unidad de Comunicaciones, realizará un monitoreo continuo de la publicidad, promoción y material informativo autorizado y emitido por los operadores del mercado de seguros, así como del cumplimiento del presente Reglamento,* ***pudiendo ordenar su rectificación o suspensión cuando no se ajuste a lo previsto en el ordenamiento legal y regulatorio aplicable***.
>
> ***Cuando la APS instruya la rectificación o suspensión de la publicidad, promoción o material informativo, comunicará por escrito al operador del mercado de seguros dicha decisión, debiendo ser rectificada o retirada en el plazo de 48 horas***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo demás, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha referido a su competencia para emitir el Reglamento, cuando en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012, ha señalado que:

> "*… en el marco conceptual anteriormente descrito en el que el legislador ha elaborado y estructurado las atribuciones y competencias de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS):*
>
> *La Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 - de Seguros, establece -*en su artículo 43º- *atribuciones a favor de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS), como las siguientes:*
>
> ***s)*** *Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.*
>
> ***t) Todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.***
>
> *En este mismo contexto, el artículo 168 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 - de Pensiones:*
>
> ***c)*** *Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).*
>
> ***n) Todas aquellas atribuciones que sean conferidas por la presente Ley y sus reglamentos, o necesarias para el cumplimiento de sus funciones.***
>
> *Luego, no es difícil entender que la APS tiene como atribuciones, todas aquellas que en su criterio, son convenientes por oportunidad y por su finalidad. Obsérvese que el acto discrecional de la Administración no es arbitrario ni abusivo, sino que se ampara*

en la legalidad descrita y en una posibilidad amplia que el propio legislador ha juzgado conveniente, otorgar a esta Autoridad de Fiscalización…"

Entonces, no deviene la facultad del Ente Regulador para establecer una normativa, con los alcances señalados por el artículo tercero del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros (aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012 y modificado por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012), únicamente del inciso t) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros, sino de las señaladas en la propia Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012 (Arts. 43º, Inc. 's' de la Ley Nº 1883 de Seguros, referido a la atribución de "*Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos*", y 168º, Inc. 'c', de la Ley Nº 065 de Pensiones, sobre "*Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros…*"), además del inciso b) del artículo 168º de la Ley Nº 065 de Pensiones, el que señala :

"*…ARTÍCULO 168.- (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN (…)*

*b) Fiscalizar, supervisar, **regular**, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, **Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción**, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros goza de competencia para establecer una normativa como la dispuesta por el artículo tercero del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros (aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012 y modificado por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012), acto administrativo en el que por ello no pesa nulidad alguna.

2.3. Otros agravios.-

Las recurrentes solicitan también, que "*se tengan en cuenta todos los agravios formulados por los representantes legales de las entidades aseguradoras que recurrieran en revocatoria la Resolución APS/DJ/DS/Nº 246-2012 y que fuesen desestimadas o no resueltas por la APS*".

No obstante del carácter que importa tal solicitud, dado que el artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, señala que "*Los recursos se presentarán de manera fundada*", y el artículo 63º, parágrafo II, de la misma Ley, dice que "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*", de la revisión del expediente se establecen los extremos siguientes:

a. Los Recursos de Revocatoria de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA** y **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, todos de 22 de mayo de 2012,

además de los alegatos referidos al artículo tercero (*Publicidad denigratoria*) y octavo (*reporte a la APS*) del Reglamento -ya referidos en los numerales 2.-1 y 2.2 supra-, hacen referencia al bilingüismo (artículo sexto, numeral 1 del Reglamento), a la marca comercial (artículo sexto, numeral 2 del Reglamento), a las equivocadamente denominadas "*sanciones*" (conforme lo visto supra en relación al artículo octavo del Reglamento: *Reporte a la APS*) y a las consultas (artículo décimo segundo del Reglamento).

b. El precitado Recurso de Revocatoria de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** de 22 de mayo de 2012, hace alusión además a los *Elementos de contacto* que corresponden al artículo sexto, numeral 10, del Reglamento.

c. Los Recursos de Revocatoria de **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.** y **BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A**, ambos de 22 de mayo de 2012, además de los alegatos referidos al artículo tercero (*Publicidad denigratoria*) y octavo (*reporte a la APS*) del Reglamento -ya referidos en los numerales 2.-1 y 2.2 supra-, hacen referencia a los mismos fundamentos expuestos por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en su Recurso de Revocatoria de 22 de mayo de 2012, empero aumentando el agravio referido a la Prohibición de emitir juicios de valor (artículo séptimo, numeral 2, del Reglamento).

d. El Recurso de Revocatoria de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** de 28 de mayo de 2012, además de los alegatos referidos al artículo tercero (*Publicidad denigratoria*) y octavo (*reporte a la APS*) del Reglamento -ya referidos en los numerales 2.1 y 2.2 supra-, hace primero referencia genérica a su oposición al Reglamento, fundada en razones técnicas y de mercado, empero sin concretizar sus agravios al respecto; luego señala los mismos fundamentos expuestos por los restantes Recursos de Revocatoria, empero aumentando el agravio referido a la Confidencialidad (artículo décimo primero del Reglamento).

Ahora, de la revisión in extenso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aquella que resuelve los Recursos de Revocatoria interpuestos por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., BUPA INSURANCE (BOLIVIA) S.A., ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** y **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, se evidencia que los agravios expuestos por las mismas han sido atendidos y resueltos por la autoridad recurrida, la que inclusive ha llegado a determinar, que:

"…***SEGUNDO.-*** *Se modifica el último párrafo denominado "Publicidad Denigratoria" del artículo TERCERO, como sigue:*

"***Publicidad Denigratoria:*** *Considerada como competencia desleal, es aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, producto o servicio relacionado a los operadores del mercado de seguros*"

TERCERO.- *Se suprime el apartado 1 del artículo SEXTO.- (REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO).*

CUARTO.- *Se modifica el apartado 10 del artículo SEXTO.- (REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y MATERIAL INFORMATIVO), como sigue:*

*"**10-** Incluir elementos de contacto como números telefónicos, direcciones a nivel nacional, fax, página WEB y otros si correspondiere, así como los horarios en los que se puede acceder a estos y que permitan al cliente y/o usuario acceder con oportunidad a mayor información respecto a los productos o servicios anunciados.*

Los operadores del mercado de seguros deberán tener en cuenta la especificidad del medio de publicidad, promoción o material informativo escogido a momento de cumplir con esta obligación, tendiendo siempre a que contenga los mayores elementos de contacto posible. En ningún caso se aceptará la no concurrencia de algún elemento de contacto."

QUINTO.- *Se modifica el segundo párrafo del artículo OCTAVO.- (REPORTE A LA APS) del siguiente modo:*

"Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros dentro del plazo de los mismos 15 días anotados anteriormente, debiendo dicho operador proceder a la rectificación correspondiente.

Si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se pronunciara dentro del plazo establecido anteriormente, se entenderá como silencio administrativo negativo, o de rechazo de la solicitud."

SEXTO.- *Se suprime el artículo DÉCIMO SEGUNDO del Reglamento de Publicidad, Promoción y Material del Mercado de Seguros…"*

No obstante, la excepción está dada por el agravio referido a la Confidencialidad (artículo décimo primero del Reglamento), planteado por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** en su Recurso de Revocatoria de 28 de mayo de 2012, y sobre el que al presente se extraña su valoración y determinación correspondientes, conforme a Derecho, y que deben corresponder a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

El alegato concreto de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** en su Recurso de Revocatoria, fue:

"…7) Confidencialidad

Tomando en cuenta las características del negocio asegurador, se necesita contar con la confidencialidad suficiente con relación a la publicidad sobre los productos antes de que estos se presenten al mercado, en ese contexto la norma sobre este tema debería necesariamente contener una cláusula de confidencialidad, es decir,

un compromiso que debe realizar la APS en las instancias que corresponden de tutela sobre la información relativa a nuestras productos, garantizando al mercado que guardará para sí la información a la que tendrá acceso a través de su participación en la actividad de revisión de la publicidad…"

No obstante, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** debe tener presente que, dentro de los alcances de los incisos c) y g) del artículo 4º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, no existe permisión legal o normativa para que el Ente Regulador o alguno de sus servidores públicos, administren la información que se les provea en mérito al Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros, de manera discrecional y la hagan pública; antes más bien, son varias las restricciones a ello:

Constitución Política del Estado:

"…***Artículo 21.***

Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: (…)

2. *A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad…*"

Ley Nº 2027 de 27 de octubre de 1997 (del Estatuto del Funcionario Público):

"…*ARTÍCULO 8º (DEBERES). Los servidores públicos tienen los siguientes deberes:* (…)

f) Mantener reserva sobre asuntos e informaciones, previamente establecidos como confidenciales, conocidos en razón a su labor funcionaria…"

Código Penal:

"…***Artículo 282.-*** *(DIFAMACIÓN) El que de manera pública, tendenciosa y repetida, revelare o divulgare un hecho, una calidad o una conducta capaces de afectar la reputación de una persona individual o colectiva, incurrirá en prestación de trabajo de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días* (…)

Artículo 302.- *(REVELACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL). El que teniendo conocimiento de secretos en virtud de su estado, ministerio, profesión, empleo, oficio, arte o comisión, los revelare sin justa causa, o los usare en beneficio propio o ajeno, si de ello se siguiere algún perjuicio, será sancionado con privación de libertad de tres meses a un año y multa de treinta a cien días…*"

Consiguientemente, no es justificada la susceptibilidad del recurrente en cuanto a la posibilidad de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no guarde para sí, la información a la que tendrá acceso a través de su participación en la actividad de revisión de la publicidad.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera , el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la **confirmación** de la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando modifique parcialmente lo dispuesto en la resolución.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 400-2012 de 12 de junio de 2012 que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 246-2012 de 23 de abril de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que aprueba y pone en vigencia el Reglamento de Publicidad, Promoción y Material Informativo del Mercado de Seguros, ratificándose el mismo y modificando el punto octavo del citado Reglamento de la siguiente manera:

> *"**OCTAVO.- (REPORTE A LA APS)***
>
> *Toda publicidad promoción o material informativo que cualquier operador del mercado de seguros vaya a lanzar deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con quince (15) días administrativos de anticipación a su difusión, solicitando la respectiva autorización, adjuntando un ejemplar del texto, mensaje, frase u oración, audio, secuencia gráfica o cualquier otro elemento que lo componga.*
>
> *Cualquier observación, rectificación o impedimento que la APS considere necesario realizar, será comunicado mediante nota al operador del mercado de seguros dentro del plazo de los mismos 15 días anotados anteriormente, debiendo dicho operador proceder a la rectificación correspondiente.*
>
> *Si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se pronunciara dentro del plazo establecido anteriormente, se entenderá como silencio administrativo positivo, o de aceptación de la solicitud."*

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 475-2012 DE 11 DE JULIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 069/2012 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 069/2012

La Paz, 05 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 475-2012 de 11 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 247-2012 de 24 de abril de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 040/2012 de 08 de octubre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 129/2012 de 24 de octubre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 27 de julio de 2012, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por su Gerente de Operaciones, Lic. Daniel Fernando Arce Sporn, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 475-2012 de 11 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.
Que, mediante nota APS/DJ/DS/5757/2012 con fecha de recepción 1º de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 475-2012 de 11 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 3 de agosto de 2012, notificado en fecha 8 de agosto de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 475-2012 de 11 de julio de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

Que, mediante nota APS/DJ/DS/1735/2012 de 9 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó con el cargo a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme a la redacción que se transcribe a continuación:

> "…*Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se ha advertido la siguiente presunta infracción cometida por su entidad:*
>
> > ***Contravención al inciso d) del artículo 17 de la Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2008**, al haber distorsionado la información contenida en las notas CITE: PE/808/2011 y 1144/2011 de 13 de junio y 16 de agosto de 2011, respecto al pago correspondiente al siniestro ocurrido en fecha 16 de julio de 2010 de la Empresa de Transportes Truck Gerónimo.*
>
> *Por lo precedentemente expuesto y al no haber observado la normativa citada, en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.*
>
> *Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo Nº 27175…*"

2. INEXISTENCIA DE DESCARGOS.-

Que, conforme señalan el informe legal APS/DJ/DS/119/2012 de 23 de abril de 2012 y la consiguiente Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012 -relacionada en el numeral 3 infra-:

"…*notificado el cargo a la empresa aseguradora el 27 de marzo de 2011, dentro del plazo probatorio otorgado de diez (10) días en aplicación a la facultad conferida por el artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, al empresa Seguros Illimani S.A. no presentó ninguna prueba, ni formuló argumento alguno con el fin de desvirtuar el cargo imputado.*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 247-2012 DE 24 DE ABRIL DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR*** *a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *con una multa en bolivianos equivalente a 80.001 UFV's (Ochenta mil uno Unidades de Fomento a la Vivienda) por la contravención al inciso d) del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria*

TERCERO.- SEGUROS ILLIMANI S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción…*"

A efectos de tal determinación, el ente fiscalizador presenta los argumentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que siendo derecho de todo regulado el obtener una decisión fundada conforme lo prevé el "Derecho al Debido Proceso" previsto en el art. 115 – II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE); a continuación se pasan a examinar los antecedentes que informan el procedimiento sancionatorio en el siguiente orden:

Que mediante nota de 20 de enero de 2011 presentada ante esta la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, el Gerente Propietario de Truck Gerónimo formuló reclamo en contra de Seguros Illimani S.A. por la falta de pago del siniestro acaecido con uno de sus automotores el 16 de julio de 2010.

Que mediante nota de 02 de mayo de 2011 presentado ante esta autoridad, la empresa transportadora a través de su propietario volvió a formular reclamo en

contra de la empresa de seguros, alegando la falta de pago del siniestro indicado.

Que mediante CITE: APS/DS/JTS/752/2011 de 20 de mayo de 2011, se solicitó a Seguros Illimani S.A., remita a conocimiento de esta autoridad copia completa y foliada del siniestro, copia de la póliza contratada e informe sobre su posición al respecto.

Que mediante Cite: P.E. 808/11 de 13 de junio de 2011, Seguros Illimani S.A. a través de su Presidente Ejecutivo, comunico (sic) *a esta autoridad que el cheque correspondiente al pago del siniestro reclamado por Truck Gernónimo* (sic) *se encontraba disponible para su pago ante la aseguradora.*

Que mediante nota de 18 de julio de 2011, la empresa de transportes Truck Gerónimo aclara ante esta autoridad que el pago del siniestro fue realizado en forma incompleta.

Que mediante CITE: APS/DS/JTS/2316/2011 de 03 de agosto de 2011, la APS solicito a Seguros Illimani S.A., informe sobre las razones por las cuales no canceló la totalidad del siniestro reclamado.

Que la empresa aseguradora mediante CITE: PE/1144/11 de 16 de agosto de 2011, indicó que nunca habría señalado que el pago realizado era por el total de siniestro.

Que el inciso d) del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, tipifica como infracción grave la siguiente conducta:

"Distorsión, falsedad o contradicción en los contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público."

Que el citado artículo 17 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, sanciona la comisión de toda falta grave con la imposición de una sanción de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001), ni mayor a doscientos mil uno (200.001) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV).

Que revisados los antecedentes que cursan en la APS no se evidenció que la empresa aseguradora hubiera sido sancionada por la comisión de una falta análoga durante un periodo de tiempo anterior a un año, razón por la cual no es aplicable la agravación por por (sic) *el concepto de reincidencia previsto en el artículo 19 de la citada resolución administrativa.*

CONSIDERANDO:

Que de lo relacionado se llega a la siguiente conclusión:

La información prestada por Seguros Illimani S.A. a la APS, mediante CITE: PE/808/11 de 13 de junio de 2011 se encuentra distorsionada, toda vez que indica que la cancelación del siniestro acaecido el 16 de julio de 2010 y reclamado por el Gerente Propietario de la empresa Truck Gerónimo, estaría listo para su cancelación mediante

cheque disponible para su recojo, cuando en realidad se realizó un pago parcial por este concepto, justificando esta contradicción con el CITE: PE/1144/11 de 16 de agosto de 2011, señalando que nunca habría indicado que el pago realizado era del total del siniestro reclamado; evidenciándose de esa manera la infracción prevista en el inciso d) del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 18 de junio de 2012, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012, con los mismos fundamentos que después hará valer en su Recurso Jerárquico de fecha 27 de julio de 2012.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 475-2012 DE 11DE JULIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 475-2012 de 11 de julio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que a los fines de resolver el recurso que nos ocupa, es necesario esquematizar el caso refiriéndonos a los anteriores prolegómenos. Veamos:

1. *Inicialmente y mediante carta de fecha 20 de enero de 2011, la empresa de transporte TRUCK GERÓNIMO comunica a la APS que la compañía aseguradora ILLIMANI no daba curso al pago emergente del siniestro ocurrido el 16 de julio de 2010, pidiendo al mismo tiempo, "investigación y seguimiento al caso".*

2. *Mediante carta de fecha 02 de mayo de 2011, la empresa de transporte TRUCK GERÓNIMO reitera el pedido anterior ya que la aseguradora ILLIMANI manifestaba que el proceso estaba con el liquidador.*

3. *Mediante carta CITE:APS/DS/JTS/752/2011 de 20 de mayo de 2011, la APS solicita a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *que en el plazo de 5 días hábiles informe y remita:*

    a) *Copia completa y foliada del file del siniestro.*
    b) *Copia completa de la póliza contratada.*
    c) *Informe detallado que establezca su posición respecto del siniestro reclamado.*

4. *Mediante carta de fecha 31 de mayo de 2011, la compañía* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *responde manifestando: "… al respecto les hacemos notar que el mencionado caso se encuentra en proceso de liquidación por lo que les*

solicitamos una ampliación de plazo de 5 días administrativos para dar cumplimiento a lo solicitado por su autoridad".

5. *A través de la nota CITE: APS/DS/JTS/1172/2011 de fecha 09 de junio de 2011, la autoridad fiscalizadora acusa recibo de la anterior carta de la aseguradora y concede 1 día hábil más de plazo para cumplir con la remisión de información y documentación solicitada la carta Nº 752, recordándole que el plazo es improrrogable y perentorio.*

6. *Mediante carta CITE:P.E/808/11 de fecha 13 de junio de 2011, la compañía* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *responde manifestando que en relación a la carta de la APS Nº 1172, "…el cheque de pago correspondiente a la liquidación del reclamo presentado por la empresa Truck Gerónimo se encuentra disponible para su cobro en caja de esta aseguradora y podrá ser recogido en cualquier momento".*

7. *A través de la nota CITE: APS/DS/JTS/1599/2011 de fecha 04 de julio de 2011, la autoridad fiscalizadora informa a TRUCK GERÓNIMO el contenido de la anterior carta Nº 808.*

8. *Como se podrá advertir,* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *no remitió finalmente la información solicitada inicialmente mediante carta APS Nº 752. Consecuencia de ello es la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2011 de 8 de agosto de 2011, por el que se impone una multa de 784 UFV´s.*

9. *Interpuesto recurso de revocatoria contra esta resolución, se dicta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 323-2011 de 26 de septiembre de 2011 que confirma la resolución impugnada.*

10. *Ahora bien, en el interregno de la dictación de estas resoluciones administrativas, a través de la carta de 18 de julio de 2011, la empresa TRUCK GERÓNIMO dirigida a la APS, indica: "… efectivamente, ya cobramos el cheque el pago corresponde a una parte como pago del camión pero aun falta el segundo pago del camión y el pago total del remolque que aun se tramita en las oficinas de seguros Illimani. El cheque que se cobró no es el total del siniestro…".*

11. *A través de la nota CITE: APS/DS/JTS/2316/2011 de fecha 3 de agosto de 2011, la autoridad fiscalizadora pone en conocimiento de* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *la anterior carta de TRUCK GERÓNIMO, recordando que conforme a la carta Nº 808 de la aseguradora, se establece claramente que el cheque para el pago correspondiente a la liquidación del reclamo se encontraba disponible en caja de la aseguradora y al mismo tiempo, le otorga 3 días hábiles administrativos impostergables para que remita a la APS: "1. Informe fundamentado que establezca las causas por las que informaron a este órgano de fiscalización que el siniestro había sido liquidado cuando de acuerdo a lo informado por el reclamante sólo habría recibido un pago parcial".*

12. *Mediante carta CITE: PE/1144/11 de fecha 16 de agosto de 2011,* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *responde manifestando: "Si bien, mediante nuestra nota Cite PE/808/1, se indica que el pago sobre el reclamo estaría listo para su cobro, en ningún momento se indicó que ese es pago total del siniestro, no obstante, como es de conocimiento del asegurado, Seguros Illimani S.A. se encuentra a la espera de las facturas por las reparaciones para su respectivo reembolso. En este sentido, una vez se reciban dichas facturas se procederá al pago dentro de los plazos que indica la norma".*

13. *Como consecuencia de los tres anteriores puntos, la APS genera los respectivos informes técnicos y legales así como la notificación con cargos y finalmente, la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012, que resuelve sancionar a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *con 80.001 UFV´s por infracción del artículo 17.d) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2008; "distorsión de la información debida a la APS".*

14. *Contra esta Resolución,* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *interpone recurso de revocatoria.*

CONSIDERANDO:

Que el fondo del asunto es la supuesta doble sanción que se habría impuesto a ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *a causa de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012 (anteriormente, se la sancionó mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2011 de 8 de agosto de 2011), emergente del reclamo interpuesto por la empresa transportadora TRUCK GERÓNIMO en su día.*

CONSIDERANDO:

Que es necesario efectuar algunas digresiones conceptuales y confrontarlas con la norma positiva a fin de resolver el asunto que nos ocupa.

Que el non bis idem según el Diccionario de Ciencias Jurídicas de Ossorio, "Es una locución latina y Principio de Derecho con arreglo al cual nadie puede ser perseguido ni condenado dos veces por un mismo hecho delictivo o infracción, lo que no impide la revisión de la causa si después de la condena aparecieren hechos reveladores de la inexistencia del delito o de la inocencia del condenado" (el subrayado es de la APS).

*Que la doctrina española reconoce que, "el denominado principio "****non bis in idem****", si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1, en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997, entre otras). El* ***non bis in idem*** *supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribe la compatibilidad*

entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre "...la identidad de sujeto, hecho y fundamento..." que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige este principio para ser apreciado" (los subrayados son de la APS).

Que, asimismo, el Tribunal Constitucional español indica que "....el principio general de derecho conocido por NON BIS IN IDEM supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. - que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración..." (STS 2/1981). Posteriormente, se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues "...semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado..." (El subrayado es de la APS)

Que el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano ha señalado, mediante S.C.2010-R de 17 de agosto de 2010: "En cuanto al alcance del principio NON BIS IN IDEM; es decir, la prohibición de doble sanción y por ende doble juzgamiento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: '… implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad (el subrayado es de la APS).

El artículo 117.II de la Constitución Política del Estado señala que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho.

CONSIDERANDO:

*Que los conceptos vertidos precedentemente señalan uniformemente que para la configuración de una doble sanción (principio "**non bis in idem**"), deben concurrir tres elementos esenciales e imprescindibles: identidad del hecho, identidad de sujeto y fundamento, por lo que es de rigor referirse a cada uno de ellos:*

***a) El hecho.-** Este requisito tiene carácter sustantivo ya que es la base factual de un hipotético doble procesamiento, por lo que siguiendo a Ossorio debe entenderse como concepto amplio representado por toda acción material de las personas y por sucesos independientes de ellas, generalmente los fenómenos de la naturaleza. En sentido civil y penal, los hechos ofrecen*

trascendental importancia por cuanto originan no solo derechos y obligaciones, sino también responsabilidades de toda índole. Puede decirse que todas las normas de Derecho se aplican sobre los hechos. Por eso afirma Capitant que, en sentido procesal, el concepto se usa como oposición a derecho; pues, mientras el punto de hecho pone en juego qué ha de ser probado, el punto de derecho tiene por objeto saber la regla de Derecho aplicable al hecho, una vez probado éste. En el área que nos ocupa (Derecho Administrativo), debe tratarse del mismo o de los mismos hechos, que dan lugar al procedimiento administrativo.

b) ***El sujeto.-*** *Tiene carácter procesal adjetivo ya que es el actor o el sujeto pasivo sobre quien recae la acción y el proceso. Como adjetivo es el sometido o el obligado, el titular de un derecho u obligación. Es la persona de quien se trata. Debe ser la misma persona a la cual se le inició una instrucción penal (léase, proceso administrativo) y a ella misma, se le inicia un procedimiento administrativo sancionador.*

c) ***El fundamento.-*** *Referido al bien jurídico tutelado. Base sobre la que estriba el Derecho, la razón principal y motivo último en que asienta, afianza y asegura el mundo jurídico social (Herrera Figueroa). Está referido a los fundamentos jurídicos que en materia penal se vincula con los bienes jurídicos se protegen, y en materia administrativa, se vincula con los actos que se sancionan.*

CONSIDERANDO:

Que por todo lo revisado, corresponde identificar la concurrencia o no de estos elementos en el caso de ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *En ese entendido debe decirse que:*

a) *En cuanto a la identidad de sujeto, se trata (en ambas resoluciones administrativas) de* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.***

b) *En cuanto a los hechos, se trata de derivaciones de la solicitud de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros efectuada a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *en sentido de proporcionar información y documentación en torno al reclamo de la empresa transportadora TRUCK GERÓNIMO.*

i. *En un primer hecho, la APS solicita información a la aseguradora emergente de la denuncia de TRUCK GERÓNIMO de que no se le estaba pagando por el siniestro de 16 de julio de 2012, que da lugar a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216 de 8 de agosto de 2011.*

ii. *En un segundo hecho y a raíz de la carta de TRUCK GERÓNIMO en sentido de que no se le había pagado la totalidad del siniestro, la aseguradora informa que el cheque se encuentra a disposición del asegurado, dando a entender que la totalidad del siniestro estaba ya contemplado en el cheque a disposición del asegurado, siendo esta distorsión la que da lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012.*

c) *En cuanto al fundamento, se trata (evidentemente) de dos bienes jurídicos o actos distintos entre sí.*

i. *En el caso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2011 de 8 de agosto de 2011 la causa es la contravención al artículo 12.f) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998-de Seguros al haber aquella aseguradora incumplido* ***con la obligación de entregar la información requerida por la APS****. (como bien se ha esquematizado en un Considerando anterior)*

ii. *En el caso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012 la causa es contravención al artículo 17.d) de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003; es decir,* ***la distorsión, falsedad o contradicción en los contenidos de información debida a la Superintendencia.***

Que conviene señalar que inevitablemente respecto al anterior inciso, estamos ante dos contextos o bienes jurídicos tutelados, o más aún, frente a dos actos administrativos de parte del regulado, distintos. En el caso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216-2011 de 8 de agosto de 2011, el bien jurídico protegido es el deber u obligación legal del regulado ante la entidad fiscalizadora, de proporcionar la documentación e información solicitada. Mientras que en el caso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012, el bien jurídico protegido es la obligación del regulado de proporcionar información veraz, completa y no contradictoria ante todo, no desfigurada, no deformada ni torcida, es decir proporcionar información ajustada a la realidad.

Que como primera conclusión debe mencionarse que, en el caso del recurso de revocatoria que nos ocupa, se evidencia que no existe concurrencia de los tres elementos esenciales para que se configure la doble sanción, por lo que al faltar dos de los tres elementos necesarios y capitales, cuales son la identidad de fundamento y la identidad de hechos, no hay violación del principio ***non bis in idem****.*

CONSIDERANDO:

Que, dicho lo anterior, debe irse al desglose y contrastación de las alegaciones del recurso de revocatoria con los elementos de doctrina y legislación analizados.

Que en cuanto al argumento 1, 2 y 3 del Considerando quinto de esta resolución, esta APS nada tiene que objetar.

Que en cuanto al argumento 4 del Considerando quinto de esta resolución, debe manifestarse que siendo verdad el tenor de la carta de ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *respecto a que informaba que el cheque del pago del siniestro estaba en caja listo para ser recogido por el beneficiario; sin embargo debe considerarse que no fue esto lo que la APS solicitó, en su momento, a la aseguradora.*

Que en cuanto a los argumentos 5 y 6 del Considerando quinto de esta resolución, hay que delimitar los contextos de la correspondencia intercambiada. El incumplimiento de lo que se solicitó a través de la carta CITE: APS/DS/JTS/752/2011 de 20 de mayo de 2011 derivó en la emisión de la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 216-2011 de 8 de agosto de 2011.

Que se debe recordar que, lo que dio inicio al proceso sancionatorio que derivó en la emisión de la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012, fue la carta de 18 de julio de 2011 de la empresa TRUCK GERÓNIMO dirigida a la APS, en la que se indicaba que "… efectivamente, ya cobramos el cheque el pago corresponde a una parte como pago del camión pero aun falta el segundo pago del camión y el pago total del remolque que aun se tramita en las oficinas de seguros illimani (sic). *El cheque que se cobró no es el total del siniestro…".*

Que se puede entonces evidenciar que, son dos cartas las que originan o derivan en dos resoluciones administrativas diferentes entre sí. Cada una de ellas tutelando un bien jurídico distinto; la primera resolución, vela por el cumplimiento del deber u obligación de proporcionar la información y documentación que la APS solicite; la segunda resolución administrativa, tutela el bien jurídico del deber u obligación que tiene el regulado, de proporcionar información o documentación veraz, no distorsionada o falsa, cuando así lo haya solicitado la APS.

Que en cuanto al argumento 7 del Considerando quinto de esta resolución, la misma queda refutada por los análisis precedentes, ya que no habiendo doble sanción por un mismo hecho, o sanción por un mismo fundamento, no hay violación del principio NON BIS IN IDEM; ergo, tampoco hay violación al debido proceso.

Que en cuanto al argumento 8 del Considerando quinto de esta resolución, es menester recordar lo dispuesto por el último párrafo del artículo 23 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 que señala: "De emitirse la resolución administrativa sancionatoria, ésta deberá encontrarse debidamente fundamentada, precisando la infracción cometida, la sanción a aplicarse, el plazo y las modalidades de su ejecución, las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir…"

Que lo anterior tiende, precisamente, a objetivar las garantías y acciones del debido proceso, pudiendo encontrarse los requisitos señalados en el párrafo anterior, en la resolución que se recurre. En efecto, ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *ha gozado de todas las prerrogativas que como titular de derechos subjetivos, le reconoce la norma; tanto es así, que en este ejercicio pleno incluso ha solicitado apertura de término probatorio adicional para producir y practicar sus probanzas.*

Que en cuanto al argumento 9 del Considerando quinto de esta resolución, la APS pudo o no pudo hacer mención a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216 de 8 de agosto de 2011, ya que dentro el desarrollo de su ratio decidendi no juzgó ni juzga

imperativo o necesario considerar aquella primera resolución, aspecto que no invalida ni un ápice a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012. Como hemos señalado varias veces, mientras la resolución recurrida lleve en su contenido los requisitos esenciales de validez, no hay ninguna limitación o imperativo legal para citar o no a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216 de 8 de agosto de 2011. Más aún, si se tiene en consideración que ambas resoluciones administrativas se originan en distintos escenarios legales y factuales.

Que en cuanto al argumento 10 del Considerando quinto de esta resolución, esta APS nada tiene que objetar.

CONSIDERANDO:

Que en lo tocante a las pruebas presentadas por ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *especificados en un Considerando anterior, básicamente consisten en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2011 de 8 de agosto de 2011 "que no fue citada en la resolución que se impugna"; en la carta de TRUCK GERÓNIMO por la cual se comunica a la APS que la aseguradora no pagaba por el siniestro ocurrido el 16 de julio de 2010; que tanto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2011 de 8 de agosto de 2011 como la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247/2012 de 24 de abril de 2012 valoran las mismas pruebas incurriéndose en doble sanción; y, que se está vulnerando el principio NON BIS IN IDEM,*

CONSIDERANDO:

Que conviene reiterar que instrumentalmente, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2011 de 8 de agosto de 2011 como la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247/2012 de 24 de abril de 2012 se basan en distintos hechos aunque muy relacionados entre sí, y que como fundamento, ambas resoluciones se basan en distintos hechos y por tanto, tiene distintas fundamentaciones.

Que se ha indicado que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2011 de 8 de agosto de 2011 se origina en la falta de información de la aseguradora, que por ley, tiene la obligación de proporcionar a la APS. La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247/2012 de 24 de abril de 2012 se origina en la respuesta que la aseguradora proporciona la APS, distorsionando la realidad de los hechos; ocurrió que inicialmente, ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *informó que el cheque se encontraba en caja a disposición del asegurado, dando a entender que la totalidad del pago del siniestro estaba a disposición de TRUCK GERÓNIMO (ya que este extremo era únicamente de conocimiento de SEGUROS ILLIMANI S.A.) cuando la realidad era que la aseguradora, solamente había pagado una parte del siniestro.*

Que informar en este sentido (aclarando que debido a trámites pendientes o lo que fuera, no se estaba cubriendo la totalidad del siniestro) a la APS era de obligación primaria de ***SEGUROS ILLIMANI S.A.****, tal cual se desprende del parágrafo segundo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 que establece que la "SPVS estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de*

forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, ***se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad****, en este caso y en todos los similares." (Las negrillas y subrayado son de la APS).*

Que nada de esto ocurrió y ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *distorsionó su información a la APS, a sabiendas de que no estaba informando la realidad del pago. Reiteramos que la distorsión de la información era de conocimiento únicamente de aquella aseguradora, ya que el ente fiscalizador mal podía suponer, o adivinar, que* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *estaba pagando sólo una parte del siniestro y no la totalidad* (…)

Que el conjunto de alegaciones y pruebas presentados en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 247 de 24 de abril de 2012, tampoco la sanción impuesta, por lo que se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la referida resolución administrativa, correspondiendo confirmar la misma…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Que, en fecha 27 de julio de 2012, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 475-2012 de 11 de julio de 2012, expresando lo siguiente:

"…***4. Fundamentación de Derecho.***

Si bien es cierto que la Resolución Administrativa IS N° 602, de fecha 24 de octubre de 2003, regula los tipos de infracciones y sanciones previstos por la Ley de Seguros cuya imposición está a cargo de la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (ahora APS), no es menos cierto que el Artículo 2, de la mencionada Resolución, establece como principios (sic) *de la misma, el* ***PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO****, señalando que "es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos,* ***obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos****", acá debemos realizar las siguientes observaciones:*

4.1. *Dentro de esta Resolución no se aplica el principio del non bis in idem, el mismo, que es definido según* ***Trayter Jiménez: "non bis in idem" encierra un tradicional principio general del Derecho con un doble significado: de una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Por otra parte, es un principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto. Esta vertiente procesal impide no sólo la dualidad de procedimientos - administrativo y penal- sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de***

esos órdenes jurídicos como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada. Aclarando que este principio constitucional esta (sic) ***relacionado con el Derecho al Debido Proceso Contenido*** (sic) ***en el artículo 115, apartado II de la Constitución Política del Estado.***

4.2. La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/247-2012, de fecha 24 de abril de 2012, en su parte CONSIDERATIVA, no hace mención en ningún momento a la ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2011, de fecha 08 de agosto de 2011****, por lo que no está debidamente fundamentada y motivada, con plena valoración de los antecedentes del caso, es decir, se vulnera el artículo 4) de la Ley del Procedimiento Administrativo, literal c) que menciona que la administración pública y sus decisiones se regirán por el sometimiento pleno a la Ley, por lo que al no haber emitido una Resolución Fundamentada, que valore todos los antecedentes del presente caso, su autoridad está vulnerando nuestro derecho a someternos a un Debido Proceso de acuerdo a lo establecido en el Artículo 115, apartado II de la Constitución Política del Estado, reiterando nuevamente que se nos está sancionando nuevamente por un mismo hecho.*

4.3. La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°247/2012, no protege y no sanciona lo denunciado por el asegurado sino que vas mas allá de lo solicitado y sanciona un incumplimiento a la APS y no el incumplimiento al pago del asegurado que fue denunciado desde un primer momento, aclarando que ahora tampoco podremos ser sancionados por este extremo pues ya paso la oportunidad de la APS para imponer la respectiva sanción.

5. Petitorio.

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175, establecidos para la presentación del Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo (sic) *66 - 68e* (sic) *la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:*

i. Admita el presente Recurso Jerárquico.
ii. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCION IMPUGANADA (sic)…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En razón a los reclamos de fechas 20 de enero de 2011 y 2 de mayo de 2011, referidos a la demora de **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** en el pago del siniestro asegurado y ocurrido, a favor del beneficiario señor Marín Gerónimo Hualco (Gerente propietario de Truck Gerónimo), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante notas APS/DS/JTS/752/2011 de 20 de mayo de 2011 y APS/DS/JTS/1172/2011 de 9 de junio de 2011, dispuso que la entidad aseguradora le haga presente: 1. copia completa y foliada del file del siniestro, 2. Copia completa "*de la poza* (sic) *contratada*" (refiriéndose a la póliza), y 3. Informe detallado que establezca su posición respecto al siniestro reclamado.

En respuesta a la precitada nota APS/DS/JTS/1172/2011, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** dio respuesta mediante nota PE/808/11 de 13 de junio de 2011, por la que deja constancia de:

> "…*en atención a su nota mencionada en la referencia comunicamos a su Autoridad que el cheque de pago* ***correspondiente a la liquidación del reclamo*** *presentado por la empresa Truck Gerónimo se encuentra disponible para su cobro en caja de esta Aseguradora y podrá ser recogido en cualquier momento*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme se aprecia, dicha nota -PE/808/11-, no obstante señalar en su referencia responder a la nota APS/DS/JTS/1172/2011, no atendió los requerimientos documentales dispuestos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por lo que mediante nota APS/DJ/DS/Nº 1694/2011 de 8 de julio de 2011, notificó a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, con el siguiente cargo:

> "…***Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883, de 25 de junio de 1998****, por haber incumplido con la entrega de la información requerida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, respecto al reclamo presentado por la Empresa de Transportes Truck Gerónimo*…"

Tal notificación de cargos mereció la sustanciación de otro proceso recursivo, (distinto al que corresponde el caso de autos), por el cual se pronunciaron las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 216-2011 de 8 de agosto de 2011 (sancionatoria) y APS/DJ/DS/Nº 323-2011 de 26 de septiembre de 2011 (a un Recurso de Revocatoria).

Aclaración que importa ser precisada, debido a que dicho proceso, si bien no forma parte del presente caso como se señaló, sin embargo forma parte de los alegatos de la recurrente que se conocen y resuelven por el presente.

Ahora bien; siguiendo la relación de hechos, tenemos que en función al reclamo presentado por el beneficiario del Seguro, mediante nota de 18 de junio de 2011, donde señalaba que el pago del siniestro estaba incompleto, mediante nota APS/DS/JTS/2316/2011 de 3 de agosto de 2011, el Ente Regulador solicitó a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**, informe sobre las razones por las que no se habría cancelado la totalidad del siniestro reclamado.

En respuesta a esta última, **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la nota PE/1144/11 de 16 de agosto de 2011, por la que aclara que:

> "…*Si bien en nuestra nota Cite PE/808/1* (sic)*, se indica que el pago sobre el reclamo estaría listo para su cobro,* ***en ningún momento se indicó ese es pago total del siniestro****, no obstante, como es de conocimiento del asegurado, Seguros Illimani S.A. se encuentra a la espera de las facturas por las reparaciones para su respectivo reembolso. En ese sentido,* ***una vez se reciban dichas facturas se procederá al pago dentro de los plazos que indica la norma***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entendiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en la conducta de **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** existiría una contravención al artículo 17º, inciso d), de la Resolución Administrativa Nº 602 de 24 de octubre de 2008 "*al haber distorsionado la información contenida en las notas CITE: PE/808/2011 y 1144/2011 de 13 de junio y 16 de agosto de 2011, respecto al pago correspondiente al siniestro ocurrido en fecha 16 de julio de 2010 de la Empresa de Transportes Truck Gerónimo*", emitió la nota de cargos APS/DJ/DS/1735/2012 de 9 de marzo de 2012, la que si bien no fue de principio contestada -mediante la presentación del correspondiente descargo- por parte de la ahora recurrente, sí ameritó la interposición de los Recursos de Revocatoria y Jerárquico, según se fueron pronunciando las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012 y APS/DJ/DS/Nº 475-2012 de 11 de julio de 2012.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Fundamentación y carácter recursivo de la resolución impugnada.-

SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA, en el memorial de su Recurso Jerárquico, invoca "*el* ***PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO****, señalando que "es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos,* ***obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos***…", en función a tal extremo (numeral 4), hace depender sus restantes alegaciones (numerales 4.1, 4.2 y 4.3).

A este respecto y no obstante que tal expresión no conlleva en sí misma agravio alguno, dado el énfasis impuesto por la recurrente, se debe en principio dejar constancia que, conforme se evidencia de la lectura y revisión de la Resolución Administrativa recurrida -APS/DJ/DS/Nº 475-2012 de 11 de julio de 2012- la misma se encuentra debidamente fundamentada en los términos de los artículos 28º, inciso e), 30º, 63º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Sin embargo importa hacer hincapié, que las menciones del Ente Regulador "*en cuanto al argumento 1, 2 y 3 del Considerando quinto de esta resolución, esta APS nada tiene que objetar*" y de igual manera "*en cuanto al argumento 10 del Considerando quinto de esta resolución, esta APS nada tiene que objetar*", no hacen a una fundamentación como tal,

toda vez que dichos numerales obtenidos de la impugnación presentada por la recurrente, están referidos a:

> "…*Que en tiempo hábil y oportuno mediante Memorial presentado el 18 de junio de 2012,* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 247-2012 de 24 de abril de 2012, alegando, de manera resumida, lo siguiente:*
>
> ***1.*** *Apersonamiento, cuyos antecedentes se dan por reproducidos.*
>
> ***2.*** *La base para la imposición de la sanción contenida en la Resolución que se impugna tiene su origen en el CITE: APS/DS/JTS/752/2011 de 20 de mayo de 2011, en el que se solicitaba:*
>
> ***a)*** *Copia completa y foliada del file del siniestro.*
> ***b)*** *Copia de la póliza contratada.*
> ***c)*** *Informe sobre la posición de la empresa* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.***
>
> ***3.*** *Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 216-2011 de 8 de agosto de 2011, se impone a la compañía la multa de 784 UFV´s por haber incumplido con la entrega de la información requerida en la carta citada en el párrafo anterior, a raíz del reclamo de la empresa TRUCK JERÓNIMO* (…)
>
> ***10.*** *Finalmente, solicita la revocatoria total de la resolución impugnada…*"

Resultando entonces que la Resolución Administrativa ASP/DJ/DS/N° 475-2012 de 11 de julio de 2012, ha descrito cual si fueran alegatos, determinadas características de forma, que son propias de la técnica de elaboración de los memoriales, empero que no hacen al fondo de lo solicitado en el escrito de 18 de junio de 2012; de allí su conclusión de que "*esta APS nada tiene que objetar*", por cuanto los extremos propiamente recurridos, son considerados y resueltos en el tenor de la restante Resolución Administrativa.

Por otra parte, la recurrente (en el numeral 4.2 de su recurso), señala que:

> "…*La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/247-2012, de fecha 24 de abril de 2012, en su parte CONSIDERATIVA, no hace mención en ningún momento a la* ***Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 216/2011, de fecha 08 de agosto de 2011****, por lo que no está debidamente fundamentada y motivada, con plena valoración de los antecedentes del caso, es decir, se vulnera el artículo 4) de la Ley del Procedimiento Administrativo, literal c) que menciona que la administración pública y sus decisiones se regirán por el sometimiento pleno a la Ley, por lo que al no haber emitido una Resolución Fundamentada, que valore todos los antecedentes del presente caso, su autoridad está vulnerando nuestro derecho a someternos a un Debido Proceso de acuerdo a lo establecido en el Artículo 115, apartado II de la Constitución Política del Estado…*"

A este respecto, importa señalar que (conforme a la aclaración que sale en la parte de antecedentes supra), la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 216-2011 de 8 de agosto de

2011 (sancionatoria) y la consiguiente Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 323-2011 de 26 de septiembre de 2011 (a su Recurso de Revocatoria), **conforman otro proceso administrativo sancionador**, emergente de la notificación de cargos APS/DJ/DS/Nº 1694/2011 de 8 de julio de 2011, también imputado a **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA.**

Pese a ello, la recurrente exige en recurso, la mención precisa y exacta de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 216/2011 de fecha 8 de agosto de 2011**, en el entendido de que la existencia de la misma le es beneficiosa a su pretensión, por cuanto demostraría que se le estaría sancionando por un mismo hecho, invocando de esta manera el principio administrativo *non bis in idem*, más al contrario importa afirmar que dicho argumento sí fue considerado y resuelto en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 475-2012 de 11 de julio de 2012, conforme consta en los términos de su redacción.

Sin embargo el argumento referido al doble procesamiento presentado por la recurrente, será específicamente tratado en el numeral 2.2. infra.

Por lo que, volviendo al análisis concreto del presente numeral, corresponde dejar constancia que la fundamentación de las resoluciones, antes que resultar extensas, deben principalmente permitir conocer los razonamientos que determinaron la decisión, conforme lo señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0300/2010-R:

> "…*La motivación de los fallos* (…) *está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz* (…) *y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión…, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo, ello no supone que… tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamento la resolución; y así, dada esa comprensión, puedan también ser revisados esos fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el orden amiento*…"

Entonces, como se evidencia de la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/247-2012 de fecha 24 de abril de 2012, la misma consideró los argumentos presentados por la recurrente, los fundamentó y por lo tanto emitió la resolución correspondiente.

Igual conclusión se arriba en cuanto a la mención "*interponer recursos*" que sale en el Recurso de Revocatoria, sobre el que consta ningún alegato en concreto y lo que en todo caso viene cumpliéndose a cabalidad, conforme la existencia misma del Recurso de Revocatoria lo demuestra, sin lugar a mayor consideración a este respecto.

2.2. El principio de la *non bis idem*.-

Alega también la recurrente, que en la resolución impugnada "*no se aplica el principio del*

non bis in idem", invocando el "*doble significado*" del principio señalado, para concluir en que se la estaría "*sancionando nuevamente por un mismo hecho*".
Para ello, cita a Joan Manuel Trayter Jiménez, en cuanto a que:

> "…*de una parte, su aplicación* -se refiere al principio de la *non bis in idem- impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista* ***identidad de sujeto, hecho y fundamento***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que, importa precisar los alcances del Principio *non bis in idem,* mismo que proclama la imposibilidad de juzgarse a una persona dos veces por la misma causa, basado ello en el interés superior que es el de seguridad jurídica, y que impide que alguien pueda estar indefinidamente sujeto a persecuciones litigiosas, cuando ya ha sido procesado, sancionado y cumplida su sanción, o en su caso ya fue absuelto; principio que hace que los fallos firmes no puedan ser revisados ni intentarse otra vez la materia de la controversia.

Resulta necesario relevar el que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 475-2012 de 11 de julio de 2012 -ahora recurrida- ha puesto énfasis en la necesaria concurrencia de la identidad del sujeto, hecho y fundamento, criterio jurídico y técnico firmemente establecido por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, inclusive, plenamente firme, vigente y subsistente en la actualidad, determinando los requisitos de aplicabilidad de la *non bis in idem*, de la siguiente manera:

> "…*El* ***non bis in idem*** *supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre "...la identidad de sujeto, hecho y fundamento..." que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige este principio para ser apreciado" (los subrayados son de la APS).*
>
> *Que, asimismo, el Tribunal Constitucional español indica que "....el principio general de derecho conocido por NON BIS IN IDEM supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración..." (STS 2/1981). Posteriormente, se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues "...semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado..." (El subrayado es de la APS)*

Que el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano ha señalado, mediante S.C.2010-R de 17 de agosto de 2010: "En cuanto al alcance del principio NON BIS IN IDEM; es decir, la prohibición de doble sanción y por ende doble juzgamiento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: '… implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad (el subrayado es de la APS)…"

Al presente, no se puede sino concluir en la aplicación pertinente que de tal principio ha realizado el Ente Regulador, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 475-2012 de 11 de julio de 2012, por cuanto, conforme lo visto supra, ha hecho una aplicación correcta de las exigencias técnico-jurídicas que hacen a la *non bis in idem*, primero enunciándola a los fines de precisarla, y luego identificando cada uno de sus requisitos cuales son sujeto, hecho y fundamento, para compulsarlos con los del otro proceso sancionatorio y recursivo al que se refiere la recurrente (nota de cargo APS/DJ/DS/Nº 1694/2011 de 8 de julio de 2011, Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 216-2011 de 8 de agosto de 2011 –sancionatoria- y APS/DJ/DS/Nº 323-2011 de 26 de septiembre de 2011 a un Recurso de Revocatoria), para concluir en que:

"…*en el caso del recurso de revocatoria que nos ocupa,* ***se evidencia que no existe concurrencia de los tres elementos esenciales para que se configure la doble sanción, por lo que al faltar dos de los tres elementos necesarios y capitales, cuales son la identidad de fundamento y la identidad de hechos****, no hay violación del principio* ***non bis in idem***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por pertinente, se trae a colación lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 066/2011 de 9 de diciembre de 20011, la que establece que:

"…*En principio, cabe señalar que no es la identidad de las normas infringidas o de las sanciones impuestas, las que determinan un doble procesamiento por un mismo hecho, sino que como Ruiz Cernades, autor de "El principio non bis in idem en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal", define:*

"…*los procedimientos administrativos o judiciales por un mismo hecho que tienen identidad, es decir, cumplen con los requisitos previstos por el NON BIS IN IDEM, que son los siguientes:*

El sujeto.- Debe ser la misma persona a la cual se le inició una instrucción penal y a ella misma, se le inicia un procedimiento administrativo sancionador.

Los Hechos.- Los acontecimientos suscitados, deben ser penados o sancionados tanto por el órgano jurisdiccional como por la autoridad administrativa, es decir el supuesto consecuencia para cada caso está en

función al hecho antijurídico materializado (incumplimiento de una norma o un deber de cuidado en materia penal o administrativa).
Los Fundamentos.- Está referido a los fundamentos jurídicos, es decir que es lo que se desea: En materia penal qué bienes jurídicos se protegen, y en materia administrativa qué actos se sancionan…"

Entonces y como lo ha establecido el precedente de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 de 17 de marzo de 2010, "Para que exista vulneración al principio del non bis in idem tienen que presentarse de manera concurrente las tres identidades: sujeto, hecho y fundamento ***faltando uno de ellos no se configura la vulneración****" Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)…"*

Empero además, la recurrente amplía la cita a Joan Manuel Trayter Jiménez, en cuanto a que:

"…*Por otra parte, es un principio procesal en virtud del cual* ***un mismo hecho*** *no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto. Esta vertiente procesal* ***impide*** *no sólo la dualidad de procedimientos -administrativo y penal- sino también* ***el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos ordenes jurídicos como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada***…"(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es decir, se despoja aquí al principio de sus exigencias de identidad de sujeto y de identidad de fundamento, para limitarlo al de identidad de hechos, empero entendido en su sentido más esencial, sin consideración a cualquier carácter técnico jurídico.

No obstante que tal propuesta pudiera resultar tan valedera como controversial, debe dejarse constancia que si de lo que se trata es de compulsar, ahora, la identidad de los hechos -como importa la alegación de **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA**- para determinar la aplicabilidad o no de la *non bis in idem*, es pertinente remitirse nuevamente a la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 475-2012 de 11 de julio de 2012, la que en lo pertinente señala:

"…*En cuanto a los hechos, se trata de derivaciones de la solicitud de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros efectuada a* ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *en sentido de proporcionar información y documentación en torno al reclamo de la empresa transportadora TRUCK GERÓNIMO.*

i. *En un primer hecho, la APS solicita información a la aseguradora emergente de la denuncia de TRUCK GERÓNIMO de que no se le estaba pagando por el siniestro de 16 de julio de 2012, que da lugar a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 216 de 8 de agosto de 2011* (determinando que el hecho sancionado como tal, es la falta de entrega de la información emergente de ese antecedente).

> ***ii.*** *En un segundo hecho y a raíz de la carta de TRUCK GERÓNIMO en sentido de que no se le había pagado la totalidad del siniestro, la aseguradora informa que el cheque se encuentra a disposición del asegurado, dando a entender que la totalidad del siniestro estaba ya contemplado en el cheque a disposición del asegurado, siendo esta distorsión la que da lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 247-2012 de 24 de abril de 2012…*"

Efectivamente y conforme a la nota de cargos APS/DJ/DS/1735/2012 de 9 de marzo de 2012, mientras que en el presente proceso se ha imputado y sancionado el ***"haber distorsionado la información contenida en las notas CITE: PE/808/2011 y 1144/2011 de 13 de junio y 16 de agosto de 2011, respecto al pago correspondiente al siniestro ocurrido en fecha 16 de julio de 2010 de la Empresa de Transportes Truck Gerónimo"* en contravención al artículo 17°, inciso d), de la Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2008**, en el proceso sancionador recursivo que alude **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** (para acusar doble procesamiento) la nota de cargos APS/DJ/DS/1694/2011 de 8 de julio de 2011, refiere imputarse "*por **haber incumplido con la entrega de la información requerida por la Autoridad de Fiscalización de Pensiones y Seguros, respecto al reclamo presentado por la Empresa de Transportes Truck Gerónimo", en contravención al artículo 12ª, inciso j) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros).***

Importan entonces, dos conductas distintas y diferentes, no obstante originadas en un común reclamo, por tanto dos hechos diferentes los que han sido correctamente sustanciados y resueltos por separado, determinando que se refieran en dos cargos distintos y por tanto, conlleven dos sanciones, una para cada uno de los cargos.

Por consiguiente, no existe aquí, en ninguna de las dos maneras en las que enfoca la recurrente, infracción al principio *non bis in idem*.

2.3. Facultad sancionadora de oficio del Ente Regulador.-

Por último, en su acápite 4.3., la recurrente **SEGUROS ILLIMANI SOCIEDAD ANÓNIMA** argumenta que:

> "*…La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°247/2012, no protege y no sanciona lo denunciado por el asegurado sino que vas mas allá de lo solicitado y sanciona un incumplimiento a la APS y no el incumplimiento al pago del asegurado que fue denunciado desde un primer momento…*"

Dicho argumento objeta la competencia del Ente Regulador para seguir procesos sancionatorios de oficio (es decir, "*más allá*" de lo denunciado por el asegurado), por lo que, es pertinente traer a colación la normativa aplicable donde se determinan las atribuciones y competencias de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, cual se procede a continuación:

La Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998 -de Seguros-, en su artículo 43°, establece que:

"…***ARTICULO 43. - ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-***

La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones: (…)
c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción…"

Por su parte y en estrecha relación la determinación dada en el artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 -de Pensiones- que establece:

"…***ARTÍCULO 168.- (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).***

El Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones: (…)

b) Fiscalizar, supervisar, ***regular****, controlar, inspeccionar y* ***sancionar*** *a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros,* ***Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción****, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.*

c) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Normas que permiten concluir en definitiva e inequívocamente, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, goza de competencia para seguir procesos administrativos sancionatorios, imponer sanciones en materia de seguros ante el incumplimiento o infracción que pudieran cometer las entidades que se encuentran bajo su regulación y control, pudiendo ejercitar tal facultad de oficio, sin que para ello medie denuncia o reclamo alguno, extremo que inhibe a esta instancia de mayores consideraciones al respecto.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 475-2012 de 11 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 247-2012 de 24 de abril de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2012

TOMO V

BOLIVIA

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
Calle Bolivar Nº 688

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS
Av. Camacho esq. Loayza Nº 1413
Telf.: (591-2) 2203434
(591-2) 2201204
Fax: (591-2) 2200501
http://www.economiayfinanzas.gob.bo

Depósito Legal:

Edición 2013

La Paz - Bolivia

INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS — PAG.

70. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 070/2012 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2012** **2827**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

71. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012** **2919**
RECURRENTE: NOEMY ENRRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS

72. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 072/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012** **2955**
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

73. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 073/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012** **2987**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI

74. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 074/2012 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012** **3031**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

75. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 075/2012 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012** **3089**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

76. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 076/2012 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012** **3163**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

77. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 077/2012 DE 21 DE DICIEMBRE DE 2012** **3197**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

78. **MEFP/VPT/SIREFI/Nº 078/2012 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2012** **3223**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

79. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 079/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012** **3249**
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

80. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 080/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012** **3289**
RECURRENTE: ALDO YANI MORO GUTIÉRREZ

81. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 081/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012** **3327**
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

82. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 082/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012** **3359**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FÁTIMA LTDA.

83. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 083/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 3391
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

84. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 3431
RECURRENTE: BANCO LOS ANDES PROCRÉDIT S.A.

85. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 085/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 3477
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.

86. ESTADÍSTICAS..... 3513

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 471-2012 DE 05 DE JULIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 070/2012 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 070/2012

La Paz, 05 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 471-2012 de 5 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 223-2012 de 10 de abril de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 041/2012 de 12 de octubre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 130/2012 de 24 de octubre de 2012, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 27 de julio de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito

Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 471-2012 de 5 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 223-2012 de 10 de abril de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 3 de agosto de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 7 de agosto de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/820/2012 de 2 de febrero de 2012**,** notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

"…II Imputación de Cargos

Cargo 1.- *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador.- *Empresa Constructora AGAA S.R.L. con NIT.- 0000131705022.*
Juzgado Primero de Trabajo de Seguridad Social de La Paz.
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido entre el 12 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010 y desde el 21 de octubre de 2010 al 08 de febrero de 2011.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2008-00067 de 06 de febrero de 2008, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs12.225,43.*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 13 de febrero de 2008 (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando la aplicación de medidas precautorias).*
- *En fecha 22 de febrero de 2008, el Juez dictó Auto Intimatorio de Pago No.25/2008 conminando a la parte demandada al pago de lo adeudado.*

- *Mediante memorial de **12 de noviembre de 2008**, la AFP solicita Notificación por edicto y adjunta informe de Servicio de Impuestos Nacionales sobre los bienes que la Empresa demandada pudiese tener.*
- *Mediante Decreto, el Juez instruye que previamente se adjunte informe de FUNDEMPRESA.*
- *Seguidamente en fecha **11 de octubre de 2010**, la AFP presenta un memorial solicitando que el expediente se ponga a la vista.*
- *Se puede evidenciar que desde el **12 de noviembre de 2008** al **11 de octubre de 2010 el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria**, por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES, por la falta de movimiento procesal.*
- *Mediante memorial de 20 de octubre de 2010, se amplía la demanda, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01435, de 31 de agosto de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs2.617,64.*
- *En fecha **21 de octubre de 2010**, el Juez dictó un decreto instruyendo que previamente rectifique respecto al representante legal y el domicilio de la Empresa.*
- *Mediante memorial de **08 de febrero de 2011**, la AFP adjunta certificado de Servicio Nacional de Identificación Personal, del Servicio Nacional de Impuestos Nacionales y de FUNDEMPRESA y además señala el representante legal y el domicilio real de la Empresa.*
- *Se puede evidenciar que desde el **21 de octubre de 2010** al **08 de febrero de 2011 el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria**, por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES, por la falta de movimiento procesal."*

***Cargo 2.-** Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

***Empleador:** Empresa Municipal de Construcción Servicios EMCOSAV con NIT. 0000123379029.*
Juzgado Primero de Trabajo de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido entre el 21 de mayo de 2009 al 11 de octubre de 2010.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2005-01020 de 27 de julio de 2005, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs411.276,63.*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 03 de agosto de 2005 (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando la aplicación de medidas precautorias).*
- *Posteriormente mediante memorial de 27 de enero de 2009, la Administradora solicita oficios.*

- *Mediante memorial de 09 de marzo de 2009, la Administradora adjunta informe de Derechos Reales.*
- *Por medio del memorial enviado el **21 de mayo de 2009,** la AFP adjunta la publicación del edicto y solicita copia de oficios.*
- *Mediante memorial de **11 de octubre de 2010,** la Administradora solicita que el proceso se ponga a la vista.*
- *Se puede evidenciar que desde el **21 de mayo de 2009** al **11 de octubre de 2010, el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria,** por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES.*

***Cargo 3.-** Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

***Empleador:** Empresa Constructora Murillo y Mejía S.R.L. ECOMYN S.R.L. con NIT-0001029255025.*
Juzgado Primero de Trabajo de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido entre el 16 de octubre de 2007 al 18 de febrero de 2008 y desde el 26 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2007-00304 de 26 de abril de 2007, emitida por el concepto de Mora por el monto de Bs7.896,86, (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando la aplicación de medidas precautorias).*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 15 de mayo de 2007 (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando además la aplicación de las siguientes medidas precautorias: retención de fondos).*
- *En fecha 02 de junio de 2007, el Juez dictó Auto Intimatorio de Pago, conminando a la parte demandada al pago de lo adeudado.*
- *Respecto a la notificación, en fecha 26 de septiembre de 2007, el Oficial de Diligencias del Juzgado Primero del Trabajo y Seguridad Social (juzgado asignado al presente caso), realiza una representación, indicando que la Empresa ya no funciona en el domicilio que se indica en la demanda.*
- *En fecha **16 de octubre de 2007,** mediante Sentencia No. 132/2007, se declara PROBADA la demanda.*
- *Mediante memorial de **18 de febrero de 2008,** la Administradora solicita se proceda a la citación de los herederos.*
- *Se puede evidenciar que desde **16 de octubre de 2007** el **18 de febrero de 2008, el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria,** por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES.*

- *Posteriormente mediante memorial de **26 de noviembre de 2008,** la Administradora solicita ejecutoria de la sentencia.*
- *Por medio del memorial de **11 de octubre de 2010,** la AFP solicita que el proceso se ponga a la vista.*
- *Se puede evidenciar que desde el **26 de noviembre de 2008** al **11 de octubre de 2010, el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria,** por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES.*

***Cargo 4.-** Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

***Empleador:** Empresa Constructora DOMUS SRL con NIT.- 0001016535025.*
Juzgado Primero de Trabajo de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido entre el 22 de enero de 2004 al 02 de julio de 2004, desde el 24 de marzo de 2005 al 09 de marzo de 2006 y desde el 20 de diciembre de 2006 al 11 de octubre de 2010.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2003-00236 de 28 de agosto de 2003, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs7.279,72.*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 03 de septiembre de 2003 (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando la aplicación de medidas precautorias).*
- *En fecha 22 de septiembre de 2003, el Juez dictó Auto Intimatorio de Pago, conminando a la parte demandada al pago de lo adeudado.*
- *Respecto a la notificación, en fecha 24 de septiembre de 2003, el Oficial de Diligencias del Juzgado Primero del Trabajo y Seguridad Social. (juzgado asignado al presente caso), realiza una representación, indicando que a pesar de haberse presentado en el lugar indicado como domicilio del representante legal de la empresa, para realizar la legal notificación de la parte demandada, ésta no pudo ser habida.*
- *Por medio de la Sentencia No. 15/2004, del **22 de enero de 2004**, se declara PROBADA la demanda.*
- *Mediante memorial de **02 de julio de 2004**, la AFP adjunta pase profesional.*
- *Se puede evidenciar que desde el **22 de enero de 2004** al **02 de julio de 2004**, **el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria**, por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES.*
- *El **24 de marzo de 2005**, la parte demandante solicita se oficie a diferentes* (sic) *instituciones.*
- *En el **09 de marzo de 2006**, la AFP mediante memorial solicita desarchivo del proceso.*

- *Se puede evidenciar que desde el **24 de marzo de 2005** al **09 de marzo de 2006**, **el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria**, por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES.*
- *Mediante memorial de **20 de diciembre de 2006**, la Administradora adjunta informe de Tránsito**.***
- *Mediante memorial de **11 de octubre de 2010**, la Administradora solicita que el proceso se ponga a la vista.*
- *Se puede evidenciar que desde el **20 de diciembre de 2006** al **11 de octubre de 2010**, **el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria**, por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES.*

***Cargo 5.-** Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

***Empleador:** Arquitectura e Ingeniería AIROS S.R.L. con NIT.- 0001003587027.*
Juzgado Segundo de Trabajo y de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido entre el 26 de abril de 2010 al 25 de agosto de 2010.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2009-00211 de 01 de septiembre de 2009, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs638,65.*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 22 de septiembre de 2009 (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando la aplicación de medidas precautorias).*
- *En fecha 22 de septiembre de 2009, el Juez dictó Auto Intimatorio de Pago No. 93/09 conminando a la parte demandada al pago de lo adeudado.*
- *Respecto a la notificación, en fecha 26 de marzo de 2010, el Oficial de Diligencias del Juzgado Segundo del Trabajo y Seguridad Social. (juzgado asignado al presente caso), realiza una representación, indicando que a pesar de haberse presentado en el lugar indicado como domicilio del representante legal de la empresa, para realizar la legal notificación de la parte demandada, ésta no pudo ser habida.*
- *Mediante memorial de **26 de abril de 2010**, la parte demandante solicita que se oficie a Servicio Nacional de Identificación Personal.*
- *Mediante memorial de **25 de agosto de 2010**, se amplía la demanda, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01042, de 12 de agosto de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs1.563,90.*
- *Se puede evidenciar que desde el **26 de abril de 2010** al **25 de agosto de 2010**, **el proceso no fue llevado a cabo con la diligencia necesaria**, por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES.*

Cargo 6.- *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social*

Empleador: *Empresa Constructora y Consultora Sociedad GAUDI Arquitecturas S.R.L. con NIT.- 0000154374025.*
Juzgado Segundo de Trabajo y de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido entre el 20 de agosto de 2010 al 08 de diciembre de 2010.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2009-00238 de 10 de septiembre de 2009, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs5.781,25.*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 13 de octubre de 2009 (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando la aplicación de medidas precautorias).*
- *Mediante memorial de 28 de marzo de 2010, la AFP solicita que se oficie a Servicio Nacional de Identificación Personal.*
- *En fecha 29 de julio de 2010, son enviados los oficios.*
- *Mediante memorial de **20 de agosto de 2010**, la Administradora adjunta informe de Servicio Nacional de Identificación Personal y señala nuevo domicilio.*
- *Por medio del memorial de **08 de diciembre de 2010**, la AFP solicita fotocopias simples.*
- *Se puede evidenciar que desde el **20 de agosto de 2010** al **08 de diciembre de 2010**, **no existe un movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES…"*

Cargo 7.- Levantado

"…Cargo 8.- *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: *EMBOC S.R.L. - Santos Constructora con NIT.- 0000143863028.* ***Juzgado Tercero de Trabajo y de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.***
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido entre el 09 de diciembre de 2009 al 08 de abril de 2010 y nuevamente entre el 08 de abril de 2010 al 08 de noviembre de 2010.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2008-00319 de 29 de septiembre de 2008, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs74.603,97.*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 04 de diciembre de 2008 (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando la aplicación de medidas precautorias).*
- *En fecha 18 de diciembre de 2008, mediante decreto, el Juez instruye a la AFP, que previamente señale el número de la Nota de Débito.*
- *Mediante memorial de 27 de enero de 2009, la AFP aclara lo instruido y solicita Auto Intimatorio de Pago.*
- *En fecha 29 de enero de 2009, el Juez dictó Auto Intimatorio de Pago No.04/2009 conminando a la parte demandada al pago de lo adeudado.*
- *Posteriormente la Administradora solicita como medida precautoria la retención de fondos por medio del memorial de* ***09 de diciembre de 2009.***
- *Mediante memorial de* ***08 de abril de 2010,*** *la AFP adjunta informe de Derechos Reales.*
- *Mediante memorial de* ***08 de noviembre de 2010,*** *la AFP amplía la demanda, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01992, de 26 de octubre de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs43.840,58.*
- *Se puede evidenciar que a partir del* ***09 de diciembre de 2009,*** *hasta el* ***08 de abril de 2010, no existe movimiento procesal diligente*** *y nuevamente desde el* ***08 de abril de 2010*** *hasta el* ***08 de noviembre de 2010, no existe movimiento procesal diligente,*** *por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES.*

Cargo 9.- *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: *Vargas Engineering y Construcción "VARENCO" con NIT. 0001001259029.*
Juzgado Tercero de Trabajo de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido entre el 29 de octubre de 2009 al 19 de octubre de 2010.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2008-00241 de 20 de junio de 2008, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs.1.196,79.*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 15 de julio de 2008, solicitando se oficie a Derechos Reales, a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando además la aplicación de las siguientes medidas precautorias: retención de fondos.*

- *En fecha 13 de agosto de 2008, el Juez dictó Auto Intimatorio de Pago No. 075/2008 conminando a la parte demandada al pago de lo adeudado.*
- *Respecto a la notificación, en fecha 16 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias del Juzgado Tercero del Trabajo y Seguridad Social (juzgado asignado al presente caso), realiza una representación, indicando que a pesar de haberse presentado en el lugar indicado como domicilio del representante legal de la Empresa, para realizar la legal notificación de la parte demandada, ésta no pudo ser habida.*
- *Posteriormente mediante memorial de **29 de octubre de 2009**, la AFP solicita remisión de fondos.*
- *Mediante memorial de **19 de octubre de 2010**, la AFP amplía la demanda, solicitando nuevamente la retención de fondos de la empresa como medida precautoria, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01725, de 01 de octubre de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs2.380,93.*
- *Se puede evidenciar que desde el **29 de octubre de 2009,** al **19 de octubre de 2010, no existe un movimiento procesal diligente**, por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al Proceso Ejecutivo Social.*

***Cargo 10.-** Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

***Empleador:** Empresa Constructora DEV. CALABI LTDA. con NIT.- 0000002111292.*
Juzgado Cuarto de Trabajo de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido entre el 19 de febrero de 2010 al 23 de julio de 2010 y entre el 24 de julio de 2010 al 25 de enero de 2011.*

- *Nota de Débito No. 1-02-2008-00381 de 29 de octubre de 2008, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs9.146,21.*
- *La demanda que da inicio al PES correspondiente, fue presentada en fecha 12 de noviembre de 2008 (solicitando se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el demandado pudiese tener, solicitando la aplicación de medidas precautorias).*
- *En fecha 27 de noviembre de 2008, el Juez dictó Auto Intimatorio de Pago No. 60/2008 conminando a la parte demandada al pago de lo adeudado.*
- *Respecto a la notificación, en fecha 29 de enero de 2009, el Oficial de Diligencias del Juzgado Cuarto del Trabajo y Seguridad Social (juzgado asignado al presente caso), realiza una representación, indicando que la empresa ya no tiene domicilio en esa dirección.*
- *Posteriormente el 03 de noviembre de 2009, mediante sentencia N°89/2009, se declara probada la demanda.*
- *Por medio del memorial de fecha **19 de febrero de 2010,** la Administradora solicita que se proceda a la notificación mediante edictos.*

- *Mediante memorial de **23 de julio de 2010,** la AFP adjunta la publicación de los edictos.*
- *Se puede evidenciar que desde **19 de febrero de 2010** al **23 de julio de 2010, no existe movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP.*
- *En fecha **24 de julio de 2010,** el Juez admite el memorial y corre en traslado.*
- *Mediante memorial de **25 de enero de 2011,** la AFP solicita ejecutoría de la sentencia.*
- *Posteriormente, el proceso vuelve a paralizarse, desde el **24 de julio de 2010,** al **25 de enero de 2011, no existe movimiento procesal diligente,** por parte de la AFP, para darle el suficiente impulso procesal al PES…"*

Cargo 11.- Levantado

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.AL.0632/2012 de 26 de marzo de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta descargos alegando lo siguiente:

"…EMPRESA CONSTRUCTORA AGAA S.R.L ANTECEDENTES.-
La presenta (sic) *causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 13 de Febrero de 2008.*
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 22 de Febrero de 2008.
Memorial de desistimiento de 25 de agosto de 2011.

***ESTADO ACTUAL DE LA CAUSA.-** Mediante memorial se procedió a solicitar el Desistimiento de la causa, quedando de esta forma extinguida la acción en virtud a que la empresa ejecutada satisfizo* (sic) *nuestra pretensión.*

DESCARGOS AL CARGO 1.-
Se hace necesario acudir al instituto de la pretensión procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión.
Por regla general la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza. Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entre los cuales está el DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, figura jurídica que se presenta antes de contestada la demanda, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.
En ese sentido y como bien apreciara (sic) *su institución el 25 de agosto de 2011 nuestra parte procedió a solicitar el DESISTIMIENTO DEL PROCESO, extinguiendo nuestra pretensión manifestando que la obligación y la deuda fueron enteramente cancelados por la empresa ejecutada.*
Finalmente esta aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción a sabiendas que la deuda fue cancelada, por ende la conclusión del proceso, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

EMPRESA MUNICIPAL DE CONSTRUCCIÓN SERVICIOS EMCOSAV.
ANTECEDENTES.-
La presenta (sic) *causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 03 de Agosto de 2005.*
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 19 de Septiembre de 2005.
Se emite sentencia el 26 de mayo de 2007.
Mediante auto de 26 de enero de 2008 se procede a declarar ejecutoriada la sentencia.

DESCARGOS AL CARGO 2.-
Causa extrañeza la forma de interpretar y analizar a cabalidad la presente causa por su institución y pretender imputar los cargos que con una claridad meridiana deben considerarse como inexistentes, por no adecuarse a los datos del proceso y menos a la tramitación efectuada por nuestra parte.
Tal como su institución menciona desde el inicio de la demanda hasta el 21 de mayo de 2009 nuestra parte procedió a una diligente y eficaz tramitación procesal, sin embargo, supuestamente recién en fecha 11 de octubre de 2010 se habría continuado con la tramitación, existiendo aparentemente un periodo sin movimiento procesal diligente. Rigiéndonos por los datos del proceso y tomando en cuenta que su autoridad posee las mismas piezas procesales, a continuación transcribimos todas estas gestiones ignoradas y no tomadas en cuenta por su institución, situación que causa enormes perjuicios y agravios a nuestra empresa por no considerarse como tal y no adecuarse a los datos de la presente causa:
Mediante decreto de fecha 22 de mayo de 2009, el Juzgador de la causa acepta el pase profesional anunciado, asimismo ordena que las publicaciones de edictos sean arrimadas a sus antecedentes y ordena la confección de los oficios dirigidos al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público habiéndose cumplido con lo solicitado conforme auto de fs. 98 de obrados.
Mediante nota de entrega de fecha 17 de junio de 2009, se hizo entrega del oficio dirigido al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público.
Tal cual dispone la Corte de Distrito Judicial de La Paz, se dispone la vacación judicial desde el 22 de junio al 11 de julio de 2009, tal cual se establece mediante sello de Juzgado cursante en obrado, quedando suspendidas las labores mientras dure este receso.
En fecha 08 de febrero de 2010 mediante sello se establece el ingreso del oficio dirigido al Organismo Operativo de Transito (sic).
Mediante certificación de 18 de febrero de 2010 emitido por el Organismo Operativo de Transito (sic) *se establece la inexistencia de vehículos pertenecientes a la empresa ejecutada.*
Por memorial de fecha 24 de mayo de 2010 se procede a adjuntar la certificación emitida por el Organismo Operativo de Transito (sic).
Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución posee una tramitación diligente y efectiva, más aún si en estos periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, la retención de fondos y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y

valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales.
Finalmente a fin de recordar los antecedentes procesales que posee su institución, volvemos a adjuntar las copias simples de los memoriales mencionados con sello de juzgado con sus respectivos decretos.

EMPRESA CONSTRUCTORA MURILLO Y MEJIA S.R.L. ECOMYN S.R.L.
ANTECEDENTES.-
La presenta (sic) *causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 15 de Mayo de 2007.*
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 02 de Junio de 2007.
Se emite sentencia el 16 de octubre de 2007.

DESCARGOS AL CARGO 3.-
A fin de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por su institución al involucrar una aparente dilación procesal desde el 16 de octubre de 2007 hasta el 18 de febrero de 2008, causando agravios y lesionando nuestro legitimo (sic) *accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar y recopilar, que si forman parte de una diligente tramitación procesal y que lamentablemente no estarían siendo tomados en cuenta por su institución, menos valoradas, tenemos a bien descargar los cargos con las siguientes actuaciones:*
Mediante memorial de fecha 18 de octubre de 2007, se procede a adjuntar el informe emitido por COTEL, mismo que establece que la empresa ejecutada no posee líneas telefónicas registradas a su nombre, petición decretada por el Juzgador en fecha 19 de octubre de 2007 ordenando que dicho informe se arrime a sus antecedentes.
Mediante memorial de fecha 19 de noviembre de 2007, se adjunta el informe emitido por DD.RR. La Paz, mismo que manifiesta que la empresa deudora no tiene registrado bienes inmuebles a su nombre, escrito que mereció el decreto de 20 de noviembre de 2007, teniéndose por adjunto para fines consiguientes.
Por memorial de 21 de noviembre de 2007, se solicita que mediante la Dirección Departamental de Registro Civil se nos certifique el nombre de los herederos que tuviera el representante legal de la empresa deudora, petición que es aceptada por el juzgador mediante decreto de 22 de noviembre de 2007, disponiendo se oficie al fin impetrado.
Mediante oficio de 05 de diciembre de 2007, se procede a la confección y recojo del oficio dirigido a la Dirección Departamental de Registro Civil.
Memorial presentado a Juzgado en fecha 14 de diciembre de 2007 adjuntando el informe emitido por el Organismo Operativo de Transito (sic) *La Paz el 01 de octubre de 2007 en el que establece que la empresa ejecutada no posee vehículos registrados a su nombre, requerimiento decretado por el Juzgador en fecha 15 de diciembre de 2007, ordenando se adjunte a sus antecedentes.*
Mediante memorial de fecha 15 de Enero de 2008 se procede a adjuntar el informe emitido por DD.RR. EL ALTO, en fecha 30 de noviembre de 2007, en el que establece que la empresa deudora no registra derecho propietario, petición decretada por el Juzgador en fecha 16 de enero de 2008.
En fecha 15 de febrero de 2008 a fin de proseguir con la tramitación de la causa, se solicita se oficie nuevamente a la Dirección Departamental de Registro Civil a fin de que se informe sobre los herederos del representante legal de la empresa ejecutada, en razón

que hasta esa fecha aún no se habría cumplido con esta orden Judicial, solicitud ordenada por el Juzgador mediante decreto de 16 de febrero de 2008.
Mediante escrito de 18 de febrero de 2008, se adjunta el informe emitido por la Corte Departamental Electoral, decretado en fecha 19 de febrero de 2008.
Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales y las actuaciones extraordinarias que no fueron tomadas en cuenta por su institución y que no fueron consideradas, demuestran una tramitación diligente y efectiva, más aún si en los periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales.

EMPRESA CONSTRUCTORA DOMUS S.R.L.
ANTECEDENTES.-
La presenta (sic) *causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 03 de Septiembre de 2003.*
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 22 de Septiembre de 2003.
Se emite sentencia el 22 de enero de 2004.
Mediante auto de 29 de Octubre de 2011 se procede a declarar ejecutoriada la sentencia.

DESCARGOS AL CARGO 4.-
Es necesario establecer que el periodo extrañado por su institución comprende desde la emisión de la sentencia que declara probada nuestra demanda, en ese sentido en ese periodo se procedió a la búsqueda del domicilio real de la empresa deudora, gestiones extrajudiciales que si forman parte de actuaciones procesales pertinentes y diligentes, sea con la finalidad de evitar el estado de indefensión del ejecutado y obtener el cobro de lo adeudado.
Es de esa manera, una vez agotada nuestra gestión de ubicar a esta empresa, y obteniendo malos resultados, se procede a solicitar que la causa continúe con la tramitación mediante edictos de ley, situación que como su institución valorara (sic) *no debe ser tomado como una falta de movimiento procesal sin apreciar estas acciones extrajudiciales que si forman parte de la tramitación procesal con el fin de cumplir con el debido proceso. Por otro lado se procedió también a la averiguación de todos los bienes pertenecientes a la empresa ejecutada, situación que es extrañada por su institución sobre un* (sic) *aparente demora procesal sin tomar en cuenta que dentro de ese periodo nuestra parte estaba procediendo a la ejecución de toda medida precautoria en ejecución de fallos, aguardando de esa forma recuperar lo adeudado, agotando cada medida hasta concluir la causa. Finalmente se debe tomar en cuenta que esta causa se encuentra concluida en razón a la obtención de la sentencia y la ejecutoria de la misma, contando con cada informe de las instituciones pertinentes que aseveran la inexistencia de bienes, por tanto la insolvencia de esta empresa permite la conclusión extraordinaria de la causa.*

ARQUITECTURA E INGENIERÍA AIROS S.R.L.
ANTECEDENTES.-
La presenta (sic) *causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 22 de Septiembre de 2009.*
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 25 de Septiembre de 2009.
Sentencia emitida en fecha 24 de septiembre de 2011.
Memorial de desistimiento de fecha 25 de noviembre de 2011.

DESCARGOS AL CARGO 5.-
Se hace necesario acudir al instituto de la pretensión procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión.
Por regla general la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza. Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entre los cuales está el DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, figura jurídica que se presenta antes de contestada la demanda, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.
En ese sentido y como bien apreciara (sic) *su institución el 25 de noviembre de 2011 nuestra parte procedió a solicitar el DESISTIMIENTO DEL PROCESO, extinguiendo nuestra pretensión manifestando que la obligación y la deuda fueron enteramente cancelados por la empresa ejecutada.*
Finalmente esta aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción a sabiendas que la deuda fue cancelada, por ende la conclusión del proceso, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

EMPRESA CONSTRUCTORA Y CONSULTORA SOCIEDAD GAUDÍ ARQUITECTURAS S.R.L.
ANTECEDENTES.
La presenta (sic) *causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 13 de Octubre de 2009.*
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 16 de octubre de 2009.

DESCARGOS AL CARGO 6.-
Con la finalidad de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por su institución al involucrar una aparente dilación procesal desde el 20 de agosto de 2010 al 08 de diciembre de 2010, causando agravios y lesionando nuestro legitimo (sic) *accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar y recopilar, que si forman parte de una diligente tramitación procesal y que lamentablemente no estarían siendo tomados en cuenta por su institución, menos valoradas, de esa manera tenemos a bien descargar los cargos con las siguientes actuaciones:*
Mediante decreto de fecha 21 de agosto de 2010, el Juzgador de la causa acepta nuestra petición efectuada mediante memorial de 20 de agosto de 2010, teniéndose presente y poniendo que la certificación emitida por la Dirección Nacional de

Identificación sea arrimada a sus antecedentes, asimismo ordena que se apareje a los datos de la causa la certificación emitida por Impuestos Nacionales.
Dando cumplimiento a lo dispuesto por el Juzgador, mediante gestiones internas y extrajudiciales se procedió a solicitar a Impuestos Internos, proceda a la emisión de la certificación solicitada y sea presentada al Juzgado a fin de continuar con la tramitación de la causa. En ese sentido en fecha 17 de septiembre, Impuestos Nacionales emite la respectiva certificación, estableciendo el domicilio real de la empresa ejecutada.
En fecha 21 de septiembre de 2010, se procede a adjuntar la certificación emitida por Impuestos Internos, actuación decretada por el Juzgador en fecha 22 de septiembre de 2010, ordenando que dicho informe sea puesto a conocimiento de la parte ejecutada.
Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución y que no fueron consideradas, demuestran una tramitación diligente y efectiva, más aún si en los periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales…"

Cargo 7.- Levantado

"…EMBOC S.R.L. SANTOS CONSTRUCTORA
ANTECEDENTES.
La presente causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 04 de diciembre de 2008
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 28 de Enero de 2009.
Sentencia de fecha 25 de julio de 2009.

DESCARGOS AL CARGO 8.-
A fin de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por su institución al involucrar una aparente dilación procesal desde el 09 de diciembre de 2009 al 08 de abril de 2010 y desde el 08 de abril de 2010 al 08 de noviembre de 2010, causando agravios y lesionando nuestro legitimo (sic) *accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar y recopilar, que si forman parte de una diligente tramitación procesal y que lamentablemente no estarían siendo tomados en cuenta por su institución, menos valoradas, tenemos a bien descargar los cargos con las siguientes actuaciones: Tal como es de conocimiento de su institución el receso judicial anual dispuesto por el Distrito Judicial comprendió desde el 24 de diciembre de 2009 hasta el 03 de enero de 2010.*
En fecha 8 de febrero de 2010, se procede a ejecutar el ingreso del oficio dirigido a DD.RR. La Paz a fin de que se informen sobre los bienes inmuebles registrados a nombre de la empresa deudora
En fecha 05 de marzo de 2010, se emite mediante DD.RR. La Paz la certificación solicitada.
Por memorial de 08 de abril de 2010, se procede a adjuntar la certificación emitida por DD.RR. La Paz, mismo que establece que la empresa ejecutada no posee bienes inmuebles registrados a su nombre, actuación decretada por el Juzgador en fecha 09 de abril de 2010, ordenando que dicho informe sea arrimado a sus antecedentes.

Tal cual dispone el Distrito Judicial de La Paz se determino (sic) *la vacación judicial desde el 25 de junio de 2010 hasta el 18 de julio de 2010, quedando suspendidas las labores judiciales.*
Mediante memorial de 10 de agosto de 2010 se solicita la ampliación de la deuda.
En fecha 14 de septiembre de 2010 se confecciona mediante secretaria (sic) *de Juzgador el oficio dirigido a la ASFI.*
En fecha 15 de septiembre de 2010 se recogió el oficio dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a fin de que se proceda a la retención de fondos propios de la empresa ejecutada.
En fecha 28 de septiembre de 2010 se procede al ingreso del respectivo oficio a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a fin de proceder con la retención de fondos.
Mediante memorial de fecha 08 de octubre de 2010 se procede a solicitar una nueva ampliación de deuda. Asimismo se solicita la retención de fondos por un nuevo monto adeudado, petición aceptada por el Juzgador mediante auto intimatorio ampliatorio de fecha 09 de noviembre de 2010.
Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución y que no fueron consideradas, demuestran una tramitación diligente y efectiva, más aún si en los periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales, debiendo desestimar los cargos injustamente impuestos a nuestra institución.

VARGAS ENGINEERÍNG & CONSTRUCCIÓN "VARENCO"
ANTECEDENTES.
La presenta (sic) *causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 15 de Julio de 2008.*
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 13 de Agosto de 2008.
Memorial de desistimiento de fecha 03 de mayo de 2011.

DESCARGOS AL CARGO 9.-
Se hace necesario acudir al instituto de la pretensión procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión.
Por regla general la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza, Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entre los cuales está el DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, figura jurídica que se presenta antes de contestada la demanda, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.
En ese sentido y como bien apreciara (sic) *su institución el 03 de mayo de 2011 nuestra parte procedió a solicitar el DESISTIMIENTO DEL PROCESO, extinguiendo nuestra pretensión manifestando que la obligación y la deuda fueron enteramente cancelados por la empresa ejecutada.*
Finalmente esta aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrarío, se habría efectuado una

tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción a sabiendas que la deuda fue cancelada, por ende la conclusión del proceso, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

EMPRESA CONSTRUCTORA DEV. CALABI LTDA.
ANTECEDENTES.
La presenta (sic) *causa fue ingresada mediante auxiliatura de Sala Social Administrativa en fecha 12 de Noviembre de 2008.*
El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 27 de Noviembre de 2008.
Sentencia de fecha 03 de noviembre de 2009.
Auto de ejecutoría de la sentencia de fecha 24 de julio de 2010.

DESCARGOS AL CARGO 10.-
A fin de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por su institución al involucrar una aparente dilación procesal desde el 19 de febrero de 2010 al 23 de julio de 2010 y desde el 24 de junio de 2010 al 25 de enero de 2011, causando agravios y lesionando nuestro legitimo (sic) *accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar y recopilar, que si forman parte de una diligente tramitación procesal y que lamentablemente no estarían siendo tomados en cuenta por su institución, menos valoradas, tenemos a bien descargar los cargos con las siguientes actuaciones:*
En fecha 06 de junio de 2010, se ejecuto (sic) *la primera publicación mediante edictos de ley para la notificación de la empresa ejecutada.*
En fecha 13 de julio de 2010, se realizó la segunda notificación mediante edictos de ley dirigida a la empresa deudora.
En fecha 20 de julio de 2010, se procede a ejecutar la tercera publicación a fin de notificar mediante edictos a la empresa deudora con la sentencia.
Mediante memorial de 23 de julio de 2010, se presenta memorial adjuntando las publicaciones mediante edictos de ley con la sentencia, mismas que establecen la notificación a la empresa ejecutada, petición aceptada mediante decreto de fecha 24 de julio de 2010, instruyendo que los mismos sean arrimados a sus antecedentes.
Mediante auto de fecha 24 de julio de 2010, el juzgador procede a declarar ejecutoriada la sentencia, en virtud a nuestra solicitud mediante memorial de fecha 23 de julio de 2010.
Por otro lado se debe tomar en cuenta que dentro de este periodo se procedió a la averiguación de los bienes propios de la empresa ejecutada, acomodando nuestras solicitudes al estado de la causa, es decir a la sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, vale decir que el juicio prácticamente estaba concluido.
Mediante memorial de fecha 25 de enero de 2011, se procede a solicitar la notificación mediante edictos de ley con la ejecutoria de la sentencia petición aceptada por el juzgador mediante decreto de fecha 26 de enero de 2011.
Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución y que no fueron consideradas, demuestran una tramitación diligente y efectiva, más aún si en los periodos extrañados por si institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una

paralización injustificada de las actuaciones procesales, debiendo desestimar los cargos injustamente impuestos a nuestra institución…"

Cargo 11.- Levantado

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 223-2012 DE 10 DE ABRIL DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 223-2012 de 10 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

***"…PRIMERO.-** Sanciona y desestima Cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

*a) En relación al **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*b) En relación al **Cargo N° 2** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*c) En relación al **Cargo N° 3** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*d) En relación al **Cargo N° 4** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*e) En relación al **Cargo N° 5** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*f) En relación al **Cargo N° 6** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*g) Se levanta el **Cargo N°7**.*

*h) En relación al **Cargo N° 8** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de*

Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

i) *En relación al **Cargo N° 9** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

j) *En relación al **Cargo N° 10** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3000 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

k) *Se levanta el **Cargo N°11**.*

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."*

Los argumentos de la presente resolución son los siguientes:

"…Que con respecto a cada uno de los cargos, se expresa lo siguiente:

AL CARGO N° 1

(…)

De los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

La Administradora basa su argumento en haber logrado satisfacer su pretensión, y por tal razón presenta un memorial de Desistimiento del proceso en fecha 15 de agosto de 2011, sin embargo, la paralización imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS a Futuro de Bolivia S.A. AFP, se refiere a períodos amplios de tiempo en los que la Administradora no habría efectuado ningún actuado procesal, dilatando el proceso y ocasionando perjuicio al Asegurado, los mismos que son anteriores a la presentación del memorial de Desistimiento del proceso, y se detallan a continuación:

- *"Del Memorial presentado por la Administradora en fecha **12 de noviembre de 2008**, al Memorial presentado en fecha **11 de octubre de 2010**, por medio del cual la AFP solicita que el expediente se ponga a la vista."*
- *"Del **20 de octubre de 2010**, fecha en que la Administradora amplía la demanda al **08 de febrero de 2011**, en que la AFP adjunta documentación."*

Al respecto esta Autoridad establece que la presentación del memorial de desistimiento fue realizada fuera de los períodos de paralización imputados, por cuanto dichas actuaciones no desvirtúan el presente Cargo.

Por lo que se demuestra que no existe diligencia de la AFP desde el 12 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010, y desde el 21 de octubre de 2010 al 08 de febrero de 2011, períodos en los que se evidencia una paralización del PES, sin movimiento procesal alguno por parte de la AFP.

De los antecedentes se tiene que, durante el primer período imputado en el PES se observan las siguientes actuaciones: el 12 de noviembre de 2008, la AFP mediante memorial solicita notificación por edicto y adjunta informe del Servicio de Impuestos Nacionales sobre los bienes que el Empleador pudiese tener, posteriormente el 11 de octubre de 2010, la AFP presenta un memorial solicitando que el expediente se ponga a la vista.

Asimismo, durante el segundo período imputado del PES, se observan las siguientes actuaciones: en fecha 21 de octubre de 2010, el Juez dictó un decreto instruyendo que previamente se rectifique respecto al representante legal y el domicilio de la Empresa, posteriormente el 08 de febrero de 2011, la AFP adjunta Certificado de Servicio Nacional de Identificación Personal, del Servicio de Impuestos Nacionales y de FUNDEMPRESA y además señala al representante legal y el domicilio real de la Empresa.

En ambos períodos imputados, se evidencia que de un acto procesal a otro existe una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES, por parte de la Administradora. Lo que determina que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

En ese sentido, la documentación remitida por la AFP, consiste en una actuación procesal presentada dentro del PES con posterioridad al tiempo de paralización procesal, lo cual no constituye en documentación suficiente para justificar la inactividad procesal del citado PES.

De las actuaciones procesales efectuadas en el PES, desde el 12 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010, no existe ninguna actuación procesal presentada por la AFP, haciendo evidente la falta de movimiento procesal en dicho período.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en razón a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso.

Por lo expuesto, si la Administradora hubiera actuado con la diligencia necesaria, hubiera logrado satisfacer su pretensión en fecha anterior, recuperando los aportes en mora.

Concluyéndose que, la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, al no hacer efectiva tal recuperación en fecha anterior al desistimiento, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES instalado.

Por otro lado la AFP menciona: "Tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados". Evidentemente no se ha generado daño objetivo, lo que no implica que no se exista un perjuicio a la celeridad del PES, el cual debe ser llevado de forma continua a fin de lograr el objetivo para el cual fue iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en los períodos observados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, por lo tanto el Cargo Nº 1 se ratifica.

AL CARGO N° 2

(…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

Los actuados señalados y presentados por la Administradora como descargos respecto al período observado por esta Autoridad, conllevan acciones propias del Juzgado, en las cuales no se evidencia diligencia de la Administradora dentro de PES, como se comprueba a continuación:

- *Decreto del **Juez** de fecha 22 de mayo de 2009.*
- *Nota de entrega de oficio dirigido al **Viceministerio de Tesoro y Crédito Público** de fecha 17 de junio de 2009.*
- *En fecha 08 de febrero de 2010, mediante sello se establece el ingreso del oficio dirigido al Organismo Operativo de Tránsito.*
- *Mediante certificación de 18 de febrero de 2010, emitida por el Organismo Operativo de Tránsito se establece la inexistencia de vehículos pertenecientes a la empresa ejecutada.*

Asimismo se pudo evidenciar que, la Administradora pese a contar con la certificación de 18 de febrero de 2010, emitida por el Organismo Operativo de Transito (sic), *recién presenta este documento en fecha 24 de mayo de 2010, para luego reingresar a la inactividad procesal hasta el 11 de octubre de 2010.*

- *Mediante memorial de fecha 24 de mayo de 2010 se procede a adjuntar la certificación emitida por el Organismo Operativo de Transito* (sic).

Las actuaciones procesales del PES, remitidas a esta Autoridad se comprueba que desde el 22 de mayo de 2009 hasta el 11 de octubre de 2010, únicamente representan diligencias judiciales y administrativas, efectuadas tanto por el Juez de Trabajo y Seguridad Social, el Oficial de Diligencias y el Viceministerio de Tesoro y Crédito Público, asimismo recién en fecha 24 de mayo de 2010, la AFP presenta un memorial

adjuntando la Certificación emitida por el Organismo Operativo de Tránsito, existiendo una evidente falta de movimiento procesal desde el 24 de mayo de 2010 hasta el 11 de octubre de 2010, por parte de la AFP.

Con relación a lo mencionado por la AFP: "…todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución posee (sic) *una tramitación diligente y efectiva, más aún si en estos periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, la retención de fondos y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones...". Al respecto, se establece que aún no se ha logrado en la tramitación del PES la cancelación de lo adeudado por el Empleador Empresa Municipal de Construcción Servicios EMCOSAV; por lo tanto no necesariamente es cierto que la cobranza judicial de la Administradora sea catalogada como eficaz, sino es hasta la recuperación total y oportuna de la deuda.*

En cuanto a la solicitud de aplicación de medidas precautorias solicitadas al Juez de la causa y la presentación de los informes emitidos por la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el Empleador pudiese tener, no son actuaciones que hayan sido presentadas mediante memorial al Juzgado, durante el tiempo de paralización del PES, en base a lo evidenciado en la documentación remitida.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó de forma contraria a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, debido a la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes, paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por lo que se concluye que la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesaria, manteniendo continuidad en el movimiento procesal hasta hacer efectiva tal recuperación de adeudos.

Es importante que la AFP considere que el movimiento procesal diligente, está expresado en que el regulado realice cuanta actuación procesal oportuna y permanente, sea necesaria para recuperar la mora del Empleador.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en el período observado por la APS, por lo tanto el Cargo N° 2 se ratifica.

AL CARGO N° 3

(…)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 3, estableciendo que:

Se comprueban los siguientes actuados procesales llevados a cabo por la Administradora:

- *Mediante memorial de fecha **18 de octubre de 2007**, la AFP procede a adjuntar el informe emitido por COTEL, mismo que establece que la empresa ejecutada no posee líneas telefónicas registradas a su nombre.*
- *Mediante memorial de fecha **19 de noviembre de 2007**, adjunta el informe emitido por Derechos Reales - La Paz, mismo que manifiesta que la empresa deudora no tiene registrado bienes inmuebles a su nombre.*
- *Por memorial de **21 de noviembre de 2007**, se solicita que mediante la Dirección Departamental de Registro Civil se nos certifique el nombre de los herederos que tuviera el representante legal de la empresa deudora.*
- *Memorial presentado a Juzgado en fecha **14 de diciembre de 2007**, adjuntando el informe emitido por el Organismo Operativo de la Dirección Nacional de Tránsito - La Paz.*
- *Mediante memorial de fecha **15 de febrero de 2008**, se solicita se oficie nuevamente a la Dirección Departamental de Registro Civil.*
- *En fecha **18 de febrero de 2008** la Administradora solicita se cite y emplace a herederos con la demanda.*

*Al respecto, se pudo evidenciar que por el primer período observado por esta Autoridad, existen actuados que demuestran que Futuro de Bolivia S.A. AFP actuó diligentemente, sin embargo, por el segundo período observado (**del 26 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010**), la AFP no presenta descargos, aceptando tácitamente el incumplimiento normativo.*

Por lo que se evidencian las siguientes actuaciones realizadas durante el segundo período observado por esta Autoridad: el 26 de noviembre de 2008, la AFP solicita ejecutoria de la sentencia; posteriormente el 11 de octubre de 2010, la Administradora solicita que el proceso se ponga a la vista, por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad, lo que demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES por parte de la Administradora. Determinándose que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida.

En ese sentido, considerando que la AFP no remitió documentación detallada y pormenorizada que justifique los meses sin actividad procesal para el segundo período observado por esta Autoridad, por lo que los descargos presentados por la Administradora no son suficientes para desvirtuar la infracción.

Con relación a lo mencionado por la AFP: "…los períodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio…" Al respecto se establece que aun (sic) *no se ha logrado en la tramitación del PES la cancelación de lo adeudado por el Empleador Empresa Constructora Murillo*

y Mejía S.R.L. ECOMYN S.R.L.; por lo tanto no necesariamente es cierto que la cobranza judicial de la Administradora sea catalogada como eficaz, sino es hasta la recuperación total y apertura de la deuda.

Con respecto al segundo período imputado comprendido entre el 26 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010, en cuanto a las diligencias administrativas concernientes a las medidas precautorias solicitadas al Juez de la causa y la presentación de los informes emitidos por la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito, sobre los bienes que el Empleador pudiese tener, éstas no son actuaciones que hayan sido presentadas durante el tiempo de paralización del PES mediante memorial al Juzgado, en base a lo evidenciado en la documentación remitida.

Con respecto a que en el presente PES, la AFP solicito (sic) *la ejecución de medidas precautorias y presentó los informes emitidos por la Cooperativa de Teléfonos – Cotel y la Dirección Nacional de Tránsito, las cuales no son actuaciones que determinen necesariamente que las Contribuciones adeudadas se pagaron en su totalidad por el Empleador, por lo que dicha obligación continúa y el Proceso Ejecutivo Social también.*

La AFP como representante de los Asegurados, que el PES tenga un movimiento procesal diligente, desde su inicio hasta cumplir con el fin de recuperar las Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Lo señalado precedentemente, demuestra que la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador para hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social de Largo Plazo de los trabajadores, lo que llevó a que el PES se prolongue superabundantemente en el tiempo.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó de forma contraria a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, considerando que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por otro lado la AFP menciona: "Tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados". Evidentemente no se ha generado daño objetivo, lo que no implica que no exista perjuicio a la celeridad del PES, el cual debe ser llevado de forma continua a fin de lograr los objetivos para el cual fue iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia movimiento procesal durante el primer período observado; sin embargo se ha constatado inactividad procesal en el segundo período imputado; por tanto la AFP no desvirtuó integralmente el Cargo, por lo que corresponde su sanción.

AL CARGO N° 4

(…)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 4, estableciendo que:

Futuro de Bolivia S.A. AFP, argumenta que una vez declarada probada su demanda, procedió a la búsqueda del domicilio real del Empleador Empresa Constructora DOMUS SRL, con gestiones extrajudiciales, con la finalidad de evitar el estado de indefensión del ejecutado y obtener el cobro de lo adeudado, sin embargo, no existen actuaciones judiciales propiamente dichas, que demuestren movimiento procesal diligente por parte de la AFP, y que sean de conocimiento del Juez de la causa.

Asimismo, respecto a la búsqueda del domicilio real del Empleador, el Código de Procedimiento Civil de 28 de febrero de 1997, prevé mecanismos procesales, a través de los cuales la Administradora, dentro del proceso iniciado, puede ubicar a la parte demandada, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- *Citación por Cédula.*
- *Citación por Edicto.*

Por otro lado la AFP argumenta lo siguiente: "Por otro lado se procedió también a la averiguación de todos los bienes pertenecientes a la empresa ejecutada, situación que es extrañada por su institución sobre un (sic) aparente demora procesal sin tomar en cuenta que dentro de ese período nuestra parte estaba procediendo a la ejecución de toda medida precautoria en ejecución de fallos, aguardando de esa forma recuperar lo adeudado, agotando cada medida hasta concluir la causa. Al respecto, se establece que aún no se ha logrado en la tramitación del PES la cancelación de lo adeudado por el Empleador, por lo que la obligación de pago total de las deudas del Empleador continua y el proceso social también.

Por otro lado, el 03 de septiembre de 2003, la AFP solicita se oficie a la Cooperativa de Teléfonos y al Organismo Operativo de Tránsito sobre los bienes que el Empleador pudiese tener, asimismo solicita la aplicación de medidas precautorias, sin embargo dichas actuaciones no han sido presentadas durante el período de paralización del PES, con memorial al Juzgado, en base a lo evidenciado en la documentación remitida.

Asimismo, la AFP manifiesta que: "Finalmente se debe tomar en cuenta que esta causa se encuentra concluida en razón a la obtención de la sentencia y la ejecutoría de la misma, contando con cada informe de las instituciones pertinentes que aseveran la inexistencia de bienes, por tanto la insolvencia de esta empresa permite la conclusión extraordinaria de la causa."

Al respecto, la apreciación realizada por la AFP, de que el PES se encontraba concluido en razón a la obtención y ejecución de la sentencia, de las medidas precautorias y la presentación de los informes de la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito, han certificado la inexistencia de bienes del

Empleador. De lo anterior se establece que, no son actuaciones que determinen necesariamente la clausura del PES como se asevera, debido a que la Administradora se encuentra en la obligación de agotar todos los medios que la norma otorga para mantener un movimiento procesal diligente, y a través del PES efectivizar la recuperación de las Contribuciones adeudadas, y que la conclusión legal del proceso según norma es a través del desistimiento.

La AFP no ha ejercido ninguna presión oportuna sobre el Empleador, con el fin de hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la seguridad social de los trabajadores, lo que llevó a que el PES se prolongue en el tiempo.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

De las actuaciones se comprueba lo siguiente: el 22 de enero de 2004 por medio de la Sentencia No. 15/2004 se declara PROBADA la demanda, luego el 02 de julio de 2004 la AFP adjunta pase profesional, asimismo el 24 de marzo de 2005, la parte demandante solicita se oficie a diferentes instituciones y el 09 de marzo de 2006 por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe una falta de movimiento procesal. Por último el 20 de diciembre de 2006 la AFP adjunta informe de Tránsito y el 11 de octubre de 2010, la AFP solicita que el proceso se ponga a la vista, por lo que esta Autoridad ha determinado que la Administradora abandonó el PES dejándolo paralizado durante tres (3) períodos en el mismo proceso; sin tomar la debida atención, cuidado y diligencia necesarios que establece la norma.

En ese sentido, una vez valorados los argumentos presentados por la AFP, se evidencia que no existió movimiento procesal en el período observado por esta Autoridad, por lo tanto el Cargo N° 5 (sic) *se ratifica.*

AL CARGO N° 5

(…)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 5, estableciendo que:

La Administradora basa su argumento en haber logrado satisfacer su pretensión, y por tal razón presentar un memorial de Desistimiento del proceso en fecha 25 de noviembre de 2011, sin embargo, la paralización imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS a Futuro de Bolivia S.A. AFP, se refiere a períodos amplios de tiempo en los que la Administradora no habría efectuado ningún actuado procesal, dilatando el proceso y ocasionando perjuicio al Asegurado, los mismos son anteriores a la presentación del Memorial de Desistimiento del proceso, y se detallan a continuación:

- *"Del memorial de **26 de abril de 2010**, por medio del cual la parte demandante solicita que se oficie a Servicio Nacional de Identificación Personal, al memorial de **25 de agosto de 2010**, mediante el cual la AFP amplía la demanda."*

Por lo expuesto, si la Administradora hubiera actuado con la diligencia necesaria, hubiera logrado satisfacer su pretensión en fecha anterior, recuperando los aportes en mora, en este sentido, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para desestimar el presente Cargo.

Por lo que se demuestra que no existe diligencia de la AFP desde el 26 de abril de 2010 al 25 de agosto de 2010, período en el que se presenta una paralización del PES sin movimiento procesal alguno por parte de la AFP.

De los antecedentes se tiene que, mediante memorial de 26 de abril de 2010, la parte demandante solicita que se oficie a Servicio Nacional de Identificación Personal, posteriormente el 25 de agosto de 2010, se amplía la demanda, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01042, de 12 de agosto de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs1.563,90 (MIL QUINIENTOS SESENTA Y TRES 90/100 BOLIVIANOS). En el período del PES instalado por la AFP, se evidencia que de un acto procesal a otro existe período de inactividad procesal, demostrando una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES por parte de la Administradora. Lo que determina que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

En ese sentido, la documentación remitida por la AFP, consiste en una actuación procesal presentada en el PES con anterioridad y/o posterioridad al tiempo de paralización procesal, por lo que no es suficiente para justificar la inactividad procesal del PES.

Asimismo de las actuaciones procesales efectuadas en el PES, desde el 26 de abril de 2010 al 25 de agosto de 2010, no existe ninguna actuación procesal presentada por la AFP, durante ese tiempo, haciendo evidente la falta de movimiento procesal en dicho período.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por lo expuesto, si la Administradora hubiera actuado con la diligencia necesaria, hubiera podido satisfacer su pretensión en fecha anterior, recuperando los aportes en mora.

Concluyéndose que la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, al no hacer efectiva tal recuperación, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES iniciado.

Por otro lado la AFP menciona: "Tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados". Evidentemente no se ha generado daño objetivo, lo que no implica que no exista perjuicio a la celeridad del PES, el cual debe ser llevado de forma continua a fin de lograr los objetivos por el cual fue iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en los períodos observados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, por lo tanto el Cargo N° 5 se ratifica.

AL CARGO N° 6
(…)
Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 6, estableciendo que:

Futuro de Bolivia S.A. AFP, argumenta la existencia de una diligente tramitación procesal, basándose en los siguientes actuados:

- *Mediante Decreto de fecha 21 de agosto de 2010, **el Juez** de la causa acepta nuestra petición efectuada mediante memorial de 20 de agosto de 2010.*
- *Mediante **gestiones internas y extrajudiciales** se procedió a solicitar a **Impuestos Internos**, la emisión de la certificación solicitada y sea presentada a **Juzgado** a fin de continuar con la tramitación de la causa.*
- *La AFP señala que en fecha 21 de septiembre de 2010, procede a adjuntar la certificación emitida por Impuestos Internos, actuación decretada por el **Juez** en fecha 22 de septiembre de 2010.*

Al respecto, se tiene el siguiente análisis:

- *Decreto de fecha 21 de agosto de 2010, es un actuado propio del Juzgado donde se tramita el proceso el cual no demuestra la diligencia de la Administradora en cuanto al proceso.*
- *Las gestiones internas y extrajudiciales no demuestran movimiento procesal diligente por parte de la AFP, en el PES.*
- *La AFP señala que en fecha 21 de septiembre de 2010, procede a adjuntar la certificación emitida por Impuestos Nacionales, sin embargo, no se pudo evidenciar la existencia de un memorial presentado por la Administradora, por medio del cual adjunte la documentación señalada.*
  Por otro lado de la revisión a dicha documentación (CITE: SIN/GNGRE/DNEOCC/NOT/2280/2010 de 17 de septiembre de 2010), ésta fue dirigida directamente de Impuestos Nacionales al Juzgado y no por la AFP.

De los antecedentes se tiene que mediante memorial de 26 de abril de 2010, la AFP solicita que se oficie a Servicio Nacional de Identificación Personal, posteriormente mediante memorial de 25 de agosto de 2010, se amplía la demanda, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01042, de 12 de agosto de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs1.563,90 (MIL QUINIENTOS SESENTA Y TRES 90/100 BOLIVIANOS); por lo que se evidencia que de un acto procesal a otro existe un período de inactividad procesal, demostrando una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES por parte de la Administradora. Lo que determina que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

Asimismo de las actuaciones procesales efectuadas en el PES, desde el 26 de abril de 2010 hasta el 25 de agosto de 2010, únicamente se trata de las diligencias judiciales, efectuadas por el Juez Segundo de Trabajo y de Seguridad Social y sus funcionarios y otras extrajudiciales. Asimismo no se evidencia memorial que haya presentado la AFP y con el que haya adjuntado la Certificación de Impuestos Nacionales, por lo que no consta ninguna actuación que haya sido presentada por la AFP durante ese tiempo, haciendo evidente la falta de movimiento procesal en dicho período.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el PES, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por lo que se concluye que la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, al no hacer efectiva tal recuperación, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener un movimiento procesal diligente en el PES iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en el período observado por la APS, por lo tanto el Cargo N° 6 se ratifica…"

CARGO 7.- Levantado

"AL CARGO N° 8
(…)
Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 8, estableciendo que:

Los actuados presentados por la Administradora como descargos al Cargo imputado, constituyen actuados propios del Juzgado del Trabajo y Seguridad Social donde se desarrolla el proceso.

Es importante señalar que, mediante memorial de fecha 10 de agosto de 2010, la Administradora solicita la ampliación de la deuda, sin embargo siguen existiendo períodos amplios de tiempo en los que la AFP no efectúa actuados procesales.

De las actuaciones valoradas por esta Autoridad se determina que, la AFP solicita como medida precautoria la retención de fondos mediante memorial de 09 de diciembre de 2009, posteriormente el 08 de abril de 2010 la AFP por memorial adjunta informe de Derechos Reales; por último mediante memorial de 08 de noviembre de 2010 la AFP amplía la demanda, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-1992, de 26 de octubre de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs43.840,58 (CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA 58/100 BOLIVIANOS).

En cuanto a las actuaciones procesales presentadas por la Administradora y la presentación de memorial de 10 de agosto de 2010, en el que la AFP solicita la ampliación de la deuda, continua existiendo una paralización procesal entre el 09 de diciembre de 2009 al 08 de abril de 2010. Debido a que las actuaciones procesales del PES remitidas a esta Autoridad, desde el 09 de diciembre de 2009 al 08 de noviembre de 2010, únicamente se tratan de diligencias judiciales, efectuadas por el Juez Tercero de Trabajo y de Seguridad Social, y recién el 10 de agosto de 2010 la AFP presenta dicho memorial, el cual no es una actuación procesal suficiente para desvirtuar los períodos imputados por falta de movimiento procesal incurridos por la AFP en el presente PES.

Con relación a lo mencionado por la AFP: "…todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución y que no fueron consideradas, demuestran una tramitación diligente y efectiva, más aún si en los periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio…" Al respecto se establece que aun (sic) *no se ha logrado en la tramitación del PES la cancelación de lo adeudado por el Empleador EMCOB S.R.L. – Santos Constructora; por lo tanto no necesariamente es cierto que la cobranza judicial de la Administradora sea catalogada como eficaz, sino es hasta la recuperación total y apertura de la deuda.*

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por lo que se concluye que la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, al no hacer efectiva tal recuperación, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en el período observado por la APS, por lo tanto el Cargo N° 8 se ratifica.

AL CARGO N° 9

(…)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 9, estableciendo que:

La Administradora basa su argumento en haber logrado satisfacer su pretensión, y por tal razón presentar un memorial de Desistimiento del proceso en fecha 03 de mayo de 2011, sin embargo, la paralización imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS a Futuro de Bolivia S.A. AFP, se refiere a períodos amplios de tiempo en los que la Administradora no habría efectuado ningún actuado procesal, dilatando el proceso y ocasionando perjuicio al Asegurado, los mismos que son anteriores a la presentación del memorial de Desistimiento del proceso, y se detallan a continuación:

- *"Del Memorial de **29 de octubre de 2009**, mediante el cual la AFP solicita remisión de fondos, al memorial de **19 de octubre de 2010**, por medio del cual la AFP amplía la demanda, solicitando nuevamente la retención de fondos de la empresa como medida precautoria, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01725, de 01 de octubre de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs2.380,93."*

Por lo expuesto, si la Administradora hubiera actuado con la diligencia necesaria, hubiera logrado satisfacer su pretensión en fecha anterior, recuperando los aportes en mora, en este sentido, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para desestimar el presente Cargo.

Por lo que se demuestra que no existe diligencia de la AFP desde el 29 de octubre de 2009 al 19 de octubre de 2010, período en los que se presenta una paralización del PES sin movimiento procesal alguno por parte de la AFP.

En ese sentido, la documentación remitida por la AFP, consiste en una actuación procesal presentada en el PES con anterioridad y/o posterioridad al tiempo de paralización procesal, por lo que no son suficientes para justificar la inactividad procesal del PES.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Concluyéndose que, la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, al no hacer efectiva tal recuperación en fecha anterior al desistimiento, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES instalado.

Por otro lado la AFP menciona: "Tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados". Evidentemente no se ha generado daño objetivo, lo cual no implica que no exista perjuicio a la celeridad del PES, el cual debe ser llevado de forma continua a fin de lograr los objetivos por el cual fue iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en los períodos observados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, por lo tanto el Cargo N° 9 se ratifica.

AL CARGO N° 10

(…)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 10, estableciendo que:

Los actuados señalados y presentados por la Administradora como descargos respecto al período observado por esta Autoridad, conllevan acciones propias del Juzgado; en las cuales sólo se evidencia diligencia de la AFP dentro de PES, como se comprueba a continuación:

- *En fecha 06 de julio de 2010, se ejecutó la primera publicación mediante edictos de ley para la notificación a la empresa ejecutada.*
- *En fecha 13 de julio de 2010, el* ***Juez*** *realizó la segunda notificación mediante edictos de ley dirigida a la empresa deudora.*
- *En fecha 20 de julio de 2010, el* ***Juez*** *se procede a ejecutar la tercera publicación a fin de notificar mediante edictos a la empresa deudora con la sentencia.*
- *Mediante memorial de 23 de julio de 2010 la AFP presenta memorial adjuntando las publicaciones mediante adictos de ley con la sentencia, mismas que establecen la notificación a la empresa ejecutada.*
- *El* ***Juez*** *mediante decreto de fecha 24 de julio de 2010, acepta la petición instruyendo que los mismos sean arrimados a sus antecedentes.*
- *Mediante auto de fecha 24 de julio de 2010 el* ***Juez*** *procede a declarar ejecutoriada la sentencia.*
- *Mediante memorial de fecha 25 de enero de 2011 la AFP procede a solicitar la notificación mediante edictos de ley con la ejecutoria de la sentencia.*
- *El* ***Juez*** *mediante decreto de fecha 26 de enero de 2011, acepta la petición solicitada por la AFP.*

Los actuados en los que respalda su argumento la Administradora, son actuados propios del Juzgado de Trabajo y Seguridad Social donde se sustancia el Proceso, los mismos no conllevan actuados de la AFP tendientes a impulsar el proceso hasta su culminación.

De las actuaciones procesales del PES remitidas a esta Autoridad, desde el 06 de junio de 2010 hasta el 26 de enero de 2011, únicamente se trata de diligencias judiciales,

efectuadas por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, y recién el 26 de enero de 2011 la AFP procede a solicitar la notificación de la ejecutoria de la sentencia mediante edictos de ley, existiendo durante todo ese tiempo una evidente falta de movimiento procesal en dicho período.

Con relación a lo mencionado por la AFP: "…todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución posee una tramitación diligente y efectiva, más aún si en estos periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, la retención de fondos y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones..". Al respecto se establece que aun (sic) *no se ha logrado en la tramitación del PES la cancelación de lo adeudado por el Empleador Empresa Constructora DEV CALABI LTDA., en cuanto a las medidas precautorias solicitadas a la Cooperativa de Teléfonos y a la Dirección Nacional de Tránsito sobre los bienes que el Empleador pudiese tener, no son actuaciones que hayan sido presentadas durante el tiempo de paralización del PES, con memorial al Juzgado, en base a lo evidenciado en la documentación remitida.*

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por lo que se concluye que la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, al no hacer efectiva tal recuperación, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en el período observado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, por lo tanto el Cargo N° 10 se ratifica…"

CARGO 11.- Levantado

"CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la*

norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

A los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 10.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *Los hechos imputados se encuentran previamente calificados como infracciones por la normativa imputada, en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997;* ***b)*** *Los hechos se encuentran comprobados por la falta de movimiento procesal diligente en los PES, por parte de la AFP, en cuanto a los siguientes puntos:*

1) *Cargo N° 1 el hecho se encuentra comprobado por una falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 12 de noviembre de*

2008 al 11 de octubre de 2010, debido a que la AFP presentó como actuación procesal memorial de Desistimiento de Demanda presentada el 25 de agosto de 2011 fuera del período de inactividad del PES y no presentó actuaciones que hayan sido presentadas durante dicho período, por consiguiente el incumplimiento se halla comprobado.

2) *Cargo N° 2 el hecho se encuentra comprobado por una falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 21 de mayo de 2009 al 11 de octubre de 2010, debido a que la AFP no presentó actuaciones procesales durante el período de inactividad procesal en el PES.*

3) *Cargo N° 3 la AFP actuó como un buen padre de familia y envió documentación de las actuaciones procesales presentadas ante el juez durante el primer período entre el 16 de octubre de 2007 al 18 de febrero de 2008, sin embargo el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente del PES, por parte de la AFP, durante el segundo período de inactividad procesal comprendido entre el 26 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010, debido a que la Administradora no presentó actuaciones procesales durante este período.*

4) *Cargo N° 4 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal en el PES, por parte de la AFP, entre el 22 de enero de 2004 hasta el 02 de julio de 2004; posteriormente entre el 24 de marzo de 2005 al 09 de marzo de 2006 y por último entre el 20 de diciembre de 2006 al 11 de octubre de 2010, debido a que la AFP no presentó las actuaciones procesales durante el período de inactividad procesal en el PES.*

5) *Cargo N° 5 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP entre el 26 de abril de 2010 hasta el 25 de agosto de 2010, debido a que la AFP no presentó actuaciones procesales efectuadas por esta Administradora durante el período de inactividad procesal en el PES.*

6) *Cargo N° 6 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP entre el 20 de agosto de 2010 hasta el 08 de diciembre de 2010, debido a que la AFP si ha presentó actuaciones procesales durante este tiempo de inactividad, pero las mismas correspondían al Juez, al Oficial de Diligencia, y no presentó actuaciones procesales efectuadas por esta Administradora durante el período de inactividad procesal en el PES.*

7) *Cargo N° 8 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 09 de diciembre de 2009 hasta el 8 de abril de 2010 y nuevamente desde el 08 de abril de 2010 hasta el 08 de noviembre de 2010, debido a que la AFP si ha presentado actuaciones procesales durante este tiempo de inactividad, pero las mismas*

correspondían al Juez, y no presentó actuaciones procesales efectuadas por esta Administradora durante el período de inactividad procesal en el PES.

8) *Cargo N° 9 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP entre el 29 de octubre de 2009 al 19 de octubre de 2010, debido a que la AFP solamente presentó como actuación procesal memorial de Desistimiento de Demanda presentada el 03 de mayo de 2011 fuera del período de inactividad del PES y no presento* (sic) *actuaciones que hayan sido presentadas durante dicho período;* ***c)*** *La ausencia de descargos idóneos para los PES correspondientes y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación de los cargos imputados y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en los cargos.*

9) *Cargo N° 10 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP entre el 19 de febrero de 2010 al 23 de julio de 2010 y posteriormente entre el 24 de julio de 2010 al 25 de enero de 2011, debido a que la AFP si ha presentado actuaciones procesales durante este tiempo de inactividad, pero las mismas correspondían al Juez, y no presentó actuaciones procesales efectuadas por esta Administradora durante el período de inactividad procesal en el PES.*

En cuanto al inciso ***c)*** *se realiza el siguiente análisis:*

1) *En los Cargos N° 1, 2, 5, 6, 9 y 10 la existencia de negligencia por parte del regulado considerando que durante los períodos de inactividad presentó actuaciones que no necesariamente fueron oportunamente presentadas en los PES, por lo que no son suficientes para desvirtuar la falta de movimiento procesal diligente en los PES, por parte de la AFP.*

2) *En el Cargo N° 3 la AFP si presentó documentación sobre las actuaciones procesales presentadas ante el juzgado pero solo en lo referente al primer período de paralización entre el 16 de octubre de 2007 al 18 de febrero de 2008, sin embargo la existencia de negligencia es para el segundo período de inactividad procesal entre el 26 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010; asimismo en el Cargo N° 8 la AFP si presentó documentación sobre las actuaciones procesales presentadas ante el juzgado solo en el primer período de paralización entre el 09 de diciembre de 2009 hasta el 08 de abril de 2010, sin embargo la existencia de negligencia es para el segundo período de inactividad procesal entre el 08 de abril de 2010 hasta el 08 de noviembre de 2010, lo que demuestra que la Administradora no llevó un movimiento procesal diligente durante el segundo período de ambos PES, no enervando por tanto los cargos imputados.*

3) *En el Cargo N° 4 la existencia de negligencia por parte del regulado considerando además que, por el período de inactividad no presentó*

actuaciones procesales AFP, lo que demuestra que no llevó un movimiento procesal diligente en el PES.

Para la adecuación entre la gravedad de los hechos y las sanciones aplicadas, se efectúa el siguiente análisis: La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en el movimiento procesal de los PES instaurados. Incurriendo en una impericia a lo que establece la norma.

*Asimismo en el inciso **b)** el perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en los PES lo cual retrasó la recuperación de las contribuciones; por último en el inciso **c)** en los casos se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS – IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS – IP - No. 499 de 4 de junio de 2008, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us10.000 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 23 de la Ley de Pensiones; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 73/2008 de 19 de noviembre de 2008, que confirma las actuaciones del ente regulador.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en los PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo a los hechos infractores, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PES, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo ocasionó una demora en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por los Empleadores; en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento de los PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que

debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

> *"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

> *"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."*

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 5 de junio de 2012, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 223-2012 de 10 de abril de 2012, con los siguientes argumentos:

> *"…**II. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD:***
>
> *De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración – Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las*

que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

En ese sentido se expresa el jurisconsulto Walker San Miguel Rodríguez en la página 60 de su libro "El Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia cuando señala que "…la tipicidad entendida como la necesidad que una conducta punible haya sido debidamente descrita por una norma legal, es un imperativo del derecho Administrativo Sancionador y opera en conjunto con el principio de legalidad (…) Por consiguiente, no sólo ha de ser necesaria la descripción de un hecho definido como (…) infracción o contravención, sino que además debe establecerse claramente en la norma legal la sanción que ha de aplicarse a cada tipo de infracción".

Entendiendo correctamente el alcance de la tipicidad como un elemento imperativo del derecho Administrativo Sancionador, y a la luz del principio de la verdad material no se puede dejar de analizar el hecho de que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros Afiliados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por los empleadores, ***sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.***

III. DE LA REITERACIÓN Y LA REINCIDENCIA COMO ELEMENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN:

En los considerandos de la ahora recurrida Resolución Administrativa, su Autoridad ha señalado que en los casos "se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa IP No. 499 de 4 de junio de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros… por incumplimiento los artículos 95 y 142 del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 23 de la Ley de Pensiones…". Argumento que no encuentra asidero legal por cuanto la norma imputada y sancionada con las referidas actuaciones administrativas versa sobre infracciones a otros artículos de la Ley de Pensiones y de su decreto reglamentario.

Sin perjuicio de lo expresado es preciso traer a colación lo expresado por el tratadista argentino Roberto Dromi en la página 302 de su obra titulada "Derecho Administrativo" quien ha señalado que las sanciones administrativas "…siempre deben basarse en una ley. Se requiere un título jurídico propio y concreto, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración la aplicación de ellas…La Administración no puede crear, por propia iniciativa, sanciones contra los administrados, por cuanto la determinación

de las conductas punibles y las respectivas sanciones son de atribución exclusiva del legislador, competencia indelegable que le pertenece constitucionalmente. También se excluye la aplicación analógica de las sanciones, pues lo contrario significaría transformar el órgano administrador en órgano legislador…". En ese entendido dicha reincidencia en la conducta no puede ser utilizada como fundamento para justificar la calificación y la imposición de la sanción contra nuestra Administradora, toda vez que hacen a un procedimiento administrativo sancionatorio totalmente diferente – por otro marco legal imputado como infracción en su oportunidad- y que ya han causado estado, es decir que han quedado firme en sede administrativa.

Además de lo expresado, no se puede alegar reincidencia en este tipo de acciones, toda vez que las actividades de cobranza se refieren básicamente a procesos separados, con vida jurídica propia, con peculiaridades, tiempos y acciones totalmente separados. Sobre la base de lo expresado en el párrafo anterior, es oportuno también advertir que dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que señala claramente que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años." Motivo por el cual no pueden ser invocadas de manera indefinida o indeterminada, hecho que no solo causa cauda (sic) detrimento a nuestra AFP en su condición de sujeto regulado, sino también un estado permanente de indefensión e inseguridad jurídica.

IV. RATIFICA DESCARGOS:

Sin perjuicio de todo lo precedentemente esgrimido, ratificamos en su totalidad lo expresado en nuestra nota de descargos nota FUT.APS.AL.0632/2012 de fecha 26 de marzo de 2012, solicitando a su Autoridad sea evaluados junto al informe pericial ofrecido a la Luz del principio de búsqueda de la verdad material, considerando para ello la realidad procesal que se viven en los estrados judiciales por acefalias (sic) *no solo de jueces, sino también de Secretarios y Diligencieros..."*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 471-2012 DE 5 DE JULIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 471-2012 de 5 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 223-2012 de 10 de abril de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.

Los argumentos de la presente resolución son los siguientes:

"…
Que en función a los argumentos presentados por la AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emite el pronunciamiento correspondiente:

La Administradora manifiesta lo siguiente: "…nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros Afiliados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el

artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por los empleadores, ***sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones****". Tal como la AFP expresa, efectivamente se han iniciado los Procesos Ejecutivos Sociales (PES), sin embargo esta Autoridad evidencia que durante su tramitación, éstos no fueron llevados a cabo con la diligencia y el cuidado suficiente, para darle el impulso procesal necesario, incurriendo en una falta de movimiento procesal absoluto.*

Por otro lado, la AFP expresa la necesidad de que haya una descripción en la norma de un hecho definido como infracción, siendo que también debe establecerse claramente la sanción que ha de aplicarse a cada tipo de infracción.

Para una mejor ilustración sobre el Principio de Tipicidad, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 98/2007 de 19 de noviembre de 2007, establece lo siguiente:

> *"…En general, el principio de tipicidad impone la exigencia material de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondiente, exigencia que afecta a la tipicidad de las infracciones a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permite predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta. De acuerdo a ese contexto, en materia administrativa, el principio de tipicidad es plenamente válido, sin embargo, ciertas Leyes de nuestro ordenamiento jurídico mantienen ciertas conductas deontológicas, consideradas incumplimientos, a las que se tienen que conectar efectos sancionatorios. Estas conductas no se pueden considerar conceptos jurídicos indeterminados, puesto que se activan en casos concretos y, para ser efectivos, deben ser objeto de un análisis pormenorizado y cabal de los hechos acontecidos con relación a la normas regulatorias conculcadas, así como deben sujetarse a una calificación objetiva, desde una óptica del derecho Administrativo y de la actividad regulatoria en materia financiera.* ***El pretender que todas las infracciones, conductas o posibles incumplimientos dentro de los sectores del sistema de regulación financiera boliviano se encuentren descritos como en materia penal, daría lugar a sendas normas punitivas y aún así existirían conductas que pueden vulnerar los objetivos del SIREFI****".*
>
> *Asimismo, "corresponde aclarar que* ***el principio de tipicidad no tiene en el derecho administrativo sancionatorio la misma connotación que se presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso****. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. En el derecho administrativo sancionador, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que permiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición.".*

De lo anterior se extrae que el regulador ha imputado cargos por infracción a normativa administrativa, debidamente plasmada en la normativa vigente antes del hecho advertido. Por lo tanto, la tipificación de las conductas imputadas responde al principio señalado precedentemente.

Por otro lado, esta Autoridad advierte que, la falta de celeridad y diligencia de la AFP en la tramitación de los PES referidos en los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 10, se ha visto vulnerada la norma, pues se ha infringido lo dispuesto en el artículo 31 inciso d) de la Ley de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la cual prevé que el regulado lleve el PES con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que implica que los mismos deben ser llevados de forma continua y diligente.

Asimismo, la normativa utilizada por el regulador para imputar cargos tiene plena validez para subsumir la conducta antijurídica del regulado a la norma vulnerada, ésta referida a la falta de movimiento procesal en los PES llevados a su cargo, prueba de ello es que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012, en sus páginas 77 y 78, establece y refrenda como norma aplicable para imputar este tipo de hechos, que en los PES sancionados existió una actitud negligente en la conducta y actuación de la AFP.

Debido a que el Ente Regulador tiene entre sus facultades regular y controlar las actuaciones de la AFP, como representante de los Asegurados, ha realizado una evaluación de sus acciones, determinando que para cada cargo, sí infringió la norma y ha impuesto la sanción que ha estimado la más adecuada y de acuerdo a otros procesos administrativos resueltos, en los que como en el presente, se advierte perjuicio a los Asegurados porque como consecuencia de la negligencia de la AFP en los PES, no pueden contar con sus Contribuciones que les fueron deducidas por su empleador, a fin de no tener problemas al momento de poder acceder a una prestación.

Por tanto, esta Autoridad ha podido observar que en los Cargos sancionados, la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesaria, al no mantener una continuidad en el movimiento procesal de los PES, hasta hacer efectiva tal recuperación de adeudos.

Asimismo al Recurso de Revocatoria presentado, la AFP no presenta descargos y actuaciones procesales efectuadas durante los períodos de paralización procesal sancionados por esta Autoridad, por lo que los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 se constata la inactividad procesal, por lo que corresponde ratificar la sanción impuesta en cada Cargo.

Por otro lado, la AFP manifiesta que la ***Reiteración*** *en la conducta no puede ser utilizada para justificar la calificación y la imposición de la sanción, toda vez que se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio totalmente diferente que ya ha causado estado, es decir que ha quedado firme en sede administrativa.*

Al respecto, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, sobre la adecuación de la sanción al hecho infractor, dice:

> *"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Es un hecho que, la Autoridad a la hora de adecuar la sanción tomó como uno de los elementos a considerar, la Reiteración de la conducta del infractor, la cual fue expresada y fundamentada en cuanto a sus motivos en la Resolución Administrativa de sanción y; poco hace el regulado en enfatizar que ese no debe ser argumento para justificar el proceder del regulador, toda vez que en los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 10 la Reiteración es latente, porque la conducta imputada ya fue sancionada en otro proceso por la misma conducta antijurídica y norma.

Evidentemente, los procesos sancionatorios cuyas Resoluciones Administrativas se mencionan en la Resolución Administrativa Sancionatoria firmes , han causado estado con responsabilidad de parte del regulado y, precisamente por esa característica se constituyen en antecedente de las conductas e infracciones que se observan en el presente caso.

Por tanto, el regulador está en la obligación de recurrir a los antecedentes y pasado histórico de las sanciones ejecutoriadas con objeto de poder descargar la justificación de sus actos a la hora de adecuar la gravedad de los hechos y la sanción a aplicar.

Además Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa: "es oportuno también advertir que dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que señala claramente que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años."

Con carácter previo cabe acudir a lo que expresa la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, que en materia de prescripción señala:

> *"En tal sentido,* ***la prescripción de la acción administrativa sancionatoria queda interrumpida con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio, siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor****. También puede darse el caso en sentido que la prescripción puede quedar interrumpida con la Notificación de Cargos cuando juicio de la autoridad administrativa no se requiere actuaciones previas a la Notificación de cargos y procede directamente a notificar cargos al regulado para conocer lo justificativos del incumplimiento."*

De los antecedentes del caso se extrae que, mediante nota FUT.AP.0167/2011 de ***24 de enero de 2011****, la Administradora de Fondo de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP remite al regulador detalle de los PES iniciados por concepto de mora al SSO de largo plazo.*

En fecha 03 de marzo de 2011, la Dirección de Prestaciones Contributivas de la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP procedió al análisis y evaluación de cincuenta (50) expedientes correspondientes a PES, iniciados por Futuro de Bolivia S.A. AFP a diferentes empresas constructoras de la ciudad de La Paz, con la finalidad de determinar el efectivo cumplimiento a la normativa relativa a la materia.

En virtud a lo expuesto anteriormente y de la verificación de los casos sancionados y sus fechas en que hubo paralización procesal se tiene que, ninguno de los cargos ha prescrito integralmente, toda vez que considerando la fecha de interrupción de la prescripción (24 de enero de 2011), esta Autoridad ha imputado hechos sancionables por inactividad procesal del regulado. Dejando en claro que, en lo que respecta al Cargo 4 se tienen periodos de inactividad, tomando ahora los primeros como prescritos, pero no así el último periodo imputado (20 de diciembre de 2006 al 11 de octubre de 2012), por tanto la infracción pervive a efectos de la imposición de la sanción.

Por lo demás, se ha constatado por la explicación anterior que, la prescripción no operó enervando ningún cargo, pues en todos aquellos sancionados, el transcurso del tiempo de la prescripción se vio interrumpido por actuaciones del regulado, como del regulador, siendo la última la notificación con los cargos imputados.

Por último la Administradora señala: "…ratificamos en su totalidad lo expresado en nuestra nota de descargos nota FUT.APS.AL.0632/2012 de fecha 26 de mayo de 2012, solicitando a su Autoridad sea evaluados junto al informe pericial ofrecido a la Luz del principio de búsqueda de la verdad materia (sic)*, considerando para ello la realidad procesal que se viven en los estrados judiciales por acefalias* (sic) *no solo (sic) de jueces sino también de Secretarios y Diligencieros.".*

En cuanto a lo manifestado por la Administradora sobre la realidad procesal que se vive en los estrados judiciales y las acefalias incurridas por los jueces, el regulador determina que, la Administradora no puede justificar su negligencia y falta de diligencia atribuyendo su falta de movimiento procesal a otros sujetos procesales, más aún cuando se entiende que el directo interesado en la recuperación de Aportes es la AFP, entidad que tiene la obligación inexcusable de velar por los Asegurados a los cuales representa.

Asimismo, es obligación de esta Autoridad supervisar las acciones realizadas por la Administradora y no así las acciones de los jueces y el resto de las partes involucradas dentro del PES.

Por otro lado, la Administradora se ratifica en su totalidad en lo expresado mediante nota FUT.APS.AL.0632/2012 de 26 de marzo de 2012, sobre sus argumentos y la documentación presentada. Al respecto, corresponde señalar que dicha información

y descargos ya fueron objeto de evaluación en primera instancia del presente proceso y, en lo que se refiere a la prueba pericial ofrecida, el regulador aperturó un Auto expreso de 06 de junio de 2012, por el cual se concedió al regulado plazo prudencial para remitir la señalada prueba, pero que al término del mismo no fue presentada.

Por lo expuesto, resulta evidente que esta Autoridad deba ratificarse en lo establecido por la Resolución Administrativa Sancionatoria toda vez que los argumentos de la AFP no son suficientes para modificar lo resuelto en anterior instancia…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 27 de julio de 2012, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 471-2012 de fecha 5 de julio de 2012, con los siguientes argumentos:

"…I.- VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS.

Conforme a la doctrina, constituyen principios del procedimiento administrativo, entre otros, la legalidad objetiva, la verdad material y el debido proceso, que se pueden sintetizar en que la administración pública debe aplicar objetivamente la ley, protegiendo así los derechos de los administrados, escudriñando hechos reales, y no limitándose únicamente a verdades formales, adecuando además su accionar a la norma en respeto de los derechos de las personas.

a) Vulneración del Principio de Buena Fe:

La APS, ha vulnerando el principio de buena fe, establecido por el artículo 4, inciso e) de la Ley de Procedimiento Administrativo, por el cual se presume la existencia de confianza, cooperación y lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos en el procedimiento administrativo, toda vez que el representante legal de nuestra AFP se apersono (sic) *en varias oportunidades para notificarse con otros actuados administrativos; y sin embargo de ello recién a horas 16:10 del día 05 de junio de 2012, se nos entrego* (sic) *copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 223-2012, fecha en la que también vencía el plazo para la interposición del recurso de revocatoria correspondiente.*

Una vez que se tomo (sic) *conocimiento de los alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 223-2012,así como del Auto de fecha 06 de junio de 2012, que aclara la diferencia entre el literal y numeral de los montos de sanción impuestos a nuestra administradora se procedió al pago de la sanción.*

b) Vulneración del Principio de Tipicidad y Verdad Material:

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo ***"Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".*** *Este principio de la Tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración - Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se*

establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

*En el caso de Autos, no se ha demostrado o configurado en ninguna etapa del procedimiento administrativo sancionador, como es que nuestra Administradora hubiera cometido una infracción a lo dispuesto por el artículo 31, inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 Ley de Pensiones, toda vez que se puede observar que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros ahora Asegurados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, concordante con lo dispuesto por el artículo 95 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado el respectivo Proceso Ejecutivo Social persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO por las empresas Constructora AGAA S.R.L., Empresa Municipal de Construcción Servicios EMCOSAV, Empresa Constructora Murillo y Mejía S.R.L. (ECOMYN S.R.L.), Empresa Constructora DOMUS S.R.L., Arquitectura e Ingeniería AIROS S.R.L., Empresa Constructora y Consultora Sociedad Gaudi Arquitectura S.R.L., Empresa Constructora TAURO S.R.L., EMBOC S.R.L. Santos Constructora, Vargas Engineering & Construcción "VARENCO", Empresa Constructora Dev. Calabi Ltda., y Sudamericana de Construcción S.R.L.,- **sin otorgar ningún tipo de condonación,** por lo que ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; aspecto que debió ser necesariamente observado por su Autoridad en el caso de Autos conforme a la obligación que tiene según lo establecido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, que se traduce de manera inobjetable en establecer de forma certera la realidad histórica de los hechos investigados, siendo necesaria su reconstrucción por medio de la prueba recopilada. En ese sentido la investigación de la verdad material consiste en determinar las verdaderas razones sobre las cuales se dieron los hechos, es decir, cuál fue el cuadro fáctico que propició la actuación desplegada por el sujeto regulado.*

c) Vulneración del principio de Congruencia:

En los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 0186-2011 que pretenden motivar las sanciones que se nos ha impuesto, calificándolas como de gravedad leve, su Autoridad no ha tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado a través de la línea jurisprudencial sentada acertadamente por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que " el acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final "(las

negrillas son nuestras). El precedente jurídico mencionado no ha sido aplicado en este caso motivo de controversia, especialmente en la imputación referida al incumplimiento del artículo 31, inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, pues no se expresa ni con meridiana claridad cual (sic)*es la omisión o infracción sobre la normativa citada, tomando en cuenta además que los procesos ejecutivos sociales iniciados a todos los empleadores por los que se nos imputa cargos y posteriormente sanciona, siguen sustanciándose conforme lo establecido por el procedimiento civil.*

II.-DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES.

La prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos y obligaciones; es decir que la prescripción (extintiva o liberatoria) en el presente caso, se produce por la inacción de la entidad reguladora (APS) por el plazo establecido por la Ley N° 2341. En ese sentido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006, establece:" (...) En materia de derecho administrativo sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público por virtud del cual el ***Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad de la administración*** *y el fin esencial de la misma esta* (sic) *íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica (...)". En tal sentido, la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A., no puede quedar indefinidamente sometida a la prosecución de una supuesta infracción administrativa que data de gestiones que superan al término establecido por ley para su respectiva sanción.*

Futuro de Bolivia S.A. AFP, se notifica con la imputación de cargos en fecha 5 de marzo de 2012 y desde esta fecha corresponde se efectúe el cómputo para determinar si hay o no prescripción, conforme determina el Art. 79 de la Ley 2341.

En el Cargo 3 siendo uno de los períodos observados el 16 de octubre de 2007 al 18 de febrero de 2008, la notificación ha sido a los 4 años y 15 días. En el cargo 4 los dos primeros períodos observados, han sido notificados a los 7 años, 8 meses y un día y 5 años, 11 meses y 24 días, consiguientemente se ha producido la prescripción para cualesquier observación.

III.- RATIFICA Y COMPLEMENTA DESCARGOS.
DESCARGOS AL CARGO N° 1, EMPRESA CONSTRUCTORA AGAA S.R.L.:

Tal cual cursa en obrados, mediante decreto de 13 de noviembre de 2008 el Juzgador de la causa ordena que con carácter previo se adjunte el informe emitido por FUNDEMPRESA, cumplido con el cual se proveerá lo que en derecho corresponda, es decir nuestra petición de notificar la demanda mediante edictos de ley en razón a la inexistencia de domicilio real del ejecutado.

En ese sentido nuestra parte procedió a ejecutar esta tramitación ante FUNDEMPRESA a fin de que certifique el último domicilio del deudor, situación que fu (sic) *ejecutada por nuestra parte a fin de dar cumplimiento a lo establecido por el juzgador.*

Asimismo, mediante gestiones extrajudiciales se procede a la averiguación del último domicilio real del demandado, acciones que sin duda obligaron a dejar la causa hasta dar cumplimiento con lo ordenado por el Juez, en ese sentido cualquier otra actuación solicitada por nuestra parte, solo con el fin de brindar movimiento procesal sin obtener buenos resultados, hubiera significado una nueva observación y rechazo, actuaciones que de ninguna manera hubiera contribuido a la recuperación de lo adeudado.

En ese sentido, todas nuestras gestiones extrajudiciales, a fin de averiguar el último domicilio, permitieron que la empresa ejecutada salde su deuda, consiguiendo de esa manera que al momento la causa esté concluida.

Asimismo a continuación transcribimos las actuaciones extrañadas y que no son tomadas en cuenta por su institución, mismas que desvirtúan los cargos impuestos infundadamente:

1) *En fecha* ***10 de noviembre de 2010,*** *se emite por secretaria* (sic) *de juzgado el oficio con CITE No. 713/2010 dirigido a FUNDEMPRESA. Asimismo mediante oficio de fecha* ***07 de noviembre de 2010,*** *con CITE 714/2010 se dirige a la Dirección Nacional de Identificación Personal.*
2) *En fecha* ***07 de enero de 2011*** *se hace el ingreso a la Dirección Nacional de Identificación Personal, misma que es despachada por esta institución en fecha* ***01 de febrero de 2011.***
3) *En fecha* ***14 de enero de 2011*** *FUNDEMPRESA emite la certificación solicitada, estableciendo el último domicilio registrado de la empresa ejecutada.*
4) *En fecha* ***11 de enero de 2011*** *la Dirección de Identificación Personal emite el informe solicitado determinando el domicilio actual del representante legal de la empresa deudora.*

En ese sentido demostramos que no existió la paralización procesal referida en los cargos impuestos, determinando con estas gestiones que evidentemente la causa no se paralizo (sic)*, permitiendo con estas darle el suficiente impulso procesal a fin de determinar el domicilio del ejecutado y proseguir con las actuaciones pertinentes*
A) SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA PRETENSIÓN.-

Finalmente y como bien apreciara (sic) *su institución el* ***25 de agosto de 2011*** *nuestra parte procedió a solicitar el DESISTIMIENTO DEL PROCESO, extinguiendo nuestra pretensión manifestando que la obligación y la deuda fueron enteramente cancelados por la empresa ejecutada.*

Se hace necesario acudir al instituto de la pretensión procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión.

Por regla general la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza. Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entre los cuales está el DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, figura jurídica que se presenta antes de contestada la demanda, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.

En ese sentido y como bien apreciara (sic) *su institución el* ***25 de agosto de 2011*** *nuestra parte procedió a solicitar el DESISTIMIENTO DEL PROCESO, extinguiendo nuestra pretensión manifestando que la obligación y la deuda fueron enteramente cancelados por la empresa ejecutada.*

Finalmente esta aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción a sabiendas que la deuda fue cancelada, por ende la conclusión del proceso, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

DESCARGOS AL CARGO N° 2, EMPRESA MUNICIPAL DE CONSTRUCCIÓN SERVICIOS EMCOSAV.-

A) SOBRE LA COMPOSICIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO:

Lamentamos el desconocimiento que hace mención el regulador al desconocer instituciones propias del procedimiento. Ante estas argumentaciones vertidas por el regulador, es necesario refrescar y recalcar la normativa que se pretende ignorar, el art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: ***el demandante, el demandado*** *y* ***EL JUEZ.*** *En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, conceptos que no son aceptados por el regulador, pretendiendo ejecutar una tramitación fuera de lo establecido, desconociendo de esa manera,* ***que ante nuestras gestiones, incluso extrajudiciales, que no necesariamente deben plasmarse en un memorial, tal como se pretende, permitió la celeridad y gestión al juzgador y los funcionarios del juzgado.***

Sobre estas argumentaciones que confirman las imputaciones, sin establecer y valorar nuestra tramitación, nuevamente es necesario reiterar conceptos básicos del procedimiento, mismos que no son atendidos, menos analizados por el regulador.

Comencemos ofreciendo el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.[1] *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio.*

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calamandrei)

Parte se llama, dice Carnelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en ***órgano judicial (JUEZ)*** *con potestad jurisdiccional,* ***y en partes, (DEMANDANTE Y DEMANDADO).*** *Los elementos objetivos se distinguen en pruebas y bienes (bienes en el sentido de cualquier ente que sea objeto de derecho).*

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses - distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez.

En ese sentido, el tratadista, Piero Calamandrei[2] *establece: Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso), son al menos tres: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES: esto es, la persona que pide la providencia (actor, en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución) , y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)..."*
[2] *Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil"*

En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

Por su parte los jueces tiene facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar

justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS, En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art. - 29, inc. 12 de la Ley No. 025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, ***más aun*** (sic) ***si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.***

B) SOBRE LA TRAMITACIÓN PROCESAL.-

Es necesario ilustrar nuevamente que el Art. 51 del C.P.C. regula la intervención accesoria, pero no menos importante, de los funcionarios auxiliares de la administración de justicia, gestiones que si bien nuestro Código de Procedimiento Civil califica como accesoria, su participación en el proceso es esencial, porque sin la asistencia de éstos, que es de una altísima importancia jurídica y social, las partes no lograrían ejercer plenamente sus derechos, tal cual establecen los arts. 94, 101 y 105 de la Ley 025, Ley del Órgano Judicial y que la instancia reguladora no puede desconocer.

Por otro lado, nuevamente nos causa enorme extrañeza la forma de interpretar y analizar a cabalidad la presente causa por su institución y pretender imputar los cargos que con una claridad meridiana deben considerarse como inexistentes, por no

adecuarse a los datos del proceso y menos a la tramitación efectuada por nuestra parte.

Tal como su institución menciona desde el inicio de la demanda hasta el 21 de mayo de 2009 nuestra parte procedió a una diligente y eficaz tramitación procesal, sin embargo, supuestamente recién en fecha 11 de octubre de 2010 se habría continuado con la tramitación, existiendo aparentemente un periodo sin movimiento procesal diligente.

Rigiéndonos por los datos del proceso y tomando en cuenta que su autoridad posee las mismas piezas procesales, a continuación transcribimos todas estas gestiones ignoradas y no tomadas en cuenta por su institución, situación que causa enormes perjuicios y agravios a nuestra empresa por no considerarse como tal y no adecuarse a los datos de la presente causa:

1) *Mediante decreto de fecha **22 de mayo de 2009,** el Juzgador de la causa acepta el pase profesional anunciado, asimismo ordena que las publicaciones de edictos sean arrimadas a sus antecedentes y ordena la confección de los oficios dirigidos al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público habiéndose cumplido con lo solicitado conforme auto de fs. 98 de obrados.*
2) *Mediante nota de entrega de fecha **17 de junio de 2009,** se hizo entrega del oficio dirigido al Viceministerio de tesoro* (sic) *y Crédito Público.*
3) *Tal cual dispone la Corte de Distrito Judicial de La Paz, se dispone la vacación judicial desde el **22 de junio al 11 de julio de 2009**, tal cual se establece mediante sello de Juzgado cursante en obrado, quedando suspendidas las labores mientras dure este receso.*
4) *En fecha **08 de febrero de 2010** mediante sello se establece el ingreso del oficio dirigido al Organismo Operativo de Transito* (sic).
5) *Mediante certificación de **18 de febrero de 2010** emitido por el Organismo Operativo de Transito* (sic) *se establece la inexistencia de vehículos pertenecientes a la empresa ejecutada.*
6) *Por memorial de fecha **24 de mayo de 2010** se procede a adjuntar la certificación emitida por el Organismo Operativo de Transito* (sic).

Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución posee una tramitación diligente y efectiva, más aún si en estos periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, la retención de fondos y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales.

Finalmente a fin de recordar los antecedentes procesales que posee su institución, reiteramos y ratificamos las pruebas aportadas, como ser los memoriales, decretos, y otros antecedentes adjuntas oportunamente como nuestros descargos.

DESCARGOS AL CARGO N° 3, EMPRESA CONSTRUCTORA MURILLO Y MEJIA S.R.L. ECOMYN S.R.L.-

A) SOBRE EL PRIMER PERIODO OBSERVADO.-

Nuevamente debemos lamentar el accionar y la falta de análisis con fundamentos de orden procedimental efectuado por su institución, limitándose simplemente a mencionar una falta de movimiento procesal, sin hacer una interpretación cabal a los descargos presentados, menos una interpretación a las normas establecidas para el caso de autos.

Sin embargo, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 223/2012 se manifiesta: Al respecto, se pudo evidenciar que por el primer periodo observado por esta autoridad, existen actuados que demuestran que Futuro de Bolivia S.A. AFP, actuó diligentemente..."

De esta aceptación tácita efectuada por su institución, con los descargos presentados por nuestra parte, mínimamente se debió tomar en cuenta y valorar a fin de evitar una sanción con las proporciones que se imputa, apoyándose precisamente en el principio de proporcionalidad, en el sentido de contener una sanción equilibrada que minimice la imputación, considerando que este cargo fue objeto de sanción y que el mismo fue desvirtuado en su totalidad, estableciendo que dentro de ese período, imputado con una aparente falta de movimiento procesal, si se obtuvo una diligente tramitación que evitó la dilación extrañada por su entidad.

En ese sentido el regulador, debió desestimar y levantar el cargo impuesto, considerando que el período se encuentra totalmente saneado y depurado, en consecuencia no existen cargos contra éste, sin embargo la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No.223/2012 confirma la sanción, contra nuestra empresa, sin hacer mención, menos otorgando respuesta a los argumentos vertidos por nuestra parte, vulnerando nuestra pretensión, puesto que no se tuvo en cuenta menos se admitieron los descargos y las gestiones ejecutadas por nuestra parte, manteniendo la sanción de manera injusta y fuera de todo ámbito legal, generando grandes agravios, mismos que a todas luces advierte el estado de indefensión abierta y flagrante al no recibir respuesta alguna, por lo que de conformidad a los argumentos de orden legal emitidos por nuestra parte se deberá levantar el cargo sobre este periodo.

DESCARGOS AL CARGO Nº 4, EMPRESA CONSTRUCTORA DOMUS S.R.L.-

Es necesario establecer que el periodo extrañado por su institución comprende desde la emisión de la sentencia que declara probada nuestra demanda, en ese sentido en ese periodo se procedió a la búsqueda del domicilio real de la empresa deudora, gestiones extrajudiciales que si forman parte de actuaciones procesales pertinentes y diligentes, sea con la finalidad de evitar el estado de indefensión del ejecutado y obtener el cobro de lo adeudado.

Es de esa manera, una vez agotada nuestra gestión de ubicar a esta empresa, y obteniendo malos resultados, se procede a solicitar que la causa continúe con la tramitación mediante edictos de ley, situación que como su institución valorara (sic) *no debe ser tomado como una falta de movimiento procesal sin apreciar estas acciones extrajudiciales que si forman parte de la tramitación procesal con el fin de cumplir con el debido proceso.*

Por otro lado se procedió también a la averiguación de todos los bienes pertenecientes a la empresa ejecutada, situación que es extrañada por su institución sobre un (sic) *aparente demora procesal sin tomar en cuenta que dentro de ese periodo nuestra parte estaba procediendo a la ejecución de toda medida precautoria en ejecución de fallos, aguardando de esa forma recuperar lo adeudado, agotando cada medida hasta concluir la causa.*

Finalmente se debe tomar en cuenta que esta causa se encuentra concluida en razón a la obtención de la sentencia y la ejecutoria de la misma, contando con cada informe de las instituciones pertinentes que aseveran la inexistencia de bienes, por tanto la insolvencia de esta empresa permite la conclusión extraordinaria de la causa.

En ese sentido, refrescamos al regulador que el objetivo que busca todo proceso, es la sentencia, es decir, el demandante persigue el pronunciamiento que condene al demandado a cumplir una determinada prestación conteniendo la declaración de legitimidad de esa prestación y la ***posibilidad de su ejecución.***

Ahora bien, esta posibilidad de ejecución debe materializarse indubitablemente mediante una sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, considerada este como aquella verdad averiguada, el más importante y último efecto jurídico de una sentencia. En sentido general debe considerarse como el efecto procesal que produce toda cuestión jurídica que ya ha sido discutida y resuelta por la sentencia definitiva en un determinado proceso judicial y ante órgano jurisdiccional competente, en suma las partes no pueden impugnar el fallo judicial menos reproducirlo en un nuevo proceso. Bajo el mismo análisis, ***"...la cosa juzgada es el fin del proceso porque este necesariamente debe culminar en cosa juzgada.*** *Por lo dicho, existe una relación entre el medio y el fin, entre el destino final del derecho a obtener la justicia, la paz y la seguridad de la convivencia. "(Las negrillas son nuestras)*[3] *Cita tomada por José Decker Morales, Código de Procedimiento Civil, comentado y concordado – Cochabamba, Bolivia, Tercera Edición, Pág. 149.*

Asimismo, afirmamos: "...la cosa juzgada se asienta en dos principios; 1) Que la acción queda extinguida en su ejercicio e impide su renovación en otro juicio y 2) Que las relaciones de derecho deben ser estables, porque el principio de la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica, alcanza tanto al derecho sustantivo como al derecho procesal." [4]*José Decker Morales, Código de Procedimiento Civil, comentado y concordado, Cochabamba, Bolivia, Tercera Edición, Pág. 150.*

Finalmente cabe hacer notar que el art. 190 del C.P.C., establece:

"La sentencia pondrá fin al litigio en primera instancia, contendrá decisiones expresas positivas y precisas, recaerá sobre las cosas litigadas, en la manera en la que hubieran sido demandadas sabida que fuera la verdad por las pruebas del proceso en ella se observará o condenara (sic) *al demandado (Las negrillas son nuestras), procedimiento que no es comprendido por el regulador, insistiendo en sanciones que no poseen el argumento legal menos procedimental.*

DESCARGOS AL CARGO Nº 5, ARQUITECTURA E INGENIERÍA AIROS S.R.L.-

Nuevamente nos causa extrañeza la forma de interpretar y analizar a cabalidad los procesos por su institución y pretender imputar los cargos que con una claridad meridiana son inexistentes, por no adecuarse a los datos del proceso y menos a la tramitación efectuada por nuestra parte.

Rigiéndonos por los datos del proceso y tomando en cuenta que su autoridad posee las mismas piezas procesales, a continuación transcribimos todas estas gestiones ignoradas y no tomadas en cuenta por el regulador, situación que causa enormes perjuicios y agravios a nuestra empresa por no considerarse como tal y no adecuarse a los datos de la presente causa:

1) *Mediante decreto de fecha* ***27 de abril de 2010,*** *el juzgador da curso a nuestra petición ordenando la confección del oficio dirigido a la Dirección Nacional de Identificación Personal y al Servicio de Impuestos Nacionales.*
2) *Tal cual dispone el Distrito Judicial de La Paz se determino* (sic) *la vacación judicial desde el* ***25 de junio de 2010*** *hasta el* ***18 de julio de 2010****, según circular 011/2010, quedando suspendidas las labores judiciales.*
3) *Mediante oficios con CITE No. 374/2010 y 373/2010 de* ***28 de julio de 2010****, se emite mediante secretaria* (sic) *de juzgado los oficios dirigidos a la Dirección Nacional de Identificación Personal y al Servicio de Impuestos Nacionales.*
4) *En fecha* ***16 de agosto de 2010,*** *se hace entrega de los respectivos oficios dirigidos a la Dirección Nacional de Identificación Personal y al Servicio de Impuestos Nacionales.*
5) *Memorial presentado a Juzgado en fecha* ***25 de agosto de 2010*** *solicitando la ampliación de la deuda en base a la Nota de Débito 1-02-2010-01042 emitida en fecha* ***12 de agosto de 2010.***

Tal cual se podrá apreciar y valorar, todas estas actuaciones que cursan en obrados establecen el movimiento procesal diligente que existió dentro de esta causa, por lo que no es aceptable la imputación de cargos sobre una aparente dilación procesal, solicitando se levanten estos por no adecuarse al estado actual del proceso.

A) SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA PRETENCION*.-*

Se hace necesario acudir al instituto de la pretensión procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión.

Por regla general la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza. Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entre los cuales está el DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, figura jurídica que se presenta antes de contestada la demanda, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.

En ese sentido y como bien apreciara (sic) *su institución el* ***25 de Noviembre de 2011*** *nuestra parte procedió a solicitar el DESISTIMIENTO DEL PROCESO, extinguiendo nuestra pretensión manifestando que la obligación y la deuda fueron enteramente cancelados por la empresa ejecutada.*

Finalmente esta aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción a sabiendas que la deuda fue cancelada, por ende la conclusión del proceso, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

DESCARGOS AL CARGO N° 6, EMPRESA CONSTRUCTORA Y CONSULTORA SOCIEDAD GAUDI ARQUITECTURAS S.R.L. -

A) SOBRE LA COMPOSICIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN UN PROCESO.-

La errada apreciación de los hechos y consiguiente errónea decisión asumida por su Autoridad, respecto del sexto cargo, se evidencia a partir de la interpretación inaceptable de dividir un proceso en actuados de la parte demandante, actuados de la parte demandada y actuados del órgano jurisdiccional que está sustanciando el proceso, olvidando su Autoridad por completo que el proceso es una relación jurídica porque existen sujetos que, contando con facultades determinadas por ley, interactúan en la jurisdicción cuyo fin es la solución del conflicto de intereses; dichos sujetos son el actor, el demandado y el juez, tal como prevé el Art. 50 del Código de Pdto. Civil. En síntesis sin la interacción de sujetos en el ámbito jurisdiccional no existe proceso y bajo la "lógica" de la entidad reguladora si podría existir proceso sólo con actuaciones individuales, situación completamente errada.

Igualmente resulta inaceptable que, de manera infundada su Autoridad, desestime descargos que inobjetablemente eliminan cargos infundados y que en realidad no existen. A fs. 25, su Autoridad califica de actuación propia del juez el decreto de 21 de agosto de 2010, por el cual se dispone y se acepta nuestra petición y de manera arbitraria su Autoridad, vulnerando el derecho de defensa de Futuro de Bolivia desestima este descargo. Situación que importa de manera inexcusable que en vía de reparación de errores se revoque el presente cargo y se desestime cualquier sanción contra Futuro de Bolivia.

En ese sentido nuevamente debemos lamentar el desconocimiento que hace mención el regulador al omitir, instituciones propias del procedimiento. Ante estas argumentaciones vertidas por el regulador, es necesario refrescar y recalcar la normativa que se pretende ignorar, el art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: ***el demandante, el demandado y EL JUEZ.*** *En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, conceptos que no son aceptados por el regulador, pretendiendo ejecutar una tramitación fuera de lo establecido, desconociendo de esa manera,* ***que ante nuestras gestiones, incluso extrajudiciales, que no necesariamente deben plasmarse en un memorial, tal como se pretende, permitió la celeridad y gestión*** ***al juzgador y los funcionarios del juzgado.***

Sobre estas argumentaciones que confirman las imputaciones, sin establecer y valorar nuestra tramitación, nuevamente es necesario reiterar conceptos básicos del procedimiento, mismos que no son atendidos, menos analizados por el regulador.

Comencemos ofreciendo el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.[5] *Diccionario de ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio.*

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calamandrei)

Parte se llama, dice Carnelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en ***órgano judicial (JUEZ)*** *con potestad jurisdiccional, y* ***en partes, (DEMANDANTE Y DEMANDADO).*** *Los elementos objetivos se distinguen en pruebas y bienes (bienes en el sentido de cualquier ente que sea objeto de derecho).*

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses - distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión

caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez.

En ese sentido, el tratadista, Piero Calamandrei [6] establece: " Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso) , son al menos tres: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES: esto es, la persona que pide la providencia (actor, en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución), y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)..."
[6] Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil"

En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

Por su parte los jueces tiene (sic) *facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS, En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.*

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso

del principio del debido proceso, establecido en el Art. - 29, inc. 12 de la Ley No. 025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, ***más aun*** (sic) ***si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.***

B) SOBRE LA TRAMITACIÓN PROCESAL.-

Por todo lo expuesto, y con la finalidad de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por el regulador al involucrar una aparente dilación procesal desde el 20 de agosto de 2010 al 08 de diciembre de 2010, causando agravios y lesionando nuestro legitimo (sic) *accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar y recopilar, que si forman parte de una diligente tramitación procesal y que lamentablemente no estarían siendo tomados en cuenta por su institución, menos valoradas, de esa manera tenemos a bien descargar los cargos con las siguientes actuaciones:*

1) *Mediante decreto de fecha* ***21 de agosto de 2010,*** *el Juzgador de la causa acepta nuestra petición efectuada mediante memorial de 20 de agosto de 2010, teniéndose presente y disponiendo que la certificación emitida por la Dirección Nacional de Identificación sea arrimada a sus antecedentes, asimismo ordena que se apareje a los datos de la causa la certificación emitida por Impuestos Nacionales.*
2) *Dando cumplimiento a lo dispuesto por el Juzgador, mediante gestiones internas y extrajudiciales se procedió a solicitar a Impuestos Internos, proceda a la emisión de la certificación solicitada y sea presentada a Juzgado a fin de continuar con la tramitación de la causa. En ese sentido en fecha* ***17 de septiembre de 2010,*** *Impuestos Nacionales emite la respectiva certificación, estableciendo el domicilio real de la empresa ejecutada.*
3) *En fecha* ***21 de septiembre de 2010,*** *se procede a adjuntar la certificación emitida por Impuestos Internos, actuación decretada por el Juzgador en fecha* ***22 de septiembre de 2010,*** *ordenando que dicho informe sea puesto a conocimiento de la parte ejecutada.*

Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución y que no fueron consideradas, demuestran una tramitación diligente y efectiva, más aún si en los periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales.

DESCARGOS AL CARGO Nº 8, EMBOC S. R. L. SANTOS CONSTRUCTORA.-

A) SOBRE LA COMPOSICIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN UN PROCESO.-

Ante el sesgado análisis efectuado por el regulador, debemos lamentar nuevamente el desconocimiento procesal, al omitir, instituciones propias del procedimiento. Ante estas

argumentaciones vertidas por el regulador, es necesario refrescar y recalcar la normativa que se pretende ignorar, el art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: ***el demandante, el demandado y EL JUEZ.*** *En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta* (sic) *se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, conceptos que no son aceptados por el regulador, pretendiendo ejecutar una tramitación fuera de lo establecido, desconociendo de esa manera,* ***que ante nuestras gestiones, incluso extrajudiciales, que no necesariamente deben plasmarse en un memorial, tal como se pretende, permitió la celeridad y gestión al juzgador y los funcionarios del juzgado.***

Sobre estas argumentaciones que confirman las imputaciones, sin establecer y valorar nuestra tramitación, nuevamente es necesario reiterar conceptos básicos del procedimiento, mismos que no son atendidos, menos analizados por el regulador.

Comencemos ofreciendo el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.[7] *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio.*

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calamandrei)

Parte se llama, dice Carnelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en ***órgano judicial (JUEZ)*** *con potestad jurisdiccional,* ***y en partes, (DEMANDANTE Y DEMANDADO).*** *Los elementos objetivos se distinguen en pruebas y bienes (bienes en el sentido de cualquier ente que sea objeto de derecho).*

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses - distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas

que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez.

En ese sentido, el tratadista, Piero Calamandrei [8] establece: Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso), son al menos tres: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES: esto es, la persona que pide la providencia (actor, en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución), y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)..." [8] *Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil"*

En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

Por su parte los jueces tiene facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS. En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art. - 29, inc. 12 de la Ley No. 025,

Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, ***más aun*** (sic) ***si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.***

B) SOBRE LA TRAMITACIÓN PROCESAL. –

Reiteramos los argumentos, con el fin de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por su institución al involucrar una aparente dilación procesal desde el 09 de diciembre de 2009 al 08 de abril de 2010 y desde el 08 de abril de 2010 al 08 de noviembre de 2010, causando agravios y lesionando nuestro legitimo (sic) *accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar y recopilar, que si forman parte de una diligente tramitación procesal y que lamentablemente no estarían siendo tomados en cuenta por su institución, menos valoradas, tenemos a bien descargar los cargos con las siguientes actuaciones:*

1) *Tal como es de conocimiento de su institución el receso judicial anual dispuesto por el Distrito Judicial comprendió desde el* ***24 de diciembre de 2009*** *hasta el* ***03 de enero de 2010.***
2) *En fecha* ***18 de febrero de 2010,*** *se procede a ejecutar el ingreso del oficio dirigido a DD.RR. La Paz a fin de que se informen sobre los bienes inmuebles registrados a nombre de la empresa deudora.*
3) *En fecha* ***05 de marzo de 2010,*** *se emite mediante DD.RR. La Paz la certificación solicitada.*
4) *Por memorial de* ***08 de abril de 2010****, se procede a adjuntar la certificación emitida por DD.RR. La Paz, mismo que establece que la empresa ejecutada no posee bienes inmuebles registrados a su nombre, actuación decretada por el Juzgador en fecha* ***09 de abril de 2010****, ordenando que dicho informe sea arrimado a sus antecedentes.*
5) *Tal cual dispone el Distrito Judicial de La Paz se determino* (sic) *la vacación judicial desde el* ***25 de junio de 2010*** *hasta el* ***18 de julio de 2010****, quedando suspendidas las labores judiciales.*
6) *Mediante memorial de* ***10 de agosto de 2010*** *se solicita la ampliación de la deuda.*
7) *En fecha 14 de septiembre de 2010 se confecciona mediante secretaria* (sic) *de Juzgador el oficio dirigido a la ASFI.*
8) *En fecha* ***15 de septiembre de 2010*** *se recogió el oficio dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a fin de que se proceda a la retención de fondos propios de la empresa ejecutada.*
9) *En fecha* ***28 de septiembre de 2010*** *se procede al ingreso del respectivo oficio a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a fin de proceder con la retención de fondos.*
10) *Mediante memorial de fecha* ***08 de octubre de 2010*** *se procede a solicitar una nueva ampliación de deuda. Asimismo se solicita la retención de fondos por un nuevo monto adeudado, petición aceptada por el Juzgador mediante auto intimatorio ampliatorio de fecha* ***09 de noviembre de 2010.***

Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución y que no fueron consideradas, demuestran una tramitación diligente y efectiva, más aún si en los periodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales, debiendo desestimar los cargos injustamente impuestos a nuestra institución.

DESCARGOS AL CARGO Nº 9, VARGAS ENGINEERING & CONTRUCCION "VARENCO".-
Rigiéndonos por los datos del proceso y tomando en cuenta que su autoridad posee las mismas piezas procesales, a continuación transcribimos todas estas gestiones ignoradas y no tomadas en cuenta por su institución, situación que causa enormes perjuicios y agravios a nuestra empresa por no considerarse como tal y no adecuarse a los datos de la presente causa:

1) *Mediante decreto de **30 de octubre de 2009**, el juzgador ordena que previo a la remisión de fondos se de cumplimiento a la providencia de fs. 29 vlta.*
2) *Tal como es de conocimiento de su institución el receso judicial anual dispuesto por el Distrito Judicial comprendió desde el **24 de diciembre de 2009** hasta el **03 de enero de 2010**.*
3) *Mediante memorial de fecha **29 de enero de 2010**, se presenta memorial a Juzgado adjuntando el informe Excel emitido por Impuestos Internos.*
4) *Tal cual dispone el Distrito Judicial de La Paz se determino* (sic) *la vacación judicial desde el **25 de junio de 2010** hasta el **18 de julio de 2010**, quedando suspendidas las labores judiciales.*

Tal cual cursa en obrados estas actuaciones procesales y disposiciones judiciales develan el movimiento procesal que existió dentro esta causa, por lo que no es aceptable la imputación de tales cargos sobre una aparente dilación procesal, solicitando se levanten estos por no adecuarse al estado actual del proceso.

A) SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA PRETENCION.-

Se hace necesario acudir al instituto de la pretensión procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión.

Por regla general la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza. Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entre los cuales está el DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, figura jurídica que se presenta antes de contestada la demanda, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.

En ese sentido y como bien apreciara (sic) *su institución el **03 de mayo de 2011** nuestra parte procedió a solicitar el DESISTIMIENTO DEL PROCESO, extinguiendo nuestra*

pretensión manifestando que la obligación y la deuda fueron enteramente cancelados por la empresa ejecutada.

Finalmente esta aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción a sabiendas que la deuda fue cancelada, por ende la conclusión del proceso, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

DESCARGOS AL CARGO N° 10, EMPRESA CONSTRUCTORA DEV. CALABI LTDA.-

A) SOBRE LA COMPOSICIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN UN PROCESO.-
*Lamentamos el desconocimiento que hace mención el regulador al desconocer instituciones propias del procedimiento. Ante estas argumentaciones vertidas por el regulador, es necesario refrescar y recalcar la normativa que se pretende ignorar, el art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: **el demandante, el demandado y EL JUEZ.** En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, conceptos que no son aceptados por el regulador, pretendiendo ejecutar una tramitación fuera de lo establecido, desconociendo de esa manera, **que ante nuestras gestiones, incluso extrajudiciales, que no necesariamente deben plasmarse en un memorial, tal como se pretende, permitió la celeridad y gestión al juzgador y los funcionarios del juzgado.***

Sobre estas argumentaciones que confirman las imputaciones, sin establecer y valorar nuestra tramitación, nuevamente es necesario reiterar conceptos básicos del procedimiento, mismos que no son atendidos, menos analizados por el regulador.

Comencemos ofreciendo el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.[9]

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calamandrei)

Parte se llama, dice Carnelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en ***órgano judicial (JUEZ)*** *con potestad jurisdiccional,* ***y en partes, (DEMANDANTE Y DEMANDADO).*** *Los elementos objetivos se distinguen en pruebas y bienes (bienes en el sentido de cualquier ente que sea objeto de derecho).*

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses - distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez. En ese sentido, el tratadista, Piero Calamandrei [10] establece: " Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso) son al menos tres: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES: esto es, la persona que pide la evidencia (actor, en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución), y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)..."

[9] Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio [10] Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil"

En ese entendido, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

Por su parte los jueces tiene facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos. En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia deberán cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, dictando las providencias, autos y sentencias dentro de los términos señalados, asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo. En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están

fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art.- 29, inc. 12 de la Ley Nº. 025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, ***más aun*** (sic) ***si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.***

B) SOBRE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO.-

Se torna necesario reiterar lo argumentado a fin de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por el regulador, al involucrar una aparente dilación procesal desde el 19 de febrero de 2010 al 23 de julio de 2010 y desde el 24 de junio de 2010 al 25 de enero de 2011, causando agravios y lesionando nuestro legitimo (sic) *accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar y recopilar, que si forman parte de una diligente tramitación procesal y que lamentablemente no estarían siendo tomados en cuenta por su institución, menos valoradas, tenemos a bien descargar los cargos con las siguientes actuaciones:*

1) *En fecha* ***06 de julio de 2010,*** *se ejecuto* (sic) *la primera publicación mediante edictos de ley para la notificación a la empresa ejecutada.*
2) *En fecha* ***13 de julio de 2010,*** *se realizo* (sic) *la segunda notificación mediante edictos de ley dirigida a la empresa deudora.*
3) *En fecha* ***20 de julio de 2010****, se procede a ejecutar la tercera publicación a fin de notificar mediante edictos a la empresa deudora.*
4) *Mediante memorial de* ***23 de julio de 2010*** *se presenta memorial adjuntando las publicaciones mediante edictos de ley con la sentencia, mismas que establecen la notificación a la empresa ejecutada, petición aceptada mediante decreto de fecha* ***24 de julio de 2010****, instruyendo que los mismos sean arrimados a sus antecedentes.*
5) *Mediante auto de fecha* ***24 de julio de 2010*** *el juzgador procede a declarar ejecutoriada la sentencia, en virtud a nuestra solicitud mediante memorial de fecha 23 de julio de 2010.*
6) *Mediante memorial de fecha* ***25 de enero de 2011*** *se procede a solicitar la notificación mediante edictos de ley con la ejecutoria de la sentencia, petición aceptada por el Juzgador mediante decreto de fecha* ***26 de enero de 2011.***

Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución y que no fueron consideradas, demuestran una tramitación diligente y efectiva, más aún si en los periodos extrañados por su institución

se procedió a ejecutar toda medida precautoria que asegure los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales, debiendo desestimar los cargos injustamente impuestos a nuestra institución.

IV.- PETITORIO.

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículos 66 y 79 de la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 471-2012 de fecha 05 de julio de 2012; ajustando el procedimiento al marco de la legalidad..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

El Ente Regulador sanciona a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, por incumplimiento al artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, por los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 y10, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales, hecho que habría producido la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala en su Recurso Jerárquico que ejerciendo la personería de los Asegurados registrados, ha iniciado el respectivo Proceso Ejecutivo Social, persiguiendo el cobro de las cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, de las Empresas Constructoras: Empresa Constructora AGAA S.R.L., Empresa Municipal de Construcción y Servicios EMCOSAV, Empresa Constructora Murillo y Mejía S.R.L. (ECOMYN S.R.L.), Empresa Constructora DOMUS S.R.L., Arquitectura e Ingeniería AIROS S.R.L., Empresa Constructora y Consultora Sociedad GAUDI Arquitectura S.R.L., Empresa Constructora TAURO S.R.L., EMBOC S.R.L. Santos Constructora, Vargas Engineering & Construcción VARENCO, Empresa Constructora DEV. CALABI Ltda. y Sudamericana de Construcción S.R.L., sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de

noviembre de 1996 de Pensiones.

Asimismo, señala que la Entidad Reguladora habría vulnerado el principio de buena fe, tipicidad, verdad material y congruencia, debiendo aplicar objetivamente la ley, protegiendo los derechos de los administrados, escudriñando hechos reales y no limitándose únicamente a verdades formales.

Finalmente la recurrente señala que para el Cargo Nº 3 y el Cargo Nº 4, se habría producido la prescripción, correspondiendo por ende levantar la sanción impuesta por la Entidad Reguladora.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Del cumplimiento del Principio de Tipicidad.-

En primer término corresponde referirnos al principio de tipicidad, para luego analizar su aplicación al caso de autos.

Al respecto se tiene que ya este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha emitido criterio a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 02/2012 de 19 de enero de 2012, al determinar:

> *"El principio de tipicidad, responde al principio de "nullum crimen sine lege" lo que quiere decir "no existe crimen sin Ley previa que lo consagre". Por tanto el cumplimiento del Principio de Tipicidad, se consagra como una garantía jurídica para el supuesto actor de un delito -imputado, juzgado o procesado-, sea juzgado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma…"*
>
> *"…Para Trayter y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:*
>
> *La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración:* ***1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***
>
> *Congruentemente con lo anterior, tenemos que el* ***principio de tipicidad****, se encuentra íntimamente ligado al* ***principio de legalidad****, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*
>
> *El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.*

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:

"El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas*** *(...)*

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa (...)" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

"… la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción*

> *(sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *" nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria..."*

Es así que subsumiendo al caso de autos, importa remitiremos a la norma imputada, procediendo inicialmente con su transcripción para luego realizar el análisis del alcance de las mismas, y finalmente compulsar cargo a cargo el cumplimiento o no del principio de tipicidad, así tenemos:

El inciso d) del artículo 31 (de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala:

> *"…**d)** Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"*

El artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 establece:

> *"**ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).** A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, **se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"***

Es así que respecto al **inciso d) del artículo 31 de la Ley Nº 1732** de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se tiene que la misma podrá ser imputada a la recurrente cuando la supuesta negligencia en la tramitación y la falta de diligencia constituyan la causa para el retraso o el no cobro a los empleadores de las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones.

Por su parte, para la imputación del **artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469** de 17 de enero de 1997, es menester primero precisar que la figura del "buen padre de familia", es una figura jurídica abstracta, creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias", demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia necesarias en el cumplimiento de sus obligaciones. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente con el que debió haberse manejado.

Es así que para el caso específico, el concepto de buen padre de familia debe entenderse como la oportuna diligencia que debe demostrar la AFP con sus Afiliados en el inicio y en el desarrollo de los Procesos Ejecutivos Sociales, hasta en la recuperación de sus aportes.

En este sentido se tiene que la misma en el caso de autos, podrá ser imputada al recurrente cuando se evidencie que en los Procesos Ejecutivos Sociales, existió una actitud negligente en la conducta y actuaciones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por lo que, realizado el análisis correspondiente que hace al principio de tipicidad, así como la normativa imputada y su aplicabilidad, corresponde revisar cada uno de los cargos que han sido sancionados y se encuentran hoy en etapa jerárquica, cual se procede en el numeral siguiente.

2.2. Compulsa por cargo imputado y sancionado.-

2.2.1. Cargo N° 1.- (Empresa Constructora AGAA S.R.L.).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar que existió una paralización injustificada en las actuaciones procesales por los periodos comprendidos entre el 12 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010 y desde el 21 de octubre de 2010 al 8 de febrero de 2011.

Con relación al **primer periodo** se tienen las siguientes actuaciones procesales:

- Mediante memorial de **12 de noviembre de 2008**, la Administradora de Fondos de Pensiones solicita Notificación por edicto y adjunta informe de Servicio de Impuestos Nacionales sobre los bienes que la Empresa demandada pudiese tener.
- Mediante Decreto de **13 de noviembre de 2008**, el Juez instruye que previamente se adjunte informe de FUNDEMPRESA.
- En fecha **11 de octubre de 2010**, la Administradora de Fondos de Pensiones presenta un memorial solicitando que el expediente se ponga a la vista.

La recurrente refiere que mediante Decreto de 13 de noviembre de 2008, el Juez hubiera ordenado que con carácter previo se adjunte el informe emitido por Fundempresa y que durante ese periodo de supuesta paralización se realizaron algunas actuaciones extrajudiciales para averiguar el domicilio real de la empresa, que estas actuaciones -a decir de la recurrente- claramente demuestran que en el presente periodo no existió una paralización del Proceso Ejecutivo Social, ni una falta de diligencia atribuida a la Administradora de Fondos de Pensiones.

Al respecto se tiene que la Administradora, **no puede justificar una demora de aproximadamente dos años**, alegando que está estaría realizando acciones extrajudiciales, considerando que ninguna actuación extrajudicial puede tardar ese lapso de tiempo, y peor aún cuando una de ellas es el requerimiento de un informe sobre el domicilio real de la empresa demandada, tal cual lo requirió el Juez mediante Decreto de fecha 13 de noviembre de 2008.

Que de igual manera el haber solicitado al Juez, en fecha 11 de octubre de 2010, que el expediente se ponga a la vista, justamente demuestra la falta de diligencia que éste tuvo dentro del periodo en análisis, ya que como se señaló, en fecha 13 de noviembre de 2008 el Juez solicitó informe del domicilio real de la empresa demandada, requerimiento que no fue atendido por la Administradora de Fondos de Pensiones y del cual no existe descargo alguno, limitándose simplemente a solicitar se ponga a la vista el expediente, sin adjuntar la documentación e información solicitada para que continúe el proceso.

Con relación al **segundo periodo** sancionado, de fecha 21 de octubre de 2010 al 8 de febrero de 2011, se tienen las siguientes actuaciones procesales:

- En fecha **21 de octubre de 2010**, el Juez dictó decreto instruyendo que previamente rectifique respecto al representante legal y el domicilio de la Empresa.
- Mediante memorial de **8 de febrero de 2011**, la Administradora de Fondos de Pensiones adjunta certificado de Servicio Nacional de Identificación Personal, del Servicio Nacional de Impuestos Nacionales y de FUNDEMPRESA y además señala el representante legal y el domicilio real de la Empresa.

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que el Juez en fecha **21 de octubre de 2010**, dicta decreto señalando que previamente se rectifique al representante legal y domicilio del demandado, por lo que el Oficial de Diligencias tuvo que realizar actuaciones extrajudiciales como ser el oficio con CITE 713/2010, dirigido a Fundempresa, y el oficio con Cite N° 714/2010, dirigido a la Dirección Nacional de Identificaciones, siendo que en fecha 11 de enero de 2011 la Dirección de Identificación Personal emitió el Informe solicitado y en fecha 14 de enero de 2011, Fundempresa emitió la Certificación solicitada.

Al respecto, de la prueba adjunta en el presente caso de autos y en base al argumento de la recurrente, se tiene que los mismos hacen referencia a un sólo actuado procesal, cual es aclarar al Juez el nombre del representante legal y el domicilio real de la empresa demandada, por tanto los descargos presentados por la recurrente, no pueden ser considerados como una buena diligencia por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, mucho más si en dos oportunidades (con Decreto de 13 de noviembre de 2008 y Decreto de 21 de octubre de 2010) el Juez solicita la aclaración del domicilio real y la rectificación del representante legal, lo que da a entender que a más de dos años (desde el decreto de fecha 13 de noviembre de 2008 hasta el 8 de febrero de 2011) la recurrente seguía en la misma actuación procesal, aspecto que claramente demuestra la paralización que existió y la falta de diligencia demostrada por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Ahora bien, en cuanto a que el memorial de Desistimiento del proceso, presentado por la Administradora de Fondos de Pensiones en fecha **25 de agosto de 2011**, probaría –a decir de la recurrente- que la pretensión se extinguió. Al respecto se tiene que tal como se señaló precedentemente, la Entidad Reguladora sancionó a la Administradora por el periodo comprendido entre el **12 de noviembre de 2008 al 11 de octubre de 2010 y del 21 de octubre de 2010 al 8 de febrero de 2011**, evidenciándose que el desistimiento fue presentado en fecha posterior a los periodos sancionados, y de la lectura del mismo, no se tiene constancia de la fecha en que el empleador habría realizado el pago al Seguro Social

Obligatorio de largo plazo, por lo que el mismo no puede ser considerado como descargo dentro de este periodo al haber imputado falta de diligencia en la tramitación y no así la falta de recuperación.

Por tanto en el Cargo Nº 1, sí corresponde el cargo imputado y consiguiente determinación de sanción, al evidenciarse una paralización injustificada de las actuaciones procesales dentro del Proceso Ejecutivo Social, así como una falta de diligencia atribuible en este caso a la Administradora de Fondos de Pensiones.

2.2.2. Cargo Nº 2.- (Empresa Municipal de Construcción Servicios EMCOSAV).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar una paralización injustificada de las actuaciones procesales por el periodo comprendido entre el 21 de mayo de 2009 al 11 de octubre de 2010, tal como se detalla a continuación:

- Por medio del memorial enviado el **21 de mayo de 2009**, la Administradora de Fondos de Pensiones adjunta la publicación del edicto y solicita copia de oficios.
- Mediante memorial de **11 de octubre de 2010**, la Administradora solicita que el proceso se ponga a la vista.

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que en este periodo se hubieran realizado algunas actuaciones que no hubieran sido consideradas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones a momento de emitir la sanción, como ser el Decreto de fecha **22 de mayo de 2009**, nota de entrega del oficio dirigido al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público de fecha **17 de junio de 2009**, Vacación Judicial desde el **22 de junio al 11 de julio de 2009**, Oficio dirigido al Organismo de Tránsito en fecha **8 de febrero de 2010**, Certificación que establece la inexistencia de vehículos pertenecientes a la empresa ejecutada de fecha **18 de febrero de 2010** y memorial de fecha de **24 de mayo de 2010** adjuntando la Certificación emitida por el Organismo Operativo de Tránsito.

Al respecto, se tiene que efectivamente existen actuaciones por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones que no fueron considerados por la Entidad Fiscalizadora, referentes a la inexistencia de paralización del Proceso Ejecutivo Social, así como la debida diligencia por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones dentro del proceso, como ser el Decreto de 22 de mayo de 2012, la nota de 17 de junio de 2009, el ingreso del Oficio dirigido al Organismo Operativo de Tránsito en fecha 8 de febrero de 2010, la Certificación de 18 de febrero de 2010 y su envío en fecha 24 de mayo de 2010.

De lo mencionado por la recurrente en cuanto a la vacación judicial de fecha 22 de junio de 2009 al 11 de julio de 2009, la misma demostraría la paralización del proceso de veinte (20) días.

Sin embargo de ello e independientemente de lo señalado por la Administradora, se tiene que desde la finalización de la vacación judicial en fecha 11 de julio de 2009 hasta el ingreso del Oficio dirigido al Organismo de Tránsito en fecha 08 de febrero de 2011, existe un periodo de paralización de **aproximadamente siete meses**, asimismo, la última actuación

realizada por la Administradora de Fondos de Pensiones dentro del periodo observado, ocurrió en fecha 24 de mayo de 2010 y desde esa fecha hasta el 11 de octubre de 2010, donde la recurrente solicita que el expediente se ponga a la vista, **existirían aproximadamente cinco meses** donde la recurrente no habría realizado ninguna gestión, hechos que claramente demuestran que en el presente proceso si existió una falta de diligencia y una paralización del Proceso Ejecutivo Social.

Por tanto en cuanto al Cargo N° 2, sí corresponde la sanción al evidenciarse que el Ente Regulador hizo una correcta valoración al determinar que existió una falta de diligencia y una paralización del proceso, atribuida a la Administradora de Fondos de Pensiones, claro con la precisión antes expuesta.

2.2.3. Cargo N° 3.- (Empresa Constructora Murillo y Mejía S.R.L. ECOMYN S.R.L.).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar una paralización injustificada de los actos procesales, durante los periodos comprendidos entre el 16 de octubre de 2007 al 18 de febrero de 2008 y desde el 26 de noviembre al 2008 al 11 de octubre de 2010.

Con relación al **primer periodo** sancionado (del 16 de octubre de 2007 al 18 de febrero de 2008), insertos en la Nota de Cargos, se tienen los siguientes actuados procesales:

- En fecha **16 de octubre de 2007**, mediante Sentencia No. 132/2007, se declara PROBADA la demanda.
- Mediante memorial de **18 de febrero de 2008**, la Administradora solicita se proceda a la citación de los herederos.

Al respecto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 223-2012 de 10 de abril de 2012, señaló lo siguiente:

> *"…Se comprueban los siguientes actuados procesales llevados a cabo por la Administradora:*
>
> *• Mediante memorial de fecha **18 de octubre de 2007**, la AFP procede a adjuntar el informe emitido por COTEL, mismo que establece que la empresa ejecutada no posee líneas telefónicas registradas a su nombre.*
> *• Mediante memorial de fecha **19 de noviembre de 2007**, adjunta el informe emitido por Derechos Reales - La Paz, mismo que manifiesta que la empresa deudora no tiene registrado bienes inmuebles a su nombre.*
> *• Por memorial de **21 de noviembre de 2007**, se solicita que mediante la Dirección Departamental de Registro Civil se nos certifique el nombre de los herederos que tuviera el representante legal de la empresa deudora.*
> *• Memorial presentado a Juzgado en fecha **14 de diciembre de 2007**, adjuntando el informe emitido por el Organismo Operativo de la Dirección Nacional de Tránsito - La Paz.*
> *• Mediante memorial de fecha **15 de febrero de 2008**, se solicita se oficie nuevamente*

a la Dirección Departamental de Registro Civil.
*• En fecha **18 de febrero de 2008** la Administradora solicita se cite y emplace a herederos con la demanda.*

Al respecto, se pudo evidenciar que por el primer período observado por esta Autoridad, existen actuados que demuestran que Futuro de Bolivia S.A. AFP actuó diligentemente…"

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico señala que la Entidad Reguladora no consideró los descargos y gestiones ejecutadas por la Administradora de Fondos de Pensiones durante el primer periodo observado, debiendo tomarse en cuenta y valorarse las mismas, a fin de evitar una sanción con las proporciones que se imputa, por lo que corresponde desestimar y levantar el cargo sobre este periodo.

De lo señalado precedentemente, se puede establecer que Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó gestiones y actuó de manera diligente durante el primer periodo observado, no encontrando esta instancia jerárquica la existencia de negligencia, ni demora que sea atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones, toda vez que ésta ha demostrado la realización de actuados procesales, los cuales fueron aceptados por la Entidad Reguladora, pero pese a ello, no ha procedido con la desestimación de sanción que hubiera correspondido.

Con relación al **segundo periodo** sancionado del 26 de noviembre al 2008 al 11 de octubre de 2010 se tiene que:

- Mediante memorial de **26 de noviembre de 2008**, la Administradora solicita ejecutoria de la sentencia.
- Por medio del memorial de **11 de octubre de 2010,** la Administradora de Fondos de Pensiones solicita que el proceso se ponga a la vista.

Al respecto, la Administradora no ha presentado descargo alguno, ni en Recurso de Revocatoria, ni en Recurso Jerárquico, que desvirtúe el cargo por el segundo periodo, entendiéndose entonces que no existió ningún actuado procesal realizado por la Administradora de Fondos de Pensiones, hecho que ha dado lugar a la paralización del Proceso Ejecutivo Social y una falta de diligencia por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, misma que se evidencia del memorial presentado por la recurrente en fecha 11 de octubre de 2010, en el que se solicita que el proceso se ponga a la vista.

Por tanto, **para el primer periodo imputado para el Cargo N° 3**, no correspondía sea sancionado, debiendo haberse determinado su desestimación. Asimismo y conforme lo analizado **para el segundo periodo del Cargo N° 3**, sí corresponde la imputación y correspondiente sanción, ya que dentro de éste se pudo evidenciar una paralización injustificada de las actuaciones procesales, demora atribuible en este caso a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

Es así que, dicha conclusión, hace al fallo de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo el Ente Regulador proceder en estricto apego al debido proceso, al cumplimiento

de los Principios de congruencia y proporcionalidad cual en estricto derecho hubiera correspondido.

2.2.4. Cargo Nº 4.- (Empresa Constructora DOMUS SRL).-

La Entidad Reguladora sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar que existió una paralización de los actos procesales, durante los periodos comprendidos entre el 22 de enero de 2004 al 02 de julio de 2004, entre el 24 de marzo de 2005 al 9 de marzo de 2006 y entre el 20 de diciembre de 2006 al 11 de octubre de 2010.

En cuanto al **primer periodo** sancionado entre el 22 de enero de 2004 al 2 de julio de 2004, se tienen las siguientes actuaciones procesales:

- Por medio de la Sentencia No. 15/2004, del **22 de enero de 2004**, se declara PROBADA la demanda.
- Mediante memorial de **02 de julio de 2004**, la Administradora de Fondos de Pensiones adjunta pase profesional.

La recurrente refiere en su Recurso Jerárquico que no existió una paralización del proceso, en razón a que se procedió a la búsqueda del domicilio real de la empresa deudora, que si bien estas gestiones no dieron frutos, se continúo con la tramitación del presente solicitando al Juez que la notificación mediante edictos de ley.

Al respecto y de la revisión de los antecedentes, el Ente Regulador en busca de la verdad material determinó aperturar dos términos de prueba, el primero mediante Nota APS/DJ/DPC/820/2012 de fecha 2 de febrero de 2012, y el segundo en Recurso de Revocatoria, a través del Auto de fecha 6 de junio de 2012, a efectos de que la Administradora de Fondos de Pensiones presente cuanta documentación adicional considere necesaria para levantar los cargos sancionados, sin embargo, ésta no presentó ninguna documentación adicional.

Por lo que, al no ejercer su derecho a producir prueba durante la apertura de término de prueba pronunciada por la APS en dos oportunidades, se evidencia que no existen argumentos que puedan desvirtuar la paralización y la falta de diligencia atribuida a la Administradora de Fondos de Pensiones en el Proceso Ejecutivo Social del presente caso, por lo que hacen que esta Autoridad en el marco del control de legalidad que realiza, no puede comprobar el incumplimiento al procedimiento por parte del Ente Regulador.

En cuanto al **segundo periodo** sancionado de 24 de marzo de 2005 al 9 de marzo de 2006, se tienen las siguientes actuaciones por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones:

- El **24 de marzo de 2005**, la parte demandante solicita se oficie a diferentes Instituciones.
- En el **09 de marzo de 2006**, la Administradora de Fondos de Pensiones mediante memorial solicita desarchivo del proceso.

Si bien en fecha 24 de marzo de 2005, Futuro de Bolivia S.A. AFP habría solicitado al Juez que se oficie a diferentes Instituciones, no se tiene constancia de la fecha de estos oficios y cuando fueron recogidos y presentados a las diferentes Instituciones.

Sin embargo y fundamentalmente en cuanto a la solicitud del desarchivo solicitado por la Administradora de Fondos de Pensiones, se tiene que el mismo claramente demuestra la paralización que existió durante este periodo, ya que éste se da como consecuencia de la inexistencia de movimiento procesal.

Con relación a lo aseverado por la recurrente respecto a que procedió a la investigación de bienes del demandado, es evidente que dichas actuaciones extrajudiciales no pudieron llevar un año, como ocurrió en el presente periodo sancionado, así como tampoco se puede evidenciar tal situación, debido a que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no adjuntó documentación alguna de respaldo en los dos periodos de prueba que la Entidad Reguladora le otorgó, y que puedan enervar el cargo sancionado por este periodo procesal.

Respecto al **tercer periodo** observado del 20 de diciembre de 2006 al 11 de octubre de 2010, se tienen las siguientes actuaciones por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones:

- Mediante memorial de **20 de diciembre de 2006**, adjunta informe de Tránsito**.**
- Mediante memorial de **11 de octubre de 2010**, solicita que el proceso se ponga a la vista.

De lo señalado, se tiene que la única actuación que hubiera realizado dentro del periodo del 20 de diciembre de 2006 al 11 de octubre de 2010, sería la de haber adjuntado el informe de Tránsito en fecha 20 de diciembre de 2006 **y cuatro años después** esta hubiera solicitado se ponga a la vista el expediente, por lo que este hecho claramente demuestra la paralización y la falta de diligencia que tuvo la Administradora en cuanto a la recuperación y demora de los aportes del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Ahora bien en cuanto a lo alegado por la recurrente en sentido de que la Entidad Reguladora, no hubiera considerado que la causa estaría concluida, en razón a que la obtención de la sentencia se encontraría ejecutoriada, al respecto la recurrente no debe olvidar que el objeto del Proceso Ejecutivo Social es la recuperación de las contribuciones adeudadas al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por tanto el hecho de que la recurrente no haya realizado ninguna otra actuación judicial o extrajudicial para la recuperación de las contribuciones, claramente demuestra la falta de diligencia en la tramitación del Proceso Ejecutivo Social y consiguiente recuperación de las contribuciones, ya que ésta no ha ejercido ninguna actuación oportuna sobre el Empleador.

Por tanto, en el Cargo N° 4, se ha seguido el procedimiento, debiendo ratificarse el cargo y consiguiente sanción, al evidenciar que existió una paralización injustificada de las actuaciones procesales en el Proceso Ejecutivo Social seguido contra el empleador, durante los tres periodos observados.

2.2.5. Cargo N° 5.- (Arquitectura e Ingeniería AIROS S.R.L.).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar la paralización injustificada del Proceso Ejecutivo Social seguido contra la empresa Arquitectura e Ingeniería AIROS S.R.L., durante el periodo

comprendido entre el 26 de abril de 2010 al 25 de agosto de 2010, dentro del cual se realizaron las siguientes actuaciones:

- Mediante memorial de **26 de abril de 2010**, la parte demandante solicita que se oficie a Servicio Nacional de Identificación Personal.
- Mediante memorial de **25 de agosto de 2010**, se amplía la demanda, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01042, de 12 de agosto de 2010, emitida por el concepto de mora por el monto de Bs1.563,90.

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que realizó otras actuaciones procesales, que no fueron consideradas por la Entidad Reguladora, como ser:

- Decreto de fecha **27 de abril de 2010** mediante el cual el Juez da curso a la petición de la Administradora, ordenando la confección del oficio dirigido a la Dirección Nacional de Identificación Personal y al Servicio de Impuestos Nacionales.
- Vacación Judicial desde el **25 de junio de 2010** hasta el **18 de julio de 2010**.
- Oficios con cite Nº 374/2010 y 373/2010 de **28 de julio de 2010**, emitidos por el juzgado, dirigidos a la Dirección Nacional de Identificaciones Personal y al Servicio Nacional de Impuestos Nacionales.
- En fecha **16 de agosto de 2010**, se hace entrega de los respectivos oficios dirigidos a la Dirección Nacional de Identificación Personal y al Servicio de Impuestos Nacionales.
- Memorial de fecha **25 de agosto de 2010** solicitando la ampliación de la deuda.

Al respecto se tiene que mediante memorial de **26 de abril de 2010**, la Administradora de Fondos de Pensiones solicita que se oficie a Servicio Nacional de Identificación Personal y que un día después el **27 de abril de 2010** el Juez da curso a la solicitud, en fecha **25 de junio de 2010 al 18 de julio de 2010,** se inicia la vacación judicial, el **28 de julio de 2010,** Futuro de Bolivia S.A. AFP se apersona al juzgado**,** para que se emitan los oficios. Por lo tanto, estos hechos demuestran la existencia de actuados por parte de la Administradora que no fueron considerados por el Ente Regulador.

Que de igual manera del **28 de julio de 2010** al **16 de agosto de 2010,** fecha en la que se hace la entrega de los respectivos oficios, se tiene un período de 19 días.

Por último, en cuanto a la vacación judicial de fecha 25 de junio de 2010 al 18 de julio de 2010, la misma justifica la demora o la paralización del proceso en el plazo de 20 días.

En este entendido se tiene que las actuaciones a las que haría referencia la recurrente como descargo, demostrarían la inexistencia de paralización dentro del presente proceso, atribuida a una falta de diligencia por parte de la recurrente dentro del Proceso Ejecutivo Social, por lo que para el Cargo Nº 5, corresponde levantar la sanción.

2.2.6. Cargo Nº 6.- (Empresa Constructora y Consultora Sociedad GAUDI Arquitecturas S.R.L.).-

La Entidad Reguladora sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar una paralización injustificada dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra la Empresa Constructora y Consultora Sociedad GAUDI Arquitecturas S.R.L., durante el periodo comprendido entre el 20

de agosto de 2010 al 08 de diciembre de 2010, de los cuales se tienen los siguientes actuados:

- Mediante memorial de **20 de agosto de 2010**, la Administradora adjunta informe de Servicio Nacional de Identificación Personal y señala nuevo domicilio.
- Por medio del memorial de **08 de diciembre de 2010**, la Administradora de Fondos de Pensiones solicita fotocopias simples.

Futuro de Bolivia S.A., argumenta en su Recurso Jerárquico que es inaceptable la interpretación dada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al dividir el proceso en actuados realizados por la parte demandante, el demandado y actos realizados por el órgano jurisdiccional; olvidando que el proceso es una relación jurídica en la que existen sujetos que interactúan en la jurisdicción, cuyo fin es buscar la solución de un conflicto, que en este entendido la Entidad Reguladora, debió considerar los siguientes actos presentados como descargo por la Administradora de Fondos de Pensiones:

- Decreto de fecha **21 de agosto de 2010**, el Juez de la causa acepta la petición efectuada mediante memorial de 20 de agosto de 2010.
- Mediante **gestiones internas y extrajudiciales** se procedió a solicitar a **Impuestos Internos**, la emisión de la certificación solicitada a fin de continuar con la tramitación de la causa.
- En fecha **17 de septiembre de 2010**, Impuestos Nacionales emite la respectiva certificación, estableciendo el domicilio real de la empresa ejecutada.
- En fecha **21 de septiembre de 2010**, se procedió a **adjuntar la Certificación** emitida por Impuestos Internos, actuación decretada por el Juez en fecha **22 de septiembre de 2010**.

De la valoración de los descargos como ser el Decreto de fecha 21 de agosto de 2010, el Oficio al Servicio de Impuestos Nacionales, la remisión de la Certificación a través de nota CITE: SIN/GNGRE/DNEOCC/NOT/2280/2010 de 17 de septiembre de 2010, por el Servicio de Impuestos Nacionales, el Decreto de 22 de septiembre de 2010, se tiene que estas actuaciones claramente demuestran que el presente proceso no se encontró paralizado ni existió una falta de diligencia por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones.

En cuanto a lo referido por el Ente Regulador de que estos descargos no pueden ser valorados en razón a que los mismos no fueron realizados por la Administradora de Fondos de Pensiones, se tiene que dentro de un proceso existe una relación jurídica en la que existen sujetos y que tanto los actuados del Juez así como los de la Administradora de Fondos de Pensiones, no son actuados unos independientes de otros, ya que los Decretos, Autos, Oficios y demás actuados del Juez efectivamente dan respuesta a las solicitudes hechas por la Administradora y el hecho de que la recurrente haya solicitado el oficio para el Servicio de Impuestos Nacionales, y el mismo haya sido presentado y hayan tenido por respuesta la Certificación presentada por el Servicio de Impuestos Nacionales ante el Juez, se debe justamente a diligencias hechas por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

En este entendido se tiene que las actuaciones a las que haría referencia la recurrente como descargo, demostrarían la inexistencia de paralización dentro del presente proceso,

atribuida a una falta de diligencia por parte de la recurrente dentro del Proceso Ejecutivo Social, por lo que para el Cargo Nº 6, corresponde levantar la sanción, al evidenciarse una incorrecta valoración de la prueba por parte del Ente Regulador.

2.2.7. Cargo Nº 8.- (EMBOC S.R.L. Santos Constructora).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar una paralización injustificada de las actuaciones procesales, dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra la empresa EMBOC S.R.L. Santos Constructora, por los periodos comprendidos entre el 9 de diciembre de 2009 al 8 de abril de 2010 y por el periodo de 8 de abril de 2010 al 8 de noviembre de 2010.

Con relación al **primer periodo** sancionado se tienen los siguientes actuados:

- La Administradora solicita como medida precautoria la retención de fondos por medio del memorial de **09 de diciembre de 2009**.
- Mediante memorial de **8 de abril de 2010**, la AFP adjunta informe de Derechos Reales.

La recurrente refiere en su Recurso Jerárquico, que ésta hubiera realizado actuaciones extrajudiciales que demostrarían que en todo momento hubiera actuado de manera diligente dentro del periodo sancionado, señalando las siguientes actuaciones procesales:

- Del **24 de diciembre de 2009** hasta el **3 de enero de 2010** se tuvo el receso judicial.
- En fecha **18 de febrero de 2010**, la Administradora de Fondos de Pensiones hubiera procedido a ejecutar el ingreso del oficio dirigido a Derechos Reales La Paz a fin de que se informen sobre los bienes inmuebles registrados a nombre de la empresa deudora.
- En fecha **5 de marzo de 2010**, Derechos Reales La Paz emitió la certificación solicitada.
- El **8 de abril de 2010**, mediante Memorial adjuntó la Certificación emitida por Derechos Reales La Paz, donde se establece que la empresa ejecutada no posee bienes inmuebles.

Al respecto, se tiene que efectivamente existen descargos que demuestran la no paralización del presente proceso, así como demuestran la diligencia que tuvo la recurrente dentro del presente periodo, por lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho una incorrecta valoración de la prueba.

En cuanto al **segundo periodo** sancionado del 8 de abril de 2010 al 8 de noviembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala en su Recurso Jerárquico que se realizaron los siguientes actuados: el Juez en fecha **9 de abril de 2010** ordena que dicho informe sea arrimado a sus antecedentes, del **25 de junio de 2010 hasta el 18 de julio de 2010** se dio el receso de vacación judicial, mediante memoriales de fechas **10 de agosto de 2010** y **8 de octubre de 2010**, la Administradora solicita la ampliación de la deuda, en fecha **14 de septiembre de 2010** se confecciona mediante secretaría de juzgador el oficio dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en fecha **15 de septiembre de 2010** se recogió el oficio solicitado a fin de que se proceda a la retención de fondos de la empresa ejecutada.

Que todos estos descargos claramente demuestran la inexistencia de paralización del Proceso Ejecutivo Social atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones, evidenciándose la diligencia por parte de la recurrente en cuanto a las actuaciones dentro del presente periodo, ya que la Administradora de Fondos de Pensiones, realizó medidas precautorias que aseguren los resultados del juicio y se logre la cancelación de los adeudos al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Por tanto, se debe levantar la sanción impuesta por el Cargo Nº 8 para los dos periodos, al evidenciar que dentro de éstos no existió una paralización del Proceso Ejecutivo Social, ni una falta de diligencia en cuanto a buscar recuperar los adeudos del empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, atribuible en este caso a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

2.2.8. CARGO Nº 9.- (Vargas Engineering & Construcción VARENCO).-

La Entidad Reguladora sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar una paralización injustificada de las actuaciones procesales dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra la Empresa Vargas Engineering & Construcción VARENCO, por el período comprendido entre el 29 de octubre de 2009 al 19 de octubre de 2010, de los cuales se tienen las siguientes actuaciones:

- Mediante memorial de **29 de octubre de 2009**, la Administradora de Fondos de Pensiones solicita remisión de fondos.
- Mediante memorial de **19 de octubre de 2010**, la Administradora de Fondos de Pensiones amplía la demanda, solicitando nuevamente la retención de fondos de la empresa como medida precautoria, con la presentación de la Nota de Débito No. 1-02-2010-01725, de 01 de octubre de 2010, emitida por el concepto de mora.

La recurrente señala que existen algunas actuaciones judiciales que no hubieran sido consideradas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, como ser el Decreto **30 de octubre de 2009**, donde el Juez hubiera ordenado que previo a la remisión de fondos se de cumplimiento a la providencia de fojas 29, que tampoco se hubiera considerado que dentro de este periodo estaría la vacación judicial del **24 de diciembre de 2009 al 3 de enero 2010**, el memorial de fecha **29 de enero de 2010**, por el cual se adjunta el informe Excel emitido por Impuestos Internos y finalmente la vacación judicial de **25 de junio de 2010 al 18 de julio de 2010**.

Que a su vez refiere, que mediante memorial de **3 de mayo de 2011**, la Administradora de Fondos de Pensiones procedió a solicitar el desistimiento del proceso, manifestando que la obligación y la deuda fueron enteramente canceladas por la empresa ejecutada, no existiendo daño, ni perjuicio para con los Afiliados.

Al respecto, se tiene que si bien existirían algunos actuados realizados dentro del presente proceso que no hubieran sido considerados por el Ente Regulador, sin embargo de ello, e independientemente de la vacación judicial de 24 de diciembre de 2009 al 3 de enero de 2010 y del 25 de junio de 2010 al 18 de julio de 2010, que justifica una demora de 30 días, se tiene que el único actuado realizado por Futuro de Bolivia S.A. AFP dentro del periodo sancionado, fue el memorial presentado al Juez de la causa en fecha 29 de enero de 2010,

por el cual se adjunta el informe Excel emitido por Impuestos Internos, por tanto es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no habría realizado ninguna gestión hasta el 19 de octubre de 2010, hecho que demuestra la existencia de periodos largos de tiempo en los que la Administradora de Fondos de Pensiones no realizó ninguna actuación, evidenciándose una paralización y falta de diligencia por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP dentro del periodo sancionado.

En cuanto al desistimiento presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el mismo es de fecha 3 de mayo de 2011, es decir que fue presentado en fecha posterior al periodo imputado, por lo que no corresponde hacer el análisis de este actuado, dentro del periodo sancionado.

Por tanto para el Cargo Nº 9, se evidencia que el Ente Regulador ha aplicado correctamente el procedimiento, debiendo confirmarse tanto el cargo como la sanción impuesta, al evidenciar que dentro de este período existió una paralización injustificada de las actuaciones procesales, y una falta de diligencia, demora atribuible en este caso a Futuro de Bolivia S.A. AFP, en contravención a la normativa imputada y sancionada por la Autoridad Fiscalizadora.

2.2.9. CARGO Nº 10.- (Empresa Constructora DEV. CALABI LTDA.).-

Se sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP al evidenciar una paralización injustificada de las actuaciones procesales, por los períodos comprendidos entre el 19 de febrero de 2010 al 23 de julio de 2010 y entre el 24 de julio de 2010 al 25 de enero de 2011, de los cuales se tiene que:

- Por medio del memorial de fecha **19 de febrero de 2010**, la Administradora solicita que se proceda a la notificación mediante edictos.
- Mediante memorial de **23 de julio de 2010**, la Administradora de Fondos de Pensiones adjunta la publicación de los edictos.
- El **24 de julio de 2010** el Juez admite el memorial y corre en traslado.
- En fecha **25 de enero de 2011** la Administradora solicita ejecutoría de la sentencia.

En cuanto al **primer periodo** sancionado (19 de febrero de 2010 al 23 de julio de 2010), Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta que realizó las siguientes actuaciones:

- Publicaciones mediante edictos de ley para la notificación a la empresa ejecutada en las siguientes fechas:
  - **6 de julio de 2010** (Primera publicación)
  - **13 de julio de 2010** (Segunda publicación)
  - **20 de julio de 2010** (Tercera publicación)

- Mediante memorial de **23 de julio de 2010** la Administradora de Fondos de Pensiones adjunta las publicaciones mediante edictos de ley, las cuales establecen la notificación a la empresa ejecutada, petición aceptada mediante Decreto de fecha 24 de julio de 2010, instruyendo que los mismos sean arrimados a sus antecedentes.

De los antecedentes transcritos, se puede evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP habría

realizado actuaciones desde el 6 de julio de 2010, sin embargo, no existirían descargos desde el 19 de febrero de 2010 hasta el 6 de julio 2010, hecho que claramente demostraría la existencia de negligencia y demora atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones durante el primer periodo sancionado.

En cuanto al **segundo periodo** sancionado entre el 24 de julio de 2010 al 25 de enero de 2011, se tiene que:

- Mediante memorial de fecha **23 de julio de 2010,** la Administradora presenta memorial adjuntando las publicaciones mediante edictos de ley con la sentencia, mismas que establecen la notificación a la empresa ejecutada.
- Mediante Auto de fecha **24 de julio de 2010**, el juzgador procede a declarar ejecutoriada la sentencia, en virtud a la solicitud realizada por la Administradora en fecha 23 de julio de 2010.
- En fecha **24 de julio de 2010**, el Juez admite el memorial, corre en traslado y emite Auto procediendo a declarar ejecutoriada la sentencia.
- Mediante memorial de **25 de enero de 2011**, la Administradora de Fondos de Pensiones solicita la notificación mediante edictos de ley con la ejecutoría de la sentencia.
- Mediante Decreto de fecha **26 de enero de 2011** el Juez acepta la petición.

La recurrente referiría que dentro este período se procedió a la averiguación de los bienes propios de la empresa ejecutada y que mediante memorial de fecha 25 de enero de 2011, se procedió a solicitar la notificación mediante edictos de ley con la ejecutoria de la sentencia, petición aceptada por el juzgador mediante Decreto de fecha 26 de enero de 2011.

Que de igual forma esta alega que hubiera procedido a realizar algunas actuaciones extrajudiciales, para asegurar la cancelación de lo adeudado, sin embargo y de la revisión del expediente administrativo, no existen descargos en cuanto a estas otras actuaciones, por lo que al no haberse presentado descargo alguno sobre éstas, no pueden ser consideradas.

Que conforme ya se analizó en el Cargo Nº 4, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, habría aperturado dos términos de prueba, justamente para que la recurrente presente cuanta prueba considere necesaria para desvirtuar los cargos imputados, sin embargo de ello Futuro de Bolivia S.A. AFP no presentó documentación que demuestre que esta habría realizado alguna actuación extrajudicial en el presente periodo sancionado.

Por lo que al no adjuntar prueba, que desvirtué la paralización y falta de diligencia atribuida a la Administradora de Fondos de Pensiones en el Proceso Ejecutivo Social, hacen que esta Autoridad no pueda comprobar lo referido por la recurrente y los argumentos no puedan ser utilizados como descargo, ya que no existe ningún actuado que los respalde.

En cuanto al Decreto del 26 de enero de 2011 mediante el cual el Juez acepta la petición realizada por la Administradora de Fondos de Pensiones, se tiene que este es un actuado

posterior al periodo sancionado por lo que no corresponde hacer el análisis dentro del presente periodo.

Por tanto en el Cargo Nº 10, se evidencia que el Ente Regulador ha aplicado correctamente el procedimiento, debiendo confirmarse tanto el cargo como la sanción impuesta, al evidenciar que dentro de este período existió una paralización injustificada de las actuaciones procesales, y una falta de diligencia, demora atribuible en este caso a Futuro de Bolivia S.A. AFP, en contravención a la normativa imputada y sancionada por la Autoridad Fiscalizadora.

2.3. De la prescripción.-

La recurrente alega prescripción a efectos de la aplicación de sanción en cuanto al Cargo Nº 3 correspondiente al periodo observado del 16 de octubre de 2007 al 18 de febrero de 2008 y en cuanto al Cargo Nº 4 de los periodos sancionados entre el 22 de enero de 2004 al 2 de julio de 2004 y desde el 24 de marzo de 2005 al 9 de marzo de 2006.

Previo al análisis de fondo, nos referiremos a lo ya establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, que en lo que se refiere a prescripción señaló:

> *"…Previamente, corresponde señalar que según ha desarrollado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre, "La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva) para extinguir obligaciones (prescripción extintiva) esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho"*
>
> *En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios constituyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción .*
>
> *En nuestra economía jurídica, la prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, Capítulo VI relativo al 'Procedimiento Sancionado"*

Artículo 79 que a la letra expresa: las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedara interrumpida mediante la intimación del procedimiento de cobro (...)

Por su parte, en cuanto a la interrupción de la prescripción la mencionada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFIRJ 61/2006 de 08 de septiembre señalo que "Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del computo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción.

El mencionado Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo manifiesta que "Las infracciones prescribirán m el termino de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción por las sanciones quedara interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)" empero, no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida ya que solamente hace referencia a la interrupción ***de las sanciones ya impuestas,*** *aspecto distinto de la acción.*

Por ello, reiterando la interpretación sistemática y teleológica, que se ha plasmado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre, tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo así como del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 - Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI -, y aplicando el ***principio de inexcusabilidad*** *expresado en el Articulo 52, Parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:*

El Articulo 80, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: "El procedimiento sancionador se regirá (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley" capítulos que comprenden los Artículos 39 al 55 de dicha Ley. Ahora bien, el Articulo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo especifica que los procedimientos administrativos - incluyéndose en ellos los sancionatorios - podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el Articulo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el initio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.

Por otra parte, el Articulo 65, Parágrafo I, del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativa, de oficio o a denuncia, investigaran la comisión de infracciones e identificaran a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.

De las normas antes desarrolladas, y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto

Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiero. Más aun (sic) *si se toma en cuenta que bajo el Articulo 1, Parágrafo V, de la Ley No. 3076 de 20 de junio de 2005, corresponde a la SPVS controlar supervisa' las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y el mercado de valores.*

En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedara interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que es el acta por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto e procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentada-de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad; infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.

Finalmente, corresponde aclarar que si bien el Articulo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que "(...) La prescripción de las sanciones quedara interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)'. esta previsión normativa, se reitera, se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción; y como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo "La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento.

Una vez enseñando lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las ***infracciones instantáneas y*** *las* ***infracciones permanentes.***

En las infracciones instantáneas, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

En las ***infracciones permanentes,*** *la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.*

En consecuencia, cuando se trata de ***infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que ceso la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto….”***

De las precisiones hechas, se tiene que:

En cuanto al Cargo Nº 3 respecto al periodo comprendido entre el 16 de octubre de 2007 al 18 de febrero de 2008, no corresponde hacer análisis alguno, ya que de acuerdo a lo señalado en el punto 2.2., precedente, se ha determinado la inexistencia de infracción, por lo que resulta innecesaria la determinación de la existencia de prescripción.

En cuanto al Cargo Nº 4 con relación a los periodos comprendidos entre el 22 de enero de 2004 al 02 de julio de 2004 y desde el 24 de marzo de 2005 al 9 de marzo de 2006, se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP alega que hubiera sido notificada con la imputación del cargo, después de 7 años, 8 meses y un día y 5 años, 11 meses y 24 días, respectivamente, sin embargo, la Administradora de Fondos de Pensiones olvida que nos encontramos ante una **infracción permanente**, y por lo tanto no aplica el instituto de la prescripción, más aún cuando la falta de diligencia y la paralización del proceso se mantuvieron en el tiempo, desde el 22 de enero de 2004 hasta el 11 de octubre de 2010 y la notificación de cargos ha sido emitida el 2 de febrero de 2012 mediante cite APS/DJ/DPC/820/2012, poniendo en conocimiento el 9 de febrero de 2012 con la primera citación para la notificación con los cargos imputados.

2.4. En cuanto a la vulneración al principio de buena fe.-

La recurrente señala que se habría vulnerado el principio de buena fe, debido a que la AFP se apersonó en varias oportunidades para notificarse con otros actuados administrativos, sin embargo de ello, recién a horas 16:10 del día 5 de junio de 2012, se les entregó copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 223-2012, fecha en la que también vencía el plazo para la interposición del Recurso de Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 223 -2012.

Al respecto se tiene que de la revisión del expediente administrativo a fs. 177 se encuentra el Acta de Notificación mediante la cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señala que hasta las 18:30 pm del día 15 de mayo de 2012, se esperó al representante legal de Futuro de Bolivia S.A AFP, para notificarlo con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 223-2012 de 10 de abril de 2012, que al tenor señala:

“…Visto que la segunda Citación se emitió el día 27 de abril de 2012 y entregada a la AFP el 08 de mayo de 2012 el plazo para notificarse se cumplía el día 15 de mayo de 2012 y que el artículo 26 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 dice: “Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicaran mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de 5 días hábiles administrativos, se apersone por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva. A fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado…”

De lo transcrito mal podría señalar la recurrente que esta no habría sido notificada con la resolución impugnada y señalar a su vez una vulneración al principio de buena fe establecido por el artículo 4, inciso e), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, toda vez que en el caso de autos ha sido la evidente la negligencia de la recurrente, que no obstante de haber sido citada por dos veces consecutivas a efectos de notificarse con la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 223-2012 de 10 de abril de 2012 sancionatoria, no se apersonó a tal efecto.

Que en el mismo sentido este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°064 de 9 de noviembre de 2012, se ha pronunciado señalando que:

> "…*Por tanto, lo mismo hace inadmisible el alegato de que su personero legal "se apersono (sic) en varias oportunidades para notificarse con otros actuados administrativos; y sin embargo de ello recién a horas 16:15 del día 05 de junio de 2012, se nos entrego (sic) copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 240-2012", por cuanto, amén de no existir prueba sobre ello, no puede pretender la recurrente transferir su propia diligencia al Ente Regulador, cuando además ha sido insistentemente citada para ello, habiendo hecho caso omiso en el par de oportunidades que ello ha importado, determinando sea notificada en fecha 15 de mayo de 2012 de la forma que señala el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, extremo que en definitiva y de acuerdo a su Recurso Jerárquico, es el que le impidió realizar las gestiones a efectos de la acreditación oportuna del pago de la sanción y del cumplimiento de la obligación impuesta, lo que resulta de su exclusiva responsabilidad*…"

Por último y para mayor abundamiento, se tiene que mediante Recurso de Revocatoria presentado en fecha 5 de junio de 2012 a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la recurrente señala lo siguiente:

> "…***Dentro del plazo establecido por el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de15 de septiembre de 2003;*** *interpongo Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 233-2012 de fecha 10 de abril de 2012,* ***la misma que se dio por notificada en fecha 5 de mayo de 2012*** *y entregada a nuestra Administradora en fecha 5 de junio de 2012...".* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que este hecho claramente demuestra que Futuro de Bolivia S.A. AFP, reconoce que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 233-2012 de fecha 10 de abril de 2012, fue de su conocimiento en fecha de 5 de mayo de 2012, por lo que mal esta podría referencia a una supuesta vulneración al principio de buena fe por parte de la Administración.

2.5. En cuanto a la vulneración al principio de verdad material y principio de congruencia.-

La recurrente señala que la imputación referida al incumplimiento del artículo 31 inciso d) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, fuera contradictoria al principio de congruencia y al principio de verdad material, en razón a que la AFP hubiera dado cumplimiento en todo momento a lo dispuesto por el artículo 31 inc. d) de la precitada norma.

Al respecto y revisados los antecedentes, así como del análisis ut supra, tenemos que en cuanto al principio de verdad material, el Ente Regulador aperturó dos términos de prueba, el primero mediante Nota de Cargos APS/DJ/DPC/820/2012 de fecha 2 de febrero de 2012 y el segundo en Recurso de Revocatoria, a través del Auto de fecha 6 de junio de 2012, a efectos de que la Administradora de Fondos de Pensiones presente cuanta documentación adicional considere necesaria para levantar los cargos imputados, sin embargo ésta no presentó documentación adicional que pueda evidenciar lo aseverado por la Administradora.

Por lo que en el caso de autos excepto para los cargos que merecerán la revocatoria conforme se desprende de la parte resolutiva de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se puede precisar que no existe más verdad que la ya determinada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sentido de que existió paralización en los Procesos Ejecutivos Sociales y falta de diligencia atribuida a la AFP; que si bien alega la recurrente que estos procesos siguen sustanciándose, esto no quiere decir que no exista un incumplimiento al artículo 31 inc. d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, ya que el hecho de que la AFP haya actuado con negligencia y falta de diligencia, ha dado lugar a la paralización de los Procesos Ejecutivos Sociales en diferentes periodos, mismos que a su vez han dado como resultado la postergación, retraso o la falta de cobro de las cotizaciones y primas devengadas, e intereses por parte de los empleadores, constatándose así una vulneración al artículo 31 de la Ley N° 1732, no existiendo por ende ninguna vulneración al principio de congruencia y verdad material como señala la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, así como de la valoración de la prueba, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto a los Cargos N° 1, 2, 4, 7, 9, 10 y 11, correspondientes a los incisos a), b), d), g), i), j) y k) del Artículo Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 223-2012 de 10 de abril de 2012, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 471-2012 de 5 de julio de 2012.

Que, por el contrario, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha hecho un correcto análisis de la norma, no ha sometido su actuar a lo establecido por norma, vulnerando así el principio de sana critica en cuanto a la valoración de la prueba, debido proceso y legalidad, por lo que corresponde revocar los Cargos N° 5, 6 y 8, correspondiente a los incisos e), f) y h) del Artículo Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 223-2012 de 10 de abril de 2012, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 471-2012 de 5 de julio de 2012.

Que, cuanto al inciso c) del Artículo Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 223-2012 de 10 de abril de 2012, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 471-2012 de 5 de julio de 2012, correspondiente al Cargo N° 3, se tiene que el mismo debe anularse, conforme a los fundamentos anotados en el Considerando anterior.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo, se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo, regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto, siendo sus causales las establecidas por ley.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 36, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad), siendo el defecto de forma una de estas causales, careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y de lugar a la indefensión de los interesados.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) y el artículo 44) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Revocar Parcialmente, y anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 471-2012 de 5 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 223-2012 de 10 de abril de 2012, dejando sin efecto los incisos e), f) y h) del Artículo Primero y Confirmando los incisos a), b), d), g), i), j) y k) del mismo artículo primero, conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo en cuanto al inciso c) del Artículo Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 223-2012 de 10 de abril de 2012, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 471-2012 de 5 de julio de 2012, debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa por cuerda separada, conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DPNC/Nº 634-2012 DE 21 DE AGOSTO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 071/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 071/2012

La Paz, 06 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°634-2012 de 21 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°474-2012 de 11 de julio de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 042/2012 de 18 de octubre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 139/2012 de 08 de noviembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 11 de septiembre de 2012, la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS** por si, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°634-2012 de 21 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°474-2012 de 11 de julio de 2012.

Que, en fecha 14 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº634-2012 de 21 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº474-2012 de 11 de julio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 19 de septiembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, mismo que fue notificado el 26 de septiembre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 025/2012 DE 11 DE MAYO DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 025/2012 de 11 de mayo de 2012, se resolvió lo siguiente:

> ***"…ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica."*

Los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica son:

> ***"…1.1. De la obligación de pronunciarse.-***
>
> *Conforme se evidencia de los antecedentes transcritos en el considerando anterior, el caso corresponde a una solicitud presentada por la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos, sobre reposición económica del ex Bonosol y/o Renta Dignidad, debido a la suplantación que habría sufrido, requiriendo el pronunciamiento de la Autoridad llamada por Ley. La Autoridad procedió a dar respuesta a la citada administrada, rechazando su solicitud, respuesta que es dada mediante acto administrativo de menor jerarquía.*
>
> *Por lo que, conforme dicta el procedimiento administrativo, el Ente Regulador debió considerar que en el presente caso al tratarse de una solicitud de reposición de un derecho, correspondía que su pronunciamiento se realice mediante la emisión de Resolución Administrativa debidamente motivada y fundamentalmente, ya que no debe olvidarse que el pronunciamiento iba generar un efecto jurídico, sea la concesión de un derecho o el rechazo de la solicitud del impetrante y ello en aplicación al artículo 17 Parágrafo I de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, que determina que la Administración Pública*

*está **obligada a dictar resolución expresa** en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación.*

1.2. Del procedimiento administrativo en caso de impugnación contra actos administrativos de menor jerarquía.-

En materia administrativa, todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponderá revisar cual es la norma aplicable al caso de autos, para ello debe revisarse normativa administrativa especial, es decir el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber:

> ***"Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).** Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación."*
>
> ***"Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).***
>
> *I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados **o personas interesadas** solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el **plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada."***

*Conforme se tiene determinado, la norma administrativa delega la responsabilidad al recurrente de solicitar al órgano regulador que consigne el acto administrativo de menor jerarquía en un acto recurrible, es decir y subsumiendo al caso de autos, la obligación de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011, a efectos de que pueda interponerse el Recurso de Revocatoria que le asiste al administrado, **sin embargo** la propia normativa administrativa, prevé que ante esta omisión por parte del interesado, la Autoridad regulatoria, está en la obligación de reencauzar el procedimiento, cual mandan los artículos 42 y 43 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo que establecen:*

> ***Artículo 42.- (Calificación del Procedimiento)** El órgano administrativo **calificará y determinará el procedimiento que corresponda** a la naturaleza de la cuestión planteada, **si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación.** (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por tanto, en el presente caso el Ente Regulador, se encontraba en la obligación de reencauzar el procedimiento administrativo, que de origen no había merecido un pronunciamiento formal, debiendo haberse pronunciado directamente mediante

Resolución Administrativa expresa, al amparo del citado artículo 42 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo y el Artículo 56 de la Ley No. 2341, más por el contrario y separándose del procedimiento administrativo, al cual estaba obligada la Autoridad de Pensiones y Seguros, emite otro acto administrativo de menor jerarquía (nota APS/DJ/371/2012) que rechaza el recurso de revocatoria.

Por lo que queda claro, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

1.3. Del rechazo al Recurso de Revocatoria planteado contra la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011.-

El ente regulador no debe olvidar que ya el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17 define al ***acto administrativo*** *como aquel "…que* ***expresa la decisión de la autoridad reguladora****, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados"*

Por su parte la economía jurídica boliviana determina, que cualquier persona que se sintiera agraviada puede presentar recursos administrativos (recursos de revocatoria y jerárquico) Artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo "…contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a ***criterio de los interesados*** ***afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos****. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…"*

En este contexto tenemos que al tratarse de un acto definitivo, la APS estaba en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el mismo, a través de una Resolución Administrativa y no así a través de un acto administrativo de menor jerarquía.

Siguiendo el análisis correspondiente tenemos, que el Ente Regulador debió aplicar el principio de eficacia, mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación se deberá tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual las autoridades ***podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades.*** *Es decir, se entiende que por virtud de este principio se sanea tanto en la fase de todo procedimiento administrativo los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.*

Es así, que se debe hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, ***sobre aquellos formalísimos cuya realización no incida en su validez,*** *no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos*

de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.

Finalmente corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2010 de 27 de agosto de 2010 misma que determinó en un caso de características análogas lo siguiente:

"…Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria…."

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente…"

1.4. De las conclusiones.-

Del análisis de los numerales anteriores, se tiene que el Ente Regulador, ha vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y derecho a la petición de la recurrente, al no haberse pronunciado mediante Resolución Administrativa, al inicio y a tiempo del Recurso de Revocatoria, hecho que ha dado lugar a la indefensión de la recurrente y consecuentemente que el procedimiento administrativo se encuentre viciado con las causales de anulabilidad.

Por lo que corresponde traer a colación lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010 referente al debido proceso tenemos que:

"…por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:

"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan

defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otra, señalando que:

"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la

protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Que en el presente caso al haberse violado el derecho al debido proceso y derecho a la defensa de la recurrente, corresponde anular el presente proceso debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa sobre la solicitud de la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos…"

2. ANTECEDENTES.-

2.1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/Nº 474-2012 DE 11 DE JULIO DE 2012.-

Que, en cumplimiento a lo establecido mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2012 de 11 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 474-2012 de 11 de julio de 2012, que resuelve:

***"ÚNICO.-** La petición de la Beneficiaria **Noemy Enríquez Saucedo de Campos** no cumple con los requisitos de la normativa en vigencia para reponer el beneficio de la Renta Dignidad que pide por Única vez, por lo tanto, no se autoriza la reposición."*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…Por lo tanto, viendo la relación sucinta de los hechos y siguiendo la disposición de la Resolución Ministerial Jerárquica arriba anotada, corresponde emitir Resolución Administrativa ante la solicitud de la Beneficiaria.

De los Fundamentos

- *Derecho de Petición: Se reconoce constitucionalmente el derecho de los y las bolivianas a pedir individual o colectivamente, de forma escrita u oral y que se les responda formalmente y con prontitud. (Artículo 24 de la Constitución Política Del Estado)*

- *Debido Proceso: "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (…) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias*

procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos." Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010.

- *Obligación de Pronunciamiento: "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al superintendente sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.(…)" (artículo 20 (Obligación de Pronunciarse) Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003)*

- *Principio de Legalidad: "En materia administrativa, todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidos al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponderá revisar cual es la norma aplicable al caso de autos, para ello debe revisarse la normativa administrativa especial, es decir reglamento a la ley de procedimiento administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber (…)" (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012 de 11 de mayo de 2012)*

- *Principio de Eficacia: "…mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación se deberá tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad para lo cual las autoridades podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades. Es decir, se entiende que por virtud de este principio se sanea tanto en la fase de todo procedimiento administrativo los vicios procedimentales que se puedan advertir durante la actuación." (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012 de 11 de mayo de 2012)*

- *Derecho de Defensa: Como componente del derecho al debido proceso, se reconoce que la defensa material y técnica como parte del mismo derecho y se respetan las garantías jurisdiccionales reconocidas por la Constitución Política del Estado en el Capítulo Primero, del Título IV en la primera parte.*

De la normativa aplicable al caso

Para la resolución del presente caso, se ha tomado en cuenta lo dispuesto en cuanto a la Reposición Económica por Única vez a las Víctimas de Suplantación de identidad en el cobro del Ex BONOSOL y de la Renta Dignidad.

- *Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, Ley de Reposición Económica por Única Vez a las víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del Ex BONOSOL y de la Renta Dignidad.*
- *Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011.*

- *Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, de Reposición Económica por Única vez a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del Ex BONOSOL y de la Renta Dignidad.*

De la justificación de la Resolución que corresponde

Visto que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012 de 11 de mayo de 2012, que en su artículo único ha resuelto ANULAR el procedimiento administrativo, del caso que analizamos, hasta la nota APS/DPNC/11415/2011 de 15 de diciembre de 2011 ***inclusive.***

EL presente caso sobre la reposición Económica por Única vez del Ex BONOSOL y la Renta Dignidad a las víctimas de suplantación de identidad, se origina con la petición de la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos, quien pide la reposición de su Renta Dignidad que habría sido cobrada suplantándole la identidad.

Por lo tanto y reorientando el proceso en virtud al principio de eficacia y para el presente caso y vista la facultad privativa de esta Autoridad, para remover los obstáculos formales, que le reconoce la propia Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012, se debe responder a la Beneficiaria con la emisión de esta Resolución Administrativa ajustada a los principios mencionados anteriormente y a la normativa ya señalada.

CONSIDERANDO:

Que el procedimiento de Reposición Económica por Única Vez a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del Ex BONOSOL y de la Renta Dignidad, se establece mediante Ley N° 082 de 20 de enero de 2011 y es reglamentado a través del Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 - 2011 de 12 de septiembre de 2011.

Que la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011 indica en su artículo1:

"El objeto de la presente Ley es reponer económicamente y por única vez a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del Ex BONOSOL y de la Renta Dignidad, en el periodo, comprendido entre el 1 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2010 y ***cuyas denuncias cursan ante el Viceministerio de Pensiones.****" (Las negrillas son nuestras).*

Que el Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011, en su artículo 2 determina:

"I. Para efectos de la Ley N° 082, son víctimas de suplantación:

a) Los beneficiarios del Ex BONOSOL y Renta Dignidad, según corresponda, cuyas denuncias de suplantación cursen hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley N° 082, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros dependiente del Viceministerio de Economía y Finanzas Públicas, o entidades bajo tuición del mencionado Ministerio: ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, ex Autoridad de

Fiscalización y Control Social de Pensiones, ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros - SPVS y entidades reguladas o contratadas para fines de pago de los beneficios reclamados; y,

b) Cuyo periodo suplantado se encuentre comprendido entre el 1 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre de 2010…"

Que el numeral CUARTO de la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 - 2001 de 12 de septiembre de 2011, determina los requisitos para solicitar reposición económica del beneficio del Ex BONOSOL y/o de la Renta Dignidad de la siguiente manera:

*"**La solicitud de Reposición Económica debe ser presentada ante la Entidad Gestora** encargada de la Administración y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, misma que **debe contar con los siguientes documentos**:*

*- **Formulario de Solicitud de Reposición Económica debidamente firmada o estampada la huella digital del Beneficiario**.*
- Fotocopia legible del documento de identidad del Beneficiario.
*- **Documento que acredite la denuncia por suplantación de identidad, presentada hasta el 20 de enero del 20111 antes las siguientes entidades:***

- ***Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros***
- ***Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.***
- ***Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP***
- ***Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS.***
- ***Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI (Entidad Gestora).***
- ***Futuro de Bolivia S.A. AFP.***
- ***BBVA Previsión AFP S.A.***
- ***Servicio Nacional del Sistema de Reparto – SENASIR***
- ***Corporación de Seguro Social Militar – COSSMIL***
- ***Seguros Provida S.A.***
- ***La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.****"(las negrillas son nuestras)*

Que la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos, con su solicitud de reposición de beneficio ha presentado una denuncia por suplantación de identidad ante Fortaleza Fondo Financiero Privado y no acredita ninguna otra presentada ante alguna de las entidades enunciadas expresamente en el numeral CUARTO de la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 - 2011 de 12 de septiembre de 2011, que incluye al Viceministerio de Pensiones como señala la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011.

Que bajo el principio de la verdad material, esta Autoridad ha consultado con la Entidad Gestora responsable de la Renta Dignidad para conocer si entre la documentación con la que cuenta en su poder, hay información relevante para dilucidar el presente caso, mediante Auto de 31 de mayo de 2012.

Que copia del Auto de 31 de mayo de 2012, se ha remitido también a la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos para que, como indica el mismo, pueda aportar documentación adicional a la que ya presentó para demostrar su denuncia de cobro suplantado ante cualesquier repartición detallada en la normativa en vigencia.

Que mediante nota AA.GG. 06552/2012 de 28 de junio de 2012, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, responde al Auto de 31 de mayo de 2012 y afirma que la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos no realizó denuncia por cobro suplantado de Renta Dignidad ante esa institución y que además la entidad Fortaleza Fondo Financiero Privado, no le ha presentado tampoco denuncia a nombre de Noemy Enríquez Saucedo de Campos sobre el mismo tema.

Que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, en la mencionada nota, dice también que, Fortaleza Fondo Financiero Privado tiene suscrito contrato de prestación de servicios para realizar el pago de la Renta Dignidad con la Empresa Síntesis; añade que, el tratamiento de denuncias de suplantación efectuadas por los Beneficiarios de la Renta Dignidad, no se encuentra dentro de la descripción de los servicios en ese contrato y que tampoco se establece un procedimiento para procesar las denuncias por cobros con suplantación de identidad.

Que para responder a la solicitud que presenta la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos, esta Autoridad debe tener plena seguridad que se hayan cumplido con los requisitos señalados por la normativa vigente, en virtud al principio de legalidad señalado en el Proceso Administrativo.

Que de la revisión cuidadosa de la solicitud presentada por la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la Beneficiaria ha presentado su Solicitud sin cumplir a cabalidad los requisitos exigidos por norma para el trámite de Reposición Económica por Única vez de beneficio por suplantación de identidad. En consecuencia, debe determinarse que no corresponde atender la petición y por consiguiente debe emitirse la Resolución Administrativa que corresponda…"

2.2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 23 de julio de 2012, la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 474-2012 de 11 de julio de 2012, con los siguientes argumentos:

*"…**VULNERACIÓN DE LA NORMA Y AGRAVIOS SUFRIDOS.-***

LO AFIRMADO POR LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS A.P.S.

*En la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA: APS/DJ/DPNC No. 474/2012,** realiza una serie de afirmaciones que no cuentan con un respaldo legal, mucho menos un análisis lógico legal comparativo como paso a demostrar:*

Según el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 15(sic) *"Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial* (sic) *del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho comparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se ven afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos".*

PRIMERA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S.-

Afirman que bajo el principio de la verdad material, esta autoridad a (sic) *consultado con la entidad gestora responsable de la renta dignidad para conocer si entre la documentación con la que cuenta en su poder, hay información relevante para dilucidar el presente caso, mediante auto de 31 de mayo de 2012.*

Que mediante nota AA.GG.06552/2012, la Asociación Accidental la Vitalicia – BISA SAFI, responde al Auto de 31 de mayo de 2012 afirma que la beneficiaria Noeymi (sic) *Enríquez Saucedo de Campos, no realizo* (sic) *denuncia por cobro suplantado de Renta Dignidad ante esa institución y que además la entidad Fortaleza Fondo Financiero Privado, no le ha presentado tampoco denuncia a nombre de Noemy* (sic) *Enríquez Saucedo de Campos sobre el mismo tema.*

Que la asociación accidental la Vitalicia –BISA SAFI, en la mencionada nota, dice también que Fortaleza Fondo Financiero Privado tiene suscrito contrato de presentación de servicios para realizar el pago de la Renta Dignidad con la empresa SÍNTESIS; añade que el tratamiento de denuncias de suplantación efectuada por los beneficiarios de la renta dignidad, no se encuentran dentro de la descripción de los servicios en ese contrato y que tampoco se establece un procedimiento para procesar las denuncias por cobros con suplantación de identidad."

PRIMERA FUNDAMENTACIÓN LEGAL QUE DESVIRTÚA Y RESPALDA NUESTRO ACCIONAR.-

Nuevamente, ustedes entran en una flagrante vulneración a los fundamentos en los cuales amparan su resolución, objeto del presente recurso de revocatoria, por una parte afirman que mi persona no habría presentado una denuncia en su debido momento y por otra en el tercer considerando de la resolución de la ***ADMINISTRATIVA***(sic)***: APS/DJ/DPNC No. 474/2012****, afirman la existencia de la nota de 9 de junio de 2009, documento que es el elemento esencial para poder fundar que la denuncia de suplantación fue plasmada por mi persona en su debido momento y ante la institución financiera en la cual se llegaron a materializar estos delitos.*

Con estas afirmaciones vulneran la verdad material que rige para la aplicación de la Ley 2341, la misma que da los lineamientos generales que van de la mano con los principios Constitucionales que respaldan el Estado de Derecho en el cual vivimos dentro el Estado Plurinacional de Bolivia, motivo por el cual no se puede alegar el desconocimiento a lo dispuesto por el Art. 4 que en sus incs. ***C) principio de***

***sometimiento pleno a le Ley**: La Administración Publica* (sic) *regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los actos administrativos el debido proceso; **inc. D) Principio de verdad material**: La Administración Publica* (sic) *investigara* (sic) *la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil; **f) principio de Imparcialidad:** Las Autoridades administrativas actuaran* (sic) *en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados; **h) Principio de Jerarquía Normativa**: La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado; j) Principio de Eficacia**:** Todo principio administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas; **I) Principio de Informalismo:** la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo; **p) Principio de proporcionalidad**: La Administración Publica* (sic) *actuara* (sic) *con sometimiento a los fines establecidos en la presente ley y utilizara* (sic) *los medios adecuados para su cumplimiento: Principios todos estos que son de cumplimiento obligatorio por todo funcionario público y que han sido fracturados por su autoridad mediante ahora* (sic) *la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA: APS/DJ/DPNC No 474/2012** y que es objeto del presente recurso.*

*Asimismo la Ley 2341 en su Art. 11 dispone taxativamente que toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo **derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado** por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses conforme corresponda, **norma que ratifica y respalda legalmente la activación de los recursos administrativos activados dentro el caso de autos.***

*Por otro lado y con el objetivo de ilustrar su contradictorio conocimiento administrativo, usted debe saber que uno de los principales derechos de los administrados conforme o dispone la Ley 2341 en su Art. 16 inc. B) **es el de iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos,** motivo por el cual la impugnación de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA: APS/DJ/DPNC No. 474/2012**, por la vía del recurso de revocatoria se encuentra plenamente enmarcado dentro de lo legal, puesto que la misma viola un derecho otorgado constitucionalmente como es el derecho a la Seguridad Social plasmado en el Art. 45 Constitucional.*

*Por otro lado ustedes con la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA: APS/DJ/DPNC No. 474/2012,** reconocen expresamente la existencia de la denuncia interpuesta por mi persona, es más existe una certificación del acto administrativo realizado por mi persona y emitida por la entidad que recepcionó la denuncia de suplantación en su momento, debiendo ponerse en práctica en el caso de autos el Principio de Informalismo que rigen los actos administrativos, puesto que mi persona no tiene obligación de conocer la normativa interna que rige dentro de la* (sic) *instituciones que brindan servicios financieros, motivo por el cual, la prueba que ustedes ahora desconocen, es decir la nota mediante la cual denuncie el cobro de mis beneficios sociales por terceras personas (suplantación), cuenta con la legitimidad correspondiente y cumple con los requisitos de mi solicitud, si ustedes consideran que*

fue planteada erróneamente o ante una institución sin facultades, esta (sic) *debió en su memento* (sic) *poner en practica* (sic) *otro principio que rige el proceso administrativo que es la RECONDUCCIÓN, puesto que todo servicio financiero se encuentra supervisado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hecho que ustedes no ponen en práctica, vulnerando nuevamente la solicitud que en reiteradas oportunidades realice…"*

2.3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 634-2012 DE 21 DE AGOSTO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 634-2012 de 21 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/474-2012 de 11 de julio de 2012, con los siguientes fundamentos.

"CONSIDERANDO:
(…)
Que ante las afirmaciones que hace la Beneficiaria y en honor a la verdad que se pretende, se hace necesario hacer algunas precisiones sobre supuestas contradicciones, fracturas y aseveraciones que habría hecho la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.

PRIMERA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S.

Los tres parágrafos que se desarrollan bajo el título de PRIMERA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S., en el recurso revocatorio, no hacen más que detallar las actuaciones de esta Autoridad en busca de la verdad material y no se señala ninguna vulneración y menos agravio como debería postular un recurso de revocatoria y además hacerlo con precisión. Sin embargo, de un análisis posterior del recurso se puede colegir mayor detalle de lo que supuestamente ha hecho esta Autoridad.

LA NOTA AA.GG. – 06552/2012 DE LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI

La nota de referencia tiene efectivamente la intención primera de procurar la verdad material del caso que nos ocupa, por ello dice.

"Que en virtud al principio de verdad material, también enfatizado en la Ley de procedimiento Administrativo, se debe recurrir a todos los elementos suficientes que permitan valorar los hechos con el objetivo de ajustar la normativa y fundamentar Resolución Administrativa que corresponda".

La actuación que de oficio promovió esta Autoridad con la emisión del Auto de 31 de mayo pretendía certificar la existencia de una denuncia sujeta a los requisitos normativos que pudiera beneficiar a la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS. Sin duda alguna, esta es muestra real de la búsqueda de la verdad material que alega el recurso es una fractura del principio lo cual no es cierto.

Además y sin ser menos importante, el Auto de 31 de mayo le dio oportunidad a la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS de presentar documentación adicional para aclarar su situación para sacar a la luz mayor evidencia de su pretensión.

Por lo tanto, la nota AA.GG. – 06552/2012 demuestra que no existe denuncia de cobro suplantado ante la Entidad Gestora, encargada y responsable de los pagos de la Renta Dignidad que además, es reconocida como institución ante la cual se debe tramitar, entre otras, la Reposición Económica por Única Vez a las Víctimas por Cobros Suplantados del ex BONSOL (sic) *y/o de la Renta Dignidad.*

LA DENUNCIA

Dice la Beneficiaria que:

"Nuevamente, ustedes entran en una flagrante vulneración a los fundamentos en los cuales amparan su resolución, objeto del presente recurso de revocatoria, por una parte ***afirman que mi persona no habría presentado una denuncia en su debido momento…"*** *(Las negrillas son nuestras)*

De la revisión exhaustiva de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012 de 11 de julio de 2012, se desprende que tal afirmación carece de veracidad por cuanto en ningún momento esta Autoridad ha desconocido y dejado de evaluar el tenor de la nota de 09 de junio de 2009, dirigida al Fortaleza Fondo Financiero Privado, que presentó la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS.

Mucho más que lo anterior, ya con antelación a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012, el Auto de 31 de mayo de 2012, afirma en más de una oportunidad el reconocimiento que hace esta Autoridad de la existencia de una denuncia. Por lo tanto, es falso lo que afirma la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS en la página 3 de su recurso revocatorio.

PRINCIPIO DE SOMETIMIENTO PLENO A LA LEY

También ha expresado que:

"…no se puede alegar el desconocimiento a lo dispuesto por el Art. 4 que en sus incs. (sic) *C) principio de sometimiento pleno a le Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los actos administrativos el debido proceso;…"*

En virtud al principio que observa la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, se ha mantenido fiel al cumplimiento no sólo de los otros principios que se han señalado anteriormente sino que, además a lo que disponen para el caso de Reposición Económica por Única Vez a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del ex BONOSOL y/o de la Renta Dignidad:

- *Ley N° 082 de 20 de enero de 2011*
- *Decreto Supremo n°* (sic) *0966 de 24 de agosto de 2011*
- *Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.*

PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

Ya se ha comentado líneas más arriba que, esta Autoridad ha demostrado su plena determinación de averiguar en base a los antecedentes del caso si existía documentación que desvirtúe la observación que impide dar curso a la solicitud de la señora y no solamente recurriendo a la Entidad Gestora encargada del pago de la Renta Dignidad sino además a la propia Beneficiaria. Por lo tanto, no existe la fractura del principio que dice el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012.

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Prueba del sometimiento al Principio de Imparcialidad es que con la normativa emitida y cumplida de la Reposición Económica por Única Vez a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del ex BONOSOL y/o de la Renta Dignidad, se ha favorecido a todos aquellos Beneficiarios que han cumplido los requisitos señalados por normativa y se ha hecho sin ninguna diferenciación.

El caso de la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS no ha hecho distingo (sic) *de ninguna clase, sino solamente observado que no cumple los requisito* (sic) *señalados para todos los beneficiarios víctimas de suplantación de identidad.*

Nuevamente no existe justificativo para sostener que el Principio de Imparcialidad no se ha cumplido.

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Este principio también ha sido enunciado por la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, sin embargo, no ha dicho en qué momento se lo ha fracturado.

Dice el recurso de revocatoria:

"…la impugnación de la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC No. 474/2012, por la vía del recurso de revocatoria se encuentra plenamente enmarcado dentro de lo legal, puesto que la misma viola un derecho otorgado constitucionalmente como es el derecho a la Seguridad Social plasmado en el Art. 45 Constitucional."

La Resolución Administrativa aludida no niega el derecho protegido por el artículo constitucional referido, simplemente observa el incumplimiento de los requisitos que la norma especial ha señalado para favorecer a las víctimas de cobros suplantados de identidad en los cobros del ex BONOSOL y/o de la Renta Dignidad.

Se cumple la normativa especial que favorece enormemente a los Beneficiarios ya que la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, aceptaba las denuncias de cobros suplantados de identidad solamente si fueron planteadas ante el Viceministerio de Pensiones y la Resolución Administrativa, amplía las opciones de entidades receptoras de esas denuncias.

PRINCIPIO DE EFICACIA

Dice el inciso j) del ARTÍCULO 4° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002:

"j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas."

La Beneficiaria no demuestra que en el presente proceso se hubieran producido dilaciones por el desconocimiento de este principio

PRINCIPIO DE INFORMALISMO

La Beneficiaria sostiene que:

"Por otro lado ustedes con la ***RESOLUCION ADMINISTRATIVA: APS/DJ/DPNC No. 474/2012,*** *reconocen expresamente la existencia de la denuncia interpuesta por mi persona y emitida por la entidad que recepcionó la denuncia de suplantación en su momento, debiendo ponerse en práctica en el caso de autos el principio de informalismo que rigen los actos administrativos, puesto que mi persona no tiene obligación de conocer la normativa interna que rige dentro de la instituciones que brindan servicios financieros, motivo por el cual, la prueba que ustedes ahora desconocen, es decir la nota mediante la cual denuncie* (sic) *el cobro de mis beneficios sociales por terceras personas (suplantación), cuenta con la legitimidad correspondiente y cumple con los requisitos de mi solicitud…"*

Se reitera nuevamente que esta Autoridad no ha desconocido el tenor de la nota de 09 de junio de 2009, sin embargo como se ha afirmado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012, no se han cumplido los requisitos que señala el Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

Además, recurre la Beneficiaria a la aplicación del Principio de Informalismo como mecanismo para hacer prevalecer su pretensión cuando en los hechos la norma que autoriza la reposición del beneficio no existía al momento de la denuncia y ahora no contempla la posibilidad de presentación en otra entidad no enlistada.

Sin embargo, en el planteamiento del recurso, se desconoce que entre las particularidades de este principio está su valor en el caso de ***exigencias formales no esenciales,*** *tal cual señala el inciso l) del ARTÍCULO 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002:*

*"**ARTÍCULO 4° (Principios Generales de la Actividad Administrativa).-** La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:*
…
l) Principio de informalismo. La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo;
…"

La exigencia de requisitos previos para la Reposición Económica por Única Vez a las víctimas de suplantación del BONOSOL y/o de la Renta Dignidad, son esenciales para dar procedencia a este beneficio reconocido legalmente. Entre esos requisitos la presentación de una denuncia ante las entidades que precisamente se señalan en normativa.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ya se ha establecido el sometimiento pleno a la ley que ha hecho esta Autoridad siguiendo la normativa vigente, respetando los principios anotados y ajustando los hechos a la norma, antes de determinar lo que correspondía frente a la solicitud de la Beneficiaria.

SOBRE LA RECONDUCCIÓN

Dice la Beneficiaria:

"…la nota mediante la cual denuncie (sic) *el cobro de mis beneficios sociales por terceras personas (suplantación), cuenta con la legitimidad correspondiente y cumple con los requisitos de mi solicitud, si ustedes consideran que fue planteada erróneamente o ante una institución sin facultades, está debió en su momento poner en práctica otro principio que rige el proceso administrativo que es la RECONDUCCIÓN, puesto que todo servicio financiero se encuentra supervisado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hecho que ustedes no ponen en práctica, vulnerando nuevamente la solicitud que en reiteradas oportunidades realice."*

En el fondo, no se trata de la opinión de esta Autoridad en cuanto al planteamiento de la denuncia que hizo la Beneficiaria sobre el supuesto cobro suplantado de su Renta Dignidad, sino a que, esa denuncia no consta ni el Viceministerio de Pensiones, como debería ser según lo señalado en el artículo 1 de la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, ni en las instituciones enumeradas en la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

Asimismo, es fundamental entender que la reconducción que se esgrime no era válida en el momento que se planteo (sic) *la denuncia y que luego de la emisión de la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, del Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y de la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de*

septiembre de 2011, no podría aplicarse en sometimiento pleno a lo dispuesto por la normativa vigente y especial señaladas.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se le ha observado a esta Autoridad el incumplimiento de varios principios procesales que se han podido desvirtuar con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012, sin embargo debemos insistir en el Principio de Legalidad ante el cual ajustamos la decisión que se dispuso en la Resolución Administrativa que se recurre.

Dice la Constitución Política del Estado:

TÍTULO IV
GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y ACCIONES DE DEFENSA
CAPÍTULO PRIMERO
GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Artículo 109. I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

II. ***Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley****. (Las negrillas son nuestras)*

Es también la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009 de 14 de septiembre de 2009, la que se refiere al Principio de Legalidad afirmando:

"El principio de legalidad, se refiere a que la observancia de la Ley y la sujeción a la misma a efectos de legitimar la actuación de la autoridad jurisdiccional o administrativa y garantizar a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúe dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad."

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple y hace cumplir las leyes en su sector en observancia al Principio de sometimiento pleno a la ley que, tal cual se señala en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002:

*"****ARTÍCULO 4° (Principios Generales de la Actividad Administrativa).-*** *La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:*
…
c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;
…"

En el caso de autos y en la fundamentación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012, se ha observado lo señalado e impuesto por:

- *Ley N° 082 de 20 de enero de 2011;*
- *Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y*
- *Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011*

CONSIDERANDO:

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, el Ente Regulador llega a la conclusión que la Beneficiaria no ha presentado fundamentos que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 - 2012 de 11 de julio de 2012. En consecuencia, debe confirmarse la antedicha Resolución con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003,…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 11 de septiembre de 2012, la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 634-2012 de 21 de agosto de 2012, argumentado lo siguiente:

"…VULNERACIÓN DE LA NORMA Y AGRAVIOS SUFRIDOS. -

LO AFIRMADO POR LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS A.P.S.-

En Resolución Administrativa APS/DJCITE: APS/DPNC/474/2012 (sic) *de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como victima* (sic) *de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la* ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 DE 21 DE AGOSTO DE 2012,*** *la misma que realiza una serie de afirmaciones que no cuentan con un respaldo legal, mucho menos un análisis lógico legal comparativo como paso a demostrar:*

Según el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 15 "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho comparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se ven afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos".

Con la transcripción que ustedes realizan del D.S. No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su Art. 15 "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá, impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos"

Ustedes reconocen con la transcripción del Art. 15 del D.S. 27175, la existencia de un derecho y un interés legítimo que me afecta, no es otra cosa la Resolución Administrativa APS/DJCITE: APS/DPNC/474/2012 (sic) *de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como victima* (sic) *de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 de 21 de agosto de 2012, vulnerándose de esta forma lo dispuesto por la Ley 2341, que da los lineamientos generales que van de la mano con los principios Constitucionales que respaldan el Estado de Derecho en el cual vivimos dentro el Estado Plurinacional de Bolivia, motivo por el cual no se puede alegar el desconocimiento a lo dispuesto por el Art. 4 que en sus incs. C) principio de sometimiento pleno a le Ley: La Administración Pública* (sic) *regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los actos administrativos el debido proceso; inc. D) Principio de verdad material: La Administración Publica* (sic) *investigara* (sic) *la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil; f) principio de Imparcialidad: Las Autoridades administrativas actuaran* (sic) *en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados; h) Principio de Jerarquía Normativa: La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta ley, observaran la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado; j) Principio de Eficacia: Todo principio administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas; I) Principio de Informalismo: la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo; p) Principio de proporcionalidad: La Administración Publica* (sic) *actuara* (sic) *con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento: Principios todos estos que son de cumplimiento obligatorio por todo funcionario público y que han sido fracturados por su autoridad mediante la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJCITE: APS/DPNC/474/2012* (sic) *de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como victima* (sic) *de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 de 21 de Agosto de 2012, que es objeto del presente recurso. Asimismo la Ley 2341 en su Art. 11 dispone taxativamente que toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legitimo* (sic) *se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses conforme corresponda, norma que ratifica y respalda legalmente la activación de los recursos administrativos activados dentro el caso de autos.*

Por otro lado se debe tener claramente establecido, que uno de los principales derechos de los administrados conforme lo dispone la Ley 2341 en su Art. 16 inc. B) es el de iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos, motivo por el cual la impugnación de la Resolución Administrativa APS/DJCITE: APS/DPNC/474/2012 (sic) *de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como victima* (sic) *de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 de 21 de agosto de 2012, por la vía del recurso de revocatoria se encuentra plenamente enmarcado dentro de lo legal, puesto que la misma viola un derecho otorgado constitucionalmente como es el derecho a la Seguridad Social plasmado en el Art. 45 Constitucional.*

Siguiendo con la transcripción que ustedes realizan, con relación a los principios constitucionales y administrativos vulnerados, se puede evidenciar la falta de valoración de las pruebas aportadas y cursantes en el expediente del exordio. Puesto que lo afirmado en la Resolución Administrativa APS/DJCITE: APS/DPNC/474/2012 (sic) *de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como victima* (sic) *de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 de 21 de Agosto de 2012, objeto de la presente interposición del Recurso Jerárquico, posicionamientos administrativos que determinan y violan mis derechos de acceder a la seguridad social. Por otro lado el acto administrativo objeto del Recurso de Revocatoria interpuesto y ahora objeto del Recurso Jerárquico, para ser considerado como tal, ha sido dictado por autoridad competente, es decir el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros. Asume una causa que se ha sustentado en los hechos y antecedentes de la suplantación denunciada. Cuenta con un objeto que es cierto, licito y materialmente posible. Goza de un fundamento que ha sido expresado de manera concreta, la misma que indujo a emitir un acto administrativo objeto de la impugnación. Finalmente y para desvirtuar cualquier interpretación errónea y alejada de la verdad que puedan realizar, el acto administrativo ahora desconocido por ustedes aparte de ser un acto administrativo, es un acto motivado, porque dispone la suspensión de un acto, es decir no permiten que mi persona como victima* (sic) *de suplantación, pueda beneficiarse con el cobro de mis rentas que fueron robadas por terceras personas.*

Continuando con su transcripción de la resolución objeto de impugnación se puede establecer que en ningún momento se realizo (sic) *un análisis de lo dispuesto por la Constitución Política del Estado que en su Art. 45 garantiza el derecho a acceder a la seguridad social y en su parágrafo IV) garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo, motivo por el cual y para dar cumplimiento a estos principios constitucionales es que se promulgo* (sic) *la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, reglamentado a través del Decreto Supremo No. 0966 de 24 de agosto de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/No. 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, pero de una manera totalmente atentatoria y violatoria a los intereses de las personas que se tienen que beneficiar con esta ley ustedes emiten la Resolución Administrativa APS/DJCITE: APS/DPNC/474/2012* (sic) *de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como victima* (sic) *de*

suplantación de identidad. Asimismo la misma Constitución Política del Estado en su Art. 67 garantiza la provisión de una renta vitalicia de vejez, en el marco de una seguridad integral de la ley la cual se pretende fracturar con el accionar que pretende materializar su autoridad.

De la simple lectura de la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 DE 21 DE AGOSTO DE 2012, se puede evidenciar que no se evaluó la esencia de la Reposición Económica por única vez a las victimas (sic) *de suplantación de identidad en el cobro del Ex - BONOSOL y de la Renta Dignidad normado mediante la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, reglamentado a través del Decreto Supremo No. 0966 de 24 de agosto de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/No. 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, de la relación de antecedentes y utilizando la simple lógica, con relación a las fechas de promulgación de la normativa señalada se puede evidenciar que la misma rige a partir de su promulgación es decir del 20 de enero de 2011, motivo por el cual todas aquellas personas victimas* (sic) *de suplantación deben beneficiarse con esta normativa, considerando que el efecto retroactivo de las normas se aplica en materia social. Por otro lado, anterior a la promulgación de la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011 y del análisis de esta normativa se puede establecer que la misma beneficiaría aquellas personas que sufrieron suplantación en el cobro de su Renta Dignidad Ex - BONOSOL anterior al 20 de enero de 2011, hecho que se adecúa a mis intereses.*

Asimismo, utilizando la simple lógica, si uno sufre una suplantación como en mi caso y este hecho delincuencial se materializo (sic) *fraguando mi cédula de identidad cobrando dichas mensualidades, en la ciudad de La Paz en fecha 06/05/09 a hrs. 10:30 a.m., de la Caja 343474, en una de las sucursales de Fortaleza Fondo Financiero Privado, ubicado en la Calle Tumusla, lo que corresponde es realizar mi denuncia ante la instancia donde se materializó estos hechos irregulares, que en su debido momento denuncie* (sic) *ante las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado FFP y SAFI, hecho que ustedes documentalmente lo corroboraron mediante las certificaciones emitidas, pero que nunca fueron evaluadas, todo emergente, que de una sucursal de esta entidad financiera se habría cobrado ilegalmente dichos montos de dinero suplantando mi identidad, motivo por el cual todo el accionar realizado por mi persona se adecúa para ser beneficiada conforme lo dispone la* ***Ley No. 082 de 20 de enero de 2011****.*

Finalmente se debe dejar claramente establecido que conceptualmente se entiende por Entidad Gestora a: "Instituciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia cuyo objeto primordial es la administración y gestión de la Seguridad Social bajo la dirección, vigilancia y tutela del Estado".

"Es aquella sociedad anónima que, previa autorización administrativa, tiene como objeto social y actividad exclusivos la administración de fondos de pensiones. Las entidades aseguradoras pueden ser entidades gestoras sin necesidad de que el objeto social y la actividad sean exclusivos". "Entidad gestora, administradora, gerente o sociedad operadora: sociedad anónima que se encarga de la gestión de las inversiones, administración, representación y la gestión de las suscripciones y reembolsos de los fondos y sociedades de inversión", motivo por el cual no se puede

desconocer las facultades y atribuciones de la entidad financiera Fortaleza Fondo Financiero Privado, la misma, que en el momento que sufrí de suplantación, eran los responsables del pago del Ex - Bonosol y/o de la Renta Dignidad, de lo que se demuestra, sin admitir prueba en contrario, que el hecho delincuencial de suplantación que mi persona sufrió y la correspondiente denuncia que realice fue ante una entidad que se encuentra fiscalizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, motivo por el cual no se puede desconocer mediante una nota AA.GG - 06552/2012 la existencia de denuncia de cobro de suplantación ante la Entidad Gestora, debiendo nuevamente utilizarse ante dicho y supuesto desconocimiento el Principio de Reconducción, estableciendo de esta forma si la entidad financiera, Fortaleza Fondo Financiero Privado, que es fiscalizada por la A.P.S., recibió en su momento la DENUNCIA DE SUPLANTACIÓN, realizada por mi persona, hecho y acto administrativo que nunca se realizó, motivo por el cual el desconocimiento supuesto de la interposición de la denuncia que fue certificada por la entidad financiera receptora

PETITORIO.-

Por lo expuesto y demostrando legalmente conforme lo dispone los Art. 64, 65 y sgtes., de la Ley 2341 "Ley de Procedimiento Administrativo" y su correspondiente Decreto Reglamentario normado por el D.S. 27175 en sus Arts. 52 y sgtes., planteo recurso Jerárquico en contra de la ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 DE 21 DE AGOSTO DE 2012,*** *mediante la cual se ratifica la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 474-2012 de 11 de julio de 2012, que rechaza mi solicitud de reposición como victima* (sic) *de suplantación de identidad, solicitando se revoquen ambas resoluciones y deliberando en el fondo se ordene dar cumplimiento a la Ley 082/2010 Decreto Supremo No. 966, de 24 de agosto de 2011 que Reglamenta la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, de Reposición Económica por única vez a las Victimas* (sic) *de Suplantación de Identidad en el cobro del Ex - Bonosol y/o de la Renta Dignidad y Resolución Administrativa No. 296/11, debiendo su autoridad instruir para que por las oficinas correspondientes se me dé curso a la solicitud de reposición…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 9 de junio de 2009, recepcionada el 10 de junio de 2009, la señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, beneficiaria del ex Bonosol y actual Renta Dignidad,

presentó una denuncia a Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A. señalando que terceras personas fraguando su cédula de identidad, habían cobrado sus "mensualidades" en fecha 06 de mayo de 2009 a horas 10:30 a.m., en la ciudad de La Paz, Calle Tumusla, Caja N° 343474.

Posteriormente en fecha 12 de diciembre de 2011, la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la reposición económica del Ex BONOSOL y/o Renta Dignidad acogiéndose a la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, el Decreto Supremo N° 966, de 24 de agosto de 2011 y la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011, alegando que se habría hecho la denuncia correspondiente ante las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.

Dicha solicitud fue negada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debido a que la denuncia no fue presentada en el plazo establecido a una de las Entidades autorizadas conforme se desprende de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474-2012 de 11 de julio de 2012, cuyo tenor es el siguiente:

> *"…Que el procedimiento de Reposición Económica por Única Vez a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del Ex BONOSOL y de la Renta Dignidad, se establece mediante Ley N° 082 de 20 de enero de 2011 y es reglamentado a través del Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296-2011 de 12 de septiembre de 2011.*
>
> *…Que la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos, con su solicitud de reposición de beneficio ha presentado una denuncia por suplantación de identidad ante Fortaleza Fondo Financiero Privado y no acredita ninguna otra presentada ante alguna de las entidades enunciadas expresamente en el numeral CUARTO de la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296–2011 de 12 de septiembre de 2011, que incluye al Viceministerio de Pensiones como señala la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011.*
>
> *…Que de la revisión cuidadosa de la solicitud presentada por la* ***Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos****, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la Beneficiaria ha presentado su Solicitud* ***sin cumplir a cabalidad los requisitos exigidos por norma para el trámite de Reposición Económica por Única vez de beneficio por suplantación de identidad****. En consecuencia, debe determinarse que no corresponde atender la petición y por consiguiente debe emitirse la Resolución Administrativa que corresponda…."*
> (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Antecedentes normativos.-

A efectos de ingresar al análisis respectivo, importa previamente revisar la normativa aplicable:

- **Ley Nº 082 de 20 de enero de 2011:**

  "***Artículo 1. (Objeto).*** *El objeto de la presente Ley es reponer económicamente y por única vez a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del ex Bonosol y de la Renta Dignidad, en el periodo, comprendido entre el 1 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2010 y cuyas denuncias cursan ante el Viceministerio de Pensiones…"*

- **Decreto Supremo Nº 966 de 24 de agosto de 2011:**

  "***ARTÍCULO 1.- (OBJETO).*** *El presente Decreto Supremo tiene por objeto reglamentar la Ley Nº 082, de 20 de enero de 2011, de Reposición Económica, por única vez, a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el Cobro del Ex Bonosol y de la Renta Dignidad.*

  ARTÍCULO 2.- (VÍCTIMAS DE SUPLANTACIÓN).

  I. *Para efectos de la Ley Nº 082, son víctimas de suplantación:*

  1. *Los beneficiarios del Ex Bonosol y Renta Dignidad, según corresponda, cuyas denuncias de suplantación cursen hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley Nº 082, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, o entidades bajo tuición del mencionado Ministerio; ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS y entidades reguladas o contratadas para fines de pago de los beneficios reclamados; y,*

  2. *Cuyo periodo suplantado se encuentre comprendido entre el 1 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2010…"*

- **Resolución Administrativa APS/DPNC/Nº 296-2011 de 12 de septiembre de 2011:**

  "***PRIMERO (ÁMBITO DE APLICACIÓN)***

  Se efectuará la reposición económica por única vez a los Beneficiarios del ex Bonosol y de la Renta Dignidad que fueron afectados con suplantación de identidad, en el periodo comprendido entre el 01 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2010, y que hubiesen presentado la denuncia de suplantación hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley Nº 082.

  CUARTO (REQUISITOS PARA SOLICITAR LA REPOSICIÓN ECONÓMICA DEL BENEFICIO DEL EX BONOSOL Y/O RENTA DIGNIDAD)

  La Solicitud de Reposición Económica debe ser presentada ante la Entidad Gestora encargada de la Administración y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, misma que debe contar con los siguientes documentos:

- *Formulario de Solicitud de Reposición Económica debidamente firmada o estampada la huella digital del Beneficiario.*

- *Fotocopia ilegible del documento de identidad del Beneficiario.*

- *Documento que acredite la denuncia por suplantación de identidad, presentada hasta el 20 de enero de 2011 ante las siguientes entidades:*

  - *Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.*
  - *Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.*
  - *Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP.*
  - *Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS.*
  - *Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI (Entidad Gestora).*
  - *Futuro de Bolivia S.A. AFP.*
  - *BBVA Previsión AFP S.A.*
  - *Servicio Nacional del Sistema de Reparto – SENASIR.*
  - *Corporación de Seguro Social Militar – COSSMIL.*
  - *Seguros Provida S.A.*
  - *La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.*

- *Declaración Jurada del Beneficiario que dé fe que no fue él quien realizó los cobros declarados como suplantados. Este documento será provisto por la Entidad Gestora al Beneficiario, a efecto de que éste último proceda al llenado del mismo al momento de presentar la solicitud…"*

2.2. De la reposición económica por suplantación de identidad.-

La señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, señala en su Recurso Jerárquico, que su caso se adecúa para ser beneficiada de la reposición económica, en sujeción a la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, ya que la suplantación de identidad en el cobro del ex Bonosol, actual Renta Dignidad, se materializó cuando en la gestión 2009, terceras personas hubieren fraguado su cédula de identidad y cobraron sus pagos en fecha 6 de mayo de 2009, y la misma habría presentando la denuncia oportunamente en las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.

Por lo que, corresponde realizar el análisis correspondiente, es así que de la normativa transcrita en el numeral anterior, se permite la reposición económica por **única vez**, de los pagos del ex Bonosol y/o Renta Dignidad, para aquellos beneficiarios que fueron víctimas de suplantación de identidad, sin embargo para acceder a dicha reposición, se deben cumplir determinados requisitos, cuales son que la suplantación se haya producido en el periodo comprendido entre el **1 de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2010** y hubiesen presentado la denuncia de suplantación hasta el **20 de enero de 2011**, en las siguientes Entidades:

- Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.
- Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.
- Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP.

- Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS.
- Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI (Entidad Gestora).
- Futuro de Bolivia S.A. AFP.
- BBVA Previsión AFP S.A.
- Servicio Nacional del Sistema de Reparto – SENASIR.
- Corporación de Seguro Social Militar – COSSMIL.
- Seguros Provida S.A.
- La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.

Subsumiendo al caso de autos y compulsado el expediente administrativo, tenemos que: i) la señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, fue víctima de suplantación de identidad, ii) terceras personas realizaron el cobro de sus pagos en la gestión 2009, iii) que se presentó nota de denuncia de suplantación en fecha **10 de junio de 2009,** dentro del periodo establecido por la Entidad Reguladora (20 de enero de 2011) y iv) sin embargo se evidencia que la denuncia fue presentada en Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., y no así en alguna de las **Instituciones autorizadas, como requisito que debe cumplirse,** tal como lo determina el artículo cuarto de la Resolución Administrativa APS/DPNC/Nº 296-2011 de 12 de septiembre de 2011.

Por lo tanto, la recurrente no cumple con los requisitos exigidos en la norma que hubieran permitido a la beneficiaria señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, acogerse a la reposición económica por cobros indebidos del ex Bonosol y/o Renta Dignidad, situación que induce a la conclusión que la Autoridad Fiscalizadora realizó una correcta aplicación de la norma vigente.

2.3. En cuanto a los principios vulnerados.-

La recurrente señala que al haber rechazado su solicitud de reposición como víctima de suplantación de identidad, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, habría vulnerado los Principio de Sometimiento Pleno a la Ley, Principio de Verdad Material, Principio de Jerarquía Normativa, Principio de Eficacia y el Principio de Proporcionalidad.

Que frente a las supuestas vulneraciones alegadas por la recurrente de los principios del procedimiento administrativo, se tiene que en ciertos casos hace una simple cita de ellos, omitiendo para los mismos cumplir con la obligación de expresar de manera clara y hacer una relación entre el principio vulnerado con los hechos u omisiones que permitan conocer el fundamento de su pretensión, ello en estricta aplicación del artículo 58 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y artículo 38 de su Reglamento. Sin perjuicio de ello, a continuación se realizará la valoración respectiva.

2.3.1. Principio de Sometimiento Pleno a la Ley.-

El Principio de Sometimiento Pleno a la Ley, establecido en el artículo 4 inc. c) de la Ley Nº 2341, Ley del Procedimiento Administrativo, determina que la Administración Pública no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación a lo previsto en la norma aplicable.

En el caso de autos, se ha constatado que la Autoridad Fiscalizadora, no ha vulnerado dicho principio, ya que la misma se ha pronunciado conforme el procedimiento establecido en la norma hoy vigente y firme.

2.3.2. Principio de Proporcionalidad.-

En cuanto al Principio de Proporcionalidad, establecido en el artículo 4 inc. p) de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, esta Instancia Jerárquica no encuentra relación o aplicación al caso de autos, debido a que el mismo se restringe a los procesos administrativos sancionatorios y no así cuando la Entidad Fiscalizadora ha negado una solicitud.

2.3.3. Principio de Informalismo.-

En cuanto al Principio de Informalismo, establecido en el artículo 4 inc. l) de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, el mismo responde a la posibilidad de inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que **puedan ser cumplidas después**, como es por ejemplo la errónea calificación del recurso.

De lo expuesto, se tiene que el mismo no aplicaría al caso de autos, debido a que no existiría ninguna formalidad omitida por el recurrente a momento de la presentación del Recurso de Revocatoria o Jerárquico.

2.3.4. Principio de Verdad Material.-

En cuanto al Principio de Verdad Material, establecido en el artículo 4 inc. d) de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo, que determina que la Autoridad Administrativa está en la obligación de buscar la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cuál aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y en su caso, probadas por las partes.

En el caso de autos, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cumplimiento de este principio, se ha pronunciado señalando:

> *"…Que bajo el principio de la verdad material, esta Autoridad ha consultado con la Entidad Gestora responsable de la Renta Dignidad para conocer si entre la documentación con la que cuenta en su poder, hay información relevante para dilucidar el presente caso, mediante Auto de 31 de mayo de 2012.*
>
> *Que copia del Auto de 31 de mayo de 2012, se ha remitido también a la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos para que, como indica el mismo, pueda aportar documentación adicional a la que ya presentó para demostrar su denuncia de cobro suplantado ante cualesquier repartición detallada en la normativa en vigencia.*
>
> *Que mediante nota AA.GG. 06552/2012 de 28 de junio de 2012, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, responde al Auto de 31 de mayo de 2012 y afirma que la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos no realizó denuncia por cobro suplantado de Renta Dignidad ante esa institución y que además la entidad*

Fortaleza Fondo Financiero Privado, no le ha presentado tampoco denuncia a nombre de Noemy Enríquez Saucedo de Campos sobre el mismo tema…"

Por lo expuesto, no existe una vulneración al Principio de Verdad Material, ya que el Ente Regulador a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, ha solicitado mayor documentación y ha valorado la prueba aportada, determinado que independientemente de que la beneficiaria haya presentado una denuncia a Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., está no era la Institución a la que debió presentar la denuncia de suplantación, situación que impidió a la Autoridad a aceptar la solicitud presentada.

2.3.5. Principio de Eficacia.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012 de 11 de mayo de 2012, éste Ministerio, dejó claramente establecido el precedente respecto al Principio de Eficacia al pronunciar: "*…los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual las autoridades* ***podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades.*** *Es decir, se entiende que por virtud de este principio se sanea tanto en la fase de todo procedimiento administrativo los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación…*", y ello en estricta sujeción a lo determinado por el artículo 42 y 43 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Al respecto de la aplicación de este principio y la solicitud de reencausar el procedimiento, se hacen algunas precisiones de orden legal en cuanto a la solicitud de la recurrente:

> "*…la denuncia que realice* (sic) *fue ante una entidad que se encuentra fiscalizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, motivo por el cual no se puede desconocer mediante una Nota AA.GG-06552/2012, la existencia de denuncia de cobro de suplantación ante la Entidad Gestora, debiendo nuevamente utilizarse ante dicho y supuesto desconocimiento el Principio de Reconducción, estableciendo de esta forma si la entidad financiera, Fortaleza Fondo Financiero Privado, que es fiscalizada por la APS, recibió en su momento la DENUNCIA DE SUPLANTACIÓN, realizada por mi persona, hecho y acto administrativo que nunca se realizó, motivo por el cual el desconocimiento supuesto de la interposición de la denuncia que fue certificada por la entidad financiera receptora…"*

2.3.5.1. En cuanto a que Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A. estaría fiscalizada y regulada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.-

La Ley N° 3076, de 20 de junio de 2005, artículo 1-IV determina: "*La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros…*"

La Ley 1488 de 14 de abril de 1993 en sus artículos 153 y 154 establecen que la Superintendencia de Bancos es el órgano rector del sistema financiero que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.

El mismo cuerpo normativo (Ley 1488) en su artículo 69 refiere: *"A los efectos de esta Ley, son entidades de intermediación financiera no bancarias las cooperativas de ahorro y crédito abiertas, las mutuales de ahorro y préstamo y los fondos financieros privados…"*

De la normativa precedentemente citada, se tiene que **Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.** no se encontraría regulado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, como mal asegura la recurrente y que si bien esta entidad se encarga de realizar el pago de la Renta Dignidad, ello no significa que se encuentra dentro del marco de regulación, ya que dicho Fondo otorga un servicio cual es el pago de la Renta Dignidad.

Dicha situación, permite que se asevere que de ninguna manera se puede considerar que por haber presentado una denuncia a esta entidad financiera, se dé por presentada la denuncia ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros –como señala la recurrente-, más aún cuando existe normativa especial expresa, cual es la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296- 2011 de 12 de septiembre de 2011, que especifica las únicas entidades o instituciones a las que debe presentar la denuncia.

2.3.5.2. En cuanto a la reconducción del procedimiento administrativo hasta el acto de presentación de la denuncia de la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos.-

La recurrente argumenta y confunde el inicio del presente procedimiento, con su denuncia presentada a **Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.,** siendo inminente aclarar a la misma, que el presente proceso administrativo se inicia con la solicitud de autorización para la reposición económica del Ex Bonosol y/o Renta Dignidad presentada por la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, en fecha 12 de diciembre de 2011, ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Por lo que ninguna manera se podría reencausar el procedimiento administrativo hasta la presentación de la denuncia de la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, debido a que la **nota fue presentada ante una entidad privada**, no sujeta a la obligación de reencauzar los procedimientos administrativos y por lo tanto es inaplicable el principio de eficacia establecido en los artículos 42 y 43 de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo, que a la letra determina:

> ***"ARTICULO 42°. (Calificación del Procedimiento).- El órgano administrativo*** *calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada,* ***si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación.***
>
> ***ARTICULO 43°. (Subsanación de Defectos).-*** *Si la solicitud de iniciación del procedimiento no reúne los requisitos legales esenciales,* ***la Administración Pública requerirá al interesado para que en un plazo no superior a cinco (5) días subsane la deficiencia o acompañe los documentos necesarios****, con indicación de que, si así no lo hiciera, se dictará resolución teniendo por desistida su solicitud*." (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo precedentemente citado tenemos que la facultad de reconducción está limitada a la Administración Pública que recibe la solicitud, frente a una petición del regulado o interesado en un procedimiento administrativo, por lo que no se puede reconducir el procedimiento administrativo una entidad privada como sugiere la recurrente, y más aún

cuando la norma regulatoria especial determina a que instituciones se debe presentar la denuncia como requisito fundamental para acceder a la norma excepcional de reposición económica.

Es así que, si bien el principio de eficacia y los artículos 42 y 43 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, determinan que la Administración podrá subsanar pequeños errores en los cuales incurra el administrado a momento de la iniciación del procedimiento administrativo, sin embargo los mismos no pueden ser aplicados al caso de autos por lo ya señalado y menos ir en contra de una determinación expresa cual es la dada mediante Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

2.3.6. **Principio de Jerarquía Normativa.-**

En cuanto al Principio Jerarquía Normativa, establecido en el artículo 4 inc. h) de la Ley N° 2341, Ley del Procedimiento Administrativo, el mismo pregona que las leyes y normas de rango inferior, no pueden contravenir o vulnerar lo dispuesto en la Constitución Política del Estado u otra norma superior. Este principio, permite a su vez establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el criterio para solucionar las posibles contradicciones entre normas de distinto rango.

Que hecho el análisis de legalidad a la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°634-2012 de 21 de agosto de 2012, se tiene que el Ente Regulador no se habría pronunciado ni habría hecho el correspondiente análisis en cuanto a la aplicación de este principio al caso de autos, por lo que corresponde la anulación en el presente caso, a objeto que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se pronuncie en cuanto a la aplicación de este principio y la normativa emitida para el efecto, especialmente la aplicación del Decreto Supremo N° 966 de 24 de agosto de 2011 al caso de autos.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad Fiscalizadora, **no ha motivado, ni ha fundamentado** conforme a derecho en cuanto al argumento presentado por la recurrente respecto al Principio de Jerarquía normativa.

Que, conforme se determinó en los diversos precedentes dados por este Ministerio, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

Que, en cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto siendo sus causales las establecidas por ley.

Que, conforme a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos

administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad **o de lugar a la indefensión de los interesados.**

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°634-2012 de 21 de agosto de 2012, **inclusive** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
APS/DJ/DS/Nº 678-2012 DE 29 DE AGOSTO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 072/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 072/2012

La Paz, 06 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 678-2012 de 29 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 043/2012 de 25 de octubre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 140/2012 de 20 de noviembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 12 de septiembre de 2012, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., representada legalmente por su Gerente General Lic. Alvaro Toledo Peñaranda tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 251/2009, de 28 de septiembre de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 100, a cargo de la Dra. Margarita Suarez Arana Ribera del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/Nº 678-2012 de 29 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, en fecha 17de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/Nº 678-2012 de 29 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 20 de septiembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mismo que fue notificado el 21 de septiembre de 2012.

Que, el 16 de noviembre de 2012, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Nacional Vida Seguros de Personas S.A.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 036/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 036/2012 de 12 de junio de 2012, se resolvió lo siguiente:

> ***"…ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012,* ***inclusive,*** *que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*

Los fundamentos esgrimidos más importantes en la Resolución Ministerial Jerárquica son:

> ***"…1.2. En cuanto al interés legítimo del recurrente***.-
>
> *Que, Guillermo Cabanellas en su diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala que el* ***derecho subjetivo*** *es* ***"…*** *el inherente a una persona activa o pasivamente como titular de un derecho real "… la potestad individual de proceder o no de modificar lo establecido o mantenerlo, dentro de los limites legislados. "*
>
> *Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, en el libro de Derecho Administrativo Contemporáneo, señalan que el derecho subjetivo "… se edifica sobre el*

reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición) (…)Los derechos subjetivos, así entendidos, garantizan situaciones jurídicas de utilidad directa para su titular, por ello están protegidos con todo tipo de acciones que buscan reconocerlos o repeler algún ataque en su contra…."

*La Enciclopedia Jurídica Básica, de Editorial Civitas, señala que "…**existe interés legítimo,** "…en concreto en derecho administrativo, **cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el derecho**, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero sí a exigir de la administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarle.*

*Que, por su parte García de Enterria sobre los derechos subjetivos señala "…Es aquel que tienen algunas personas que, por la situación objetiva en la que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los **destinatarios de una regulación sectorial,** son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo al ordenamiento jurídico cuando con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese interés propio, aunque la actuación de que se trate no le ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato…"*

*Que, de igual manera, García Enterría señala "…En general, la doctrina concibe al interés legítimo como una institución mediante la cual se faculta a todas aquellas personas que, sin ser titulares del derecho lesionado por un acto de autoridad, es decir, sin ser titulares de un derecho subjetivo tienen, sin embargo, un interés en que la violación del derecho o libertad sea reparado. En otras palabras, implica interés legítimo que podría verse afectado dentro del proceso, **a quien se brinda la oportunidad de intervenir en la acción tutelar en reconocimiento de sus derechos y garantías constitucionales…".***

*Que, la economía jurídica administrativa boliviana determina que, cualquier persona que se sintiera agraviada puede presentar recursos administrativos (recursos de revocatoria y jerárquico), Artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo "…contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a **criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos**. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…"*

*Que, sobre el tema en cuestión, Agustín Gordillo, señala que: 'Los recursos administrativos, en sentido amplio, serían **los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos -lato sensu- y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.***

El mismo autor señala que los recursos administrativos, pueden ser calificados como:

"a) Un derecho, b) Un Acto; y c) Un medio de defensa. Como un derecho: '…el recurso es un derecho del individuo, que integra su garantía constitucional de la defensa'; como un acto es, '…el ejercicio efectivo y concreto del derecho a recurrir…'; y, como un medio de defensa: '... ***de los derechos del individuo ante las autoridades públicas'. (…) Es decir, el recurso administrativo, es el ejercicio de un medio de defensa como derecho, para impugnar los actos emanados de la administración que afectan sus derechos o garantías constitucionales"***

De lo precedentemente se puede aseverar sin lugar a dudas, que la norma emitida por la APS, hoy impugnada, justamente determina una obligación a las aseguradoras a (usar el anexo e implementar el mismo para todo cambio de plan y/o producto de seguro de vida, que solicite el asegurado, tomador del seguro ó gestione la aseguradora, ó bien emerja producto de la caducidad de primas), por lo tanto la misma es susceptible de generar la afectación del interés legítimo del regulado.

De lo expuesto, en el párrafo anterior, se tiene que, el recurrente considera que ha sido afectado su interés legítimo y por ello presenta Recurso de Revocatoria con argumentos que justificarían su afectación. Pese a ello, el Ente Regulador desestima la impugnación presentada (por falta de acreditación de interés legítimo) y por ende le priva del derecho a recurrir a su administrado, cual ocurrió en el caso de autos.

Es por ello, que importa traer a colación el Recurso de Revocatoria, donde se puede apreciar que el recurrente impugna el mismo con los siguientes argumentos –entre otros-:

- *Que el anexo se acoge en forma indirecta a un sistema técnico normativo, que en derecho se denomina de números clausus, que ésta alusión expresaría una limitación a la información, hecho que nunca debería ser limitado, sino, por el contrario, se debería permitir brindar al consumidor de seguros, información clara comprensible e indubitable.*
- *Que a su vez, dentro del anexo, se deberían introducir acápites que al menos incluyan las ventajas que el usuario obtendrá con el producto de cambio de planes, características nuevas del producto, beneficios adicionales que brinda el nuevo producto, etc.*

Que este hecho, demuestra, sin lugar a dudas, que el recurrente sí cumplió con el deber de fundamentar cual sería el interés legítimo afectado, que le impulsa a impugnación presentada contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, haciendo hincapié que la aprobación del anexo se entendería "…como un exceso de regulación o una deficiente regulación pudiendo conducir a distorsiones en el mercado que sin duda pueden dar lugar a perjuicios a los usuarios. De igual modo una regulación no adecuada, determinará un desincentivo para los usuarios a utilizar el mecanismo de seguros de vida como ahorro…"

Por todo lo expuesto precedentemente, se tiene que el administrado, sí presentó argumentos que a su entender afectarían su interés legítimo, mismos que no han sido considerados por el Ente Regulador, al no haber resuelto su Recurso de Revocatoria en el fondo, hecho que ha dado lugar a que el procedimiento administrativo se encuentre viciado con las causales de anulabilidad, al haberse vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y el derecho a la petición del recurrente,

Siguiendo la misma línea de razonamiento, corresponde, traer a colación, lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010 referente al debido proceso, donde tenemos que:

> *"…, por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso, lo siguiente:*
>
> *"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*
>
> *En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras, señalando que:*
>
> *"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de*

la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Congruentemente con lo anotado, se ha constatado que al haber declarado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., el Ente Regulador ha vulnerado el debido proceso y derecho a la defensa del recurrente, correspondiendo por ende anular el presente proceso, debiendo -en consecuencia- la autoridad fiscalizadora, pronunciarse, técnica y legalmente, sobre todos los argumentos vertidos por el recurrente en su Recurso de Revocatoria…"

2. ANTECEDENTES

2.1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/JTS Nº 425-2011 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó el documento para cambio de plan para seguros de vida de corto o largo plazo, resolviendo:

*"…**PRIMERO.-** Aprobar para su correspondiente registro, el "Anexo por cambio de plan para seguros de vida de corto o largo plazo", que forma parte inseparable de la presente resolución.*

***SEGUNDO.-** Instruir a las Entidades de Seguros en la modalidad de Seguros de Personas, registrar el Anexo adherido a la presente resolución, en un plazo máximo de 5 días administrativos a partir de su notificación, para la correspondiente implementación.*

***TERCERO.-** Disponer el uso obligatorio del Anexo registrado a partir de la notificación de la presente Resolución Administrativa, para todo cambio de plan y/o producto de seguro de vida, que solicite el asegurado, tomador del seguro ó gestione la aseguradora, ó bien emerja producto de la caducidad de primas, el cual formara parte integrante de la nueva póliza de seguros a contratar. Todo Anexo que implique cambio de plan y/o producto, deberá llevar la correspondiente firma del asegurado en señal de conformidad.*

***CUARTO.-** Disponer que la no entrega del Anexo a los asegurados y/o la emisión de un Anexo que no corresponda al aprobado mediante la presente resolución, será considerado como falta grave, siendo pasible de sanción según corresponda en la normativa vigente.*

***QUINTO.-** Queda sin efecto cualquier registro contrario a la presente Resolución Administrativa, que se haya efectuado ante la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y/o Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

***SEXTO.-** Se encomienda el cumplimiento de la presente Resolución Administrativa a la Dirección de Seguros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros..."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 7 de diciembre de 2011, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 678-2012 DE 29 AGOSTO 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 678-2012 de 29 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó desestimar el Recurso de Revocatoria interpuesto por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, por no haber demostrado la afectación, lesión o perjuicio que el acto impugnado hubiera causado a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que conviene, una vez resumidas las alegaciones señaladas, en el memorial de recurso y los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2012 de 12 de junio de 2012, a fin de tener las ideas claras, conviene esquematizar el caso. Veamos:

1. *Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, la APS aprueba el "Anexo por Cambio de Plan Para Seguros de Vida de Corto Plazo o Largo Plazo", con la consiguiente obligación de cumplirla en el término de 5 días administrativos.*

2. *Contra dicha resolución administrativa (y el anexo correspondiente)* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *presenta recurso de revocatoria por considerar que el mismo (el anexo) contiene términos confusos y de difícil entendimiento que, lejos de transparentar la decisión y voluntad de adquirid un servició de seguro por parte de un usuario, la vuelve confusa e incrementa las desventajas y las asimetrías ya existentes. Esta aseguradora se permite sugerir textos que, en su opinión, deberían estar en el referido anexo.*

CONSIDERANDO:

Que en relación a la anulación del procedimiento administrativo hasta el estado de volverse a dictar resolución Administrativa dentro del Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, es pertinente alguna digresión en torno a la obligación de los entes jurisdiccionales, de tutelar los derechos subjetivos que sean sometidos a su valoración de mérito.

Que cuando una persona natural o jurídica solicita el auxilio de los órganos jurisdiccionales (léase ***mutatis mutandis****; de la administración pública) espera que los mismos otorguen* ***tutela efectiva*** *en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Ahora bien, qué se entiende por tutela efectiva? Es la posibilidad de reclamar a los órganos jurisdiccionales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley. Significa la prevalencia del fondo sobre la forma, el contenido sobre el continente, de forma que prime siempre el principio* ***"pro actione"*** *(en caso de duda, a favor de la acción). Es decir, se trata de acudir a los jueces o a la Autoridad Administrativa en pos de la obtención de satisfacción a la pretensión concreta.*

Que en este contexto de razonamiento, citemos lo que señala la procesalista argentina Marianella Ledesma, ***"la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia; agregando que esta, no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de ciertas omisiones*** *(las negrillas son de la APS);* ***asimismo, no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley".***

Que otra digresión debe referirse a lo que se entiende por "legitimación activa" y "legitimación pasiva" como doctrina y como norma positiva.

Que la legitimación, genéricamente,' es la aptitud (idoneidad, disposición, suficiencia, en ciertos casos ***capacidad de obrar,*** *de efectuar por sí determinados actos, desempeñar un cargo o realizar alguna cosa* ***(Dic. Der. Usual)*** *para actuar jurídicamente. Esta legitimación puede ocurrir en variados ámbitos del poder jurisdiccional; civil, penal, laboral, administrativo.*

Que no siempre coincide con la capacidad jurídica, pues un sujeto puede ser plenamente capaz y no poseer legitimación para actuar en un caso concreto. Significa estar facilitado legalmente para actuar o accionar.

Que la legitimación activa es la que Se da dentro de un proceso; por ejemplo, en un caso civil, tiene legitimación activa, quien habiendo exigido el cumplimiento de la obligación a su 'deudor, no ha sido satisfecho, y por lo tanto posee el derecho o legitimación otorgado por las leyes procesales para promover una demanda como actor, requiriendo una resolución de la autoridad jurisdiccional. El español ***Vicente Gimeno Sendra*** *expresa que la legitimación activa en el proceso administrativo, se estructura en torno a los conceptos de "derecho subjetivo", "interés directo" y "mero interés por la legalidad" o "acción popular":*

- ***a) El interés:*** *En su forma genérica, se define como la consideración de un sujeto sobre el beneficio que le deriva un derecho que cree tener; en este sentido, el «interés» estará determinado por la voluntad que el administrado pretenda de la Administración pública respecto a una obligación que considere que debe realizar en su beneficio.*
- ***b) Interés directo:*** *Está referido a aquel interés amparado en la legalidad real y actual, que concurre en un sujeto de derecho cuando una determinada actuación administrativa lesiona,' dilecta o indirectamente su esfera de facultades individuales, de modo tal que la anulación de dicha actividad le proporciona un beneficio o le elimina un perjuicio de cualquier índole. Este concepto es aquél que de prosperar la acción o pretensión, genera un beneficio jurídico para el que acciona.*
- ***c) Derechos subjetivos:*** *Remitiéndonos a un. concepto simplista del significado de derecho subjetivo, diríamos que en su sentido más general, es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico; o como lo define claramente GARCÍA DE ENTERRÍA, "esta figura se edifica sobre el reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición. Así visto, el "derecho subjetivo" equivale al* ***poder exclusivo conferido a una persona para actuar en su propia ventaja la tutela jurídica*** *(las negrillas son de la APS).*

Que puede decirse, junto al citado autor español que, la legitimación activa es la aptitud para plantear el recurso en un Procedimiento Administrativo concreto, es la facultad para poder deducir una pretensión, de manera tal que la Autoridad Administrativa competente, pueda revisar el fondo del asunto. Esta legitimación puede darse de dos "maneras: i) una legitimación activa de los particulares, aquellos que tuviesen un interés legítimo y ii) cuando además de tener interés legítimo, pretendieren el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (derecho subjetivo).

Que la cita de estas opiniones no tendría mayor relevancia si no se relacionara con el objeto de la resolución que nos ocupa. La legitimación activa corresponde (en un proceso administrativo) a la aptitud legal que posee una persona o que la ley le otorga exclusivamente para incoar un proceso y solicitar la tutela efectiva.

Que en la legislación comparada y concordante con esta reflexión, el Código de Enjuiciamiento Civil español señala que, poseen legitimación, en un proceso, quienes comparecen y actúan en juicio siendo titulares de la relación jurídica u objeto litigioso (artículo 10). De la misma manera, el artículo 19 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que: 1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo... Ya hemos señalado que el interés legítimo, íntimamente relacionado con el derecho subjetivo, es una especie de poder individual, concreto y particular otorgado por ley a determinados sujetos, quienes están también en determinadas situaciones jurídicas. '

Que debe tenerse en cuenta que lo relevante es que esas personas sean titulares de una relación jurídica. Esto es que (en el caso que nos ocupa), ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *sea titular de una relación jurídica en el sentido de que sea ella la afectada directamente por la acción de la administración a consecuencia de la emisión de la resolución administrativa que se impugna.*

Que en cuanto a la legitimación pasiva, simplemente añadir que es aquél que puede ser demandado en un proceso. La parte demandada será contra quien se pretenda la acción, así, puede ser un sujeto o una pluralidad de sujetos contra los que se demanda. Generalmente se constituirá en parte demandada la Administración cuya actuación ha generado una pretensión en el sujeto activo, o bien será el sujeto en cuya esfera de derechos se incluyó indebidamente uno por parte de la Administración.

Que lo expuesto precedentemente señala que, para que un recurrente pueda impugnar un acto administrativo debe tener legitimación activa; siendo el requisito principal la titularidad de la relación jurídica. Veremos más adelante, cómo ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *no configura titularidad de ninguna relación jurídica.*

Que ahora bien, en esta línea de configuración conceptual de la legitimación activa, el artículo 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 señala que; toda persona, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa (léase, resolución administrativa) podrá apersonarse ... para hacer valer sus derechos o intereses...) Nótese que señala el requisito esencial para adquirir legitimación activa; ser titular de una relación jurídica en la que su derecho' subjetivo o interés legítimo, se vea afectado. Una vez más, veremos adelante, cómo ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *no configura titularidad de ninguna relación jurídica; o sea, no acredita interés legal ni derecho subjetivo.*

Que no obstante, el hecho de no acreditar estos requisitos, no impide que la aseguradora ejerza su derecho de petición y el consiguiente derecho a obtener vina respuesta fundada y razonada.

Que algunos autores conciben que habiéndose reconocido dos tipos de legitimación (activa y pasiva), tal clasificación constituiría "numerus clausus" ya que restringe la posibilidad de actuar en procesos sin contar con la aptitud legal para ello. Es decir, no hay la posibilidad de aplicar criterios de legitimación abierta, en el sentido de aceptar otras acepciones de legitimación.

CONSIDERANDO:

Que en relación a los argumentos 1, 2 y 3 de la recurrente, inscritos en el tercer Considerando de la presente resolución, esta APS nada tiene que objetar.

Que en relación al argumento 4 de la recurrente, inscrito en el tercer Considerando de la presente resolución, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *expone el justificativo presumiendo que el usuario ha de interpretar una palabra o una información (en realidad, el contenido del Anexo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012) de manera distinta al regulado.' De esta manera, hace de portavoz no autorizado y emite juicio de mérito de terceras personas (los usuarios) sin que conste en autos, que éstos hubieran otorgado poder alguno para ello.*

Que en efecto, si al presentar el memorial de 27 de diciembre de 2011, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *interpone recurso de revocatoria, debe tener muy presente que tal "es un remedio administrativo específico por el que se atacan solamente actos administrativos y se defienden derechos subjetivos o intereses legítimos" (Roberto Dromi). Cuando la recurrente fundamenta su recurso de revocatoria sobre la base de presunciones y de hipotéticos no entendimientos de terceros (usuarios) no expresa un interés subjetivo (que le corresponda directamente a ella) o un interés legítimo.*

Que concordante con esta línea de análisis, el artículo 15 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 determina que toda persona natural podrá apersonarse ante la Administración solicitando la realización de un procedimiento (tramitación de un recurso en este caso) y cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos. Ergo, si la aseguradora plantea un recurso de revocatoria sobre la base de lo que ella cree que han de pensar terceras personas, omite cumplir esa exigencia normativa.

Que en adición, el artículo 37 de aquél Decreto Supremo señala a ,su vez que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por (...) que tenga alcance general o particular ***que a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*** *Ahora bien, una cosa es que* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *crea que la resolución administrativa impugnada afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos, y otra muy distinta que, real cuanto legalmente, acredite derechos subjetivos o intereses legítimos. La facultad de valorar este extremo recae en la APS, entidad que tiene todas las atribuciones y competencias institucionales para ello como ente regulador.*

Que el hecho de usar cierto lenguaje, propio del ámbito concreto del seguro, no implica discriminación o diferenciación negativa en desmedro de unos o a favor de otros. Piénsese en las distintas esferas del conocimiento humano en la que cada una de

ellas emplea terminología apropiada y singular a sus fines; en el campo de la medicina, de la física, de la ingeniería e inclusive en el ámbito del Derecho. Nadie, en su buen juicio, dirá, que estas disciplinas científicas (y el Derecho lo es en grado sumo) usan, vocablos o términos técnicos para discriminar o diferenciar a unos en relación con otros. Por lo que el argumento de la aseguradora carece de consistencia legal.

Que finalmente, para lograr el entendimiento general al usarse terminología particular se tiene a los técnicos, entidades especializadas e intermediadores que, se supone, tienen la capacidad para transmitir al común entender, el significado de aquella.

Que en relación al argumento 5 de 1a recurrente, inscrito en el tercer Considerando de la presente resolución, en ninguna parte de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011 se señala que la base de la misma sea la consideración de que la aseguradora esté pretendiendo inducir en error a los usuarios. Por ello y no siendo posible explicar la génesis de tan categórica afirmación realizada por ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *la cita del artículo 14 de la Ley de Seguros es impertinente.*

Que en relación al argumento 6 expuesto por la recurrente, inscrito en el tercer Considerando de la presente resolución, se toma nota de que es la propia aseguradora la que reconoce la existencia de asimetrías en el conocimiento de los pormenores de la contratación de seguros, allanamiento que refuerza más la pertinencia de la resolución impugnada.

Que asimismo, es importante destacar que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *vuelve a invocar supuestas situaciones de terceros (usuarios) presuponiendo que ellos, o éstos mejor, se encuentran en desventaja frente al asegurador. Es decir, esta posición reiterada de la recurrente confirma una vez más que la resolución impugnada no causa perjuicios o agravios directamente a la aseguradora sino a terceros (en opinión de la recurrente), situación que configura inexistencia de lesión a derechos subjetivos o intereses legítimos de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *requisito sine qua non para estimar el recurso de revocatoria.*

Que en relación al argumento 7 de la recurrente, inscrito en el tercer Considerando de la presente resolución, ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *arrogándose voz y opinión de terceros, sin estar facilitada para ello, señala que ciertos términos son desconocidos por éstos, ya que el uso de "Componente, de Ahorro, Tasa de Interés técnica, tasa de interés garantizada, indisputabilidad, valores garantizados, etc.", hace confusa y desventajosa la voluntad del asegurado. Al respecto ya se ha señalado que el uso de terminología particular en distintos ámbitos del quehacer humano no es impedimento para su divulgación ya que la misma únicamente pretende precisión de alcance para su uso en situaciones apropiadas.*

Que resulta curioso que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *afirme que "componente de ahorro" o ''tasa de interés garantizada" (para citar sólo un par de ejemplos) constituyan términos de difícil explicación, de difícil entendimiento, o que su uso vaya a distorsionar la voluntad del asegurado o posible asegurado. En rigor, este argumento no resiste el mínimo análisis. Basta leer los formatos tipos de contrato de seguro en los que hay cientos de términos particulares que ameritan el diseño de un acápite concreto a guisa de vocabulario para su uso correcto. Si tal no fuera posible, la ciencia (y el Seguro en particular) jamás habrían evolucionado.*

Que se destaca nuevamente que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *vuelve a invocar supuestas situaciones de terceros (usuarios) presuponiendo que éstos no van a comprender el uso de términos técnicos. Huelga reiterar que esta posición de la recurrente confirma una vez más que la resolución impugnada, no causa perjuicios o agravios directamente a la aseguradora, sino, a terceros (en opinión de la recurrente). Situación que configura inexistencia de lesión a derechos subjetivos o intereses legítimos de* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,*** *requisito sine qua non para estimar el recurso de revocatoria.*

Que en relación a los argumentos 8, 9, 10 y 11 de la recurrente, inscritos en el tercer Considerando de la presente resolución, la APS tiene plena facultad para regular y emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la Ley de Seguros y de sus reglamentos, de' acuerdo a su prudente criterio y por intermedio de resoluciones administrativas, mismas que se presumen legales y legítimas, salvo declaración judicial en contrario. Por lo mismo, si el Anexo cuestionado establece un cierto rango de requerimientos a ser cumplidos por las aseguradoras, alegar que aquél no permite alteraciones, ampliaciones, o que restrinja el derecho a la información (sin especificar en relación a qué derecho a la información concreto se refiere), sin precisar cuáles otras "ampliaciones", cuáles otras "alteraciones", constituye base falsa para observar el referido anexo. Todos los formularios, 'al contener un determinado alcance, se basan sin duda en el sistema limitado ele requerimientos a ser llenados.

Que es criterio de la APS que la información que se solicita en el "Anexo por cambio de Plan y/o Producto para Seguros de Vida de Corto o Largo Plazo" satisface su objetivo de transparentar las operaciones del mercado de seguros.

Una vez más, ***NACIONAL VIDA SEGAROS DE PERSONAS S.A.*** *se auto constituye en portavoz no autorizado de terceros (usuarios) al manifestar que a los "usuarios" se les está restringiendo el derecho a la información y que no podrán alterar, ampliar el referido anexo, confirmando que los efectos del anexo anotado no causan lesión o perjuicio directo a esta aseguradora.*

Que en cuanto a la supuesta falta de claridad y simplicidad, bastará mirar la magnitud material del "Anexo por cambio de Plan y/o Producto para Seguros de Vida de Corto o Largo Plazo" para entender que se trata de una hoja, y además, del anverso de una hoja que contiene 14 requerimientos a ser cumplidos, en cuya carilla se inscriben frases concretas de no más de 4 palabras y de llenado sencillo. No existen en tal anexo términos esotéricos o súper especializados, cuya comprensión esté solamente reservada a iniciados en materia de seguros.

Que para afirmar que el referido anexo desincentiva a utilizar el mecanismo de seguros de vida, la recurrente debió fundamentar su posición, mientras tanto su alegación constituye un juicio a priori, no confirmado ni su impacto ratificado en instrumento alguno de medición. Cosa distinta es que ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *crea, piense o presuma que el anexo desincentiva. Una vez más,* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *se auto constituye en portavoz no autorizado de terceros (usuarios) al manifestar que los "usuarios" se desincentivan a usar seguros de vida a causa del anexo, ratificando así que los efectos del anexo anotado no causan lesión o perjuicio directo a esta aseguradora.*

CONSIDERANDO:

Que en fecha 30 de julio de 2012, se llevó a cabo la audiencia de exposición de argumentos respecto del Plan de la aseguradora (ahora recurrente), que tuvo los siguientes resultados:

- ***a)*** *La presentación se enfoca al cambio de plan que la aseguradora viene ejecutando del seguro de vida entera al seguro de vida flexible. Asimismo, establece las diferencias entre un producto y otro, según el Anexo aprobado a través de la Resolución Administrativa 425/2011.*
- ***b) Cambios Generales:*** *Nacional Vida no presenta observación alguna.*
- ***c) Cambios en Cobertura y Vigencia - Cobertura de Fallecimiento:*** *Nacional Vida señala que la cobertura de un seguro de vida es el fallecimiento, caso contrario no sería un seguro de vida. Adiciona que todos los seguros de vida por defecto tienen esta cobertura básica.*
- ***d) Análisis Técnico:*** *La observación no impide que el formato del Anexo se mantenga.*
- ***e) Cambios en Cobertura y Vigencia - Componente de Ahorro:*** *Nacional Vida no presenta observación alguna. Se limita a realizar la comparación.*
- ***f) Cambios en Cobertura y Vigencia - Descripción de Coberturas Complementarias:*** *Nacional Vida no presenta observación alguna. Se limita a realizar la comparación.*
- ***g) Cambios en Cobertura y Vigencia - Fecha de Inicio de la vigencia de la póliza:*** *Nacional Vida no presenta observación alguna. Se limita a realizar la comparación.*
- ***h) Cambios en Cobertura y Vigencia - Fecha de fin de vigencia de la póliza:*** *Nacional Vida no presenta observación alguna. Se limita a realizar la comparación.*
- ***i) Cambios en Cobertura y Vigencia - Fecha de fin de vigencia de la cobertura de fallecimiento:*** *Nacional Vida señala que es lo mismo que la fecha de fin de vigencia de la póliza por lo que es un requerimiento duplicado.*
- ***j) Análisis Técnico:*** *No es evidente lo señalado por la aseguradora, dado que por ejemplo, en un Seguro Mixto la cobertura de fallecimiento podría tener una vigencia determinada y una vez concluida esa vigencia el seguro de ahorro mantenerse vigente siendo por consiguiente las vigencias tanto para la cobertura de fallecimiento como para el seguro de ahorro diferentes. En este sentido, no corresponde la observación de la aseguradora.*
- ***k) Cambios en Tasas de Interés y Valores Garantizados - Tasa de interés técnica aplicada a la cobertura de fallecimiento****: Nacional Vida no presenta observación alguna. Se limita a realizar la comparación.*
- ***l) Cambios en Tasas de Interés y Valores Garantizados - Tasa de interés garantizada aplicada al componente de ahorro:*** *Nacional Vida no presenta observación alguna. Se limita a realizar la comparación.*
- ***m) Cambios en Tasas de Interés y Valores Garantizados - Monto del Valor Garantizado a la fecha de fin de vigencia de la póliza:*** *Nacional Vida afirma que al ser un ítem demasiado confuso para el asegurado, debiera ser excluido del anexo, extremo ya desarrollado en la presente resolución administrativa.*
- ***n) Análisis Técnico:*** *Siendo el valor garantizado un aspecto técnico, no obstante, es un aspecto fundamental para el conocimiento del asegurado que debe ser explicado el significado del mismo por la entidad aseguradora al momento de cambio de plan de seguro. En este sentido, el argumento expuesto por la aseguradora, es meramente especulativo.*

o) Indisputabilidad, suicidio, valores garantizados y otros derechos adquiridos: *Nacional Vida señala que todos los seguros de vida de largo plazo contienen en su contrato los derechos detallados en ese ítem y los seguros de vida de corto plazo no tienen valores garantizados, por lo que debiera ser eliminado del anexo.*

p) Análisis Técnico: *En este punto el Anexo lo único que pretende establecer es si es que se mantiene la antigüedad, del cliente al momento de cambio de plan de seguro de vida. Por ejemplo, podría suscitarse el caso en el cual el asegurado cambia de plan de un seguro de vida de largo plazo a otro también de largo plazo, pero que la aseguradora no respete su antigüedad, por tratarse de una nueva póliza, pudiendo aplicar en este caso la cláusula de reticencia o inexactitud o excluir el suicidio dentro de los dos primeros años de vigencia de la nueva póliza, caso en el cual al llenar el formulario se deberá marcar el campo NO. En este sentido, la observación de Nacional Vida no tiene relación alguna con lo que se ha implementado a través del Anexo.*

q) BENEFICIOS NO INCLUIDOS Y PROPUESTA DE ANEXO. *Luego de evaluar las diferencias entre los Anexos, Nacional Vida expone una serie de beneficios que no serían incluidos en el Anexo y propone el establecimiento de un nuevo anexo, materia que no se relaciona con el asunto que nos ocupa.*

r) Análisis Técnico: *La exposición de beneficios se refieren de manera específica al Seguro de Vida Flexible por lo que es necesario aclarar que el Anexo aprobado mediante la R/A. 425/2011 es un Anexo general, no un anexo enfocado al seguro de vida flexible y lo que se pretende con la implementación del anexo es recoger los aspectos principales que la aseguradora debiera informar como mínimo' a sus asegurados, al momento de realizar un cambio de plan y/o producto. Aspecto que es necesario aclarar, no limita el derecho de la aseguradora a informar a sus asegurados sobre cualquier otra ventaja o desventaja que implique un cambio de plan.*

s) *La Resolución Administrativa APS/DS/JTS/425/2011 establece el uso obligatorio del Anexo, no obstante, en ninguno de sus; considerandos o resoluciones, señala que esta, será la única información que la aseguradora debe informar a sus asegurados, reiterando nuevamente, que la Entidad Aseguradora, tiene la potestad de ampliar la información que considere pertinente, a objeto de que el asegurado pueda tomar una decisión al momento de cambiar un producto de vida, dejando en claro sin embargo, que el asegurado tiene el derecho de conocer mínimamente de manera escrita, los cambios á los cuales hace referencia el Anexo que la aseguradora pretende impugnar.*

Que las partes subrayadas hacen énfasis en que ninguno de los argumentos expuestos por la Aseguradora modifica el sentido que alcanza la ratio decidenci (sic) de la presente resolución administrativa, ya que casi un 99% de los mismos, constituyen simples exposiciones que no enervan a aquella, comparaciones, explicaciones sin observaciones, etc. En dos casos, los incisos n) y p) se sugiere materia no relacionada directamente con el objeto del recurso.

CONSIDERANDO:

Que mediante Auto de 17 de julio de 2012 debidamente notificada a ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *en fecha 25 de julio de 2012, la APS aceptó el pedido de la*

recurrente para una audiencia de explicación complementaria en relación al tema de la implementación de un Anexo de Cambio de Plan de Seguros de Vida de Corto y Largo Plazo (misma que se llevó a cabo el día 30 de julio), en cuyo artículo Segundo se dispone la suspensión del término del plazo de emisión de la resolución administrativa correspondiente hasta el 8 de agosto de 2012, al único fin de brindar las mayores posibilidades de defensa a la recurrente.

Que en cumplimiento de dicho Auto y a partir de esta última fecha, se reinició el cómputo de rigor a los fines del artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de.2003.

CONSIDERANDO:

Que a los fines de congruencia y uniformidad en la ratio decidendi de la presente resolución se aclara que ninguno de los argumentos desarrollados constituye validación a las omisiones' procesales del recurso de revocatoria, mismas que son de ineludible cumplimiento. Tampoco se restringe derecho a petición alguno de ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *ya que si bien esta aseguradora (y así lo reconoce esta APS) tiene todo el derecho de solicitar lo que estime conveniente, de la misma manera, esta entidad fiscalizadora tiene la obligación de responder a su petición de manera fundada y razonada, sin que un eventual rechazo de la pretensión de la recurrente, importe negación del derecho de petición.*

CONSIDERANDO:

Que esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha *tomado en cuenta rigurosamente el conjunto de argumentos invocados por* ***NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.*** *a fin de emitir el correspondiente juicio de valor, así como los fundamentos expresados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2012 de 12 de junio de 2012.*

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, se concluye que la recurrente no ha demostrado vulneración a sus derechos subjetivos o lesión a sus intereses legítimos, incumpliendo de esta manera la carga procesal administrativa de fundar el merituado recurso, demostrando la afectación, lesión o perjuicio en sus derechos subjetivos o intereses legítimos,' como señala el artículo 117 del Decreto Supremo N° 27113< de 23 de julio de 2003 al determinar que los recursos sólo pueden ser deducidos por quienes invoquen un derecho subjetivo o interés legítimo de manera actual o inminente, por el acto objeto de impugnación, por lo que el tantas veces citado recurso se adecúa a la desestimación sobre la base de lo establecido en el inciso c) del artículo 43' del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 12 de septiembre de 2012, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678-2012 de 29 de agosto de 2012, argumentando lo siguiente:

"…CUESTIONES DE MÉRITO O DE FONDO

"…En la resolución hoy impugnada, su autoridad no ingresa a la consideración del fondo o mérito de la cuestión impugnada y extrema sus esfuerzos para sostener la falta de "legitimación" de nuestra sociedad con una serie de argumentos y afirmaciones carentes de sustento en la norma positiva boliviana esgrimiendo la falta de representación de intereses de terceros (usuarios) cual si la tarea regulatoria y la actividad regulada fuera una cuestión entre privados y apartándose en lo absoluto de principios doctrinales elementales que no citaremos aquí, por no ser pertinente, y que constituyen parte esencial del andamiaje del derecho administrativo que actúa en función y se debe al interés del regulado y no del estado, como parece entenderse en la RA 678. Reiteramos nuevamente que su autoridad en ningún momento toma en cuenta lo que expresamente establece la LPA, cuando en su Art. 56 dice:

> *"... Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos..."*

Esta norma que es de aplicación preferente por su autoridad, en sujeción a lo dispuesto por los Arts. 409 y 410 de la constitución Política del estado que dicen:

> *"...Artículo 409.- Todas las personas, así como los órganos, funciones púbicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución..."*
>
> *"…Artículo 410.- La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. La aplicación de las normas jurídicas se regirán por la siguiente jerarquía:*
>
> *I° La Constitución.*
> *2° Las Leyes y los tratados internacionales.*
> *3° Los decretos supremos.*
> *4° Las normas departamentales, regionales y municipales.*
> *5°….Normas de carácter administrativo…"*

Es decir que cualquier autoridad del Estado Plurinacional de Bolivia debe aplicar con preferencia, lo dispuesto por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y por la Ley, respecto de cualquier otra norma inferior. Un Decreto Supremo es una norma inferior y no puede sobreponerse a lo que dice la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. La doctrina extranjera, a la que su autoridad pretende aferrarse, no es derecho positivo boliviano, y es inapropiada su cita cuando se hace completamente descontextualizada del sistema legal extranjero al cual se refiere o al cual comenta, mucho menos si dicho sistema legal no se asemeja ni remotamente, en evolución, estructura ni sofisticación del derecho administrativo positivo boliviano. La LPA (una LEY), establece que no es necesaria la "demostración" previa de una lesión a intereses legítimos, como usted insiste, para que un recurso de revocatoria pueda ser aceptado o para que el peticionante pueda ser legitimado, como lo sostiene su autoridad en su ilegal resolución, aferrándose a un erróneo principio de un mero

Decreto Supremo, sin tomar en cuenta lo que establece la LPA (una LEY) que tiene primacía absoluta por disposición expresa de la Constitución Política del Estado.

La LPA, para la legitimación de la calidad de impugnador, establece textualmente un parámetro subjetivo y un parámetro objetivo que legitiman el accionar de un peticionante dentro de un proceso impugnatorio.

El parámetro subjetivo es la existencia de una lesión o de hechos que "pudieran causar" perjuicio a derechos subjetivos "a criterio" del interesado impugnador, es decir en opinión, del impugnador. Verá usted que ello de ninguna manera implica la necesidad de proceder a la demostración "ex ante" de la existencia de dichas lesiones como un requisito previo de la aceptación y consiguiente consideración de un recurso de revocatoria, como erróneamente lo sostiene su autoridad, para forzar la "desestimación" de nuestro recurso.

Su autoridad tampoco toma en cuenta que la norma exige un elemento objetivo que es la "posible" ocurrencia existencia de un perjuicio y no la "actual" existencia del mismo con base en un interés legítimo.

El interés legítimo, es nuestra calidad de operadores autorizados por el estado para colocar y ofrecer de seguros de personas, cuyas condiciones han sido distorsionadas y modificadas por la resolución de su autoridad impugnada en nuestro recurso de revocatoria, cuyos méritos fueron pasados por alto por su autoridad, limitándose a meras cuestiones de rito, las cuales carecen de sustentación en el derecho positivo boliviano.

Su autoridad paso por alto que La (sic) RA 425, nos perjudica como operadores de seguros de personas al aprobar un Anexo de Modelo Único por cambio de Plan para Seguros de Vida de Corto o Largo Plazo (en adelante simplemente "el ***Anexo"),*** *basando ésta disposición en dos pilares citados en el segundo considerando de la página 2 de la Resolución al decir:*

> *"... Se informa que se han presentado denuncias por parte de asegurados ante el órgano de fiscalización, sobre cambios de planes de seguros de vida efectuados sin un correcto asesoramiento por parte de las entidades aseguradoras sobre las implicancias que conlleva el cambio... "*
>
> *"... se tiene evidencia documental sobre cambios de planes de seguros de vida de largo plazo que implican reducción en las tasas de interés, incremento en las primas cobradas, ampliación de periodos para el pago de primas y otros, sin documentación que respalde el correcto asesoramiento hacia los asegurados..."*

En la citada resolución, su autoridad crea condiciones que serán claramente dañinas a nuestra sociedad y a los usuarios pues no crea condiciones de transparencia mediante mecanismos como la introducción del Anexo hoy impugnado, en los casos en que se soliciten o propongan cambios de planes en seguros de vida. Por el contrario su autoridad crea condiciones de asimetría de información y evitar que quienes ofrecemos mejores condiciones a los usuarios podamos mostrar las virtudes de nuestro producto, en detrimento del usuario. 2. Dentro de los principios esenciales a los cuales debe regirse la

actividad administrativa del Estado, están los siguientes que son relevantes al objeto que nos ocupa, que en el marco de la LPA que en su Art. 4, dice:

"...ARTÍCULO 4°.- (Principios generales de la Actividad Administrativa). -

La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:..."...a) Principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad;..."… f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados..."

Uno de los aspectos más importantes de ésta porción normativa, es la orientación de los actos de la autoridad en función a los intereses de la colectividad, evitando la introducción de trato diferenciado entre los administrados, tanto desde el punto de vista de contenido de la información intercambiada, como desde el punto de vista de la forma exposición o redacción de la misma.

Su autoridad introduce conceptos absolutamente confusos, que originan un escenario en el cual nos vemos impedidos de mostrar las bondades de nuestro producto y lo que es peor, nos vemos impedidos de competir con productos que claramente son favorables a los usuarios Es claro que el significado que se asigne a una misma palabra de contenido técnico, por un agente u operador regulado y por un usuario, podría ser completamente distinto, debido a las obvias diferencias en su formación y especialización y fundamentalmente debido a los distintos alcances que un mismo vocablo puede tener en el ámbito asegurador. Su autoridad no toma en cuenta ese principio e introduce conceptos distorsionantes y técnicos que limitan la posibilidad de exposición de las virtudes de productos como los nuestros que claramente son mucho más aventajados que los de la competencia, creando un escenario proteccionista indirecto para las compañías que ofrecen productos mucho menos ventajosos para los usuarios, que estarán muy cómodas con el anexo y la resolución impugnados.

El Art. 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de fecha 25 de junio de 1998, regula brevemente el tema, al decir:

> *"...ARTÍCULO 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.- Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de: a) publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos... "*

Las palabras más relevantes de éste texto, son las relativas a la "inducción a error" sobre la situación de productos ofrecidos por una entidad aseguradora. El error, no es más que el falso conocimiento o la falsa apreciación de la realidad. Cuando el error es inducido, se dice que la parte que induce al error actúa con dolo, modificando la realidad con el objeto de que la otra parte otorgue su consentimiento, el cual no habría otorgado si hubiera tenido conocimiento preciso de la realidad. Su autoridad, con la resolución impugnada, crea un escenario desventajoso para el usuario quien no puede ser más exigente de lo que el Anexo de lo permite y perjudicial a nuestra compañía quien está limitada al ofrecimiento de productos claramente ventajosos y mucho más

sofisticados, por la protección indirecta que reciben los productos clásicos (hoy caducos), con el texto de la resolución impugnada.

En síntesis, la norma impone a la autoridad reguladora, la obligación de evitar que un operador del ámbito de seguros induzca a error a un usuario en relación a las condiciones de un producto, con el objeto de lograr una ventaja indebida, como producto de dicho error, aspecto que de ninguna manera nuestra empresa ha pretendido o está pretendiendo llevar adelante con el cambio de plan del producto de vida entera a vida flexible. Señor director, de lo expuesto surge una interrogante lógica, que es la relativa a ¿Cuáles serían esas formas por las que es posible inducir a error a un usuario o consumidor sobre las condiciones de un producto, de modo tal que el operador o asegurador (agente regulado) obtenga una ventaja indebida, tomando en cuenta que el seguro de vida flexible ha sido debidamente aprobado y autorizado por su autoridad?

Su autoridad no tomó en cuenta que en mi impugnación anoté claramente que dentro de amplio (sic) abanico de posibilidades por medio de las cuales es posible inducir a error a un usuario, la menos indirecta y más encubierta, la constituye de manera incuestionablemente la utilización del vocabulario y la redacción para comunicarse, con el objetivo de asegurarse que el usuario no tome conocimiento preciso y completo de los alcances verdaderos de una modificación a los términos de un contrato. Es claro que en un ámbito tan especializado y técnico como es la actividad empresarial de los seguros, las palabras simples (sueltas) o las locuciones o vocablos compuestos, tienen un significado y alcance muy preciso, que muchas veces puede ser distinto a su significado semántico común y corriente, precisamente porque su estructura es eminentemente técnica y especializada. Es éste el punto en el cual, la tarea del regulador sin duda adquiere singular importancia y relevancia.

Dentro de este contexto, su autoridad en el antepenúltimo Considerando de la resolución que impugnamos, establece lo siguiente:

> *"... A fin de velar por la transparencia de las operaciones del mercado y proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios, se considera necesario crear un Anexo de modelo único que sea adherido a las condiciones... "*

El propósito de su autoridad, al dictar la RA 425, es claramente el de velar por la transparencia y la protección de los usuarios, mediante la inclusión obligatoria de información clara que permita al usuario tomar una decisión con base en información completa. En otras palabras, su autoridad, como es tarea de todo regulador, busca evitar que las asimetrías de información emanadas de los procedimientos de modificación, definan el curso de una relación contractual en contra del usuario.

Su autoridad no toma en cuenta que no solamente la redacción, sino también la estructuración de la información son completamente contrarios a quienes prete4ndemos (sic) ofrecer productos mucho más sofisticados y favorables a los usuarios, limitando el contenido de su anexo a la muestra de las bondades de productos que ya nos (sic) obsoletos en el mercado de seguros internacional.

Coincidimos en que actualmente, al existir una asimetría de conocimiento, el consumidor de los seguros de vida no está en igualdad de condiciones que le permitan pactar lo que realmente quiere o no está en condiciones de conocer el alcance preciso de las modificaciones que le son planteadas. Esto es tan evidente, que la mayoría de los usuarios están en desventaja respecto de un jugador habitual en el ámbito de los seguros, cuando se trata de comprender el verdadero alcance de las palabras de un contrato de seguros o de sus modificaciones, tarea que obviamente puede ser realizada por un agente o asesor de seguros, que interviene en la formación de una relación contractual, debidamente autorizado por la autoridad competente.

No obstante de lo anterior, el Anexo contenido en la RA 425, introduce un vocabulario tan técnico que en lugar de simplificar la decisión o la voluntad de un asegurado para un cambio de plan, por el contrario la complica y la hace más confusa y desventajosa respecto de la forma cómo originalmente se ha estado instrumentando dicho cambio de plan.

El lenguaje técnico utilizado como ser: Componente de Ahorro, Tasa de Interés técnica, Tasa de Interés garantizada, indisputabilidad, valores garantizados, etc. constituyen un conjunto de conceptos propios del ámbito de los seguros, que normalmente son desconocidos para un usuario en sus alcances precisos por ser temas esencialmente técnicos . Estos vocablos, no solo tienen un significado demasiado puntual en el ámbito de los seguros, que muy bien podría ser distinto al que surge de su alcance semántico, sino que también forman parte de un conjunto de conceptos propios del ámbito asegurador, como señalábamos precedentemente, sin un significado cabal para quienes no son especialistas en la materia.

Su autoridad no toma en cuenta que lo anterior claramente ocasionaría perjuicio a nuestra sociedad al crear condiciones encubiertas de protección de productos de seguro que son mucho menos favorables al usuario que los nuestros.

3. Sin embargo de lo anterior, la introducción del Anexo que hoy impugnamos, se acoge en forma indirecta a un sistema de técnica normativa que en derecho se denomina de ***"númerus clausus".*** *Esta alocución latina expresa una limitación ante una determinada relación de derechos a información que tiene el usuario, que nunca deberían ser limitados, sino por el contrario se debería permitir brindar al consumidor de seguros, información clara comprensible e indubitable. La imposición de un listado cerrado utilizando conceptos técnicos respecto de la información a que el usuario tiene derecho, como el caso presente de cambios de planes, implica la imposibilidad de alterar o ampliar la información, añadir una nueva unidad, o algún nuevo derecho o ventaja que sea distinto al enumerado en la lista "clausus", aunque fuera considerado en interés del asegurado.*

En otras palabras señor Director Ejecutivo, la intensión inicial de lograr (con estricto apego a lo dispuesto por la norma), la tan ansiada transparencia en el mercado y muy especialmente en la oferta de productos de seguro, sin duda generara (sic) más bien una limitación al acceso a la información, al precisamente cerrar el conocimiento del conjunto de los derechos que el usuario tiene dentro de un contexto transparente y que

como ya manifestamos constituye una limitación a su derecho a la información, mas aun (sic) si ha sido formulado contérminos extremadamente técnicos.

Su autoridad está creando condiciones que podrán ocasionar un perjuicio a nuestra sociedad al limitar las condiciones de libre competencia en el mercado.

Como podrá su autoridad analizar, la introducción del Anexo que hoy impugnamos, no tiene la claridad y simplicidad que debe tener todo Anexo, sino al contrario, genera un ámbito mucho más desventajoso para el usuario al limitar su derecho, constitucionalizado, a recibir información, restringiendo la misma a lo expresamente detallado dentro del contexto del Anexo.

4. En apego a los principios que se encuentran en la norma y que fueron muy brevemente expuestos en nuestra primera impugnación, para que el Anexo se acoja a lo textualmente establecido en la norma se deberían introducir acápites que al menos incluyan lo siguiente lo que su autoridad no tomó en consideración:

a. Las ventajas que el usuario obtendrá como producto del cambio de planes.
b. Las características nuevas del producto que normalmente no se ofrecen en el mercado.
c. Los beneficios adicionales que brinda el nuevo producto, como ser:

i. Posibilidades de Retiros parciales de su fondo de ahorro
ii. Libre disponibilidad de su dinero ahorrado, que puede ser destinado a satisfacer sus necesidades
iii. Participación en los rendimientos financieros con el operador,
iv. Posibilidad de la realización de depósitos extraordinarios con potenciales rendimientos financieros.
v. No caducidad del seguro de vida, mientras exista un saldo suficiente en la cuenta individual que cubra la prima de riesgo, protegiendo la inestabilidad en la cobranza de las primar y evitando la caducidad de las pólizas.
vi. Derecho de los beneficiarios a recibir el capital asegurado más el ahorro de ocurrir el fallecimiento (opción B)
vii. Facilidad en la transacción y ahorro de costo y tiempo en el nuevo plan.
viii. Características de ser un verdadero seguro de vida ya que cubre la supervivencia del cliente.
ix. Existencia un ahorro considerable en costos de transacción que desde luego redunda a favor del usuario.
x. Prima flexible fijada a voluntad del asegurado (con prima mínima).
xi. Indemnización por fallecimiento, por una suma asegurada variable, de acuerdo con las necesidades en cada fase de la vida del asegurado.
xii. Amplia apertura y acceso por parte del usuario a los factores de mortalidad, interés, gastos, utilizados para calcular la tasa de prima y los valores de rescate que se expresan en la póliza por separado, información que están disponible en cualquier por parte del usuario.

Como podrá ver su autoridad, un exceso de regulación o una deficiente regulación, puede conducir a distorsiones en el mercado que sin duda representan desventajas y

perjuicios para los actuales y potenciales usuarios. Los términos de la resolución inicialmente impugnada y de la actualmente impugnada, son absolutamente contrarios a nuestros intereses legítimos y a los intereses de los usuarios y tienen un efecto proteccionista indirecto de productos superados que no tienen elementos de innovación en favor de los usuarios que si tienen nuestros productos.

PETITORIO *En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, interponemos recurso Jerárquico en contra de la* ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 678-2012 DE 29 DE AGOSTO DE 2012 ("RA 678"),*** *invocando la nulidad de la misma y de todo lo actuado en tiempos fuera de plazo, y en el peor de los casos pedimos se aplique el principio del silencio administrativo negativo, pudiendo ingresar la autoridad superior, a la consideración de las cuestiones de fondo de éste recurso.*

En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulara (sic) la RA 678 y lo dispuesto por su autoridad…."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros , que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1.- ANTECEDENTES.-

En fecha 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011, que determina instruir a las **entidades de seguros,** en la modalidad de Seguros de personas, cumplir con **el anexo de cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto o largo plazo, en un término de "cinco días administrativos" a partir de su notificación,** asimismo dispone que el no cumplimiento de dicho anexo será considerado como una falta grave.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Previo al análisis de control de legalidad del caso de autos, importa hacer hincapié que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a través de la Resolución Ministerial Jerárquica **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2012,** de 12 de junio de 2012, se ha pronunciado sobre:

a) La procedencia del presente Recurso al existir derechos subjetivos e intereses legítimos de la recurrente.
b) La obligación del Ente Regulador de pronunciarse en cuanto a los argumentos presentados por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., en su Recurso de Revocatoria.

Sin embargo, la **Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,** de manera **preocupante y sin tomar en cuenta lo ya determinado por esta autoridad,** desestima nuevamente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., con los mismos argumentos de su resolución que fue anulada en fecha anterior.

Por lo que es menester precisar, al Ente Regulador, que las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas no son meramente enunciativas, sino que las mismas son de cumplimiento obligatorio y son vinculantes para la autoridad inferior, al momento de emitir una nueva resolución, más aún cuando, en el presente caso, ya se ha hecho el correspondiente control de legalidad del proceso y se ha determinado la anulabilidad del mismo.

2.1. Referente a la Procedencia del Recurso de Revocatoria.-

Pese a que los mismos ya fueron objeto de análisis por parte de esta Autoridad, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2012, de 12 de junio de 2012, corresponde referirnos en sentido de que la Ley de Procedimiento Administrativo, en su Artículo 56, en cuanto a la procedencia de los Recursos Administrativos, señala:

> "…*contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a* ***criterio de los interesados*** ***afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*** II. *Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa…*"

Que, Agustín Gordillo expresa, a su vez, que los recursos administrativos serían ***los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos -lato sensu- y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que, en este sentido, tenemos que el Recurso de Revocatoria presentado por la recurrente contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011, es el medio de defensa para impugnar los actos de la administración que a criterio de este afecten sus derechos o intereses legítimos.

Que, en el presente caso, **Nacional Vida Seguros de Personas S.A.,** referiría en su Recurso, de Revocatoria y Jerárquico, que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011, de 17 de noviembre de 2011, vulneraría sus derechos al pretender obligarle a utilizar **el anexo de cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto o largo plazo,** mismo que, **a decir de la recurrente, tendría varias deficiencias que podrían dar lugar a distorsiones en el mercado que sin duda representan desventajas y perjuicios para los actuales y potenciales usuarios, así como usaría** un lenguaje muy técnico que al momento de ser ofrecido a sus clientes y podría ocasionar confusión por parte del tomador del seguro, hecho que claramente afectaría al recurrente al no poder colocar este tipo de seguros al mercado, por lo que, la recurrente, solicita que el mismo sea modificado debiendo entre otros considerar para ello:

- Que el Anexo, en forma indirecta, usaría un sistema técnico normativo que en derecho se denomina de números clausus, que ésta alusión expresaría una

limitación a la información, hecho que nunca debería ser limitado, sino, por el contrario, se debería permitir brindar al consumidor de seguros información clara comprensible e indubitable.

- Que a su vez, dentro del anexo, se deberían introducir acápites que al menos incluyan las ventajas que el usuario obtendrá con el producto de cambio de planes, como ser: características nuevas del producto, beneficios adicionales que brinda el nuevo producto, prima flexible, participación en los rendimientos financieros con el operador, entre otros.

- Que el estar obligados a utilizar un listado cerrado, utilizando además conceptos muy técnicos, no permitiría poder proporcionar mayor información que, en su momento, pueda ser considerada importante para el interés del asegurado.

Lo expuesto tiende a demostrar que la **recurrente, en el caso de autos, cumplió con demostrar** ser la agraviada directa por la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011, de 17 de noviembre de 2011, más aún, si consideramos lo referido por ésta en sentido de que, a nivel Bolivia, sería es la empresa aseguradora que se encontraría comercializando nuevos productos de seguro de vida individual.

Por lo que al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria, interpuesto por Nacional Vida Seguros S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, en sentido de que ésta no hubiera expresado un interés subjetivo, ni un interés legitimo, ha dado lugar a que el procedimiento administrativo se encuentre viciado con las causales de anulabilidad, al haberse vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y seguridad jurídica, de la recurrente.

Por lo que corresponde, nuevamente, traer a colación, lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, donde tenemos que:

"…, *por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso, lo siguiente*:

"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo

cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".

En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras, señalando que:

"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Congruentemente con lo anotado, se ha constatado que al haber declarado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de

Personas S.A., el Ente Regulador ha privado al regulado de poder defenderse dentro del marco del debido proceso, correspondiendo, por ende, anular el presente proceso, debiendo, en consecuencia, la autoridad fiscalizadora, pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre cada uno de los aspectos técnicos y legales expuestos por Nacional Vida Seguros S.A., al Anexo para los cambios de Plan de Productos de Vida a Corto o Largo Plazo.

2.2. En cuanto a la abstracción del procedimiento establecido por parte de la APS.-

La recurrente señala que, en el presente caso, existiría silencio administrativo debido a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, habría emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678-2012 de 29 de agosto de 2012, fuera del plazo legalmente establecido para ello.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a través de Auto de fecha 17 de julio de 2012, dispuso:

> ***"Artículo Segundo.-*** *Asimismo y a fin de compatibilizar la reunión solicitada por aquella compañía con lo dispuesto en la normativa vigente respecto de plazos de obligatorio cumplimiento, en* ***aplicación del Principio de Autotutela*** *consagrado en el artículo 4 b) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 concordante con el artículo 55 III de dicha norma sustantiva,* ***se dispone la suspensión del término del plazo de emisión de la Resolución Administrativa que resuelve el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011*** *interpuesto por NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,* ***hasta el día 8 de agosto de 2012****…"*(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto de lo dispuesto por el Ente Regulador, se tiene que, esta Autoridad se encuentra sorprendida ante la **discrecionalidad y uso incorrecto de los principios administrativos,** dentro de los procedimientos administrativos, ya que de ninguna manera la Autoridad Reguladora puede abstraerse del procedimiento establecido y disponer suspensión de los términos de plazo para la emisión de las Resoluciones Administrativas y menos aún por el Principio de Autotutela.

Que, en cuanto al procedimiento legalmente establecido, tenemos que el Artículo 65 de la Ley del Procedimiento Administrativo, señala:

> *"..El órgano autor de la resolución recurrida tendrá para sustanciar y resolver el recurso de revocatoria un* ***plazo de veinte (20) días****, salvo lo expresamente determinado de acuerdo a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa…"*

Que, de igual forma, el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, refiere:

> "**(Plazos)** *Los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden* ***como máximos y obligatorios****, tanto para los* ***órganos de regulación*** *como para los sujetos regulados y personas interesadas..."* (Las negrillas son insertas en la

presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En cuanto a la aplicación del Principio de Autotutela

Christian Guzmán Napurí, en su libro la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General, señala que el principio de Autotutela **"…** *consiste en la capacidad de la Administración Pública de efectuar la protección de sus intereses sin necesidad de recurrir al Poder Judicial ni al órgano estatal alguno. La Administración está capacitada entonces para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas…*"

De lo referido, se tiene que, el principio de autotutela, establecido en el artículo 4 inc. b) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, y la aplicación de éste se encuentra en que la administración **no está obligada a acudir a la vía jurisdiccional para que sus actos gocen de ejecutoriedad y de exigibilidad ya que la misma puede ejecutar sus propios actos.**

De lo transcrito, queda claro que el Ente Regulador no puede suspender los plazos de emisión, en este caso, de la Resolución Administrativa que resuelve el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, aplicando el principio de autotutela, debido a que el mismo tiene connotaciones diferentes a las que plantea el Ente Fiscalizador.

Sin contradecir con lo ya referido líneas arriba, tenemos que, si bien, existen casos excepcionales en los que la Administración puede dar lugar a que los plazos sean extendidos, cual ocurre con la apertura de nuevos términos de prueba y ello responde a la aplicación del principio de verdad material, al constituirse en una exigencia a la Administración de conocer la verdad de los hechos. O en su caso la suspensión excepcional cual se da por la extinción de una Entidad Pública, sin embargo, cual fuere la razón, la misma es excepcional y debe encontrarse debidamente fundamentada y motivada y no puede bajo ningún concepto menos legal, responder a la arbitrariedad de la Autoridad, como ocurrió en el caso de autos.

Que, el hecho de que, el Ente Regulador suspenda los plazos sin haber motivado su decisión y aplique principios de manera discrecional y sin respaldo legal que justifique decisión, ha hecho que éste nuevamente vulnere los derechos de la recurrente, hecho que, a su vez, ha dado lugar a que su regulado crea que el acto administrativo emitido ha derivado de la arbitrariedad de la autoridad.

2.3. Referente a las incongruencias de la Autoridad Fiscalizadora.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo, la Autoridad Fiscalizadora, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678-2012 de 29 de agosto de 2012, sin embargo en la parte considerativa de la misma a Fs. 310, 311 y 312, se pronuncia en el fondo sobre **algunos aspectos** técnicos de la resolución impugnada, y ello responde –a decir de la entidad- por lo siguiente:

"…*Que a los fines de congruencia y uniformidad en la ratio decidendi de la presente Resolución se aclara que ninguno de los argumentos desarrollados constituyen validación*

a las omisiones procesales del recurso de revocatoria mismas que son de ineludible cumplimiento. Tampoco se restringe derecho a la petición alguna de NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. ya que si bien esta aseguradora (y así lo reconoce esta APS) tiene todo el derecho de solicitar lo que estime conveniente, de la misma manera, esta entidad fiscalizadora tiene la obligación de responder a su petición de manera fundada y razonada, sin que un eventual rechazo de la pretensión de la recurrente importe negación al derecho de petición…"

De lo referido por la APS, la misma daría entender que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 678-2012 de 29 de agosto de 2012, sería en respuesta a la aseguradora por el derecho a la petición que le asiste, olvidando **así la Entidad Fiscalizadora** que, en el caso de autos, la aseguradora a la que le responde de manera escueta y sin haber hecho el menor análisis técnico **es Regulado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.** por lo que la obligación de responder a ésta, de manera fundamentada y motivada, a todos los fundamentos técnicos presentados a tiempo de su impugnación contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011, no sólo deviene del derecho de contar con respuesta fundamentada derivada de una petición como asegura la APS, sino de la obligación del Ente Regulador de resolver los Recursos de Revocatoria que le presentan, respondiendo de esta manera al derecho que le asiste a sus regulados de recurrir las Resoluciones emitidas por el Ente Regulador.

Por lo que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al momento de emitir nuevos actos administrativos deberá considerar lo ya expresado por esta autoridad a fin de evitar mayores dilaciones en el proceso, así como en resguardo de los principios de celeridad y economía procesal.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con el principio del debido proceso y principio de legalidad, al haber declarado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009, de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado en el procedimiento y en especial en los derechos consagrados del recurrente.

Que, asimismo, y no menos importante, es que este Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, debido a que no tiene competencia al centrarse el Recurso Jerárquico en la desestimación que la Autoridad Fiscalizadora determinó respecto al Recurso de Revocatoria presentado por **Nacional Vida Seguros de Personas S.A.,** contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, y no así sobre los temas de fondo que previamente deben ser resueltos por el Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 678-2012 de 29 de agosto de 2012, **inclusive,** que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, **al evidenciarse la existencia de interés legítimo de NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. para interponer Recurso de Revocatoria**, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se exhorta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a través de su Director Ejecutivo, a dar cumplimiento al procedimiento administrativo en estricto apego a la normativa vigente, evitando dilaciones innecesarias como la que ocurrió en el caso de autos.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 486-2012 DE 13 DE JULIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 073/2012 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 073/2012

La Paz, 06 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 486-2012 de 13 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 044/2012 de 26 de octubre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 141/2012 de 21 de noviembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota "*AA.GG. - 7820/2011*" (sic) presentada en fecha 1º de agosto de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 486-2012 de 13 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/5844/2012 con fecha de recepción 7 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 486-2012 de 13 de julio de 2012.

Que, habiéndose dispuesto por providencia de 10 de agosto de 2012, que con carácter previo se acredite la personería de los representantes legales de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, determinación que fue cumplida mediante nota AA.GG.-8460/2012 presentada en fecha 20 de agosto de 2012, acreditándose la representación legal de su Gerente de Renta Dignidad, Lic. Felipe Daniel Murguía Ayllón y del Lic. Luis Alfonso Ibáñez Montes, mediante los Testimonios de Poder Nº 270/2012 de 6 de julio de 2012, y Nº 214/2012 de 25 de mayo de 2012, respectivamente, ambos otorgados por ante la Notaría de Fe Pública Nº 091 de la ciudad de La Paz a cargo del Dr. Jorge Manuel Canedo Durán.

Que, el Recurso Jerárquico fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 23 de agosto de 2012, notificado a la recurrente en fecha 29 de agosto de 2012.

Que, en atención a la solicitud de la nota AA.GG.-9343/2012 presentada en fecha 12 de septiembre de 2012, en fecha 28 de septiembre de 2012 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos a la que, en representación de la entidad recurrente, asistieron el Lic. Felipe Daniel Murguía Ayllón, Gerente Renta Dignidad, y Lic. Luis Alfonso Ibáñez Montes, apoderado.

Que, mediante nota APS/8084/2012, recibida en fecha 17 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presentó la documentación e información complementaria, que le fueron solicitadas mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 068/2012 de 10 de octubre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DPNC/2403/2012 DE 30 DE MARZO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPNC/2403/2012 de fecha 30 de marzo de 2012, notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** con los siguientes cargos:

"…***II. DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS:***

Cargo Nº 1

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el punto 2 del artículo 5 del

Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, al advertir que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en ciento dieciséis (116) casos de Solicitudes de Pagos de Gastos Funerales capturó incorrectamente los datos del Beneficiario fallecido, Solicitante y/o testigos si corresponde. El detalle se adjunta en el Anexo A.

Cargo Nº 2

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el punto 4 del artículo 5 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, al advertir que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en doscientos setenta y dos (272) casos de Solicitudes de Pagos de Gastos Funerales no presentó a la APS la documentación donde se informa al Solicitante los motivos de no dar curso el trámite del pago solicitado en los plazos establecidos según norma. El detalle se adjunta en el Anexo B.

Cargo Nº 3

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el artículo 18 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, al advertir que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en treinta y tres (33) casos ha habilitado el Pago de los Gastos Funerales en un plazo mayor a los treinta (30) días calendario evaluados a partir de la última Solicitud de Pago de Gastos Funerales suscrita entre en Solicitante y la Entidad Gestora. El detalle se adjunta en el Anexo C.

Cargo Nº 4

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el punto b. del artículo 24 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008 y el primer párrafo del punto I. de la Circular SPVS/IP/35/2008 de 31 de marzo de 2008, al constatar que cuarenta y un (41) Solicitudes de Pagos de Gastos Funerales, no fueron reportadas por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en el plazo establecido por norma. El detalle se adjunta en el Anexo D…"

2. NOTA DE DESCARGOS AA.GG.–4067/2012 DE 9 DE MAYO DE 2012.-

Mediante nota AA.GG.-4067/2012 de fecha 9 de mayo de 2012, en el transcurso del término de prueba dispuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante auto de 20 de abril de 2012, notificado en fecha 25 siguiente, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta los siguientes descargos:

"…***CARGO Nº 1.*** (…)

Nuestra Asociación cuenta con los procedimientos de control interno necesarios para la verificación de las solicitudes de Gasto Funeral antes de que el pago sea habilitado, en tal sentido con el fin de precautelar la coincidencia plena de los datos consignados en la documentación respecto a la captura de datos, ocasiona que las solicitudes iniciales descritas (116 casos) fueran anuladas y/o rechazadas en presencia del solicitante, para su posterior reingreso.

En tal sentido de los 116 casos que ingresaron una primera solicitud:

- *114 solicitudes fueron anuladas e informadas al Solicitante, para la corrección de la documentación y del formulario de solicitud para su reingreso posterior, este hecho se puede verificar con el reingreso de la solicitud de Gasto Funeral, de acuerdo a detalle adjunto.*
- *2 solicitudes fueron rechazadas con notas AAGG.-5551/2010 y AA.GG.-6956/2010 a los solicitantes, para que presenten documentación de acuerdo a normativa vigente.*

De los 116 casos inicialmente rechazados y/o anulados, hacemos notar que no existe daño al FRUV en razón que no habilitaron un pago de Gasto Funeral, asimismo su Autoridad puede constatar que los solicitantes ingresaron una segunda solicitud con las siguientes características:

- *105 solicitudes habilitaron el pago de un Gasto Funeral de acuerdo a lo establecido en Resolución Administrativa N° 091/2008.*
- *2 solicitudes fueron rechazadas nuevamente con notas AAGG.-6230/2010 y AA.GG.-6317/2010 a los solicitantes.*
- *9 solicitudes fueron anuladas e informada al Solicitante, para la corrección de la documentación y del formulario de solicitud para su reingreso posterior.*

Las 11 solicitudes rechazadas y/o anuladas fueron procesadas con una nueva solicitud, su Autoridad puede constatar que se ingresó solicitud de Gasto Funeral con la debida habilitación del pago de Gasto Funeral.

Adjunto se remite copia de las solicitudes con las cuales se habilitó 116 pagos de Gasto Funeral y notas AA.GG de rechazo descritas.

Aclaramos que esta observación fue sancionada en nota (sic) *APS/DJ/DPNC/N° 154-2011 de fecha 13 de julio de 2011 "Sanciona y Desestima sanción a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI" para Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales de los meses agosto 2009 a enero 2010, y nota APS/DJ/DFP/2045/2012 de fecha 20 de marzo de 2012 "Notificación de cargos referente a la Revisión de Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales" para Solicitudes y Pagos de Gasto Funeral de la Gestión 2010, asimismo nuestra Asociación realizó las modificaciones respectivas para la corrección a los procedimientos internos lo cual se puede observar en las validaciones de pago realizadas mensualmente.*

CARGO N° 2. (…)

Como parte de nuestros (sic) *procedimiento de control internos* (sic), *en una primera etapa la verificación del tramite* (sic) *del Gasto Funeral recepcionado pude* (sic) *ser*

rechazado o anulado en presencia del solicitante mediante nuestro personal de Atención al Cliente, su Autoridad puede constatar que existe una segunda solicitud para estos casos observados.

Sin embargo en una segunda etapa, como resultado de una segunda verificación si el tramite (sic) *no cumple con las requisitos y características establecidos en la Resolución Administrativa N° 091/2008, se rechaza el tramite* (sic) *y envía nota AAGG para que la observación sea subsanada.*

En este sentido, de los 272 casos que ingresaron una primera solicitud:

- *207 solicitudes fueron anuladas y/o rechazadas informadas al Solicitante, para la corrección de la documentación y si corresponde del formulario de solicitud para su reingreso posterior, este hecho se puede verificar con el ingreso de una nueva solicitud de Gasto Funeral.*

- *65 solicitudes fueron rechazadas con notas AA.GG. a los solicitantes, para que presenten documentación de acuerdo a normativa vigente, las cuales se adjuntan para conocimiento.*

De los 272 casos casos (sic) *inicialmente rechazados y/o anulados su Autoridad puede constatar que existe una segunda solicitud, procesada de acuerdo a lo siguiente:*

- *239 solicitudes habilitaron el pago de un Gasto Funeral de acuerdo a lo establecido en Resolución Administrativa N° 091/2008.*

- *18 solicitudes fueron rechazadas nuevamente con notas AA.GG a los solicitantes. De las cuales se puede observar que 6 solicitudes no habilitaron ningún pago por no reingresar tramite*(sic).

- *15 solicitudes fueron anuladas y/o rechazadas informada al Solicitante, para la corrección de la documentación y del formulario de solicitud para su reingreso posterior, este hecho se puede verificar con el reingreso de la solicitud de Gasto Funeral.*

Posteriormente de las 27 solicitudes rechazadas y/o anuladas su Autoridad puede constatar los (sic) *siguiente:*

- *26 casos se reingreso solicitud de Gasto Funeral con el cual se habilitó el pago de un Gasto Funeral de acuerdo a lo establecido en Resolución Administrativa N° 091/2008.*

- *1 caso (NUB 100251252) no se hizo efectivo el pago, debido que la solicitud fue rechazada con nota AA.GG.-7367/2010.*

Aclaramos que esta observación fue sancionada en nota APS/DJ/DPNC/Nº 154-2011 de fecha 13 de julio de 2011 "Sanciona y Desestima sanción a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI" para Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales de los meses agosto 2009 a enero 2010, y nota APS/DJ/DFP/2045/2012 de fecha 20 de marzo de 2012 "Notificación de cargos referente a la Revisión de Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales" para Solicitudes y Pagos de Gasto Funeral de la Gestión 2010, asimismo nuestra Asociación realizó las modificaciones respectivas para la corrección a los procedimientos internos lo cual se puede observar en las validaciones de pago realizadas mensualmente.

CARGO Nº 3. (…)

Luego de la verificación a los casos 33 casos descritos, tenemos a bien informar que:

Siete (7) casos de solicitud de Gasto Funeral fueron rechazadas al Solicitante mediante notas AA.GG descritas en cuadro adjunto, estas solicitudes no ocasionaron daño al Fondo de Renta Universal de Vejez debido que no habilitaron el pago de un Gasto Funeral.

Veinte (20) casos no excedieron el plazo de habilitación de pago, debido que la habilitación fue remitida oportunamente según el plazo establecidos (sic) *en la Resolución Administrativa N° 091/2008, se puede verificar las fechas y los nombres de los archivos en los cuales fueron remitidos para su habilitación en Bancos, de acuerdo a cuadro adjunto.*

Seis (6) casos, efectivamente se habilitaron posteriormente a la fecha establecida debido a un error operativo antes de su envío, se realizó el seguimiento respectivo para evitar incurrir nuevamente en esta observación.

Aclaramos que esta observación fue sancionada en nota APS/DJ/DPNC/Nº 154-2011 de fecha 13 de julio de 2011 "Sanciona y Desestima sanción a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI" para Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales de los meses agosto 2009 a enero 2010, y nota APS/DJ/DFP/2045/2012 de fecha 20 de marzo de 2012 "Notificación de cargos referente a la Revisión de Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales" para Solicitudes y Pagos de Gasto Funeral de la Gestión 2010, asimismo nuestra Asociación realizó las modificaciones respectivas para la corrección a los procedimientos internos lo cual se puede observar en las validaciones de pago realizadas mensualmente.

CARGO Nº 4. (…)

Ocho (8) solicitudes fueron reportados de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa N° 091/2008 articulo (sic) *24, dentro de los 10 días después de finalizado el mes, en cuadro adjunto se describe los archivos con los cuales fueron remitidos a su Autoridad.*

Veintidós (22) solicitudes fueron anuladas por procedimientos de control interno comunicándose inmediatamente al Solicitante la observación, este hecho puede usted verificar que el mismo día se reingreso la solicitud de Gasto Funeral con el que se habilitó el pago, considerando lo explicado la primera solicitud fue anulada en presencia del solicitante motivo por el cual estas solicitudes no fueron reportadas.

Once (11) solicitudes no fueron reportadas debido a un error en la elaboración del reporte de envío a su Autoridad, adjunto se envía Formularios de Solicitud de Gasto Funeral debidamente recepcionados y medio óptico con el reporte de las solicitudes observadas de acuerdo a Resolución Administrativa N° 091/2008…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 DE 24 DE MAYO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

"***Análisis del Descargo No. 1*** (…)

…se observa que la Entidad Gestora no aplicó los controles de calidad necesarios en la suscripción de la Solicitud de Pago de Gastos Funerales, dado que posteriormente fueron sus procedimientos de control interno previo al pago los que rechazaron y/o anularon, lo cual demuestra el incumplimiento a la norma observada.

En ciento doce (112) casos existe más de una Solicitud de Pago de Gastos Funerales reportada a la APS de los cuales la Entidad Gestora adjuntó documentos que respaldan la habilitación del Pago de Gastos Funerales, no existiendo otros que permitan desvirtuar la observación respecto a la mala captura de información.

En cuatro (4) casos existen por cada Causante tres (3) Solicitudes de Pago de Gastos Funerales suscritas, al respecto, las solicitudes de presentación del Formulario de "Verificación de Requisitos para pago de Gastos Funerales" fueron comunicados mediante notas AAGG-5551/2010 de 04/08/2010, AAGG-6230/2010 de 13/08/2010, AAGG-6317/2010 de 18/08/2010 y AAGG-6956/2010 de 09/09/2010, sin embargo queda pendiente el descargo de las primeras Solicitudes observadas por la mala captura de datos.

De la documentación que cursa en la APS respecto a los ciento dieciséis (116) casos se evidencia que fueron emitidas notas de Comunicación Interna desde la oficina central de la Entidad Gestora a sus regionales, detallando el dato capturado erróneamente y el nombre del Causante, aspecto que demuestra que no efectuaron el control de calidad necesarios en lo concerniente a la captura de datos del Causante, Solicitante y testigos si corresponde, ni habría verificado la coincidencia plena de los datos consignados en los documentos, respecto a la captura de datos en los formularios y registros electrónicos correspondientes, al momento de suscribir la Solicitud de Pago de Gastos Funerales.

Si bien la Entidad Gestora indica que efectuó controles internos previos al pago, no cumplió con la responsabilidad que establece la norma sancionada, el de contar con los controles de calidad necesarios en la suscripción de la Solicitud de Pago de Gastos Funerales.

(…) *en las Solicitudes observadas no existió el control de calidad requerido en norma.*

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 154-2011 de fecha 13 de julio de 2011 y otros como lo menciona la Entidad Gestora, se sancionó este tipo de observaciones, sin embargo son casos diferentes a los actualmente observados.

De lo expuesto, se determina que los descargos presentados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI no son suficientes para levantar el cargo imputado por lo que corresponde su sanción.

Del análisis de los descargos presentados por la Entidad Gestora resulta evidente que la misma no efectuó los controles de calidad necesarios al momento del llenado del formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales, generando como consecuencia inconsistencia en la información reportada, motivo por el cual en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se considera que existió preterintencionalidad en la conducta de la Entidad Gestora, además existen antecedentes de haberse sancionado al regulado por la misma normativa en anterior oportunidad (Resolución Administrativa AP/DJ/N° 260-2010 de 27 de octubre de 2010 y Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/N° 154-2011 de 13 de julio de 2011), por lo cual la presente infracción es reincidente al infringir la misma normativa, asimismo se advierte que no existió daño económico, razón por la cual se impone una sanción de multa por infracciones leves en Bolivianos, equivalente a $us3.480,00 (Tres mil cuatrocientos ochenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por los ciento dieciséis casos (116) casos a $us30,00 (Treinta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cada uno.

Los ciento dieciséis casos (116) casos mencionados se detallan en el ***Anexo A.*** (…)

Análisis del Descargo No. 2

La Entidad Gestora menciona que su primera etapa de control interno consiste en verificar si el trámite debe ser rechazado o anulado, de ser así se lo realizó en presencia del Solicitante por su personal de Atención al Cliente, como constancia de lo verificado existe una segunda Solicitud para estos casos observados.

En una segunda etapa, la Entidad Gestora menciona que de verificarse que el trámite no cumple con los requisitos y características establecidos en la Resolución Administrativa SPVS-IP 091/2008, rechaza el mismo y emite una nota al Solicitante para que la observación pueda ser subsanada.
La Entidad Gestora expone que en doscientos siete (207) casos habría comunicado al Solicitante la anulación y/o rechazo del trámite, para su posterior reingreso con una nueva Solicitud de Pago de Gastos Funerales, en sesenta y cinco (65) casos los

rechazos habrían sido comunicados mediante nota, para la presentación de la documentación requerida de acuerdo a normativa vigente, las mismas adjuntadas en los descargos.

Revisada la documentación presentada en los descargos, en veintisiete (27) casos, la Entidad Gestora suscribió tres (3) Solicitudes de Pago de Gastos Funerales para cada Causante, de los cuales se verificó en los descargos si existe la documentación que respalde el motivo del rechazo o anulación de cada trámite no atendido, teniendo como resultado ocho (8) casos de los cuales se levanta la observación y diecinueve (19) casos permanecen observados.

En doscientos cuarenta y cinco (245) casos, la Entidad Gestora suscribió dos (2) Solicitudes de Pago de Gastos Funerales para cada Causante, de los cuales se verificó en los descargos que exista la documentación que respalde el motivo del rechazo o anulación de cada trámite no atendido, teniendo como resultado cincuenta y tres (53) casos de los cuales se levanta la observación y ciento noventa y dos (192) casos permanecen observados.

En este sentido, de sesenta y un (61) casos las notas remitidas a los Solicitantes comunicando el motivo del rechazo y/o anulación del trámite suscrito, previo a la habilitación del pago del Beneficio. Por lo cual el incumplimiento a la normativa imputada en estos sesenta y un (61) casos se levanta.

El detalle de los sesenta y un (61) casos mencionados en el anterior párrafo son los siguientes:

Nº	DATOS DEL CAUSANTE			SOLICITUD GF 1		SOLICITUD GF 2		SOLICITUD GF 3	
	NUB	NOMBRES Y APELLIDOS	FEC.DEF	Nº	FECHA	Nº	FECHA	Nº	FECHA
1	400190307	MATIAS EUSEBIO BEJARANO AMUSQUIVAR	16/02/2010	95973	24/02/2010	129000	30/06/2010	141617	18/08/2010
2	220913753	JUSTINA MAMANI QUISPE	26/05/2010	121481	31/05/2010	128074	28/06/2010	133387	15/07/2010
3	900129438	SAMUEL PAREDES FIGUEREDO	06/01/2010	119253	20/05/2010	135164	22/07/2010	143702	25/08/2010
4	700276035	LORGIO RODRIGUEZ MEDINA	10/06/2010	128759	30/06/2010	137582	30/07/2010	140668	13/08/2010
5	700297603	ROBERTO PAZ LIMPIAS	06/04/2010	127270	23/06/2010	138726	04/08/2010	143399	24/08/2010
6	220386199	FRANCISCO POMA ARCE	18/03/2010	134325	20/07/2010	139424	10/08/2010	144841	30/08/2010
7	600127826	HILDA TORREJON CHUMACERO DE ARCIENEGA	11/09/2010	149617	15/09/2010	153586	30/09/2010	160802	28/10/2010
8	701006841	ROCENDO ARANCIBIA SOLIZ	21/07/2010	137396	29/07/2010	150591	20/09/2010	166241	18/11/2010
9	500144955	CESILIO RODRIGUEZ CAFIA	24/03/2010	105819	30/03/2010	134605	20/07/2010		
10	220005156	FIDEL MACHICAO MONROY	30/05/2010	128024	28/06/2010	137683	30/07/2010		
11	700447023	ALEJANDRO VARGAS BURGOS	19/08/2010	143727	25/08/2010	152469	27/09/2010		
12	100202209	FRANCISCO VELASQUEZ CHAURE	26/07/2010	143352	24/08/2010	176554	23/12/2010		
13	100255028	ROGELIO PINTO LIMACHI	22/07/2010	143301	24/08/2010	176566	23/12/2010		
14	300687941	JUANA VASQUEZ DE VIA	21/07/2010	151783	23/09/2010	171195	06/12/2010		

15	300671340	PASCUALA DELGADILLO TERRAZAS	02/08/2010	148918	13/09/2010	162458	05/11/2010		
16	220934484	DIONICIA MAMANI MAMANI	31/08/2010	149680	16/09/2010	156405	12/10/2010		
17	300484783	CELESTINA GARCIA ROJAS DE FERREL	23/09/2010	152500	27/09/2010	190431	16/02/2011		
18	700644622	ZENOBIA JUSTINIANO ALPIRE	28/09/2010	153610	30/09/2010	163523	10/11/2010		
19	900173294	INOCENCIO MEDRANO GARCIA	01/03/2010	104202	24/03/2010	121938	01/06/2010		
20	100014134	JUSTINO ALMENDRAS VILLAVICENCIO	10/04/2010	113472	28/04/2010	122022	01/06/2010		
21	900145183	SABINA REJAS DE REVOLLO	24/04/2010	113971	30/04/2010	121723	01/06/2010		
22	900025501	ADELA FRANCO MENDEZ	24/04/2010	112936	27/04/2010	122020	01/06/2010		
23	700456556	DAMIAN CRUZ COLCHADO	22/04/2010	112474	26/04/2010	122394	04/06/2010		
24	300050970	CELIA LUCY LEONOR ROJAS DE LASERNA	23/03/2010	121032	28/05/2010	127226	23/06/2010		
25	100164642	MAXIMA TIKA MAMANI	19/09/2009	119051	20/05/2010	127970	28/06/2010		
26	100048009	FELIPA ALICIA MATIENZO ABAN	10/05/2010	119816	24/05/2010	128336	28/06/2010		
27	800083586	ELVIRA RIVERO DE MORENO	18/05/2010	120780	26/05/2010	128739	29/06/2010		
28	100175471	CLOTILDE SALAZAR DE RODAS	10/11/2009	121605	31/05/2010	129870	02/07/2010		
29	100168265	MARIANO CHALLHUA VELA	05/04/2010	119755	24/05/2010	129691	02/07/2010		
30	100194837	LUIS SANCHEZ ARTEAGA	20/06/2010	127402	23/06/2010	132353	13/07/2010		
31	900179884	FELIX AGUILAR GABRIEL	07/03/2010	106458	31/03/2010	133262	15/07/2010		
32	100004347	MARIA CORINA PINO CUETO DE TELLEZ	13/06/2010	125880	16/06/2010	133475	15/07/2010		
33	100084164	ANA MARIA BALDERRAMA GUTIERRES	03/06/2010	125410	15/06/2010	135389	22/07/2010		
34	100012333	GREGORIIO CALVIMONTES DURAN	15/06/2010	126575	18/06/2010	135449	22/07/2010		
35	220150279	VICTOR FREDDY REYNOLDS EGUIA	16/11/2009	72706	30/11/2009	135896	26/07/2010		
36	900209830	MARTINA CHOQUE CARRILLO DE PACO	21/06/2010	127936	25/06/2010	137208	29/07/2010		
37	700435174	FRANCISCA LEON DE CANO	20/04/2010	128543	29/06/2010	137674	30/07/2010		
38	220761231	VICENTE SACA QUISPE	15/06/2010	128985	30/06/2010	137596	30/07/2010		
39	300224938	CARMELO MENESES FLORES	02/04/2010	128780	30/06/2010	140658	13/08/2010		
40	220151504	RUFINA LLANOS DE VINO	12/05/2010	129012	30/06/2010	138670	04/08/2010		
41	300679538	MAXIMA MOLINA ARANDIA	15/05/2010	135989	26/07/2010	140503	13/08/2010		
42	600028489	NESTOR PORTALES AGUILERA	30/05/2010	123458	08/06/2010	144819	30/08/2010		
43	900178084	HILARION POZO	07/06/2010	124821	14/06/2010	138734	04/08/2010		
44	600045158	WALTER VARGAS TORREJON	15/06/2010	130262	05/07/2010	142889	23/08/2010		
45	300634628	GREGORIO LAURA POMA	27/06/2010	135229	22/07/2010	142247	20/08/2010		
46	300664999	CANDELARIA CAMACHO DE ORELLANA	03/07/2010	133261	15/07/2010	138084	02/08/2010		
47	200223013	PAULINA HUACANI DE CHAMBI	07/07/2010	132070	12/07/2010	140180	12/08/2010		
48	900228102	FRANCISCA AGUILAR CHOQUE DE ORTIZ	10/07/2010	134449	20/07/2010	143008	24/08/2010		
49	800113479	AURA SUAREZ SOLANO DE KANEKI	14/07/2010	134338	20/07/2010	143791	26/08/2010		
50	900279334	CLEMENTE QUISPE CATARI	28/01/2010	140273	12/08/2010	149653	16/09/2010		

51	900138234	GERTRUDIS CATACORA DE CHOQUE	20/08/2010	144748	30/08/2010	151337	22/09/2010		
52	600196693	VITERMAN RIVERA FLORES	29/04/2010	135967	26/07/2010	153497	30/09/2010		
53	900006193	DELSUID GOMEZ DA SILVA	21/08/2010	143487	25/08/2010	160422	27/10/2010		
54	800009948	JUAN PARADA VARGAS	19/08/2010	143918	26/08/2010	169029	26/11/2010		
55	800071507	NAPOLEON AGUADA BEYUMA	19/07/2009	134223	19/07/2010	144509	27/08/2010		
56	900185481	MARIA JUAREZ MAMANI DE VILLCA	09/07/2010	138698	04/08/2010	171304	06/12/2010		
57	700637422	MAXIMILIANO SUAREZ SAAVEDRA	17/09/2010	152108	24/09/2010				
58	800148953	ADAN OJEDA DAZA	02/09/2010	151389	22/09/2010				
59	900006491	ANTONIO GUAQUI TICONA	13/06/2010	127098	23/06/2010				
60	500203731	JUAN TUNA AGUIRRE	22/09/2010	152328	27/09/2010				
61	100254176	SEBASTIAN VEIZAGA TORREJON	26/08/2010	150641	20/09/2010				

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 154-2011 de fecha 13 de julio de 2011 y otros como lo menciona la Entidad Gestora, se sancionó el incumplimiento a la misma normativa, sin embargo se tratan de casos diferentes a los actualmente observados.

Por lo expuesto, doscientos once (211) casos no cuentan con la documentación requerida por norma para levantar el cargo imputado, por lo que corresponde su sanción, los mismos se detallan en el ***Anexo B****.*

Del análisis de los descargos presentados por la Entidad Gestora resulta evidente que la misma incumplió la normativa al no comunicar mediante nota correspondiente al Solicitante, el motivo del rechazo del trámite de Solicitud de Pago de Gastos siendo esta su responsabilidad y en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se considera que existió preterintencionalidad en la conducta de la Entidad Gestora, además se advierte que no existió daño económico, razón por la cual se impone una sanción de multa por infracciones leves en Bolivianos, equivalente a $us4.220,00 (Cuatro mil doscientos veinte 00/100 Dólares de los estados unidos de América) por los doscientos once (211) casos a $us20,00 (Veinte 00/100 Dólares de los Estados unidos de América) por cada uno (…)

Análisis del Descargo No. 3

Revisado (sic) los descargos, se concluye lo siguiente:

a) Existe documentación de siete (7) casos donde se evidencia que las Solicitudes de Pago de Gastos Funerales fueron rechazadas, asimismo, no existe reporte a la APS de los pagos de dicho Beneficio.

En este sentido, debido a que existe documentación presentada por la Entidad Gestora que respalda la comunicación del rechazo de los trámites para el Pago de Gastos Funerales y en consecuencia no existió pagos por los mismos, el incumplimiento imputado se levanta en estos siete (7) casos.

Los siete (7) casos mencionados son los siguientes:

N°	DATOS DEL CAUSANTE				SOLICITUD GF 1		SOLICITUD GF 2		SOLICITUD GF 3	
	NUB	N° C.I.	NOMBRES Y APELLIDOS	FEC. DEF.	N°	FECHA	N°	FECHA	N°	FECHA
1	100251252	4101339	GREGORIO CRUZ ROMERO	31/07/2009	41000	11/08/2009	131496	08/07/2010	142338	20/08/2010
2	800071507	1688387	NAPOLEON AGUADA BEYUMA	19/07/2009	134223	19/07/2010	144509	27/08/2010		
3	700637422	1720726	MAXIMILIANO SUAREZ SAAVEDRA	17/09/2010	152108	24/09/2010				
4	800148953	4176558	ADAN OJEDA DAZA	02/09/2010	151389	22/09/2010				
5	900006491	104423	ANTONIO GUAQUI TICONA	13/06/2010	127098	23/06/2010				
6	500203731	1359250	JUAN TUNA AGUIRRE	22/09/2010	152328	27/09/2010				
7	100254176	4100033	SEBASTIAN VEIZAGA TORREJON	26/08/2010	150641	20/09/2010				

b) De siete (7) casos, la Entidad Gestora adjuntó documentación que respalda la rehabilitación de Pagos de Gastos Funerales conforme lo establece el artículo 21 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 091/2008.

En este sentido, en estos siete (7) casos se levanta el cargo imputado:

N°	DATOS DEL CAUSANTE				SOLICITUD GF 1		FECHA REHAB. PAGO GF	DÍAS TRANS.
	NUB	N° C.I.	NOMBRES Y APELLIDOS	FEC. DEF.	N°	FECHA		
1	220292018	2369296	MARIA LUISA HUAYNOCA DE TICONA	03/01/2010	100842	12/03/2010	18/12/2010	281
2	220204101	377028	IRMA ESTHER LISSON DE URQUIOLA	07/02/2010	104279	24/03/2010	22/10/2010	212
3	701006524	5320610	SIMONA ISABEL PEDRAZA PEDRAZA	27/03/2010	107108	06/04/2010	15/11/2010	223
4	500326717	1273040	CRECENCIA ABAN SORUCO DE MONTES	09/02/2010	111804	22/04/2010	15/11/2010	207
5	300108165	762682	GUILLERMO TELESFORO PEÑA VEIZAGA	17/04/2010	115199	05/05/2010	17/11/2010	196
6	220353245	263146	REYNALDO RAMIREZ CORNEJO	02/06/2010	126294	17/06/2010	18/12/2010	184
7	400100178	662658	ROSENDO MISERICORDIA COLQUE	11/02/2010	95577	23/02/2010	17/11/2010	267

c) Analizando los restantes diecinueve (19) casos (…) considerando que los archivos remitidos a Síntesis reflejan la fecha de solicitud de habilitación de los Pagos de Gastos Funerales, en trece (13) casos la habilitación del pago se encuentra

dentro del plazo establecido, por lo cual se levanta el incumplimiento imputado en los mismos:

N	DATOS DEL CAUSANTE		SOLICITUDES GF		ARCHI ENV. A SINTESIS	FECHA DE ENVIÓ HAB. A SINTESIS	DÍAS TRANS. SG/ENV. A SINT.	INCUM. A PLAZO
	NUB	FEC. DEF.	N°	FECHA				
1	500060002	06/06/2010	132230	13/11/2009	gf-2010072601.zip	26/07/2010	14	NO
			126779	22/06/2012				
2	600195554	04/01/2010	105094	26/03/2010	gf-2009042001.zip	20/04/2009	25	NO
3	900139103	24/12/2009	109574	14/04/2010	gf-2010051101.zip	11/05/2010	27	NO
4	600019660	11/05/2010	119000	19/05/2010	gf-2010061001.zip	10/06/2010	22	NO
5	100141195	08/02/2010	123729	09/06/2010	gf-2010070601.zip	06/07/2010	27	NO
6	800015331	09/03/2010	129569	02/07/2010	gf-2010072601.zip	26/07/2010	24	NO
7	220916259	07/02/2010	137531	30/07/2010	gf-2010082401.zip	24/08/2010	25	NO
8	220094244	29/07/2010	139832	11/08/2010	gf-2010083101.zip	31/08/2010	20	NO
9	220772523	25/07/2010	145333	31/08/2010	gf-2010091701.zip	17/09/2010	17	NO
10	700853178	22/12/2010	185027	26/01/2010	gf-2011021101.zip	11/02/2011	16	NO
11	900008884	09/02/2010	95566	23/02/2010	gf-2010031901.zip	19/03/2010	24	NO
12	220315498	19/02/2010	97969	03/03/2010	gf-2010031901.zip	19/03/2010	16	NO
13	900149267	27/02/2010	98748	05/03/2010	gf-2010031901.zip	19/03/2010	14	NO

Sin embargo, seis (6) pagos de Gastos Funerales fueron habilitados fuera del plazo establecido por norma, los cuales se detallan a continuación:

N°	DATOS DEL CAUSANTE		SOLICITUDES GF		ARCHI.ENV.A SINTESIS	FECHA DE ENVÍO HAB. A SINTESIS	DÍAS TRANS. SG/ENV A SINT.	INCUM. A PLAZO
	NUB	FEC. DEF.	N°	FECHA				
1	100020989	28/10/2009	68091	13/11/2009	gf-2010111501.zip	15/11/2010	31	SI
			157344	15/10/2010				
			152070	24/09/2010				
2	700630164	28/07/2010	152570	27/09/2010	gf-2010120101.zip	02/12/2010	66	SI
			140417	12/08/2010				
3	220934871	14/03/2009	11868	27/03/2009	gf-2009042901.zip	29/04/2009	33	SI
			11867	27/03/2009				
4	000057462	05/10/2008	10287	04/03/2009	gf-2009042002.zip	20/04/2009	47	SI
5	100253269	17/02/2009	18180	23/04/2009	gf-2009052701.zip	27/05/2009	34	SI
6	100252294	14/02/2009	18183	23/04/2009	gf-2009052701.zip	27/05/2009	34	SI

De lo expuesto, en los seis (6) casos detallados en el cuadro precedente no se levanta el cargo imputado.

Del análisis de los descargos presentados por la Entidad Gestora resulta evidente que la misma incumplió con el plazo máximo de treinta (30) días calendario a partir del llenado del formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales para poner a disposición del Solicitante el pago respectivo, por lo tanto al no poder a disposición del Solicitante ***oportunamente*** *el pago del Beneficio y en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se considera que existió preterintencionalidad en la conducta de la Entidad Gestora, además existen antecedentes de haberse*

sancionado al regulado por la misma normativa en anterior oportunidad (Resolución Administrativa AP/DJ/N° 260-2010 de 27 de octubre de 2010 y Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 154-2011 de 13 de julio de 2011), por lo cual la presente infracción es reincidente al infringir la misma normativa, asimismo se advierte que no existió daño económico, razón por la cual se impone una sanción de multa por infracciones leves en Bolivianos, equivalente a $us120,00 (Ciento veinte 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por los seis (6) casos a $us20,00 (Veinte 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cada uno (…)

Análisis del Descargo No. 4

Revisado (sic) *los descargos, se concluye lo siguiente:*

a) En veintidós (22) casos la Entidad Gestora indica que las Solicitudes fueron rechazadas y/o anuladas por procedimiento de control interno en presencia del Solicitante y solicita que los pagos de los mismos sean dados de baja en la APS. Asimismo, las segundas Solicitudes reingresadas son las que generaron los pagos, para la regularización de dichos casos la Entidad Gestora reporta los registros de Pagos de Gastos Funerales correctos en reemplazo a los ya reportados y observados por la APS, por lo cual se levanta la observación en estos casos:

N°	Solicitud GF no reportada			Solicitud GF reportada		Pago a N° Solicitud
	N° SOL	Fec. Hab. Pago	NUB	N° Sol.	Fec. Sol.	
1	10082	20/04/2009	700234567	16958	09/03/2009	16958
2	10353	20/04/2009	600192624	13691	05/03/2009	13691
3	7552	20/04/2009	500145738	16959	12/02/2009	16959
4	8401	21/04/2009	700380436	17114	06/03/2009	17114
5	10018	08/05/2009	400104184	14196	03/03/2009	14196
6	10348	20/04/2009	300686229	16948	12/03/2009	16948
7	10566	29/04/2009	300686301	10688	23/03/2009	10688
8	12353	29/04/2009	701018823	12360	30/03/2009	12360
9	12369	29/04/2009	900133323	12389	30/03/2009	12389
10	13259	23/04/2009	200221590	14676	17/03/2009	14676
11	13953	08/05/2009	300125401	12889	13/03/2009	12889
12	14684	26/05/2009	800172767	17811	16/03/2009	17811
13	14815	23/04/2009	900133889	17840	16/03/2009	17840
14	5644	21/04/2009	500032755	17267	04/03/2009	17267
15	5907	23/04/2009	900224240	17266	05/03/2009	17266
16	6487	23/04/2009	500325752	15302	10/03/2009	15302
17	6894	23/04/2009	900109895	17280	11/03/2009	17280
18	8223	21/04/2009	300666732	17292	18/02/2009	17292
19	9225	21/04/2009	700057970	17291	27/02/2009	17291
20	10312	23/04/2009	100228056	15931	20/03/2009	15931
21	11461	29/04/2009	000184323	11464	26/03/2009	11464
22	31816	24/07/2009	300381579	31890	30/06/2009	31890

b) En ocho (8) casos la Entidad Gestora indica que las Solicitudes de Pago de Gastos Funerarios fueron reportadas en su oportunidad, indicando el nombre de

los archivos, al respecto, revisados los mismos se verifica que no existen los registros de dichas Solicitudes, por lo cual estos casos se mantienen observados:

N°	Solicitud de GF no reportada				Otra Solicitud GF reportada			Archivo
	EG	N° SOL	Fec. Hab. Pago	NUB	N° Sol. (Otro)	Fec. Sol. (otro)	EG	
1	VIT	8657	23/04/2009	300370283	8367	16/03/2009	VIT	03090301S.XML
2	VIT	9957	20/04/2009	700440250	NO EXISTE			03090301S.XML
3	VIT	8331	08/05/2009	700245065	NO EXISTE			03090301S.XML
4	VIT	19626	25/05/2009	500012268	NO EXISTE			03090401S.XML
5	VIT	19245	25/05/2009	400127273	NO EXISTE			03090401S.XML
6	VIT	52945	19/10/2009	701012009	42570	17/08/2009	VIT	03090901S.XML
7	VIT	49049	03/11/2009	220488352	NO EXISTE			03090901S.XML
8	VIT	112080	19/05/2010	100253282	NO EXISTE			03090401S.XML

c) *Respecto a once (11) Solicitudes de Pagos de Gastos Funerales la Entidad Gestora reconoce que no fueron reportados oportunamente debido a un error en la elaboración del reporte de envío a la APS. En tal sentido estos casos se mantienen observados.*

N°	Solicitud de GF no reportada			
	EG	N° SOL	Fec. Hab. Pago	NUB
1	VIT	10916	29/04/2009	500140200
2	VIT	723	03/04/2009	800052889
3	VIT	7933	21/05/2009	220684842
4	VIT	26066	02/07/2009	900106019
5	VIT	51748	19/10/2009	400228545
6	VIT	73526	21/12/2009	900175293
7	VIT	110023	12/05/2010	900105459
8	VIT	110110	12/05/2010	300032246
9	VIT	110648	12/05/2010	220922350
10	VIT	111307	19/05/2010	900141982
11	VIT	77178	07/01/2010	400002524

El punto b. del artículo 24 del Anexo 1 de la resolución Administrativa SPVS-IP No. 091 de 30 de enero de 2008 y el primer párrafo del punto I. de la Circular SPVS/IP/35/2008 de 31 de marzo de 2008, establecen que la Entidad Gestora tiene la obligación de reportar de manera mensual, en una nota a ser presentada en un plazo máximo de diez (10) días calendario de haber finalizado el mes se reporta, lo cual se verifica que no cumplió en los diecinueve (19) casos descritos en los incisos b) y c) del presente Cargo, correspondiendo en defecto su sanción.

Por lo expuesto, resulta evidente que la Entidad Gestora incumplió con el reporte de las Solicitudes de Pagos de Gasto Funerales en los plazos establecidos para poner a disposición de esta Autoridad dicha información y en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se considera que existió preterintencionalidad en la conducta de la Entidad Gestora, además existen antecedentes de haberse

sancionado al regulado por la misma normativa en anterior oportunidad (Resolución Administrativa AP/DJ/N° 260-2010 de 27 de octubre de 2010), por lo cual la presente infracción es reincidente al infringir la misma normativa, asimismo se advierte que no existió daño económico, razón por la cual se impone una sanción de multa por infracciones leves en Bolivianos, equivalente a $us380,00 (Trescientos ochenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por los seis diecinueve (19) casos a $us20,00 (Veinte 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cada uno.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 del inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Regimen (sic) *de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.*

Que de acuerdo a los artículos 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor".*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso a) señala:

> *"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media".*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

> *"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."*

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 345-2012 de 24 de mayo de 2012, resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia- BISA SAFI, por los siguientes cargos:*

a) Cargo N° 1 *con multa en Bolivianos equivalente a $us 3.480,00 (TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo establecido en el punto 2 del artículo 5 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 091 de 30 de enero de 2008, respecto a ciento diez y seis (116) casos observados, los cuales se detallan en el Anexo A de la presente Resolución.*

b) Cargo N° 2.- I. *con multa en bolivianos equivalente a $us 4.220,00 (CUATRO MIL DOCIENTOS VEINTE 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el punto 4 del artículo 5 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 091 de 30 de enero de 2008, respecto a doscientos once (211) casos que permanecen observados , los cuales se detallan en el Anexo B de la presente Resolución.*

II. *Con respecto a sesenta y un (61) casos se levanta el cargo imputado según el detalle descrito en la parte considerativa del presente cargo.*

c) Cargo N° 3.- I. *con multa en bolivianos equivalente a $us 120,00 (CIENTO VEINTE 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por infracción a lo establecido en el artículo 18 del Anexo 1 la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 091 de 30 de enero de 2008, respecto a seis (6) casos que permanecen observados, detallados en la parte considerativa del presente Cargo.*

II. *Con respecto a veintisiete (27) casos se levanta el cargo imputado según el detalle descrito en la parte considerativa del presente cargo.*

d) Cargo N° 4.- I. *con multa en Bolivianos equivalente a $us380,00 (TRESCIENTOS OCHENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el punto b. del artículo 24 del Anexo 1 de la de la Resolución Administrativa SPVS-IP 091 de 30 de enero de 2008 y el primer párrafo del punto I. de la Circular SPVS/IP/35/2008 de 31 de marzo de 2008, respecto a 19 casos que permanecen observados, detallados en la parte considerativa del presente Cargo.*

II. *Con respecto a veintidós (22) casos se levanta el cargo imputado según el detalle descrito en la parte considerativa del presente cargo.*

SEGUNDO.- I. *Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota AA.GG.-6545/2012 de fecha 28 de junio de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 345-2012 de 24 de mayo de 2012, con los siguientes argumentos:

"…***Cargo N° 1***

Multa por el equivalente en bolivianos de USD 3,480.- (tres mil cuatrocientos ochenta 00/100 dólares americanos) por infracción a lo establecido en el punto 2 del Artículo 5 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008 (Manual de Procedimientos de Gastos Funerales del FRUV), cuyos antecedentes son los siguientes:

Se identificaron ciento dieciséis (116) casos que muestran que no se habrían implementado los controles de calidad necesarios en lo concerniente a la captura de datos de Beneficiarios fallecidos, Solicitantes y testigos. Adicionalmente, no se habría verificado la coincidencia plena de los datos consignados en los documentos, respecto a la captura de datos en los formularios y registros electrónicos.

Petitorio

Si bien es evidente que las solicitudes identificadas por su Autoridad fueron rechazadas y comunicadas por nuestra oficina central a las oficinas regionales debido a captura errónea de datos, debemos hacer notar que el punto 2 del Artículo 5 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008, establece que es responsabilidad de la Entidad Gestora: "Tener los controles de calidad necesarios en lo concerniente a la captura de los datos del Beneficiario fallecido, Solicitante y testigos si corresponde, debiendo verificar la coincidencia plena de los datos registrados en los documentos, respecto a la captura de datos en los formularios y registros electrónicos correspondiente":

Se puede observar que el artículo citado no establece que los controles de calidad de los datos capturados se deban efectuar al momento de la suscripción de la solicitud. Más aún, al efectuarse una revisión del texto completo de la Resolución Administrativa SPVS-IP 91/2008, tampoco se encuentra una instrucción o procedimiento que fije la oportunidad en la cual se deben hacer los controles de calidad de los datos capturados en la solicitud. Por tal motivo, no es evidente la existencia de una infracción a la normativa invocada por su Autoridad.

Tal y como los controles se implementaron en nuestra Asociación, el control de calidad pasa por dos filtros, uno al momento de recibirse la solicitud en la oficina regional y otro al efectuarse una revisión exhaustiva en la oficina central. Dada la cantidad de solicitudes que se reciben (cerca de 16,900 en los 8 meses del periodo fiscalizado), nuestra Asociación actuó con diligencia al poner varios niveles de control, siendo operativamente imposible, dado el volumen de trámites, lograr la detección de todos los errores identificables solamente en el primer filtro al realizarse la recepción del trámite.

Más allá de los argumentos expresados anteriormente, corresponde observar que en el periodo sujeto a fiscalización, las 116 solicitudes observadas corresponden a menos del 0.7% del conjunto total de 16,900 solicitudes. Como comparación con Resoluciones Administrativas anteriores que sancionaron tipologías similares, hacemos notar que en el caso de la R.A. 260/2010, la sanción fue de USD 930 por 62 casos; en el caso de la R.A. 154/2011, la sanción fue de USD 1,095 por 219 casos; por lo que adicionalmente a todo lo antes mencionado, la sanción aplicada (multa de USD 3,480 por 116 casos) carece de coherencia con relación a los montos de las sanciones aplicadas en el pasado.

Finalmente, su Autoridad no puede aducir reincidencia como un elemento de la agravación de su multa en términos individuales, ya que nuestra Asociación no ha cometido reincidencia alguna por cuanto se procedió a subsanar la posibilidad de incurrir en procedimientos que pudieran ser interpretados como infracciones, en cuanto se nos notificó con la Resolución Administrativa 260/2010 de fecha 27 de octubre de 2010.

Por los motivos anteriormente descritos, solicitamos a su Autoridad revocar la sanción impuesta a nuestra Asociación.

Cargo N° 2

Multa por el equivalente en bolivianos de USD 4,220- (cuatro mil doscientos veinte 00/100 dólares americanos) por infracción a lo establecido en el punto 4 del Art. 5 de la R.A. 091/2008 (Manual de Procedimientos de Gastos Funerales del FRUV), cuyos antecedentes son los siguientes:

En doscientos once (211) casos se omitió documentar a informar al solicitante los motivos del no pago en caso de no darse curso al trámite de Gastos Funerales, en un plazo de 30 días calendario a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Petitorio

Como se puede leer en el análisis que efectuó su Autoridad en la R.A. 345/2012, de los 211 casos observados, 210 casos concluyeron en una solicitud que determinó la habilitación de pagos, y uno concluyó en rechazo que fue comunicado mediante nota dirigida al Solicitante.

El punto 4 del Art 5 de la R.A. 091/2008 indica que es responsabilidad de la Entidad Gestora: "Documentar e informar al solicitante los motivos del no pago, en caso de no

dar curso algún trámite de pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario a partir de la fecha de recepción de la solicitud".

Corresponde hacer una precisión de los conceptos "documentar" e "informar". En cuanto a la responsabilidad de documentar los motivos del no pago, su Autoridad puede observar que en la misma R.A. 345/2012, en su Anexo B, se detallan las observaciones de los rechazos de cada uno de los 211 casos observados, identificándose en algunos casos que existe una comunicación interna y en otros que el rechazo es reportado por la Entidad Gestora, significando que el respaldo documental se obtiene de los estados de los trámites registrados en nuestra aplicación informática de gestión. Por tanto, la documentación de los motivos del rechazo está presente en todos y cada uno de los casos.

En cuanto a la responsabilidad de informar al solicitante, parece entenderse que su Autoridad espera que exista una notificación escrita con acuso de recibo dirigida al Solicitante, extremo que no es evidente en la normativa invocada, ya que se utiliza simplemente el término "informar". Las solicitudes rechazadas, identificadas por su Autoridad como no comunicadas, fueron objeto de rechazo al momento de presentarse la solicitud. Por tal motivo, la documentación presentada en el trámite fue inmediatamente devuelta al Solicitante, sin necesidad de elaborarse una nota dirigida al mismo. Sin embargo, la solicitud quedó registrada en nuestro sistema informático y el rechazo fue procesado según el procedimiento interno vigente, cumpliéndose el otro objetivo de documentar los motivos del rechazo.

La presentación de una solicitud posterior, típicamente en menos de 30 días desde la presentación de la solicitud original rechazada, es evidencia de que el Solicitante fue informado, considerando que se le instruyó presentar una nueva solicitud subsanando las observaciones efectuadas. Esta es la evidencia que presentamos en nuestra nota de descargos AAGG-4067/2012 de fecha 9 de mayo de 2012 y la misma no fue valorada por su Autoridad en la emisión de la Resolución Administrativa sancionatoria 345/2012, en la dimensión que se argumenta en el presente Recurso de Revocatoria.

Por tanto, no es evidente que nuestra Asociación haya incurrido en infracción del punto 4 del Art. 5 de la R.A. 091/2008 y solicitamos a su Autoridad revocar la sanción impuesta a nuestra Asociación…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 486-2012 DE 13 DE JULIO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 486-2012 de 13 de julio de 2012, resolvió "*Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012*", con los fundamentos presentados en su parte considerativa y que son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

El petitorio al ***Cargo Nº 1*** *del Recurso de Revocatoria presentado por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI,* (…)

Que en función a los argumentos presentados, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emite el pronunciamiento correspondiente:

La normativa incumplida, punto 2 del Artículo 5 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008 establece lo siguiente:

> *"Tener los controles de calidad necesarios en lo concerniente a la captura de los datos del Beneficiario fallecido, Solicitante y testigos si corresponde, debiendo verificar la coincidencia plena de datos registrados en los documentos, respecto a la captura de datos en los formularios y registros electrónicos correspondiente".*

La captura de los datos en los formularios y registros electrónicos del Beneficiario fallecido, Solicitante y testigos si corresponde, lo realiza la Entidad Gestora cuando el Solicitante inicia el trámite para Solicitar el pago de Gastos Funerales, es decir el momento de suscribir el "Formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales", por lo que la normativa citada exige que la Entidad Gestora cuente con los controles de calidad necesarios para verificar que los datos capturados coincidan plenamente entre los documentos presentados, los registros en el Formulario y el registro Electrónico. En este sentido, no existe otro momento que en el de la suscripción del "Formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales" para capturar los datos mencionados, debiendo verificar la coincidencia plena exigida.

La normativa para el Pago de Gastos Funerales es amplia, en cuanto a los requisitos de la documentación a presentar, plazos y controles previos al pago, en este sentido no corresponde que la Entidad Gestora argumente que la normativa no señala la aplicación de controles de calidad en la suscripción de una Solicitud de Pago de Gastos Funerales. Como ejemplo el inciso b) del artículo 12° de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 091 de 30 de enero de 2008, establece lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 12° (RECEPCIÓN DE SOLICITUDES).** Previa suscripción del formulario "Solicitud de Pago de Gastos Funerales", la AFP deberá: (…)*
>
> *b) Verificar que la documentación recibida sea la requerida para procesar el pago de Gastos Funerales, en el marco de lo establecido en el presente Manual, que sea legible en cuanto a las fotocopias y que los documentos originales no presenten alteraciones, borrones o enmiendas".*

La Entidad Gestora indica que, el control de calidad pasa por dos filtros, uno al momento de recibirse la solicitud en su oficina regional y otro al efectuarse una revisión exhaustiva en su oficina central, sin embargo por la cantidad de Solicitudes que fueron recibidas, operativamente les fue imposible detectar los errores en el primer filtro al realizar la recepción del trámite, este hecho confirma que la entidad regulada no consideró la aplicación de la norma vigente para la validación de Solicitudes de Pagos de Gastos Funerales observadas.

Mediante las Resoluciones Administrativas AP/DJ/N° 260-2010 de 27 de octubre de 2010 y APS/DJ/DPNC/N° 154-2011 de fecha 13 de julio de 2011 se sancionó el

incumplimiento al punto 2 del Artículo 5 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008 en casos diferentes a los actualmente observados, determinándose en este sentido la reincidencia en la norma incumplida.

Finalmente el regulado hace la comparación de la norma y los montos impuestos como sanción anteriores a la R.A.345-2012; y de cuyo análisis se establece que las sanciones aplicadas en el pasado al regulado fueron por la misma tipología factico-normativa y, que si bien los montos tienen una variación ello responde a la evaluación integral por esta Autoridad de la infracción y sus consecuencias (preterintencionalidad) que ésta acarrea en cuanto a la correcta administración de la Renta Dignidad, pero además consideró que la conducta antijurídica del regulado es renuente, este es un elemento más que respalda el quantum de la multa ahora impuesta; contrario sensu no encuentra coherencia, lógica ni equilibrio el sancionar por un mismo monto cuando la infracción es reiterada por más de una vez.

De lo expuesto, se determina que la sanción impuesta en el presente Cargo se mantiene.

Respecto al ***Cargo N° 2*** *el Recurso de Revocatoria* (…)

Que en función a los argumentos presentados, la Autoridad emite el pronunciamiento correspondiente:

La normativa incumplida es el punto 4 del Artículo 5 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa 091/2008, que establece:

> *"Documentar e informar al Solicitante los motivos del no pago, en caso de no dar curso algún trámite de pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario a partir de la fecha de recepción de la solicitud".*

La Entidad Gestora expone: "En cuanto a la responsabilidad de informar al solicitante, parece entenderse que su Autoridad espera que exista una notificación escrita con acuso de recibo dirigida al Solicitante, extremo que no es evidente en la normativa invocada, ya que se utiliza simplemente el término "informar". Las solicitudes rechazadas, identificadas por su Autoridad como no comunicadas, fueron objeto de rechazo al momento de presentarse la solicitud. Por tal motivo, la documentación presentada en el trámite fue inmediatamente devuelta al Solicitante, sin necesidad de elaborarse una nota dirigida al mismo. Sin embargo, la solicitud quedó registrada en nuestro sistema informático y el rechazo fue procesado según el procedimiento interno vigente, cumpliéndose el otro objetivo de documentar los motivos del rechazo".

Respecto al anterior párrafo, la Entidad Gestora confunde los significados de las palabras "documentar e informar", ya que interpreta que "informar" un rechazo o anulación de una Solicitud de Pago de Gastos Funerales consiste en devolver la documentación del trámite de una Solicitud y "documentar" significa mantener en su

Base de Datos el registro de la Solicitud recibida, no tomando en cuenta que la normativa expresa "Documentar e informar al Solicitante los motivos del no pago, en caso de no dar curso algún trámite de pago de Gastos Funerales", por lo que claramente exige que el trámite de Solicitud de Pago de Gastos Funerales anulado o rechazado debe ser de conocimiento del Solicitante a través de un documento que permita en lo posterior verificar a esta Autoridad el cumplimiento de la normativa mencionada.

Con relación a la nota AAGG-4067/2012 que según el regulado no habría sido valorada en la anterior instancia, la cual señalaba:

> *"Como parte de nuestros (sic) procedimiento de control internos* (sic)*, en una primera etapa la verificación del trámite del Gasto Funeral recepcionado pude (sic) ser rechazado o anulado en presencia del solicitante mediante nuestro personal de Atención al Cliente, su Autoridad puede constatar que existe una segunda solicitud para estos casos observados.*
>
> *Sin embargo en una segunda etapa, como resultado de una segunda verificación si el tramite no cumple con los requisitos y características establecidos en la Resolución Administrativa No. 091/2008, se rechaza el tramite* (sic) *y envía nota AAGG para que la observación sea subsanada"*

De lo anterior se comprueba que la operativa interna con la cual el regulado realiza sus actividades, no le permite informar al Solicitante en plazo, sobre los motivos por los cuales no tiene curso el pago del Gasto Funeral.

Lo anterior denota falta de responsabilidad con los Solicitantes que se encuentran a la espera del pago del beneficio.

Por otro lado, el simple hecho de elaborar una segunda solicitud denota falta de seriedad en el regulado, quien al contar con los datos suficientes para aceptar o rechazar una solicitud, debe diligentemente responder en el plazo establecido en norma. Pues aceptar la práctica de otra solicitud, es aceptar otro plazo a vencerse, y consecuentemente mayor tiempo de espera del Solicitante.

Por lo expuesto, la Entidad Gestora no ha presentado fundamentos que permitan desvirtuar el Cargo sancionado.

CONSIDERANDO:

Que el regulado no presenta argumentos respecto a los Cargos 3 y 4, por lo que los mismos se confirman al denotar aceptación.

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la R.A.345-2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la

consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 1° de agosto de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 486-2012 de 13 de julio de 2012, expresando lo siguiente:

*"**Cargo N° 1***

La sanción impuesta por la APS invoca el incumplimiento del punto 2 del Artículo 5 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008, el cual establece que es responsabilidad de la Entidad Gestora: "Tener los controles de calidad necesarios en lo concerniente a la captura de los datos del Beneficiario fallecido, Solicitante y testigos si corresponde, debiendo verificar la coincidencia plena de los datos registrados en los documentos, respecto a la captura de datos en los formularios y registros electrónicos correspondiente".

En la RA 486, al confirmar la sanción, la APS explica: "La captura de los datos en los formularios y registros electrónicos del Beneficiario fallecido, Solicitante y testigos si corresponde, lo realiza la Entidad Gestora cuando el Solicitante inicia el trámite para solicitar el pago de Gastos Funerales, es decir, el momento de suscribir el "Formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales", por lo que la normativa citada exige que la Entidad Gestora cuente con los controles de calidad necesarios para verificar que los datos capturados coincidan plenamente entre los documentos presentados, los registros en el "Formulario y el registro electrónico. En este sentido, no existe otro momento que en el de la suscripción del Formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales", para capturar los datos mencionados, debiendo verificar la coincidencia plena exigida".

Al respecto, reiteramos lo manifestado en el Recurso de Revocatoria AAGG-6545/2012, con relación all (sic) *punto 2 del Artículo 5 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008 establece que se debe "(...) verificar la coincidencia plena de los datos registrados en los documentos, respecto a la captura de datos en los formularlos y registros electrónicos correspondiente", pero la APS efectúa una consideración adicional no especificada en la norma, condicionando a que la "verificación de coincidencia plena" ocurra en el momento de la "captura de datos", lo cual no está establecido de esa forma en la norma correspondiente. Para determinar la validez o invalidez de la documentación presentada no es imprescindible la presencia del Solicitante, por lo que la verificación puede ocurrir en cualquier momento a partir de la "captura de datos". Por último, cabe mencionar que por definición, los controles de calidad no pueden ser efectuados por el mismo funcionario que efectuó la operación evaluada, lo cual en nuestro caso justifica la existencia de controles y verificaciones adicionales a los que se efectúan en la recepción de las solicitudes; controles que no deberían existir si se aplicara la*

consideración hecha por la APS en la RA 486, quedando solamente las auditorías a posteriori sobre trámites ya procesados y eventualmente pagados.

Por otra parte, la APS menciona como ejemplo de controles de calidad en la suscripción del Formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales al inciso (b) del Art. 12 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008, el cual indica: "Previa suscripción del formulario "Solicitud de Pago de Gastos Funerales", la AFP deberá: (...) Verificar que la documentación recibida sea la requerida para procesar el pago de Gastos Funerales, en el marco de lo establecido en el presente Manual, que sea legible en cuanto a las fotocopias y que los documentos originales no presenten alteraciones, borrones o enmiendas". Sin embargo, la infracción a esta norma no está considerada en la sanción efectuada por la APS con la RA 345, dado que se ha verificado en todos los casos que la documentación sea la requerida, sea legible y no presente alteraciones, demostrándose que esta verificación es totalmente diferente a lo que se establece en punto 2 del Artículo 5 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008, el cual sí es sancionado por la RA 345.

Finalmente, en la RA 486, la APS expresa con relación a la cuantificación de la sanción que "(...) además consideró que la conducta antijurídica del regulado es renuente (sic), éste es un elemento más que respalda el quantum de la multa ahora Impuesta; contrario sensu, no encuentra coherencia, lógica ni equilibrio el sancionar por un mismo monto cuando la Infracción es reiterada por más de una vez". Al respecto, estamos en obligación de aclarar que no existe renuencia o reincidencia de parte de nuestra Asociación como se expresa en las consideraciones de la RA 486, ya que la secuencia temporal de eventos desmiente esa afirmación: La más antigua sanción efectuada a nuestra Asociación por infracciones a la normativa de Gastos Funerales fue la R.A. AP/DJ/N° 260-2010, de fecha 27 de octubre de 2010 ("RA 260"), notificada a nuestra Asociación en esa misma fecha, acerca de fiscalización efectuada a trámites registrados en el primer semestre de 2009. La fecha de la RA 260 determina el momento más antiguo a partir del cual una sanción de la APS ocasionaría en nuestra Asociación la aplicación de medidas correctivas en sus procedimientos. La RA 345, objeto del presente recurso y notificada en fecha 5 de junio de 2012, sanciona a nuestra Asociación por solicitudes de Gastos Funerales presentadas entre enero y diciembre de 2010, la mayoría de esas fechas anteriores a la emisión de la RA 260; es decir, antes de identificarse infracciones que obliguen a efectuar correcciones en procedimientos; por lo que no puede existir reiteración que justifique el aumento de cuantificación de la sanción en eventos ocurridos antes de establecerse la existencia de cualquier infracción, como lo hizo la APS con la RA 260 recién a partir del 27 de octubre de 2010.

Cargo N° 2

La sanción impuesta por la APS invoca el incumplimiento del punto 4 del Art. 5 de la R.A. 091/2008, que establece que es responsabilidad de la Entidad Gestora: "Documentar e informar al solicitante los motivos del no pago, en caso de no dar curso algún trámite de pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario a partir de la fecha de recepción de la solicitud".
En las consideraciones de la RA 486, la APS indica que la norma invocada "(…) claramente exige que el trámite de Solicitud de Pago de Gastos Funerales anulado o rechazado

debe ser de conocimiento del Solicitante a través de un documento que permita en lo posterior verificar a esta Autoridad el cumplimiento de la normativa mencionada". Sin embargo, a pesar de mencionarla, omite considerar la explicación hecha por nuestra Asociación en la nota AAGG-6545/2012, en la que indicamos que "Las solicitudes rechazadas, identificadas por la APS como no comunicadas, fueron objeto de rechazo al momento de presentarse la solicitud. Por tal motivo, la documentación presentada en el trámite fue inmediatamente devuelta al Solicitante, sin necesidad de elaborarse una nota dirigida al mismo" con lo que reiteramos que el rechazo fue informado al Solicitante en el momento mismo de presentarse la solicitud, procediéndose con la devolución de toda la documentación, evidentemente en menos de los 30 días calendario fijados como plazo máximo en el punto 4 del Art. 5 de la R.A. 091/2008.

En nuestra nota AAGG-4067/2012, nuestra Asociación explicó que: "Como parte de nuestros procedimientos de control internos, en una primera etapa la verificación del trámite del Gasto Funeral puede ser rechazado o anulado en presencia del solicitante mediante nuestro personal de Atención al Cliente, la APS puede constatar que existe una segunda solicitud para estos casos observados. Sin embargo, en una segunda etapa, como resultado de una segunda verificación si el trámite no cumple con los requisitos y características establecidos en la Resolución Administrativa N° 091/2008, se rechaza el trámite y se envía nota AAGG para que la observación sea subsanada". En las consideraciones de la RA 486, la APS infiere de lo afirmado en nuestra nota AAGG-4067/2012, que la operativa interna de nuestra Asociación "(...) no le permite informar al Solicitante en plazo, sobre los motivos por los cuales no tiene curso el pago del Gasto Funeral".

Sin embargo, la deducción de la APS no se puede hacer lógicamente partiendo de nuestras afirmaciones, ya que en las mismas explicamos que en la primera etapa el rechazo ocurre en el momento de presentarse la solicitud, por lo que se informa al solicitante de inmediato; en la segunda etapa el rechazo es comunicado mediante nota y si bien en nuestra nota AAGG-4067/2012 no se han detallado los plazos en los cuales cada solicitud es rechazada, la APS no puede establecer automáticamente que se excede el plazo del punto 4 del Art. 5 de la R.A. 091/2008, existiendo en cada uno de los casos la evidencia de una nota de comunicación al Solicitante con la que la APS podría confirmar el cumplimiento de los plazos.

De todas maneras, esta última consideración sólo se hace para completar el razonamiento lógico de nuestra argumentación, ya que en la RA 345, la APS observa la ausencia de notificación escrita de rechazo al solicitante y no la existencia de una notificación de rechazo fuera de plazo, por lo que reiteramos que en todos los casos sancionados por la RA 345, el rechazo ocurrió en la primera etapa, es decir, al momento de presentarse la solicitud.

Por último, la APS expresa en las consideraciones de la RA 486 que "Lo anterior denota falta de responsabilidad con los Solicitantes que se encuentran a la espera del pago del beneficio. Por otro lado, el simple hecho de elaborar una segunda solicitud, denota falta de seriedad en el regulado, quien al contar con los datos suficientes para aceptar o rechazar una solicitud, debe diligentemente responder en el plazo establecido en

norma. Pues aceptar la práctica de una otra solicitud, es aceptar otro plazo a vencerse, y consecuentemente mayor tiempo de espera del solicitante". Al respecto, debemos indicar que la presentación de una solicitud posterior, típicamente en menos de 30 días calendario desde la presentación de la solicitud original rechazada, es evidencia de que el Solicitante fue informado oportunamente. De otra manera, no hubiese ingresado un nuevo trámite con la documentación debidamente regularizada.

Finalmente nos remitimos a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2012 de fecha 9 de febrero de 2012, mencionada por la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N0 460-2012 de fecha 29 de junio de 2012, que indica : "(..) al haberse dispuesto la anulación de la primera solicitud, hace que este trámite no exista, ya que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no debe olvidar que una de las consecuencias y efectos de la nulidad es que se retrotrae la tramitación del proceso hasta el vicio más antiguo, no existiendo por tanto, la primera solicitud, al haber perdido todo efecto legal (...)". Por lo que cualquier plazo se debe medir a partir de la recepción de una solicitud procesada y no a partir de la recepción de solicitudes que fueron rechazadas dentro de los plazos previstos normativamente y por tanto son nulas y carentes de efecto legal.

En base a lo anterior y en apego al Art. 66 de la LPA y del Art. 52 y siguientes del D.S. 27175, pedimos respetuosamente a Ud. proceda con la remisión al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros de los antecedentes correspondientes a la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 345-2012 de fecha 24 de mayo de 2012, para que el mencionado Viceministerio se pronuncie en relación a este Recurso Jerárquico…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En atención a la solicitud de la nota AA.GG.-9343/2012 presentada por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** en fecha 12 de septiembre de 2012, en fecha 28 siguiente se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos a la que, en representación de la entidad recurrente, asistieron el Lic. Felipe Daniel Murguía Ayllón, Gerente Renta Dignidad, y Lic. Luis Alfonso Ibáñez Montes, apoderado.

8. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota APS/8084/2012, recibida en fecha 17 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió la documentación complementaria que le fuera solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 068/2012 de 10 de octubre de 2012, conforme a la relación siguiente:

- Resolución Administrativa AP/DJ/N° 260/2010 de 27 de octubre de 2010, pronunciada por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificada a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** en fecha 5 de noviembre de 2010, por la que se resuelve:

  "…***PRIMERO.-*** *Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI,*

por los siguientes cargos:

a) ***Cargo Nº 1*** *con Amonestación por incumplimiento a lo establecido en el artículo 18 de la RA 091/2008, respecto al NUB 900002931.*

b) ***Cargo Nº 2*** *con Amonestación por incumplimiento a lo establecido en el inciso b) del artículo 24 de la RA 091/2008, respecto a los NUB 100176470y 220817814.*

c) ***Cargo Nº 3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a lo dispuesto en los incisos a) y m) del artículo 17 de la RA 091/2008, respecto al NUB 2208117814.*

d) ***Cargo Nº 4*** *una multa en Bolivianos equivalente a $us930,00 (NOVECIENTOS TREINTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción al punto 2 del artículo 5, artículo 8, inciso b) del artículo 12, y artículo 18 del Manual de Procedimientos para otorgar el Pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, aprobado mediante la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 091 de30 de enero de 2008, respecto a los sesenta y dos (62) casos detallados en la Nota de Cargos AP/DJ/2256/2010 de 09 de agosto de 2010.*

e) ***Cargo Nº 5*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.400,00 (UN MIL CUATROCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LSO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el inciso g (del artículo 17 de la RA 091/2008, respecto a los nueve (9) casos detallados en el Anexo B de la Nota de Cargos AP/DJ/2256/2010 de 09 de agosto de 2010.*

f) ***Cargo Nº 6*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us200,00 (DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo establecido en el punto 2 del artículo 5 de la RA 091/2008, respecto a los seis (6) casos con NUB: 500181476, 220938005, 200085246, 500327681, 900160716 y 800163039.*

Asimismo, por infracción al artículo 18 de la normativa antes mencionada respecto a los ocho (8) casos con NUB: 500181476, 220912119, 100098366, 500327681, 900160716, 700186505, 220409921 y 800163039.

g) ***Cargo Nº 7*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo establecido en el punto 5, del artículo 5 y en el inciso a) del artículo 12 de la RA 091/2008, respecto a los NUB 800167980 y 000062707.*

h) ***Cargo Nº 8*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us240,00*

(DOSCIENTOS CUARENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo establecido en el artículo 18 de la RA 091/2008, respecto a los veinticuatro (24) casos detallados en la parte considerativa del presente cargo…"

- Resolución Administrativa AP/DJ/N° 309/2010 de 24 de diciembre de 2010, pronunciada por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificada a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** en fecha 24 de diciembre de 2010, por la que se resuelve:

  "…***ÚNICO.-*** *Confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 260-2010 de 27 de octubre de 2010, emitida por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de pensiones – AP…*"

- Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC N° 154/2011 de 13 de julio de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificada a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** en fecha 20 de julio de 2011, por la que se resuelve:

  "…***PRIMERO.-*** *Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, por los siguientes cargos:*

  a) Cargo N° 1 *con una multa en Bolivianos equivalente a $us160,00 (CIENTO SESENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el punto 2 del artículo 5° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, respecto a los ocho (8) casos observados.*

  b) Cargo N° 5 *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en los incisos a) y m) del artículo 17° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, respecto al caso observado.*

  c) Cargo N° 6 *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.095,00 (UN MIL NOVENTA Y CINCO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el punto 2 del artículo 5°, artículo 8° y el inciso b) del artículo 12° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, respecto a los doscientos diez y nueve (219) casos observados.*

  d) Cargo N° 7 *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.100.00 (UN MIL CIEN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el inciso g) del artículo 17° de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, respecto a los diez (10) casos observados.*

  e) Cargo N° 9 *con una multa en Bolivianos equivalente a $us500,00*

(QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el inciso i) del artículo 17º de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, respecto al caso observado.

f) ***Cargo Nº 10*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 18º de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, respecto a los quinientos veinte y siete (527) casos observados…*"

Asimismo y mediante la misma nota APS/8084/2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros informa lo siguiente:

"(…)

- *Dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio denominado "Revisión a Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales de los meses de febrero 2009 a julio de 2009, reportados por la Entidad Gestora a la AP", se tiene emitida la Resolución Administrativa AP/DJ/No.309-2010 de 24 de diciembre de 2010 que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/No.260-2010 de 27 de octubre de 2010; la cual se halla firme en sede administrativa al no haber interpuesto el regulado Recurso Jerárquico.*

- *En el Proceso Administrativo Sancionatorio denominado "Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales de los meses agosto 2009 a enero 2010, reportados por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI a la ex AP", se tiene emitida la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 154-2011 de 13 de julio de 2011; la cual se halla firme en sede administrativa al no haber interpuesto el regulado Recurso de Revocatoria…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Dentro del proceso de validación de las Solicitudes de Pagos de Gastos Funerales reportados por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** entre el 1º de junio de

2010 al 31 de enero de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a través de su Dirección de Prestaciones No Contributivas, encontró observaciones a los trámites que constan en la nota DPNC 7102/2011 de 20 de marzo de 2010, las mismas que sustanciadas, dieron lugar a la imposición de los cargos que constan en la nota APS/DJ/DPNC/2403/2012 de fecha 30 de marzo de 2012.

A su vez, corridos los trámites inherentes al proceso administrativo sancionador, se impuso la multa a la Entidad Gestora **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** por incumplimiento a lo establecido "*en el punto 2 del artículo 5 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008*" (Cargo Nº 1), "*en el punto 4 del artículo 5 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008*" (Cargo Nº 2), "*en el artículo 18 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008*" (Cargo Nº 3), y "*en el punto b. del artículo 24 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008 y el primer párrafo del punto I. de la Circular SPVS/IP/35/2008 de 31 de marzo de 2008*" (Cargo Nº 4).

A su turno, impugnadas las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012 y APS/DJ/DPC/Nº 486-2012 de 13 de julio de 2012, toca al presente pasar a resolver el Recurso Jerárquico emergente, dejando constancia de la inexistencia de fundamento alguno que refiera afectación, lesión o perjuicio que acuse la recurrente, con referencia a los Cargos Nº 3 y Nº 4, por cuanto la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** no ha manifestado ningún agravio contra los mismos, motivo por el que ésta instancia jerárquica considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta, postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico, por tanto, conforme consta en el Recurso Jerárquico, y que en observancia del artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Proceso Administrativo, determina que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración de los Cargos Nº 1 y Nº 2, conforme consta en el numeral infra siguiente.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Cargo Nº 1.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, por incumplimiento al punto 2, artículo 5º, Anexo I, de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, al evidenciar que en ciento dieciséis (116) Solicitudes de Gastos Funerales, capturó incorrectamente los datos del Beneficiario fallecido, Solicitante y/o testigos según correspondía.

En su Recurso Jerárquico, la recurrente alega que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha efectuado una consideración adicional, condicionando el que la verificación de coincidencia plena de los datos consignados en los documentos (respecto a la captura de datos en los formularios y los registros electrónicos), ocurra en el momento de la captura de datos, lo cual no está establecido en la norma, toda vez que -según la recurrente- para la validez o invalidez de la documentación presentada, no es imprescindible la presencia del solicitante, siendo que dicha verificación puede ocurrir en cualquier momento a partir de la captura de datos, además que debido a que los controles

de calidad no pueden ser efectuados por un mismo funcionario, lo que justifica la existencia de controles y verificaciones adicionales que se efectúan en la recepción de las solicitudes.

A efectos de la compulsa necesaria, importa revisar lo establecido en el Anexo I, de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008:

> "…***ARTÍCULO 5º (RESPONSABILIDADES DE LA AFP).*** *Es responsabilidad de la AFP:* (…)
>
> *2. Tener los controles de calidad necesarios en lo concerniente* ***a la captura de los datos*** *del Beneficiario fallecido, Solicitante y testigos si corresponde, debiendo verificar la coincidencia plena de los datos consignados en los documentos, respecto a la captura de datos en los formularios y registros electrónicos correspondientes* (…)
>
> ***ARTÍCULO 8º (DOCUMENTOS REQUERIDOS PARA LA SOLICITUD DE GASTOS FUNERALES)*** (…)
>
> *La AFP deberá verificar que los documentos citados precedentemente no presente borrones o enmiendas y que los datos sean iguales a los que registra el Documento de Identidad del Beneficiario fallecido* (…)
>
> ***ARTICULO 12º (RECEPCIÓN DE SOLICITUDES).*** *Previa suscripción del formulario de "Solicitud de Pago de Gastos Funerales", la AFP deberá:* (…)
>
> *b) Verificar que la documentación recibida sea la requerida para procesar el pago de Gastos Funerales, en el marco de lo establecido en el presente Manual, que sea legible en cuanto a las fotocopias y que los documentos originales no presenten alteraciones, borrones o enmiendas*…"
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la normativa señalada, resulta que no corresponde la aseveración realizada por la recurrente, toda vez que previa a la suscripción del Formulario de Solicitud de Gastos Funerales y, por tanto, **a la captura de datos en los formularios y registros electrónicos correspondientes**, es responsabilidad de la Entidad Gestora aplicar controles de calidad, verificando que la documentación presentada por el Solicitante no cuente con borrones o enmiendas, que sea legible, que exista coincidencia plena entre la documentación presentada y los datos registrados en la Base de Datos, y que cumpla los requisitos para acceder al pago.

Por lo que en cumplimiento a lo establecido en el Manual de Procedimientos para otorgar el Pago del Beneficio de Gastos Funerales, la Entidad Gestora debió contar con controles que permitan detectar las observaciones de manera previa a la captura de datos del Beneficiario, del Solicitante y/o testigos si corresponde.

Asimismo, cabe aclarar que la sanción en concreto está referida a la captura incorrecta "*de los datos del Beneficiario fallecido, Solicitante y/o testigos si corresponde*" en ciento dieciséis (116) casos de Solicitudes de Pagos de Gastos Funerales, en infracción al punto 2, artículo 5º, del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 091 de 30 de enero de

2008, resultando que los descargos no condicen, toda vez que, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** ha basado su defensa en la existencia de "*procedimientos de control interno necesarios para la verificación de las solicitudes de Gasto Funeral antes de que el pago sea habilitado,… con el fin de precautelar la coincidencia plena de los datos consignados en la documentación respecto a la captura de datos*"(nota AA.GG.-4067/2012 de fecha 09 de mayo de 2012), así como que "*se ha verificado en todos los casos que la documentación sea la requerida, sea legible y no presente alteraciones*"(nota AA.GG.-7820/2011 (sic) de 1° de agosto de 2012), es decir, a los mecanismos ulteriores a la captura, extremo que no se encuentra entre los controvertidos.

Por lo tanto, independientemente que la Entidad Gestora haya realizado la verificación de coincidencia plena de los datos consignados en los documentos en diferentes etapas del proceso, es evidente que al realizar el registro de solicitudes que presentaban observaciones realizó una incorrecta captura de los datos del Beneficiario fallecido, Solicitante y/o testigos si correspondiera, incumpliendo lo establecido en normativa vigente, ya que realizó en el sistema registros innecesarios de Solicitudes de Gastos Funerales que no correspondían.

Asimismo, se tiene que existieron solicitudes que fueron capturadas en el sistema más de una vez para un mismo Beneficiario fallecido, por lo que indistintamente de que se hubiera dado curso al pago de Gastos Funerales de manera posterior, se tiene que once (11) casos fueron registrados en tres oportunidades y ciento cinco (105) casos fueron registrados dos veces en el sistema, lo cual demuestra que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** realizó una captura de Solicitudes de Gastos Funerales que presentaban observaciones, no debiendo realizar su registro, ya que al evidenciar que en una primera ocasión existieron observaciones, previa a una segunda captura de datos en los formularios y registros electrónicos correspondientes, tenía la obligación de aplicar controles a fin de evitar capturas que no correspondían, en varias oportunidades.

La Entidad Gestora no debe olvidar que, como responsable del pago de los Gastos Funerales, debe contar con una adecuada Base de Datos de Solicitudes de Gastos Funerales, evitando el incumplimiento de la norma.

Por lo que es evidente que la Entidad Gestora realizó una incorrecta captura de los datos del Beneficiario fallecido, Solicitante y/o testigos si correspondía, en los formularios y registros electrónicos correspondientes, en ciento dieciséis (116) Solicitudes de Pagos de Gastos Funerales, en infracción a lo establecido en el punto 2, artículo 5º, del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 091 de 30 de enero de 2008.

2.1.1. De la renuencia y de la reincidencia.-

La Entidad Gestora señala en su Recurso Jerárquico que:

> "…*en la RA 486, la APS expresa con relación a la cuantificación de la sanción que "(...) además consideró que la conducta antijurídica del regulado es renuente (sic), éste es un elemento más que respalda el quantum de la multa ahora Impuesta; contrarío sensu, no encuentra coherencia, lógica ni equilibrio el sancionar por un mismo monto cuando la Infracción es reiterada por más de una vez*".

Al respecto, estamos en obligación de aclarar que no existe renuencia o reincidencia de parte de nuestra Asociación como se expresa en las consideraciones de la RA 486, ya que la secuencia temporal de eventos desmiente esa afirmación: La más antigua sanción efectuada a nuestra Asociación por infracciones a la normativa de Gastos Funerales fue la R.A. AP/DJ/N° 260-2010, de fecha 27 de octubre de 2010 ("RA 260"), notificada a nuestra Asociación en esa misma fecha, acerca de fiscalización efectuada a trámites registrados en el primer semestre de 2009. La fecha de la RA 260 determina el momento más antiguo a partir del cual una sanción de la APS ocasionaría en nuestra Asociación la aplicación de medidas correctivas en sus procedimientos. La RA 345, objeto del presente recurso y notificada en fecha 5 de junio de 2012, sanciona a nuestra Asociación por solicitudes de Gastos Funerales presentadas entre enero y diciembre de 2010, la mayoría de esas fechas anteriores a la emisión de la RA 260; es decir, antes de identificarse infracciones que obliguen a efectuar correcciones en procedimientos; por lo que no puede existir reiteración que justifique el aumento de cuantificación de la sanción en eventos ocurridos antes de establecerse la existencia de cualquier infracción, como lo hizo la APS con la RA 260 recién a partir del 27 de octubre de 2010…"

Corresponde aquí el siguiente análisis:

a) Resulta evidente que en la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 486-2012 de 13 de julio de 2012, el Ente Regulador señaló:

> "…*Mediante las Resoluciones Administrativas AP/DJ/N° 260-2010 de 27 de octubre de 2010 y APS/DJ/DPNC/N° 154-2011 de fecha 13 de julio de 2011 se sancionó el incumplimiento al punto 2 del Artículo 5 del Anexo 1 de la R.A. 091/2008 en casos diferentes a los actualmente observados,* ***determinándose en este sentido la reincidencia*** *en la norma incumplida.*
>
> *Finalmente el regulado hace la comparación de la norma y los montos impuestos como sanción anteriores a la R.A.345-2012; y de cuyo análisis se establece que las sanciones aplicadas en el pasado al regulado fueron por la misma tipología factico-normativa y, que si bien los montos tienen una variación ello responde a la evaluación integral por esta Autoridad de la infracción y sus consecuencias (preterintencionalidad) que ésta acarrea en cuanto a la correcta administración de la Renta Dignidad, pero* ***además consideró que la conducta antijurídica del regulado es renuente, este es un elemento más*** *que respalda el quantum de la multa ahora impuesta; contrario sensu no encuentra coherencia, lógica ni equilibrio el sancionar por un mismo monto cuando la infracción es reiterada por más de una vez.…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La lectura del último párrafo en particular, permite determinar la confusión en lo expresado por el Ente Regulador, el que habla de la concurrencia en el caso, de dos figuras distintas como agravantes de la infracción: la renuencia y la reincidencia.

No obstante, de la revisión de la sancionatoria Resolución Administrativa

APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012, se tiene que el criterio utilizado para la imposición de la sanción, por parte de la entidad ahora recurrida, fue el siguiente:

> "…*Del análisis de los descargos presentados por la Entidad Gestora resulta evidente que la misma no efectuó los controles de calidad necesarios al momento del llenado del formulario de Solicitud de Pago de Gastos Funerales, generando como consecuencia inconsistencia en la información reportada, motivo por el cual en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se considera que existió preterintencionalidad en la conducta de la Entidad Gestora, además* ***existen antecedentes de haberse sancionado al regulado por la misma normativa en anterior oportunidad (Resolución Administrativa AP/DJ/N° 260-2010 de 27 de octubre de 2010 y Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/N° 154-2011 de 13 de julio de 2011), por lo cual la presente infracción es reincidente al infringir la misma normativa****, asimismo se advierte que no existió daño económico, razón por la cual se impone una sanción de multa por infracciones leves en Bolivianos, equivalente a $us3.480,00 (Tres mil cuatrocientos ochenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por los ciento dieciséis casos (116) casos a $us30,00 (Treinta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cada uno*…"

Entonces y contrariamente a lo afirmado por el Ente Regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 486-2012, **la renuencia como elemento agravante de la sanción, no fue considerada por la misma a tiempo de imponer la sanción**.

Ante tal contradicción, conviene remitirse a los fundamentos de la sanción, conforme fueran expuestos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012.

b) En cuanto a la reincidencia, ha sido considerada por el Ente Regulador, dentro del marco del artículo 287º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el que a la letra señala que:

> "…*Las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:* (…)
>
> *b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para* ***conductas reiterativas*** *de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, la reincidencia es uno de los extremos que hacen al principio de proporcionalidad previsto por el artículo 75º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), por cuanto constituye un elemento que hace a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y de la sanción aplicada, por lo

que resulta pertinente mencionar el precedente administrativo en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 de 4 de mayo de 2011:

> "…*el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material* (...)
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que lo hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) naturaleza de los perjuicios causados,* ***c) la reincidencia en la comisión***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este sentido, en una primera aproximación al tema y en relación a la expresión que sale en la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012, en sentido que:

> "…*existen antecedentes de haberse sancionado al regulado por la misma normativa en anterior oportunidad (Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 260-2010 de 27 de octubre de 2010 y Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 154-2011 de 13 de julio de 2011), por lo cual la presente infracción es reincidente al infringir la misma normativa,…*"

Se tiene que conforme a la nota APS/8084/2012 de 15 de octubre de 2012,
"(…)

- *Dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio denominado "Revisión a Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales de los meses de febrero 2009 a julio de 2009, reportados por la Entidad Gestora a la AP", se tiene emitida la Resolución Administrativa AP/DJ/No.309-2010 de 24 de diciembre de 2010 que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/No.260-2010 de 27 de octubre de 2010; la cual se halla firme en sede administrativa al no haber interpuesto el regulado Recurso Jerárquico.*

- *En el Proceso Administrativo Sancionatorio denominado "Solicitudes y Pagos de Gastos Funerales de los meses agosto 2009 a enero 2010, reportados por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI a la ex AP", se tiene emitida la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 154-2011 de 13 de julio de 2011; la cual se halla firme en sede administrativa al no haber interpuesto el regulado Recurso de Revocatoria…*"

Asimismo y de la revisión de los artículos primero, incisos d) y f), de la precitada Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 260-2010 de 27 de octubre de 2010, y primero, inciso a), de la también aludida Resolución Administrativa APS/DPNC/Nº 154-2011 de 13 de julio de 2011, como de su compulsa con el artículo primero, inciso a), de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 -que hace al caso de autos-, se tiene que así como todas la señaladas importan sanción por infracción al artículo 5º, numeral 2, del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, todas han sido impuestas a la misma infractora, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**.

Empero además y revisados los restantes antecedentes que cursan en el expediente, se tiene que a tiempo del pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012, las Resoluciones Administrativas AP/DJ/Nº 260-2010 de 27 de octubre de 2010 y APS/DPNC/Nº 154-2011 de 13 de julio de 2011, importaban procesos administrativos concluidos, toda vez que habían adquirido suficiente firmeza administrativa, conforme la relación que sigue en la mencionada nota APS/8084/2012 de 15 de octubre de 2012, supra transcrita, y toda vez que las Resoluciones Administrativas AP/DJ/No. 309-2010 de 24 de diciembre de 2010 y APS/DJ/DPNC/No. 154-2011 de 13 de julio de 2011 (que allí se señalan), fueron notificadas en fechas **24 de diciembre de 2010** y **20 de julio de 2011**, respectivamente, sin que hubieren merecido ningún recurso o acción ulterior.

Entonces, a tiempo del pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012, la misma conducta que por la misma se sanciona, había sido ya sancionada en dos casos anteriores, justificando la aplicación de un criterio de reincidencia como agravante para la nueva sanción.

No obstante, se debe tener presente que cuando la recurrente señala:

> "…*la secuencia temporal de eventos desmiente esa afirmación: La más antigua sanción efectuada a nuestra Asociación por infracciones a la normativa de Gastos*

Funerales fue la R.A. AP/DJ/Nº 260-2010, de fecha 27 de octubre de 2010 ("RA 260"), notificada a nuestra Asociación en esa misma fecha, acerca de fiscalización efectuada a trámites registrados en el primer semestre de 2009. ***La fecha de la RA 260 determina el momento más antiguo a partir del cual una sanción de la APS ocasionaría en nuestra Asociación la aplicación de medidas correctivas en sus procedimientos.*** *La RA 345, objeto del presente recurso y notificada en fecha 5 de junio de 2012, sanciona a nuestra Asociación por solicitudes de Gastos Funerales presentadas entre enero y diciembre de 2010,* ***la mayoría de esas fechas anteriores a la emisión de la RA 260; es decir, antes de identificarse infracciones que obliguen a efectuar correcciones en procedimientos****; por lo que no puede existir reiteración que justifique el aumento de cuantificación de la sanción en eventos ocurridos antes de establecerse la existencia de cualquier infracción, como lo hizo la APS con la RA 260 recién a partir del 27 de octubre de 2010…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con ello, la recurrente pretende que, habiendo sucedido "*la mayoría*" de las infracciones del presente caso, cuando aún las de los casos anteriores no habían ganado firmeza administrativa, no corresponde ahora imponerse criterio agravante referido a lo mismo.

Tal presupuesto, sin embargo, importa que la recurrente ha confundido la oportunidad de la infracción con la oportunidad de la sanción firme, por cuanto, lo que en la generalidad de los casos se ha sancionado es el incumplimiento al artículo 5º, numeral 2, del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091, pronunciada por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) el **30 de enero de 2008**, resultando que desde está última fecha, tal conducta es plenamente sancionable.

Por tanto, no puede la recurrente alegar desconocimiento al carácter sancionable de la misma, so pretexto de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no se lo había dicho oportunamente y a manera de resolución procesal definitiva a casos anteriores por igual infracción; antes mas bien, ello determina que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** no actuó con diligencia y con la responsabilidad suficiente que le es exigible, por cuanto y mas allá de la existencia de los otros dos procesos administrativos anteriores, era conocedora de la vigencia del artículo 5º, numeral 2, del Anexo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 091 de 30 de enero de 2008, pronunciada por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), como de su trascendencia y las implicaciones que su eventual incumplimiento le acarrearía, no obstante lo cual, incurrió nuevamente en la infracción a la norma señalada.

2.2. Cargo Nº 2.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI,** por incumplimiento a lo establecido en el punto 4, artículo 5º, Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, al advertir que en doscientos once (211) casos de Solicitudes de Pago de Gastos Funerales, no presentó a la Autoridad la documentación donde se informa al Solicitante los motivos de no dar curso al trámite del pago solicitado, en el plazo establecido.

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que las solicitudes identificadas como no comunicadas a los solicitantes, fueron objeto de rechazo a momento de presentarse la solicitud, por lo que se informó al Solicitante oportunamente, en menos de los treinta (30) días establecidos en norma, el motivo del rechazo, de otra manera no hubiese ingresado una nueva solicitud.

Asimismo, señala que como parte de sus procedimientos de control interno, en una segunda etapa el rechazo es comunicado mediante nota y si bien mediante cite AA.GG.-4067/2012 no se detalló el plazo en que cada solicitud fue rechazada, no se puede establecer automáticamente que se excedió el plazo establecido en normativa vigente.

Al respecto, el punto 4, artículo 5º, Anexo I, de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, señala que es responsabilidad de la Entidad Gestora:

> *"4. **Documentar e informar** al Solicitante los motivos del no pago, en caso de no dar curso algún trámite de pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario a partir de la fecha de recepción de la solicitud…"*
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Tal como se puede apreciar de la norma transcrita, se establece claramente que la Entidad Gestora tiene la responsabilidad de **documentar** e **informar** al Solicitante el motivo por el cual no se dará curso a su Solicitud de Pago de Gastos Funerales, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

Documentar es, al tenor del diccionario, "*Probar, justificar la verdad de algo con documentos*"; aplicado lo mismo al caso de autos, hace imprescindible la existencia de algún documento que evidencie la comunicación escrita al Solicitante, informando el motivo del rechazo de su trámite.

Si bien la Entidad Gestora señala que en todos los casos se informó el rechazo al Solicitante de manera inmediata (a tiempo de la presentación de la solicitud, entonces en menos de los treinta días a los que se refiere la norma), dicha aseveración no es admisible toda vez que de acuerdo a lo establecido en el punto 4 del artículo 5º, Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, **ésta comunicación debió ser documentada**.

Por lo tanto, independientemente de que sólo hubieran ingresado nuevos trámites con la documentación debidamente regularizada, la Entidad Gestora tenía la obligación de documentar e informar los motivos por los cuales no se podía dar curso a las solicitudes rechazadas.

Al respecto, la recurrente pretende que: "*cualquier plazo se debe medir a partir de la recepción de una solicitud procesada y no a partir de la recepción de solicitudes que fueron rechazadas dentro de los plazos previstos normativamente y por tanto son nulas y carentes de*

efecto legal", amparándose para ello en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2012 de 9 de febrero de 2012, la que señaló que "*al haberse dispuesto la anulación de la primera solicitud, hace que este trámite no exista*"; no obstante, tal criterio es inherente al proceso sancionador al que correspondía tal Resolución Ministerial Jerárquica, mientras que el caso de autos se refiere al incumplimiento al punto 4, artículo 5º, del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, correspondiente a documentar e informar al Solicitante el motivo del no pago, en caso de no dar curso al trámite de Gastos Funerales.

Entonces y en líneas generales, si bien la anulación de la primera solicitud hace a la consiguiente inexistencia del trámite, lo mismo no extinguía la responsabilidad de la Entidad Gestora de documentar e informar el motivo del rechazo del trámite suscrito, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la norma.

Ahora bien, de los antecedentes que se cuenta en el presente caso de autos, si bien mediante nota AA.GG.-4067/2012 de 9 de mayo de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** informó los cites con los que comunicó el rechazo a algunos Solicitantes (independientemente de que no se hubiera informado la fecha de su notificación), tales comunicaciones no corresponden a la generalidad de solicitudes presentadas, es decir que, existen casos que cuentan con más de tres solicitudes para un mismo Beneficiario fallecido, sin embargo, la Entidad Gestora sólo remite descargo para una de ellas y no así para todas las solicitudes rechazadas al mismo Beneficiario, haciendo inaceptables los descargos presentados, toda vez que la Entidad Gestora debió documentar el motivo por el cual no se dio curso a la solicitud, para cada trámite presentado, conforme lo señala la normativa vigente.

Sin perjuicio de ello, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012 señaló lo siguiente:

> "*…Revisada la documentación presentada en los descargos… sesenta y un (61) casos las notas fueron remitidas a los Solicitantes comunicando el motivo del rechazo y/o anulación del trámite suscrito, previo a la habilitación del pago del Beneficio. Por lo cual el incumplimiento a la normativa imputada en estos sesenta y un (61) casos se levanta…*"

Sin embargo, de los antecedentes que se tiene en el presente caso de autos, de los casos levantados, los NUB: 400190307 y 600127826 cuentan con tres Solicitudes suscritas, dos de ellas rechazadas, de las cuales mediante nota AA.GG.-4067/2012 de 9 de mayo de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI,** presentó los siguientes descargos:

NUB	SOLICITUD GF-1		DESCARGOS	SOLICITUD GF-2		DESCARGOS	SOLICITUD GF-3		OBSERVACIÓN
	Nº	FECHA		Nº	FECHA		Nº	FECHA	
400190307	95973	24/02/ 2010	**AA.GG.- 1379/2010**	129000	30/06/ 2010	**VERIFICACIÓN INTERNA**	141617	18/08/ 2010	HABILITÓ EL PAGO
600127826	149617	15/09/ 2010	**VERIFICACIÓN INTERNA**	153586	30/09/ 2010	**AA.GG.- 8739/2010**	160802	28/10/ 2010	HABILITÓ EL PAGO

Por lo tanto, es evidente que la Entidad Gestora, en estos dos casos, sólo remitió el descargo para una de las solicitudes rechazadas y no para las restantes, como correspondía y conforme sucedió en otros casos, existiendo una contradicción en el proceder de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por cuanto en definitiva, utiliza distintos criterios de evaluación para casos similares.

Por todo lo señalado, es evidente que la Entidad Gestora tenía la responsabilidad de documentar e informar el motivo por el cual no se dio curso a cada una de las Solicitudes de Gastos Funerales presentadas por el Solicitante, correspondiendo la imputación de la infracción por incumplimiento a lo establecido en el punto 4º, del artículo 5 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la **confirmación** de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 486-2012 de 13 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 476-2012 DE 11 DE JULIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 074/2012 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 074/2012

La Paz, 11 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 476-2012 de 11 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 237-2012 de 18 de abril de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 045/2012 de 29 de octubre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 144/2012 de 26 de noviembre de 2012, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 2 de agosto de 2012, **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.** representada legalmente por su Gerente de Administración y Medios Heidy Yobana Aguilera Rosado, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 513/2012, de 11 de abril de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 476-2012 de 11 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 237-2012 de 18 de abril de 2012.

Que, en fecha 8 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 476-2012 de 11 de julio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 9 de agosto de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA PREVISIÓN AFP S.A**. mismo que fue notificado el 16 de agosto de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/5923/2011 de 28 de diciembre de 2011, notifica a **BBVA PREVISIÓN AFP S.A**., con las contravenciones en las que habría incurrido la entidad, conforme el siguiente texto:

"II.- IMPUTACIÓN DE CARGOS:

CARGO Nº 1

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.
Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador:** Batallón de Seguridad Física con NIT 1026471026.*
***Recargo:** Asegurado Víctor Villafuerte Alcázar con CUA 26415422.*
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido del 19 de junio de 2007 al 14 de abril de 2009.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Quinto de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz.*
- *Nota de Débito N° 5678 de 12 de junio de 2006, emitida por concepto de Recargos por el monto de 24.750,31 UFV, al respecto, la demanda iniciando el PES correspondiente fue presentada en fecha 19 de junio de 2006.*
- *El Juez mediante Auto de 29 de junio de 2006, intima a la parte demandada al pago de lo adeudado dentro del tercer día de su legal notificación.*
- *Mediante representación de 07 de septiembre de 2006, efectuada por el oficial de diligencias se comunica al Juez que el representante del Batallón de*

Seguridad no pudo ser hallado en la misma fecha de la representación, para su legal notificación con la demanda.

- *Mediante memorial de 17 de enero de 2007, la parte demandante, solicita anotación preventiva sobre bienes de propiedad del demandado.*
- *En cumplimiento del Auto de 29 de junio de 2007, el representante del Batallón de Seguridad Física mediante memorial de 04 de junio de 2007, solicita se proceda mediante el Viceministerio de Tesoro y Crédito Público, a la retención de fondos propios de la entidad demandada a fin de cubrir lo adeudad* (sic) *al SSO.*
- *El demandado contesta la demanda planteada por la Administradora en fecha* ***19 de junio de 2007.***
- *Asimismo, el demandado mediante memorial de* ***14 de abril de 2009****, se apersona un* (sic) *nuevo representante legal, sin que la AFP presente actuado alguno.*
- *Se puede evidenciar que desde el* ***19 de junio de 2007*** *al* ***14 de abril de 2009, existen seiscientos sesenta y cinco (665) días sin movimiento procesal*** *por parte de la AFP, evidenciadas en el expediente remitido a esta Autoridad.*

CARGO Nº 2

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

Empleador: *Honorable Alcaldía Municipal de Minero con NIT 126693021.*
Recargo: *Asegurado Percy Ríos Suárez con CUA 32292223.*
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido desde el inicio del proceso hasta el memorial de 22 de septiembre de 2008, asimismo, entre la emisión de la sentencia hasta el memorial de 18 de agosto de 2009.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz.*
- *Nota de Débito Nº 5165 de 16 de febrero de 2006, emitida por el concepto de Recargos por el monto de 49.574,17 UFV, al respecto, la demanda iniciando el PES correspondiente fue presentada en fecha 13 de marzo de 2006.*
- *El Juez mediante Auto de 12 de enero de 2007, intima a la parte demandada al pago de lo adeudado dentro del tercer día de su legal notificación. Asimismo, el Juez ordena Comisión Instruida al Juez de Instrucción de la Localidad de Minero del Departamento de Santa Cruz, para hacerle conocer del proceso iniciado en contra de la Honorable Alcaldía Municipal de Minero y asimismo, proceda a citar al demandado con la demanda.*

- *Mediante representación de 19 de abril de 2007, efectuada por la oficial de diligencias del Juzgado de Minero se comunica al Juez que el representante de la Honorable Alcaldía Municipal de Minero no pudo ser hallado en la misma fecha de la representación, para su respectiva notificación con la demanda.*
- *El Juez mediante nota N° 1.061/07 de 29 de noviembre de 2007, solicita al Viceministerio de Tesoro y Crédito Público, la retención de fondos, que pudiese tener la Honorable Alcaldía Municipal de Minero correspondiente a $us49.574,17 dólares americanos adeudados por Recargos ya que el juez al momento de oficiar la retención de fondos por el Recargo adeudado tomó en cuenta el monto en dólares y no en UFV por una supuesta equivocación.*
- *El Banco de Crédito, mediante nota No IRP-0012/2008 de* ***17 enero de 2008,*** *hace conocer al Juez la solicitada retención de fondos a la Honorable Alcaldía Municipal de Minero por el monto de Bs381.225,36 equivalentes a $us49.574,17 dólares americanos al tipo de cambio de esa fecha.*
- *Mediante memorial de* ***22 de septiembre de 2008,*** *la parte demandante solicita la remisión de fondos retenidos para el pago de lo adeudado.*
- *Se puede evidenciar que desde el* ***17 de enero de 2008*** *al* ***22 de septiembre de 2008, se constata paralización injustificada de las actuaciones procesales*** *por parte de la AFP, evidenciada en el expediente remitido a esta Autoridad.*
- *Asimismo se advierte inactividad procesal en razón a que en fecha* ***07 de marzo de 2009,*** *se dicta sentencia probatoria a favor del demandante BBVA Previsión AFP S.A., y mediante memorial de* ***18 de agosto de 2009,*** *el regulado recién solicita el desglose y endose del depósito judicial realizado a favor del Consejo de la Judicatura.*

CARGO N° 3

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

Empleador: *D Silvester con RUC 4561465.*
Recargo: *Asegurada Luz Ivonne Zorrilla Tejada con NUA 22094076.*
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido de diciembre de 2008 al* (sic) *septiembre de 2009.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Séptimo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de La Paz.*

- *Nota de Débito N° 6210-31 de 21 de febrero de 2008, emitida por concepto de Recargos por el monto de 164.601,07 UFV, al respecto, la demanda iniciando el PES correspondiente fue presentada en fecha 05 de marzo de 2008.*
- *Mediante memorial de 04 de abril de 2008, la parte demandante solicita se dicte Auto Intimatorio de Pago, a lo que el Juez mediante decreto de 05 de abril de 2008, instruye aclarar el tipo de moneda en la cual se está demandando y los períodos que la empresa demandada dejó de cancelar.*
- *El nuevo representante de BBVA Previsión AFP S.A., se apersona mediante memorial presentado en el mes de* ***diciembre de 2008.***
- *Mediante memorial de* ***15 de septiembre de 2009,*** *la parte demandante adjunta la documentación solicitada por el Juez a través del decreto de 05 de abril de 2008.*
- *Se puede evidenciar que desde el mes de* ***diciembre 2008*** *al* ***15 de septiembre 2009, transcurren alrededor de doscientos cincuenta y ocho (258) días sin movimiento procesal*** *por parte de la AFP, tomando en cuenta para la valoración el último día hábil del mes de diciembre ya que ese dato no se encuentra en el expediente remitido a esta Autoridad.*
- *El Juez decreta en fecha 26 de septiembre de 2009, que antes de proseguir con el proceso la AFP debe adecuar la demanda con relación a la moneda de circulación oficial del país.*

CARGO N° 4

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

Empleador: *Sociedad Nacional Textil S.A. con NIT 1004613020.*
Recargo: *Asegurado Félix Edgar Tantani Ticona con CUA 25989017.*
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido entre la emisión de la Sentencia y el último actuado de la AFP, se constata paralización procesal injustificada.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de La Paz.*
- *Nota de Débito N° 6210-1 de 19 de octubre de 2006, emitida por concepto de Recargos por el monto de 168.493,88 UFV, al respecto, la demanda iniciando el PES correspondiente fue presentada en fecha 24 de noviembre de 2006.*

- *Mediante decreto de 07 de diciembre de 2006, el Juez instruye se aclare los períodos que corresponde el Recargo demandado previo a la admisión de lo solicitado.*
- *La parte demandante, mediante memorial admitido en fecha 14 de mayo de 2007, solicita al Juez, ponga a la vista el expediente que se encontraba en lista de pre - archivo, misma solicitud es otorgada por el Juez en fecha 15 de mayo de 2007.*
- *Mediante memorial admitido en fecha 05 de septiembre de 2007, la parte demandante solicita se notifique a la parte contraria con los últimos actuados mediante cédula.*
- *El Juez dicta Auto Intimatorio de Pago, en fecha 26 de octubre de 2007, para que el demandado pague dentro del tercer día de su legal notificación.*
- *Mediante memorial de 07 de marzo de 2008, se solicita se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales información respecto al domicilio así como el nombre del actual representante legal de Sociedad Nacional Textil S.A.*
- *El Juez determina mandamiento de embargo sobre los bienes de propiedad de la parte demandada hasta la suma de 168.493,88 UFV, en fecha 10 de abril de 2008.*
- *Se solicita se dicte sentencia mediante memorial de 13 de agosto de 2008.*
- *En fecha **25 de agosto de 2008**, se dicta sentencia probatoria a favor del demandante, BBVA Previsión AFP S.A.*
- *Mediante memorial de **21 de enero de 2009**, se solicita la ejecutoría de la sentencia.*
- *Se puede evidenciar que desde el **25 de agosto de 2008** al **21 de enero de 2009, se constata paralización injustificada de las actuaciones procesales** por parte de la AFP, evidenciada en el expediente remitido a esta Autoridad.*

CARGO Nº 5

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador:** I.M.E. Campoverde S.R.L. con NIT 120693028.*
***Recargo:** Asegurado Julio Edgar Zambrana Molina con CUA 21902094.*
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Posterior al Auto de 29 de noviembre de 2008 hasta la fecha de la revisión, no se evidencian más actuados procesales, por lo que existirían indicios de abandono al proceso.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de Santa Cruz.*
- *Nota de Débito N° 6210-32 de 06 de marzo de 2008, emitida por el concepto de Recargos por el monto de 41.299,96 UFV, al respecto, la demanda iniciando el PES correspondiente fue presentada en fecha 04 de abril de 2008.*
- *El Juez mediante Auto de 08 de abril de 2008, intima a la parte demandada al pago de lo adeudado dentro del tercer día de su legal notificación.*
- *Asimismo, el Juez mediante el Auto citado precedentemente, ordena a la Ex - Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Derecho Reales, Cotas Ltda., Tránsito, proceda al embargo preventivo de fondos y bienes que se encuentren registrados a nombre de la empresa demandada.*
- *Mediante representación de 22 de agosto de 2008, efectuada por el oficial de diligencias se comunica al Juez que el representante de I.M.E. Campoverde S.R.L. no pudo ser hallado en la misma fecha de la representación, para su respectiva notificación con la demanda y Auto Intimatorio de Pago.*
- *El demandado mediante memorial de 29 de octubre de 2008, respondió a la demanda y opuso excepciones.*
- *Mediante auto de* ***29 de noviembre de 2008,*** *el Juez determina 10 días de prueba para ambas partes a fin de acreditar las aseveraciones planteadas.*
- *Del análisis realizado al citado caso se puede evidenciar que* ***el proceso fue llevado hasta la gestión 2008, posterior a las fechas señaladas, no se evidencian más actuados procesales por parte de la AFP, por lo que existirían indicios de abandono al proceso.***

CARGO N° 6

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

Empleador: *Probol Ltda. con NIT 1029251023.*
Recargo: *Asegurado Bernardo González Castillo con CUA 8699321.*
Períodos comprendidos sin movimiento procesal: *Por los períodos comprendidos del 15 de diciembre de 2008 al 29 de agosto de 2009.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de La Paz.*
- *Nota de Débito N° 6202 de 04 de septiembre de 2006, emitida por concepto de Recargos por el monto de 81.745,71 UFV, al respecto, la demanda iniciando el PES correspondiente fue presentada en fecha 21 de septiembre de 2006.*

- *El juez instruye mediante Auto de* ***23 de noviembre de 2006,*** *que se aclare porque períodos se emite la Nota de Débito previo a la admisión de la demanda.*
- *En fecha* ***17 de julio de 2007,*** *la parte demandante solicita al Juez certifique el estado de la causa ya que el expediente no se encuentra en el juzgado ni en las listas de archivo judicial.*
- *Mediante memorial de 29 de septiembre de 2007, la parte demandante reitera se certifique el estado del proceso.*
- *Mediante memorial de 05 de noviembre de 2007, la parte demandante reitera se certifique el estado del proceso por tercera vez.*
- *El Juez mediante Auto de 06 de noviembre de 2007, instruye que se revisen las listas de procesos del juzgado.*
- *La parte demandante, mediante memorial de 05 de marzo de 2008, se apersona mediante su representante para el conocimiento del proceso en adelante.*
- *En fecha* ***12 de junio de 2008,*** *mediante memorial se solicita al Juez oficie al Banco Central de Bolivia, certifique cual era la cotización de la UFV en fecha 04 de septiembre de 2006.*
- *Mediante memorial de* ***24 de noviembre de 2008,*** *reitera la solicitud al Juez oficie al Banco Central de Bolivia, certifique cual era la cotización de la UFV en fecha 04 de septiembre de 2006.*
- *Mediante memorial de* ***15 de diciembre de 2008,*** *la parte demandante apersona a un nuevo representante para el conocimiento del proceso.*
- *La parte demandante, mediante memorial de* ***29 de agosto de 2009,*** *se* (sic) *solicita se dicte Auto Intimatorio de Pago.*
- *Se puede evidenciar que desde el* ***15 de diciembre de 2008*** *al* ***29 de agosto de 2009, se constatan doscientos cincuenta y siete (257) días sin movimiento procesal*** *por parte de la AFP, evidenciada en el expediente remitido a esta Autoridad.*
- *El Juez mediante* (sic) *en fecha 30 de enero de 2007, dicta Auto Intimatorio de Pago en contra de* (sic) *la parte demandada para que ésta pague dentro del tercer día de su legal notificación con el mencionado Auto.*

CARGO N° 7

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

Empleador: *Fibra Con con NIT 1019507025.*
Recargo: *Asegurado Severino Lázaro Mamani Escobar con CUA 37439251.*
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido del 12 de mayo de 2009 al memorial de 04 de febrero de 2010.*

A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de El Alto.*
- *Nota de Débito N° 6210-37 de 31 de julio de 2008, emitida por concepto de Recargos por el monto de 7.858,38 UFV, al respecto, la demanda iniciado* (sic) *el PES correspondiente fue presentada en fecha 04 de septiembre de 2008.*
- *Mediante memorial de 02 de diciembre de 2008, la parte demandante apersona a un nuevo representante para el conocimiento del proceso.*
- *La parte demandante solicita, mediante memorial de* ***12 de mayo de 2009,*** *se admita la demanda planteada.*
- *Mediante memorial* ***de 04 de febrero de 2010,*** *reitera la solicitud de admisión de* (sic) *demanda planteada.*
- *Se puede evidenciar que desde el* ***12 de mayo de 2009*** *al* ***04 de febrero de 2010,*** *existen* ***doscientos sesenta y ocho (268) días sin movimiento procesal*** *por parte de la AFP, evidenciada en el expediente remitido a esta Autoridad.*
- *El Juez mediante* (sic) *en fecha 08 de febrero de 2010, dicta Auto Intimatorio de Pago en contra de la parte demandada para que ésta pague dentro del tercer día de su legal notificación con el mencionado Auto.*

CARGO N° 8

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en los siguientes PES:

Empleador: *Empresa Constructora Concordia S.A. con NIT 1020571021.*
Recargo: *Asegurado Gabino Roque Jiménez con NUA 36780595.*
Período comprendido sin movimiento procesal: *Por el período comprendido del 02 de mayo de 2009 al 20 de octubre de 2009.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Quinto de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de La Paz.*
- *Nota de Débito N° 6210-21 de 21 de diciembre de 2007, emitida por el concepto de Recargos por el monto de 154.395,51 UFV, al respecto, la demanda iniciando el PES correspondiente fue presentada en fecha 11 de febrero de 2008.*
- *Mediante Auto Intimatorio de Pago de fecha 18 de febrero de 2008, el Juez* (sic) *para que el demandado pague dentro del tercer día de su legal notificación.*

- *Mediante memorial de 31 de marzo de 2008, solicita se oficie certificación a Tránsito y Derechos Reales sobre bienes que pudiese tener registrados la empresa demandada.*
- *Mediante representación de 13 de junio de 2008, efectuada por el oficial de diligencias se comunica al Juez que el representante de la empresa Constructora Concordia S.A. no pudo ser hallado en la misma fecha de la representación, para su respectiva notificación con la demanda y Auto Intimatorio de Pago.*
- *Mediante memorial de 11 de diciembre de 2008, la parte demandante apersona a un nuevo representante para el conocimiento del proceso.*
- *A través de memorial de **02 de mayo de 2009,** la AFP solicita se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales para que brinde información respecto al domicilio así como el nombre del actual representante legal de empresa Constructora Concordia S.A.*
- *En fecha **20 de octubre de 2009,** la parte demandante solicita mediante memorial se le otorguen fotocopias simples del proceso.*
- *Se puede evidenciar que desde **02 de mayo de 2009** al **20 de octubre de 2009, existen ciento setenta y un (171) días sin movimiento procesal** por parte de la AFP, evidenciada en el expediente remitido a esta Autoridad.*

CARGO N° 9

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado en el siguiente PES:

***Empleador:** Compañía de Minerales Especializada S.A. con NIT 1006239027.*
***Recargo:** Asegurado Walter Quispe Bolívar con CUA 36069887.*
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido del 13 de diciembre de 2008 al memorial de 03 de junio de 2009.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Proceso radicado en el Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito de La Paz.*
- *Nota de Débito N° 6210-4 de 11 de junio de 2007, emitida por concepto de Recargos por el monto de 15.344,74 UFV, al respecto, la demanda iniciando el PES correspondiente fue presentada en fecha 22 de junio de 2008.*
- *A través de memorial de 05 de noviembre de 2007, se solicita se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales información respecto al domicilio así como el nombre del actual representante legal de la Compañía de Minerales Especializada S.A.*
- *Mediante memorial de 07 de marzo de 2008, se reitera se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales información respecto al domicilio así como el nombre del*

actual representante legal de la Compañía de Minerales Especializada S.A.
- *A través de memorial de 25 de marzo de 2008, se reitera por tercera ocasión se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales información respecto al nombre del actual representante legal de la Compañía de Minerales Especializada S.A. ya que solo se remitió información respecto al domicilio del demandado.*
- *La parte demandante, mediante memorial de 29 de julio de 2008, solicita se dicte Auto Intimatorio de Pago.*
- *Mediante Auto Intimatorio de Pago de fecha 01 de agosto de 2008, el Juez para que el demandado pague dentro del tercer día de su legal notificación.*
- *El demandado mediante memorial de 27 agosto de 2008, respondió a la demanda y opuso excepciones.*
- *En fecha **13 de diciembre de 2008,** la parte demandante, mediante memorial apersona a un nuevo representante para el conocimiento del proceso.*
- *Mediante memorial de **03 de junio de 2009,** la parte demandante solicita fotocopias del expediente judicial.*
- *Se puede evidenciar que desde el **13 de diciembre de 2008** al **03 de junio de 2009, existen ciento setenta y dos (172) días sin movimiento procesal** por parte de la AFP, evidenciada en el expediente remitido a esta Autoridad…"*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 17 de febrero de 2012, **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.** mediante nota PREV-COB-54/02/2012, presentó descargos refiriendo lo siguiente:

*"…**Cargo 1.-***
(…)
Respuesta.- Como resultado de varias reuniones sostenidas con el empleador y conforme se evidencia en el memorial de (sic) *demandado de f*(sic) *29/06/2007 se ve la predisposición de cancelar el Recargo las cuales tuvieron la dificultad de cambio de Comandante en el Batallón y el auto de fojas 32 vuelta. Lamentablemente los sucesos por los que atravesó la institución como: El cambio de comandantes; los conflictos sociales que concluyeron con la incorporación al escalafón de la Policía a los Batallones de Seguridad Física, dilataron el proceso de conciliación.*
Finalmente en julio/2010 el recargo del Batallón de Seguridad Física de Santa Cruz fue regularizado.

Cargo 2.-
(…)
Respuesta.- Revisado el expediente se evidencia que después del 17 de enero de 2008 existen los siguientes actuados procesales:

- *26/06/2008 Notificación al Representante Legal de la Alcaldía con memorial de fs. 250, Auto de fs. 252 y auto 254*
- *27/06/2008 Memorial de Rectificación de Pruebas documentales*
- *22/09/2008 Notificación al Representante Legal de la Alcaldía con actuados de fs. 258 y 259.*

Luego de que la autoridad jurisdiccional dicto (sic) *Sentencia el* ***07 de marzo de 2009,*** *la APS se evidencia* (sic) *los siguientes actos procesales.*

- *16/05/2009 Informe del Oficial de Diligencias del Juzgado.*
- *03/07/2009 Solicitud de notificación con Sentencia en domicilio real y pide comisión instruida*
- *13/07/2009 Citación al Representante Legal de la Alcaldía mediante comisión instruida.*
- *21/07/2009 Memorial de devolución* (sic) *Comisión Instruida debidamente diligenciada.*
- *28/07/2009 Notificación sal* (sic) *representante legal de* (sic) *AFP.*
- *29/07/2009 Solicitud de Ejecutoría* (sic) *la Sentencia.*
- *12/08/2009 Solicitud de Comisión Instruida para notificar con la Ejecutoría de Sentencia.*

Cargo 3.-
(…)
Respuesta.- La APS no considera que la autoridad jurisdiccional observó el tipo de la moneda y que para proceder con la demanda se realizaron reuniones y trabajo extrajudicial que tomo (sic) *el tiempo observado por la APS.*

Cargo 4.-
(…)
Respuesta:
Revisado el expediente se evidencia que después de la Sentencia de ***25 de agosto de 2008****,* ***existen las siguientes actuaciones procesales:***

- *04/10/2008 A* (sic) *aviso judicial*
- *04/10/2008 Informe de Representación del Oficial de Diligencias del Juzgado*
- *25/11/2008 Citación por cedula* (sic) *con sentencia.*
- *08/12/2008 apersonamiento del representante legal de* (sic) *AFP.*
- *29/01/2009 Solicitud de Ejecutoria de* (sic) *sentencia*
- *30/01/2009 Auto de declaración de sentencia ejecutoriada.*
- *19/02/2009 Solicitud de oficio para las Oficinas de Transito* (sic).

Cargo 5.-
(…)
Respuesta.-
Es importante considerar que en virtud al principio de verdad material durante este periodo se tuvo inconvenientes con la regulación de honorarios profesionales demandado por el abogado patrocinante, quien luego de un proceso de conciliación otorgo (sic) *pase profesional.*

Cargo6.-
(…)
Respuesta.- La APS no considera que la observación de tipo de la moneda del juez requirió de trabajo extrajudicial ya que se estaba esperando la certificación del Banco

Central de Bolivia la cual fue entregada al juzgado en fecha 13/06/2009. Adjuntamos copia de la certificación.

Cargo 7.-
(…)
Respuesta.- La APS no considera que la observación de tipo de la moneda del juez requirió de trabajo extrajudicial para que la demanda sea admitida. Los jueces consideran que la UFV no es una moneda corriente, extremo que se comprueba por el (sic) *contenidos de las providencias y Autos judiciales.*

Cargo 8.-
(…)
Respuesta.- Debido al exceso de carga procesal el juez de la causa no otorgo (sic) *el oficio para Impuestos Internos sino hasta el 15 de octubre de 2009.*

Cargo 9.-
(…)
Respuesta.- Es importante considerar que en virtud al principio de verdad material durante este periodo se tuvo inconvenientes con la regulación de honorarios profesionales del abogado patrocinante, quien luego de un proceso de conciliación otorgo (sic) *pase profesional…"*

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 237-2012 DE 18 DE ABRIL DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 237-2012 de 18 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"PRIMERO.- *Sanciona y desestima la sanción a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos imputados:*

a) *En relación al* ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
b) *En relación a los* ***Cargos N° 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
c) *En relación al* ***Cargo N° 3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
d) *En relación al* ***Cargo N° 4*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

e) *En relación al **Cargo N° 5** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
f) *En relación al **Cargo N° 6** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
g) *En relación al **Cargo N° 7** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
h) *En relación al **Cargo N° 8** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
i) *En relación al **Cargo N° 9** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió con el siguiente análisis de los argumentos expuestos por el regulado en sus descargos y aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba se procedió al análisis de naturaleza técnica y jurídica.

AL CARGO N° 1
(…)
De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

El argumento presentado por la AFP a través de la Nota Cite: PREV - COB -107/04/2012, sostiene que dicha Administradora optó por realizar gestiones de conciliación directamente con los representantes del Batallón de Seguridad Física, independientemente del Proceso Ejecutivo Social en curso, radicado en el Juzgado Quinto de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz.

Asimismo, si bien se inició un proceso de conciliación entre el Empleador y la AFP, éste se inició durante la tramitación y sustanciación del PES, hecho que no justifica la paralización del mismo, ya que independientemente de este supuesto proceso de conciliación, una vez iniciado el PES, es deber de la Administradora desempeñarse como un buen padre de familia y continuar con la tramitación de las acciones judiciales que así la ley lo prevé, y más aún si se contaba con una retención de Fondos como lo denota la nota del Banco Unión de 06 de marzo de 2007, por Bs197.754,98 (CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL SETESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO 98/100 BOLIVIANOS), presentada como descargo por la AFP.

La AFP como representante de los Asegurados, se encuentra en la obligación de actuar como un buen padre de familia, y obrar con el mayor cuidado y la diligencia necesaria para llevar un movimiento procesal constante y diligente desde el inicio del PES instalado hasta lograr la recuperación del total de las Contribuciones adeudadas por el Empleador.

Asimismo la AFP manifiesta que, durante el supuesto proceso de conciliación, el Empleador atravesó por dificultades debido al cambio de Comandante y conflictos sociales que culminaron con la incorporación de personal al escalafón de la Policía a los Batallones de Seguridad Física, situación que habría dilatado el proceso de conciliación. Dicho argumento no es suficiente, debido a que la AFP como parte demandante del PES no puede estar sujeto a sucesos extraprocesales, sino que debe procesar el PES diligentemente, con el sólo propósito de que se efectivicen el pago de los períodos en mora, en lo posible en el menor tiempo.

Además la Administradora mediante nota PREV - COB - 107/04/2012 de 03 de abril de 2012, remite documentación de descargo, la cual es evaluada en su integridad a continuación:

1) *El Banco Unión emite la nota CITE:BUN/ASL/0098/2007 de 06 de marzo de 2007, dirigida al Juez Quinto de Partido Trabajo y de Seguridad Social, mediante la cual informa que se ha procedido con la retención de fondos por Bs 197.754.98 (CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO 98/100 BOLIVIANOS). La presente nota fue emitida con anterioridad al período de inactividad imputado, asimismo es una actuación propia del Banco de la Unión y no así de la AFP, por lo que no desvirtúa el presente Cargo.*
2) *Mediante memorial de 04 de junio de 2007, el Empleador Batallón de Seguridad Física se apersona y solicita Remisión de Fondos Retenidos. Dicho memorial fue presentado por el Empleador, con anterioridad al período imputado, además la actuación no es propia de la AFP ni se encuentra dentro del período de paralización.*
3) *La nota PREV PR 3927/2007 de 18 de junio de 2007, la AFP solicita a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS), se aclare si corresponde que se prosiga con el cobro del recargo por la pensión de invalidez, al Empleador Batallón de Seguridad Física; dicha nota, data de fecha previa al período identificado sin movimiento procesal, el cual se computa a partir del memorial de **19 de junio de 2007**, a través del cual el Empleador contesta a la demanda*

planteada. Asimismo dicha nota no constituye una actuación procesal, dentro del PES, por lo que la misma no es válida para desvirtuar el período imputado.

4) *Mediante nota PREV PR 4926/2007 de 09 de julio de 2007, la AFP informa a la ex SPVS que el trámite de Invalidez por Muerte del Asegurado Víctor Villafuerte Alcázar ha sido derivado a dicha Entidad, para la emisión de la nota de recargo en fecha 19 de enero del 2006 con la nota PREV PR 343/2006. Siendo que la nota ha sido emitida dentro del período de inactividad procesal; sin embargo la misma no constituye una actuación procesal propiamente dicha debido a que la misma no va dirigida al Juez de la causa.*
5) *La ex SPVS emite la nota SPVS/IP/DPSSO/2872/2007 de 29 de agosto de 2007, por la cual se comunica a la AFP que el Empleador adeuda a los Derechohabientes del Asegurado los recursos requeridos para el financiamiento de las pensiones por invalidez, por lo que la AFP debería proseguir con el cobro de Recargo por el monto correspondiente a las pensiones de invalidez devengadas desde fecha de solicitud de pensión por invalidez (21/06/2002) hasta la fecha de solicitud de pensión por muerte (15/11/2005). Al respecto, se comprueba que la presente nota ha sido emitida por la ex SPVS dirigida a la AFP, como un acto administrativo, por lo que la misma no es parte del PES.*
6) *Por memorial de 14 de abril de 2009, el Empleador Batallón de Seguridad Física se apersona ante el Juzgado; sin embargo no consta sello de recibido del Juzgado ni atinge a la AFP. La misma es la última actuación procesal del PES.*

Cabe señalar que dentro del expediente judicial foliado remitido por la Administradora, se puede evidenciar en fojas cuarenta y cinco (45), cuatro (4) sellos continuos de Secretaria del Juzgado Quinto de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz en los cuales se señala el periodo destinado a las Vacaciones Judiciales, por los siguientes períodos:

1) *Del 09 de junio de 2007 al 27 de julio de 2007.*
2) *Del 26 de diciembre de 2007 al 31 de diciembre de 2007.*
3) *Del 02 de febrero de 2008 al 20 de febrero de 2008 y.*
4) *Del 30 de junio de 2008 al 18 de julio de 2008.*

El período imputado por esta Autoridad es entre el 19 de junio de 2007 hasta el 14 de abril de 2009, los incisos anteriores referidos a la vacación judicial, estarían dentro del período de paralización procesal; cabe señalar que dichas suspensiones corresponden a decisiones de la administración de justicia y no a la AFP.

En virtud a lo expuesto, desde el 19 de junio de 2007 al 14 de abril de 2009, no existe ninguna actuación procesal presentada por la AFP, durante ese tiempo, haciendo evidente la falta de movimiento procesal en dicho período.

Asimismo se advierte que, la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en razón a que la AFP al no realizar las actuaciones procesales correspondientes ha paralizado el Proceso Ejecutivo Social, la cual expresa falta de cuidado exigible a un buen padre de familia, generando por tanto dilación en la tramitación del proceso.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo se evidencia que, no existió movimiento procesal por parte de la AFP en el período observado por el Ente Regulador, por lo tanto el Cargo N° 1 se ratifica.

AL CARGO N° 2
(…)
De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

Al respecto, una vez analizada la documentación presentada a través de la nota: PREV-COB-54/02/2012, se pueden evidenciar las siguientes actuaciones procesales:

1) *El Banco de Crédito de Bolivia S.A. mediante nota Cite: No IRP-0012/2008 de 17 de enero de 2008 dirigida al Juez Primero de Partido de Trabajo y de Seguridad Social, comunica que se ha procedido con la Retención de Fondos de la Cuenta N° 701-5004832-3-95 por el monto de Bs381.225,36 (TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO 36/100 BOLIVIANOS). La presente nota es la que determina el inicio del período de paralización del PES, por lo que no desvirtúa el primer período imputado en el presente Cargo. Además no se constituye en actuado procesal de la AFP.*
2) *El 15 de febrero de 2008, el Juez Primero de Partido de Trabajo y de Seguridad Social emite Auto mediante el cual resuelve las excepciones de inhabilidad del título ejecutivo y de pago documentado, su traslado y contestación. Siendo una actuación judicial no esgrima la falta de movimiento procesal de la AFP, en el primer período.*
3) *El 17 de marzo de 2008, el Honorable Concejo* (sic) *Municipal de Minero emite la Resolución Municipal N° 011/2008, por la cual se designa Honorable Alcalde Municipal de Minero, al Ing. Ruddy Rodríguez Calderón. Se comprueba que la misma trata de una actuación propia de la Alcaldía Municipal de Minero, asimismo no tiene ninguna relación con lo que persigue el PES.*
4) *Memorial de 08 de abril de 2008, presentado por la Alcaldía Municipal de Minero, mediante el cual señala nuevo domicilio procesal. Dicha actuación no es propio* (sic) *de la AFP, sino del Empleador dentro del PES, por lo cual no es suficiente para desvirtuar el primer período imputado.*
5) *Se presentan como descargo las Citaciones y Notificaciones N° 6788278, 6703224, 7892916 y 7634625 emitidos por el Oficial de Diligencias. Las cuales son actuaciones propias del personal del Juzgado, para conocimiento de las partes sobre actuaciones procesales.*
6) *El* ***27 de junio de 2008****, la AFP presenta memorial mediante el cual Ratifica Pruebas. Dicha actuación fue presentada por el regulado dentro del primer periodo de paralización imputado.*
7) *El 18 de junio de 2008, la Alcaldía Municipal de Minero mediante memorial solicita fotocopias legalizadas.*
8) *Mediante memorial de 22 de septiembre de 2008, la AFP solicita que el Juez Primero de Partido de Trabajo y Seguridad Social disponga que el Banco de Crédito remita a su juzgado la suma retenida de Bs381.225,36 (TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO 36/100 BOLIVIANOS) de la Cta. No 701-5004832-3-95 de la Alcaldía Municipal de Minero. Dicha actuación, figura en*

el PES como la última actuación de la AFP, del ***primer período imputado.***

9) *El 16 de octubre de 2008, el Juez de Trabajo y de Seguridad Social emite e* (sic) *Oficio No. 0486/08 de Remisión de Fondos dirigido al Viceministerio del Tesoro y Crédito Público. El oficio emitido por el Juez se emitió fuera de los períodos imputados en el presente Cargo y no es una actuación de la AFP.*
10) *El Banco de Crédito de Bolivia S.A. mediante nota Cite: No IRP- 2669/2008 de 01 de diciembre de 2008, informa al Juez Primero de Partido de Trabajo y Seguridad Social, la Remisión de Fondos. Dicha actuación no es propia del regulado, y la misma fue emitida fuera de los períodos de paralización del PES.*
11) *El* ***15 de diciembre de 2008****, la AFP mediante memorial solicita al Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social, reitere la solicitud de que se dicte sentencia. Dicha actuación no corresponde al período imputado en el presente Cargo.*
12) *El 16 de mayo de 2009, el Oficial de Diligencias informa al Juez, que la Alcaldía Municipal de Minero, tiene un nuevo abogado, así como la Sentencia y Depósitos Judiciales N° 102709 y 0751927. Las mismas son actuaciones propias del Juzgado, por lo que no desvirtúa la falta de diligencia y continuidad de la AFP, durante la tramitación del PES.*
13) *El* ***03 de julio de 2009****, la AFP mediante memorial solicita se practique notificación con la Sentencia en el Domicilio Real y pide Comisión Instruida. Dicha actuación fue presentada por la Administradora durante el segundo período imputado.*
14) *El* ***21 de julio de 2009****, la AFP mediante memorial devuelve al Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social, la Comisión Instruida y pide que la misma se acumule a sus antecedentes en el presente proceso. Dicha actuación fue presentada por la Administradora durante el segundo período imputado.*
15) *El* ***29 de julio de 2009****, la AFP mediante memorial pide al Juez se declare ejecutoria la Sentencia. Asimismo esta actuación fue presentada por la Administradora durante el segundo período imputado.*
16) *El* ***12 de agosto de 2009****. la AFP solicita al Juez se sirva ordenar la notificación de la ejecutoria de Sentencia antes indicada mediante Comisión Instruida a la demanda. Dicha actuación fue presentada por la Administradora durante el segundo período imputado.*

De lo anterior esta Autoridad ha podido comprobar lo siguiente:

Los incisos 1), 2), 3), 4), 5), 7), y 12), se refieren a actuaciones que fueron emitidas dentro de los períodos imputados en el PES, sin embargo las mismas fueron realizados por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, el Oficial de Diligencias, la Honorable Alcaldía Municipal de Minero y el Banco de Crédito, y ninguna de las citadas son actuaciones propias de la AFP, por lo que no son válidas para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la Administradora. En los puntos 9), 10) y 11) se observan actuaciones las cuales son emitidas por el Juez Primero de Trabajo y de Seguridad Social, el Banco de Crédito y la Administradora, sin embargo se comprueba que las mismas fueron emitidas fuera de los períodos imputados en el presente PES.

En cuanto al punto 6), se observa que la AFP presentó un memorial de Ratificación de Pruebas documentales el 27 de junio de 2008, sin embargo esta única actuación no es suficiente para desvirtuar el tiempo superabundante sin movimiento procesal del primer período de paralización del PES, por parte de la Administradora.

En los puntos 13), 14), 15) y 16), la AFP presenta actuaciones procesales que corresponden al segundo periodo de paralización del PES ***(07 de marzo de 2009 al 18 de agosto de 2009 actuado considerando para la formulación del cargo),*** *por lo que se comprueban lo siguiente: el* ***03 de julio de 2009****, la AFP mediante memorial solicita se practique notificación con la Sentencia en el Domicilio Real y pide Comisión Instruida. Posteriormente el* ***21 de julio de 2009****, la AFP mediante memorial devuelve al Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social, la Comisión Instruida y pide que la misma se acumule a sus antecedentes en el presente proceso. El* ***29 de julio de 2009****, la AFP mediante memorial pide al Juez se declare ejecutoria la Sentencia.*

Asimismo, fue la Administradora (durante el segundo período) el ***12 de agosto de 2009****, solicitó al Juez se sirva ordenar la notificación de la ejecutoria de Sentencia antes indicada mediante Comisión Instruida a la demanda. De lo anterior se deduce que dichas actuaciones fueron presentadas por la Administradora durante el segundo período imputado durante los meses de julio/2009 y agosto/2009 únicamente y no así para los meses de marzo, abril, mayo y junio, por lo que las mismas son insuficientes para desestimar integralmente el Cargo N° 2 con respecto al segundo período.*

Respecto al primer período de paralización imputado, se comprueba como única actuación de la AFP pero no suficiente para enervar la infracción, el memorial presentado el 27 de junio de 2008, debido a que por los meses enero, febrero, marzo, abril y mayo no hubo actividad procesal de la AFP, y de la misma forma los meses julio, agosto y septiembre.

Por lo expuesto, se demuestra que no existió diligencia, ni continuidad de la tramitación del PES, por parte de la AFP, durante el primer período imputado. Lo que determina que la Administradora ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro en los dos períodos de paralización procesal. Por lo que no existió continuidad en el proceso, demorándolo y ocasionando perjuicio al Asegurado.

En ese sentido, la documentación remitida por la AFP con respecto al primer período, no son suficientes para justificar la inactividad procesal del proceso (sic).

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en razón a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso.

Por lo expuesto, si la Administradora hubiera actuado con la diligencia necesaria, hubiera logrado satisfacer su pretensión en fecha anterior, recuperando los aportes en mora.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. no justifican ni desvirtúan el primer período imputado evidenciado en el PES, por lo cual el Cargo N° 2 se ratifica parcialmente.

AL CARGO N° 3

(…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

La Administradora basa su argumento en haber realizado reuniones y haber efectuado trabajo extrajudicial, que por tal razón no habría presentado ninguna actuación durante el período de inactividad procesal imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, el cual se refiere a un período amplio de tiempo que comprende desde el mes de diciembre de 2008 hasta el 15 de septiembre de 2009.

Al respecto esta Autoridad establece que los argumentos en cuanto a las actuaciones extrajudiciales realizadas y la documentación presentada por la AFP no son suficientes para desvirtuar el presente Cargo, debido a que no existen actuaciones judiciales propiamente dichas en el PES, que demuestren un movimiento procesal diligente por parte de la AFP, y que sean de conocimiento del Juez de la causa.

Asimismo, la AFP remite a esta Autoridad, la nota Cite: SANO E. N° 053/2010 de 15 de abril de 2010, emitida por el Banco Central de Bolivia, la cual fue emitida en fecha posterior al período de inactividad procesal, por lo cual la misma no constituye una actuación propia de la AFP, por lo que no es documentación válida para desvirtuar la falta de movimiento procesal.

En ese sentido, los argumentos y la documentación presentada por la AFP durante este período de inactividad procesal, no son suficientes para justificar la inactividad procesal del PES.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contra a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en razón a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes al Proceso Ejecutivo Social, por lo cual no obró con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generó dilación en la tramitación del proceso.

Por lo expuesto, la Administradora debió cumplir con su obligación y actuar con la diligencia necesaria, y mantener un movimiento procesal durante el PES, con el fin de lograr satisfacer su pretensión en fecha anterior, recuperando los aportes en mora.

En este sentido, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. no justifican ni desvirtúan el período injustificado evidenciado en el PES, por lo cual el Cargo N° 3 se ratifica.

AL CARGO N° 4

(…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis sobre la documentación señalada y remitida:

La Administradora sostiene que a partir de la Sentencia N° 118/2008 de 25 de agosto de 2008, se pueden evidenciar actuados procesales, por lo que mediante Nota Cite: PREV-

COB-54/02/2012, presenta la siguiente documentación:

1) *El 04 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias emite informe de Representación relativo a la diligencia para la Sentencia N° 118/2008. Dicha actuación se emitió dentro del período imputado, sin embargo la misma es propia del juzgado, por lo que no desvirtúa la falta de diligencia en el movimiento procesal de la AFP.*
2) *Asimismo el 04 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias emite Aviso Judicial al representante legal del Empleador. Dicha actuación es propia del juzgado, por lo que no desvirtúa el periodo imputado en el presente Cargo.*
3) *El 28 de octubre de 2008, el Juez Decreta que el Oficial de Diligencias cite mediante cédula al representante legal del Empleador. Dicha actuación es propia del juzgado, por lo que no desvirtúa la falta de diligencia en el movimiento procesal de la AFP.*
4) *El 25 de noviembre de 2008, el Oficial de Diligencias notifica al Empleador con la Sentencia N° 118/2008. Dicha actuación se emitió dentro del período imputado, sin embargo la misma es propia del juzgado, por lo que no desvirtúa la falta de diligencia en el movimiento procesal de la AFP.*
5) *El **11 de diciembre de 2008**, la AFP mediante memorial apersona a su representante legal. A pesar de que dicha actuación ha sido presentada por el regulado, dentro del periodo imputado en la tramitación del PES, la misma no es suficiente para desvirtuar el tiempo prolongado en que la AFP no llevó un movimiento procesal diligente durante los meses anteriores.*
6) *El 12 de diciembre de 2008, el Juez de la causa emite Decreto por el cual da por apersonado al representante legal.*
7) *El 29 de enero de 2009, la AFP mediante memorial solicita al Juez de la causa la ejecutoria de sentencia, actuación posterior al período imputado.*
8) *EL* (sic) *30 de enero de 2009, el Juez certifica que la Sentencia N° 118/2008 fue notificada a ambas partes. Dicha actuación es posterior al período imputado, asimismo la misma es propia del Juzgado.*
9) *El 17 de febrero de 2009, la AFP mediante memorial solicita a la Unidad Operativa de Tránsito. Dicha actuación ha sido presentada por la Administradora, sin embargo es posterior al período imputado, por lo que no es suficiente para observar un movimiento procesal en el PES.*
10) *El 18 de febrero de 2009, el Juez Decreta se oficie al fin solicitado. Dicha actuación es posterior al período imputado, asimismo la misma es propia del Juzgado.*
11) *El 24 de marzo de 2009, el Juez de Trabajo y de Seguridad Social efectúa la entrega del Oficio CITE No. 129/2009 de 07 de marzo de 2009 dirigido al Organismo Operativo de Tránsito. Dicha actuación es posterior al período imputado, asimismo la misma es propia del Juzgado.*
12) *El 03 de junio de 2009, la AFP mediante memorial solicita se oficie a COTEL.*
13) *El 04 de junio de 2009, el Juez emite Decreto por el cual se oficia al fin solicitado. Dicha actuación es posterior al período imputado, asimismo la misma es propia del Juzgado.*
14) *El 05 de noviembre de 2009, la AFP mediante memorial adjunta el certificado emitido por la Unidad Operativa de Tránsito, solicitando se arrime a sus*

antecedentes. Dicha actuación ha sido presentada por la Administradora, sin embargo es posterior al periodo imputado, por lo que no es suficiente para observar un movimiento procesal en el PES.

15) *El 06 de noviembre de 2009, el Juez emite Decreto de lo solicitado. Dicha actuación es posterior al periodo imputado, asimismo la misma es propia del Juzgado.*
16) *El 16 de abril de 2010, la AFP mediante memorial adjunta informe de COTEL. Dicha actuación ha sido presentada por la Administradora, sin embargo es posterior al período imputado, por lo que no es suficiente para observar un movimiento procesal en el PES.*

De los antecedentes y de la documentación presentada, se evidencia que la falta de movimiento procesal se determina entre el 25 de agosto de 2008 al 21 de enero de 2009, por lo que en lo pertinente al cargo se pueden valorar las siguientes actuaciones:

1) *El 04 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias emite informe de Representación sobre notificar al representante legal del Empleador, con la Sentencia N° 118/2008.*
2) *El 04 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias emite Aviso Judicial al representante legal del Empleador.*
3) *El 28 de octubre de 2008, el juez Decreta que el Oficial de Diligencias cite mediante cédula al representante legal del Empleador.*
4) *El 25 de noviembre de 2008, se notifica al Empleador con la Sentencia N° 118/2008.*
5) *El 11 de diciembre de 2009, la AFP mediante memorial apersona a su representante legal.*
6) *El 12 de diciembre de 2008, el Juez de la causa emite Decreto por el cual da por apersonado al representante legal.*

En ese sentido, se evidencia que la AFP, únicamente presenta memorial de apersonamiento presentado en fecha 11 de diciembre de 2008 y no así en fecha 08 de diciembre de 2008, como sostiene en la nota de descargos, siendo la demás documentación presentada emitida por el juzgado.

Se puede evidenciar que por el período observado ***(del 25 de agosto de 2008 al 21 de enero de 2009)*** *por esta Autoridad, existe únicamente un actuado presentado por la AFP el 11 de diciembre de 2008, sin embargo dicha actuación presentada no es suficiente, debido a que es evidente el tiempo superabundante en el que ha existido una falta de movimiento procesal por parte de la Administradora, en lo pertinente a los meses de agosto, septiembre, octubre, y noviembre del 2008.*

De la misma forma, la AFP no remitió demás documentación detallada y pormenorizada que justifique los meses sin actividad procesal durante este período observado por esta Autoridad, por lo que los descargos presentados por la AFP no son suficientes para desvirtuar la infracción.

En cuanto a las siguientes actuaciones presentadas por la AFP, en el siguiente orden: 7), 8), 9), 10), 11), 12), 13), 14), 15) y 16).

7) *El 29 de enero de 2009, la AFP mediante memorial solicita la ejecutoria de sentencia.*
8) *El 30 de enero de 2009, el Juez certifica que la Sentencia N° 118/2008 fue notificada a ambas partes.*
9) *El 17 de febrero de 2009, la AFP mediante memorial solicita a la Unidad Operativa de Tránsito.*
10) *El 18 de febrero de 2009, el Juez Decreta se oficie al fin solicitado.*
11) *El 24 de marzo de 2009, se efectúa la entrega del Oficio CITE No. 129/2009 de 07 de marzo de 2009 dirigido al Organismo Operativo de Tránsito.*
12) *El 03 de junio de 2009, la AFP mediante memorial solicita se oficie a Cotel.*
13) *El 04 de junio de 2009, el juez emite Decreto por el cual se oficia al fin solicitado.*
14) *El 05 de noviembre de 2009, la AFP mediante memorial adjunta el certificado emitido por la Unidad Operativa de Tránsito, solicitando se arrime a sus antecedentes.*
15) *El 06 de noviembre de 2009, el juez emite Decreto de lo solicitado.*
16) *El 16 de abril de 2010, la AFP mediante memorial adjunta informe de Cotel.*

Las actuaciones anteriores han sido presentadas posteriormente al tiempo de paralización del PES, en base a lo evidenciado en la documentación remitida, con respecto al período imputado comprendido entre el 25 de agosto de 2008 al 21 de enero de 2009.

La AFP como representante de los Asegurados, debe cuidar que el PES que tenga un movimiento procesal diligente y continuo, desde su inicio hasta cumplir con el fin de recuperar las Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Lo que demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador, para hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social de Largo Plazo de los trabajadores, lo que llevó a que el PES se prolongue superabundantemente en el tiempo.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó de forma con a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existe movimiento procesal durante el período observado por esta Autoridad por lo tanto el Cargo N° 4 se ratifica.

AL CARGO N° 5

(…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

BBVA Previsión AFP S.A. argumenta a través de la nota Cite: PREV-COB-54/02/2012, que

el periodo identificado sin movimiento procesal se debe a supuestos inconvenientes con la regulación de honorarios profesionales con el Abogado patrocinante de la causa.

Al respecto, en el marco de la normativa vigente, es obligación de la Administradora la prosecución de los Procesos Ejecutivo Sociales - PES como una sola institución, por lo que es importante hacer notar que es facultad de la misma contratar servicios de terceros bajo su responsabilidad, incluyendo los servicios de profesionales abogados para la complementación en el cumplimiento de sus servicios y obligaciones en virtud a la Cláusula 8° del Contrato suscrito con el ente regulador y la AFP, por tanto, no puede deslindarse de responsabilidad atribuyéndola a las entidades o personas contratadas por la Administradora.

La AFP en sus descargos argumenta haber iniciado un proceso de conciliación con el abogado patrocinante, razón por la que se paralizó el PES. Al respecto la norma establece que como representante de los Asegurados, se encuentra en la obligación de actuar como un buen padre de familia, y obrar con el mayor cuidado y la diligencia necesaria para llevar un movimiento procesal constante y diligente desde el inicio del PES instalado hasta lograr la recuperación del total de las Contribuciones adeudadas por el Empleador I.M.E. Campoverde S.R.L., sin embargo la AFP no presenta respaldo alguno de lo señalado.

Asimismo la AFP manifiesta, que luego de este supuesto proceso de conciliación, el abogado patrocinante otorgó pase profesional a la Administradora, razón por la que se re iniciaron las acciones legales dentro del PES. Dicho argumento no es válido, debido a que la AFP como parte demandante del PES no puede estar sujeto a las actuaciones de su abogado, sino que debe procurar mantener la diligencia y el cuidado debido en la tramitación del PES, con el sólo propósito de que se efectivicen el pago de los períodos en mora, en el menor tiempo posible. Por tanto, la Administradora como representante de los Asegurados, debe mantener continuidad necesaria y llevar un movimiento procesal diligente en el PES.

De lo anterior y considerando las aseveraciones de la AFP, las actuaciones del Empleador no imposibilitan a que la Administradora cumpla con la obligación de actuar con el cuidado y la diligencia debida, desde el inicio hasta el final del PES en sujeción estricta a la norma. Sin embargo, la Administradora ha incurrido en un total abandono del PES instaurado, sin perseguir el fin de que se efectivice el pago total de las Contribuciones adeudadas por parte del Empleador, y no paralizar el PES.

En ese entendido y luego del análisis anterior y los argumentos referidos por la Administradora no justifican su paralización, ya que es deber de la Administradora desempeñarse como un buen padre de familia y continuar la tramitación de las acciones judiciales que la ley prevé hasta efectivizar la recuperación objetiva de la deuda.

Cabe señalar que la AFP no remitió ningún tipo de documentación que permita respaldar lo sostenido en su nota, por lo tanto los argumentos vertidos no justifican ni desvirtúan lo imputado en el Cargo N° 5, por lo cual el mismo se ratifica.

AL CARGO Nº 6

(…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

La AFP remite únicamente el siguiente documento:

1) *El 09 de junio de 2009, el Banco Central de Bolivia (BCB) emite la nota CITE: SAJU 502/2009, informando que el tipo de cambio de la Unidad de Fomento a la Vivienda - UFV es de Bs 1.17664.*

Nota mediante la cual la Administradora sostiene que el tiempo identificado sin movimiento procesal se debe a que el Juez solicitó se aclare cuál era la cotización de la Unidad de Fomento a la Vivienda - UFV en fecha 04 de septiembre de 2006, observación que la Administradora considera, de forma textual como "trabajo extrajudicial".

De los antecedentes, se comprueba que mediante memorial de 24 de noviembre de 2008, la AFP solicitó y reiteró se oficie al Banco Central de Bolivia - BCB una certificación respecto a la cotización de dicha moneda en fecha 04 de septiembre de 2006, por lo que el Juez en fecha 01 de diciembre de 2008, mediante Decreto instruyó se oficie al BCB para que éste remita la certificación solicitada.

Al respecto, la Administradora presentó un memorial de 15 de diciembre de 2008, mediante el cual apersona a un nuevo Representante Legal para conocer ulteriores trámites y diligencias dentro del PES; a partir de dicho memorial la AFP no se pronuncia dentro del proceso hasta el memorial de 29 de agosto de 2009, a través del cual presenta la Certificación del Banco Central de Bolivia con Cite: SAJU 502/2009 de 09 de junio de 2009.

Por tanto, durante este período la AFP pudo reiterar en varias ocasiones se oficie dicha Certificación y no esperar de forma pasiva un tiempo superabundante para pronunciarse dentro del proceso.

Por lo expuesto, la Administradora demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES. Determinándose que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

La AFP como representante de los Asegurados, tiene la obligación de perseguir el cobro de las Contribuciones adeudadas por el Empleador, por lo que debe mantener un movimiento procesal diligente en los PES, desde su inicio hasta que recaiga sentencia ejecutoriada y se desista el PES una vez pagado todos los conceptos de la deuda del SSO, y se cumpla de esta manera con el fin de perseguir y efectivizar la recuperación de las Contribuciones del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, La AFP no actuó como un buen padre de familia, al no haber reiterado la solicitud de Certificación del Banco Central de Bolivia durante ese tiempo, quedando la misma pendiente hasta el 29 de agosto de 2009.

Lo que demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador "Probol Ltda.", con el fin hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social Largo Plazo de los trabajadores, lo que llevó a que el PES se haya paralizado.

En ese sentido se tiene que, en el Cargo N° 6 es evidente que el PES tuvo una interrupción desde el 15 de diciembre de 2008 hasta el 29 de agosto de 2009, sin que exista un movimiento procesal diligente.

Por lo tanto, lo argumentado y la documentación presentada por la Administradora no goza de respaldo ni justifica el período identificado por esta Autoridad sin movimiento procesal e imputado en la Nota de Cargos, por lo cual el Cargo N° 6 se ratifica.

AL CARGO N° 7

(…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

La Administradora, al igual que el Cargo anterior sostiene que el tiempo identificado sin movimiento procesal se debe a que el Juez solicitó aclare el tipo de moneda con el cual se demanda, observación que la Administradora considera, de forma textual como "trabajo extrajudicial".

Cabe señalar que la Administradora mediante nota PREV-COB-107/04/2012 de 03 de abril de 2012, señala y adjunta Certificación del BCB, sin embargo luego de una revisión exhaustiva de toda la documentación, se comprueba que no remitió dicha nota, por la que es evidente la falta de movimiento procesal incurrida por la AFP, entre el 12 de mayo de 2009 al 04 de febrero de 2010, en el que existen doscientos sesenta y ocho (268) días sin actividad procesal.

En ese entendido, de los antecedentes se observa lo siguiente: el 12 de mayo de 2009, la AFP solicita se admita la demanda planteada; posteriormente el 04 de febrero de 2010, la AFP mediante memorial reitera la solicitud de admisión de demanda planteada.

Por lo expuesto, la Administradora demuestra una total falta de diligencia en el movimiento procesal de ambos PES. Determinándose que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro.

La AFP como representante de los Asegurados, tiene la obligación de mantener un movimiento procesal diligente en los PES, desde su inicio hasta que recaiga sentencia ejecutoriada y se desista el PES una vez pagado (sic) *todos los conceptos de la deuda del SSO, y se cumpla de esta manera con el fin de perseguir y efectivizar la recuperación de las Contribuciones del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.*

La AFP no presentó durante la tramitación del PES, actuaciones que aceleren la presentación de la Certificación del tipo de moneda por el cual se está demandado, por lo que no actuó como un buen padre de familia, al omitir esta actuación durante el PES.

Por lo que, se demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador "Fibra Con", con el fin de hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la Seguridad Social de Largo Plazo de los trabajadores, lo que llevó a que el PES se haya paralizado.

En ese sentido se tiene que, el presente Cargo es evidente que el PES tuvo una paralización desde el 12 de mayo de 2009 hasta el 04 de febrero de 2010, sin que exista un movimiento procesal diligente, por parte de la AFP.

Por tanto, esta Autoridad habiendo evaluado todos los argumentos presentados por la AFP, determina que no son suficientes, por lo que corresponde su sanción.

Al respecto, la AFP para este Cargo, no presentó ningún tipo de documentación, ni presentó argumento adicional al mencionado anteriormente, que permitan a esta Autoridad valorar y desvirtuar el Cargo N° 7, por lo tanto el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 8

(…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

La Administradora, argumenta que el periodo identificado sin movimiento procesal se debe a que el Juez supuestamente por el "exceso de la carga procesal" habría paralizado el proceso y no habría emitido el correspondiente oficio a Impuestos Internos sino hasta el 15 de octubre de 2009, mismo que habría sido solicitado por la AFP mediante memorial de 02 de mayo de 2009.

Al respecto, de la revisión del expediente judicial foliado remitido por la Administradora, se puede evidenciar que entre los dos memoriales ***(de 02 de mayo de 2009 y 20 de octubre de 2009)*** *ambos presentados por la AFP, no existió ningún otro actuado procesal.*

La AFP no presentó durante el período de inactividad procesal del PES, ninguna actuación solicitando al Juez de la causa, la emisión del oficio al Servicio de Impuestos Nacionales, por lo que el mismo recién fue emitido el 15 de octubre de 2009, por lo tanto se evidencia que la Administradora no actuó como un buen padre de familia, al omitir esta actuación durante el PES.

Es importante señalar que mediante memorial de 02 de mayo de 2009, la AFP solicita se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales que brinde información respecto al domicilio así como el nombre del actual representante legal del Empleador "Empresa Constructora Concordia S.A.", sin embargo, siguen existiendo períodos amplios de tiempo en los que la AFP no efectúa actuados procesales.

De las actuaciones valoradas por esta Autoridad se determina que el 02 de mayo de 2009, la AFP solicita se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales para que brinde información respecto al domicilio así como el nombre del actual Representante Legal del Empleador Empresa Constructora Concordia S.A., posteriormente 15 de octubre de

2009 el Juez emite oficio a Impuestos Internos, por último el 20 de octubre de 2009, la AFP solicita mediante memorial se le otorguen fotocopias simples del proceso; por lo que se evidencia que entre un acto procesal a otro presentado por la AFP existen ciento setenta y un (171) días sin movimiento procesal, comprobándose la falta de cuidado del PES durante el período de paralización.

Por lo expuesto, si la Administradora hubiera actuado con la diligencia necesaria, hubiera logrado que el Juez de Trabajo y de Seguridad Social emita dicho oficio con mayor celeridad y en fecha anterior, de esta manera el PES no hubiera quedado paralizado, en este sentido, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para desestimar el presente Cargo.

Por lo que se demuestra que no existe diligencia de la AFP desde el 02 de mayo de 2009 al 20 de octubre de 2009, período en el que se presenta una paralización del PES sin movimiento procesal alguno por parte de la AFP.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo.

La AFP para este Cargo, no presentó ningún tipo de documentación, ni presentó argumento adicional al mencionado anteriormente, que permitan a esta Autoridad valorar y desvirtuar el Cargo N° 8, por lo tanto el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 9

(…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

BBVA Previsión AFP S.A. argumenta a través de la Nota Cite: PREV-COB-54/02/2012, que el período identificado sin movimiento procesal se debe a supuestos inconvenientes con la regulación de honorarios profesionales con el Abogado patrocinante de la causa.

Al respecto, en el marco de la normativa vigente, es obligación de la Administradora la prosecución de los Procesos Ejecutivo Sociales - PES como una sola institución, por lo que es importante hacer notar que es responsabilidad de la misma contratar servicios de terceros, incluyendo los servicios de Profesionales Abogados para la complementación en el cumplimiento de sus servicios y obligaciones en virtud a la Cláusula 8° del contrato suscrito con el ente regulador, por tanto, no puede deslindarse de responsabilidad atribuyéndola a las entidades contratadas por la Administradora.

La AFP en sus descargos argumenta haber iniciado un proceso de conciliación con el abogado patrocinante, razón por la que se paralizó el PES. Al respecto la norma establece que como representante de los Asegurados, se encuentra en la obligación de actuar como un buen padre de familia, y obrar con el mayor cuidado y la diligencia

necesaria para llevar en (sic) *movimiento procesal constante y diligente desde el inicio del PES instalado hasta lograr la recuperación del total de las Contribuciones adeudadas por el Empleador Compañía de Minerales Especializados S.A.*

Asimismo la AFP manifiesta, que luego de este supuesto proceso de conciliación, el abogado patrocinante otorgo (sic) *el pase profesional a la Administradora, razón por la que se reiniciaron las acciones legales dentro del PES. Dicho argumento no es válido, debido a que la AFP como parte demandante del PES no puede estar sujeto a las actuaciones de su abogado, sino que debe procesar el PES diligentemente, con el sólo propósito de que se efectivicen el pago de los períodos en mora, en el menor tiempo posible.*

De igual manera, la AFP tampoco puede sujetarse a las actuaciones del abogado patrocinante, para desvirtuar su obligación, la cual debe ser cumplida inexcusablemente y de manera independiente a lo que el abogado realice o pudiese argumentar. Por tanto, la Administradora como representante de los Asegurados, debe mantener continuidad necesaria y llevar un movimiento procesal diligente en el PES.

De lo anterior y considerando las aseveraciones de la AFP, las actuaciones del Empleador no imposibilitan a que la Administradora cumpla con la obligación de actuar con el cuidado y la diligencia debida, desde el inicio hasta el final del PES en sujeción estricta a la norma. Sin embargo, la Administradora ha incurrido en un total abandono del PES instaurado, sin perseguir el fin de que se efectivice el pago total de las Contribuciones adeudadas por parte del Empleador, y no paralizar el PES.

En ese entendido y luego del análisis anterior y los argumentos referidos por la Administradora no justifican su paralización, ya que es deber de la Administradora desempeñarse como un buen padre de familia y continuar la tramitación de las acciones judiciales que la ley prevé hasta efectivizar la recuperación objetiva de la deuda.

Por último de las actuaciones remitidas por BBVA Previsión AFP S.A., se pudo comprobar que no presentó actuaciones en la tramitación del PES entre el 13 de diciembre de 2008 al 03 de junio de 2009, por lo que se evidencian ciento setenta y dos (172) días sin movimiento procesal del PES, por parte de la AFP, por esta razón esta Autoridad ha determinado que la Administradora no tuvo el cuidado y diligencia necesarios que establece la norma.

Cabe señalar que la AFP no remitió ningún tipo de documentación que permita respaldar lo sostenido en su nota, por lo tanto los argumentos vertidos no justifican ni desvirtúan lo imputado en el Cargo N° 9, por lo cual el mismo se ratifica.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión".*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente.

A los Cargos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *Los hechos imputados se encuentran previamente calificados como infracciones por la normativa imputada, en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997;* ***b)*** *Los hechos se encuentran comprobados por la falta de movimiento procesal diligente en los PES, por parte de la AFP, en cuanto a los siguientes puntos:*

1) *Cargo N° 1 el hecho se encuentra comprobado por una falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 19 de junio de 2007 al 14 de abril de 2009, debido a que la Administradora presentó actuaciones procesales, durante dicho período, sin embargo las mismas fueron emitidas por el Banco Unión y el Empleador Batallón de Seguridad Física, y no por el regulado, por consiguiente el incumplimiento se halla comprobado.*

2) *Cargo N° 2 el hecho se encuentra comprobado por una falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 17 de enero de 2008 al 22 de septiembre de 2008 y entre el 07 de marzo de 2009 al 18 de agosto de 2009, debido a que en el primer período imputado, la AFP el 27 de junio de 2008 presentó memorial por el cual "Ratifica Pruebas", en cuanto al segundo período imputado, la AFP presentó el 03 de julio de 2009, el 21 de julio de 2009, la AFP mediante memorial devuelve al Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social, la Comisión Instruida y pide que la misma se acumule a sus antecedentes en el presente proceso. El 29 de julio de 2009, la AFP mediante memorial pide al Juez se declare ejecutoria la Sentencia y otros memoriales, sin embargo no son actuaciones suficientes que justifiquen el tiempo de paralización incurrido por la AFP en ambos períodos, el 12 de agosto de 2009, la AFP solicita al Juez se sirva ordenar la notificación de la ejecutoria de Sentencia antes indicada mediante Comisión Instruida a la demanda.*

3) *Cargo N° 3 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente del PES, por parte de la AFP, entre el mes de diciembre de 2008 al 15 de septiembre de 2009, debido a que la Administradora únicamente presentó la nota Cite: SANO E.N°053/2010 de 15 de abril de 2010 emitida por el Banco Central de Bolivia, la misma fue emitida en fecha posterior al período y no corresponde a la AFP el actuado.*

4) *Cargo N° 4 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal en el PES, por parte de la AFP, entre el 25 de agosto de 2008 al 21 de enero de 2009, debido a que la AFP presenta memorial de apersonamiento en fecha 11 de diciembre de 2008, siendo la única actuación durante este período en el PES y no enerva el demás tiempo imputado.*

5) *Cargo N° 5 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP desde el 29 de noviembre de 2008 hasta la fecha de revisión, debido a que la AFP abandono* (sic) *el PES a partir de dicha fecha. No remitió ninguna actuación presentada durante dicho período.*

6) *Cargo N° 6 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP entre el 15 de diciembre de 2008 al 29 de agosto de 2009, debido a que la Administradora solamente remitió la nota Cite: SAJU 502/2009 de 09 de junio de 2009 emitida por el BCB, y no presentó ninguna actuación presentada por el regulado durante el período, por lo que no se desvirtúa la paralización procesal del PES.*

7) Cargo N° 7 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre 12 de mayo de 2009 al 04 de febrero de 2010, debido a que la AFP no presentó actuaciones procesales durante este período.

8) Cargo N° 8 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP entre 02 de mayo de 2005 al 04 de febrero de 2010, debido a que la AFP no presentó actuaciones procesales durante este período.

9) Cargo N° 9 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP entre el 13 de diciembre de 2008 al 03 de junio de 2009, debido a que la AFP no presentó actuaciones procesales durante este período.

En cuanto al inciso c), para todos los cargos se constata: La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que durante los períodos de inactividad no presentó actuaciones para desvirtuar la falta de movimiento procesal diligente en los PES.

Para la adecuación entre la gravedad de los hechos y las sanciones aplicadas, se efectúa el siguiente análisis: ***a)*** *La AFP en todos los cargos íntegros de tiempo por inactividad imputada, lo que comprueba que no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en la falta de movimiento procesal de los PES instaurados. Incurriendo además en impericia conforme establece como criterio de sanción leve la norma.*

Asimismo en el inciso ***b)*** *El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó el movimiento procesal diligente en los PES lo cual retraso* (sic) *la recuperación de las Contribuciones; En cuanto al inciso* ***c)*** *no existe reincidencia. Sin perjuicio de lo anterior en cuanto al monto de sanción se tomó en cuenta la Resolución Ministerial Jerárquica N° 002/2012 de 19 de enero de 2012.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en los PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo a los hechos infractores, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PES, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo ocasionó una demora en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por los Empleadores; en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento de los PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con los recursos recuperados y se paguen con estos la prestación generada por Recargos.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de BBVA Previsión AFP S.A., se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución. Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

> *"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

> *"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 12 de junio de 2012, **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 237/2012 de 18 de abril de 2012, refiriendo lo siguiente:

> "…***II.- INTERPOSICIÓN DE REVOCATORIA DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-***

Con la facultad conferida por el artículo 36 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de

septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 48 y con sujeción a las demás normas legales que rigen la materia, interpone RECURSO DE REVOCATORIA contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 237/2012 de 18 de abril de 2012, notificada el 21 de mayo de 2012, por la que se dispone: sancionar económicamente a BBVA Previsión AFP S.A. por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 y 9 imputados en el cite APS/DJ/DPC/5923/2011 de 28 de diciembre de 2011, que hacen referencia una supuesta infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, "por evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES".

III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

Esta Administradora de Fondos de Pensiones ha informado y demostrado la existencia de actos procesales en los Procesos Ejecutivos Sociales observados por la APS y por los que se levantan los cargos N° 2, 4, 6, 7 y 8, pese a ello, la APS ha sancionado económicamente manifestando:

Cargo N° 2 "(…) refieren a actuaciones que fueron emitidas dentro de los períodos imputados en el PES, sin embargo las mismas fueron realizados (sic) *por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, el Oficial de Diligencias, la Honorable Alcaldía Municipal de Minero y el Banco de Crédito, y ninguna de las citadas son actuaciones propias de la AFP, por lo que no son válidas para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la Administradora (...)"*

Cargo N° 4 "(...) en lo pertinente al cargo se pueden valorar las siguientes actuaciones:

1) *El 04 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias emite informe de Representación sobre notificar al representante legal del Empleador, con la Sentencia N° 118/2008.*
2) *El 04 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias emite Aviso Judicial al representante legal del Empleador.*
3) *El 28 de octubre de 2008, el juez Decreta que el Oficial de Diligencias cite mediante cédula al representante legal del Empleador.*
4) *El 25 de noviembre de 2008, se notifica al Empleador con la Sentencia N° 118/2008.*
5) *El 11 de diciembre de 2009, la AFP mediante memorial apersona a su representante legal.*
6) *El 12 de diciembre de 2008, el Juez de la causa emite Decreto por el cual da por apersonado al representante legal.*

En ese sentido, se evidencia que la AFP, únicamente presenta memorial de apersonamiento presentado en fecha 11 de diciembre de 2008 y no así en fecha 08 de diciembre de 2008, como sostiene en la nota de descargos, siendo la demás documentación presentada emitida por el juzgado.

Cargo N° 6. "(...) la Administradora presentó un memorial de 15 de diciembre de 2008, mediante el cual apersona a un nuevo Representante Legal para conocer ulteriores trámites y diligencias dentro del PES; a partir de dicho memorial la AFP no se pronuncia dentro del proceso hasta el memorial de 29 de agosto de 2009, a través del cual presenta la Certificación del Banco Central de Bolivia con Cite: SAJU 502/2009 de 09 de junio de 2009.

Cargo N° 7. "La AFP no presentó durante la tramitación del PES, actuaciones que aceleren la presentación de la Certificación del tipo de moneda por el cual se está demandado, por lo que no actuó como un buen padre de familia, al omitir esta actuación durante el PES."

Cargo N° 8 "Por lo expuesto, si la Administradora hubiera actuado con la diligencia necesaria, hubiera logrado que el Juez de Trabajo y de Seguridad Social emita dicho oficio con mayor celeridad y en fecha anterior, de esta manera el PES no hubiera quedado paralizado, en este sentido, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para desestimar el presente Cargo."

De la lectura de los análisis realizados por la APS, se colige que durante los periodos imputados como "periodos donde existe una injustificada paralización de las actuaciones procesales", contrariamente a lo afirmado por la APS, existen actos procesales que dieron movimiento a los Procesos Ejecutivos Sociales, es importante recordar que en todo proceso intervienen varios sujetos, los que están investidos de poderes determinados por la ley y que son el actor, el demandado y el juez, en consecuencia, es imposible pensar en un proceso judicial con la sola participación de la AFP como sujeto procesal.

Señor Director, entre los sujetos procesales existen aquellos que tienen una participación necesaria porque actúan como sujetos de los poderes de realización del orden jurídico (el Juez y las Partes) y los otros lo hacen en forma eventual porque son auxiliares o colaboradores en el cumplimiento de específicos actos. Como es de su conocimiento, los actos procesales están dominados por la voluntad jurídica de las partes con la finalidad de crear, modificar o extinguir derechos procesales, dentro de los actos procesales, existen los realizados por la autoridad jurisdiccional denominados "Actos de Tribunal", los realizados por las partes "Actos de Partes", los actos realizados por terceros "Actos de Terceros" y cualquiera de éstos dan movimiento al proceso.

Según la APS los actos procesales realizados por la autoridad jurisdiccional y los funcionarios del juzgado (Oficial de Diligencias) no son propios de la AFP y por tal motivo "La AFP al no realizar las actuaciones procesales correspondientes ha paralizado el Proceso Ejecutivo Social, la cual expresa falta de cuidado exigible a un buen padre de familia, generando por tanto dilación en la tramitación del proceso", aseveración alejada de la realidad, porque como su autoridad tiene conocimiento, todo acto realizado por funcionarios del Órgano judicial son gestionados previamente por la AFP, gestiones que no quedan registrados en el expediente del proceso, como ser: buscar al Oficial de Diligencias para programar la fecha de notificación, presentar el papel necesario para que el Secretario del juzgado elabore los oficios para ser remitidos a las

personas, entidades o autoridades a las cuales están dirigidas, reiterar verbalmente a los funcionarios judiciales que puedan realizar los trabajaos (sic) *encomendados, etc., gestiones que la APS pretende desconocer y que estos se hubiesen realizado sin la participación y gestión de la AFP.*

Conforme se ha manifestado líneas arriba, los actos procesales dentro del PES no son exclusivos de la AFP, en él también existen actos que deben ser realizados por la empresa demandada, el juez de la causa, los funcionarios del juzgado y terceros como son las entidades financieras y otros, cualquier acto procesal realizado por cualquiera de las partes del Proceso o los funcionarios judiciales dan movimiento al proceso.

Con la documentación adjunta al informe presentado contra los cargos imputados por la APS se ha demostrado plenamente que los PES han tenido actuaciones procesales que han sido gestionados por la AFP y que la APS pretende desconocer en contravención al principio de la verdad material establecido en el Artículo 4 de la Ley 2341.

Con Referencia (sic) *a los Cargos N° 5 y 9, ambos se refieren a temas relacionados a honorarios profesionales de los abogados que gestionaron la cobranza judicial, manifestando:*

> *Cargo N° 5."BBVA Previsión AFP SA. argumenta a través de la nota Cite PREV-COB-54/02/2012, que el periodo identificado sin movimiento procesal se debe a supuestos inconvenientes con la regulación de honorarios profesionales con el Abogado patrocinante de la causa.*
>
> *Al respecto, en el marco de la normativa vigente, es obligación de la Administradora la prosecución de los Procesos Ejecutivo Sociales - PES como una sola institución, por lo que es importante hacer notar que es facultad de la misma contratar servicios de terceros bajo su responsabilidad, incluyendo los servicios de profesionales abogados para la complementación en el cumplimiento de sus servicios y obligaciones en virtud a la Cláusula 8° del Contrato suscrito con el ente regulador y la AFP, por tanto, no puede deslindarse de responsabilidad atribuyéndola a las entidades o personas contratadas por la Administradora."*
>
> *Cargo N° 9 "es obligación de la Administradora la prosecución de los Procesos Ejecutivo Sociales - PES como una sola institución, por lo que es importante hacer notar que es responsabilidad de la misma contratar servicios de terceros, incluyendo los servicios de Profesionales Abogados para la complementación en el cumplimiento de sus servicios y obligaciones en virtud a la Cláusula 8° del contrato suscrito con el ente regulador, por tanto, no puede deslindarse de responsabilidad atribuyéndola a las entidades contratadas por la Administradora."*

Los Procesos Ejecutivos Sociales demandados por esta AFP, al amparo de los artículos 23 de la Ley 1732, persiguen el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargo adeudados a la Administradora de Fondos de Pensiones, las sanciones impuestas por los cargos 5 y 9 hacen referencia a los honorarios profesionales de los abogados contratados.

Dentro del PES sancionado por los cargos N° 5 y 9, el abogado contratado dentro del proceso se regulo (sic) *contra esta Administradora, hecho que no permitió que la AFP pueda realizar actuación procesal alguna en razón a que por las características del incidente no se pudo presentar memorial alguno. Durante todo este lapso se desarrollaron reuniones con el abogado patrocinante para llegar a un acuerdo con referencia al monto regulado y obtener de esta manera el pase profesional, documento indispensable para el anuncio de un nuevo patrocinio dentro del proceso para retomar el proceso de cobro judicial del Recargo demandado.*

Con referencia al Cargo N° 1, manifestamos a su autoridad que durante la tramitación del PES el asegurado Víctor Villafuerte Alcázar falleció el 29 de octubre de 2005 y fue coberturado por pensión por muerte, realizada la consulta el ente regulador mediante nota SPVS/IP/DPSSO/2872/2007 manifestó en aquella oportunidad que del recargo deberá cobrarse los recursos para el financiamiento de la pensión de invalidez desde la fecha de solicitud de pensión por invalidez hasta la fecha de solicitud de pensión por muerte del Asegurado. Este hecho implica necesariamente el giro de una nueva Nota de Debito (sic) *y el inicio de un nuevo Proceso Ejecutivo Social, debido a que el recargo paso de Dólares Americanos 24.750.31 a Unidades de Fomento a la Vivienda de 26526.55, esto hubiere significado el liberar recursos congelados, que hubieren sido traspasados a cuentas que ya no eran del empleador Batallón de Seguridad Física, debido a la incorporación del mismo al escalafón de la Policía Nacional.*

Por lo expuesto es que esta Administradora realizó gestiones ante el empleador del Asegurado fallecido, proceso de conciliación que demoró en virtud a que el Batallón de Seguridad Física tuvo cambio de comandante, además del conflicto de la incorporación al escalafón de la Policía a los Batallones de Seguridad Física, problemas de conocimiento de toda la opinión pública, una vez superados estos conflictos el empleador pagó el Recargo en el mes de julio de 2010, por las gestiones realizadas por esta Administradora.

Señor Director, consideramos que el cobro judicial del Recargo no puede ser limitado simplemente a los actuados dentro del PES, con el deber de buen padre de familia la AFP realizó gestiones administrativas ante el Batallón de Seguridad Física exigiendo el pago del Recargo y en el presente caso como fruto de la gestión realizada se obtuvo el pago del Recargo.

PETITORIO.

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA DE LAS SANCIONES IMPUESTAS EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 237/2012 de 18 de abril de 2012, por atentar contra los derechos de esta Administradora de Fondos de Pensiones…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 476-2012 DE 11 DE JULIO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 476-2012 de 11 de julio de 2012, confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 237-2012 de 18 de abril de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

AL CARGO Nº 1:
(…)
Que en función a los argumentos presentados por la AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS emite el pronunciamiento correspondiente:

La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) emitió la nota SPVS/IP/DPSSO/2872/2007 de 29 de agosto de 2007, por la cual se comunica a la AFP que, el Empleador adeuda a los Derechohabientes del Asegurado los recursos requeridos para el financiamiento de las pensiones por invalidez, por lo que la AFP debería proseguir con el cobro de Recargo por el monto correspondiente a las pensiones de invalidez devengadas desde fecha de solicitud de pensión por invalidez (21/06/2002) hasta la fecha de solicitud de pensión por muerte (15/11/2005). Por lo cual no se demuestra que la nota dirigida a la AFP, pueda ser considerada como un acto administrativo relativo al Recargo que debía el Empleador, para el pago de prestaciones a los Beneficiarios; por lo que la misma no es precisamente una actuación procesal del PES.

Consecuentemente, la AFP tenía la obligación de realizar la Gestión de Cobro Judicial, y una vez iniciada esta acción, la AFP debía continuar en lo posible todo tipo de gestiones extrajudiciales para el cobro de lo adeudado de forma paralela al PES, sin descuidar ni dejar de forma negligente su prosecución.

Asimismo, la AFP manifiesta que el Empleador atravesó por dificultades debido al cambio de Comandante y conflictos sociales que culminaron con la incorporación de personal de los Batallones de Seguridad Física al Escalafón de la Policía Nacional, situación que habría dilatado el proceso de conciliación. Dicho argumento no es suficiente, debido a que la AFP como parte demandante del PES no puede supeditar sus actuaciones de cobranza judicial a sucesos extraprocesales, sino que debe proseguir el PES de forma continua y diligente, con el solo propósito de que se efectivice el pago de los Recargos destinados a cubrir una prestación en el SSO.

Por tanto, la AFP está obligada a seguir el PES continuamente hasta que el Empleador haya pagado la totalidad de los conceptos insertos en la Nota de Débito, para lo cual y en muestra de satisfacción de la obligación pecuniaria, debe contar con el debido desistimiento de la demanda.

La AFP manifiesta también que: "...consideramos que el cobro judicial del Recargo no puede ser limitado simplemente a los actuados dentro del PES, con el deber de buen padre de familia la AFP realizó gestiones administrativas ante el Batallón de Seguridad física (sic) exigiendo el pago del Recargo...". El hecho que la Administradora haya

realizado un proceso de conciliación con el Empleador que incurrió en el concepto de Recargos, no justifica la paralización ni falta de atención que llevó en la tramitación del PES; por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. no desvirtúan el cargo imputado por lo que corresponde ratificar el mismo.

En ese entendido y luego del análisis anterior, los argumentos referidos en el Recurso de Revocatoria por la Administradora no son suficientes para justificar la paralización del PES, ya que es deber de la Administradora desempeñarse como un buen padre de familia y continuar la tramitación de las acciones judiciales que la norma prevé hasta efectivizar la recuperación objetiva de la deuda.

Por último, BBVA Previsión AFP S.A., en esta instancia no remite documentación sobre actuaciones procesales que hubiese presentado durante el período de inactividad del PES, por lo que hace evidente la paralización desde el 19 de junio de 2007 al 14 de abril de 2009 del PES, por esta razón se confirma que la Administradora no efectuó el movimiento debido en el PES dejándolo paralizado y sin movimiento procesal diligente.

A LOS CARGOS N° 2, 4, 6, 7 Y 8:
(…)
Que en función a los argumentos presentados en esta parte por la AFP, corresponde señalar lo siguiente:

BBVA Previsión AFP S.A. argumenta respecto a los Cargos Nº 2, 4, 6, 7 y 8 que, los periodos identificados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS sin movimiento procesal por negligencia injustificada por parte de la AFP, cuentan con impulso procesal otorgado por el resto de las partes involucradas en dicho proceso, es decir el Juez, el Empleador, el Oficial de Diligencias y terceros.

Es importante denotar también que, si bien existen sujetos procesales en el PES, no es menos cierto que el rol como demandante de la AFP es vital para la obtención de la pretensión demandada, la cual es la recuperación de la deuda al SSO por Recargos; por tanto es fundamental para la Administradora otorgarle el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado en vista que, la parte demandante cuenta con el poder de acción conferido por la Ley de Pensiones así como para formular la respectiva Nota de Débito expresada en el Título Ejecutivo, que plasma una obligación líquida y exigible. Por otro lado, los PES al ser de naturaleza sumaria deben tramitarse con la celeridad debida, considerando los plazos breves que tiene este proceso.

Que sin perjuicio de las actuaciones de terceros o del mismo Juez, la AFP tenía la obligación de efectuar actuaciones tendientes a activar su acción procesal, llevando a cabo toda la tramitación de manera diligente, de inicio a fin, es decir hasta la recuperación total de las Contribuciones en mora del Empleador; sin embargo durante los períodos sancionados no existió la participación continua y diligente en el PES.

Asimismo, es obligación de esta Autoridad supervisar las acciones realizadas por la Administradora y no así las acciones del resto de las partes involucradas dentro del PES, por lo tanto los períodos identificados sin movimiento procesal se deben a una falta de

diligencia similar a la de un buen padre de familia por parte de BBVA Previsión AFP S.A.

De la misma forma, la Administradora en el Recurso de Revocatoria planteado argumenta lo siguiente: "...los actos procesales dentro del PES no son exclusivos de la AFP, en él también existen actos que deben ser realizados por la empresa demandada, el juez (sic) de la causa, los funcionarios del juzgado y terceros como son las entidades financieras y otros, cualquier acto procesal realizado por cualquiera de las partes del Proceso (sic) o los funcionarios judiciales dan movimiento al proceso..."

Evidentemente son necesarias las actuaciones del Juez, el Empleador y funcionarios de los juzgados, pero no es menos cierto también que, la participación del principal interesado en los procesos, como lo es la AFP, es vital para la consecución de los fines de la Seguridad Social de Largo Plazo.

En este entendido, corresponde señalar que si bien el Juez es quien tiene la obligación de velar que los procesos se lleven conforme a la ley, no es menos cierto que las partes procesales tienen la obligación de realizar el debido seguimiento a los mismos; por consiguiente, el hecho de que el actor no se hubiera apersonado y actuar periódicamente ante las dependencias del Juzgado con esa finalidad, implica falta de interés y negligencia en la atención de su tramitación, lo que no puede ser subsanado mediante los argumentos presentados en el presente recurso.

Cabe aclarar que esta Autoridad no minimiza las actuaciones realizadas por la Administradora, el Juez, el Empleador y los funcionarios del juzgado, sin embargo lo referido por la AFP en cuanto a: "...buscar al Oficial de Diligencias para programar la fecha de notificación, presentar el papel necesario para que el Secretario del Juzgado elabore los oficios para ser remitidos a las personas, entidades o autoridades a las cuales están dirigidas, reiterar verbalmente a los funcionarios judiciales que puedan realizar los trabajaos (sic) encomendados, etc.", tratan de actuados extraprocesales sin respaldo legal alguno, de los cuales no es posible comprobar una actuación procesal diligente en la tramitación de los PES, debido a que en los períodos sancionados no existe ningún memorial presentado por la Administradora, por lo que se observa que como parte procesal del PES no mantuvo una participación activa en el mismo, ni efectuó movimiento procesal alguno.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. AFP no son suficientes para desvirtuar los cargos imputados, en este sentido, los mismos se ratifican.

Al Cargo N° 3

Respecto al Cargo N° 3 la Administradora no presentó ningún argumento que permita desvirtuar el mismo, por lo cual se ratifica dicho Cargo.

A LOS CARGOS N° 5 Y 9:
(…)
Que en función a los argumentos presentados por la AFP, se emite el pronunciamiento siguiente:

Con respecto a los cargos mencionados, es importante señalar que en el marco de la normativa vigente, es obligación de la Administradora la prosecución de los PES como una sola institución, por lo que es importante hacer notar que es facultad de la misma contratar los servicios de terceros bajo su entera responsabilidad, incluyendo los servicios de profesionales abogados para la complementación en el cumplimiento de sus servicios y obligaciones en virtud a la Cláusula 8° del Contrato suscrito con el Ente Regulador y la AFP; por tanto, no puede deslindarse la responsabilidad atribuyéndola a las personas contratadas por la misma Administradora, quienes actuarían en su nombre en los PES, bajo el control de la AFP.

Asimismo, es necesario aclarar a la AFP que, el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, en su artículo 11 establece el orden de prelación para el pago de Contribuciones en mora bajo el siguiente orden:

a) Contribuciones al SSO.
b) Intereses y recargos adeudados,
c) Honorarios profesionales y gastos administrativos.
d) Gastos Judiciales.

De igual manera, el Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001, en su artículo 3 (Gastos Judiciales y Administrativos) dispone lo siguiente: "Los gastos judiciales y administrativos que demanden los procesos judiciales para la recuperación de aportes en mora al SSO, serán del tres por ciento (3%), calculados sobre el importe neto adeudado e incorporado a la Nota de Débito. Dicho porcentaje no comprende los recargos, intereses, ni la comisión que corresponde a la AFP ejecutante."

En ese entendido, queda claro que los Honorarios Profesionales y Gastos Judiciales se hallan comprendidos dentro de uno de los conceptos que se persigue con el PES e insertos en la Nota de Débito, cuando existe mora por Contribuciones al SSO.

En este sentido, es necesario aclarar y advertir a la Administradora que es su obligación efectuar la prosecución y conclusión del PES iniciado hasta el pago de la totalidad de los adeudos insertos en la Nota de Débito.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. AFP no son suficientes para desvirtuar los cargos imputados, en este sentido, los Cargos N° 5 y 9 se ratifican.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 237-2012 de 18 de abril de 2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando

ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 2 de agosto de 2012, **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 476-2012 de 11 de julio de 2012, argumentado lo siguiente:

"…*II. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.*

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/ N° 237/2012 de 18 de abril de 2012, notificada el 21 de mayo de 2012, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 476/2012 de 11 de julio de 2012, dispone: sancionar económicamente a BBVA Previsión AFP S.A. por los cargos N° 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 y 9 imputados en el cite APS/DJ/DPC/5923/2011 de 28 de diciembre de 2011, que hacen referencia una supuesta infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, "por evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES".

Con referencia al Cargo N° 1, la APS confirma la sanción manifestando: "... la AFP tenía la obligación de realizar la Gestión de Cobro Judicial, y una vez iniciada esta acción, la AFP debía continuar en lo posible todo tipo de gestiones extrajudiciales para el cobro de lo adeudado de forma paralela al PES (...) la AFP como parte demandante del PES no puede supeditar sus actuaciones de cobranza judicial a sucesos extraprocesales (...) la AFP está obligada a seguir el PES continuamente hasta que el empleador haya pagado la totalidad de los conceptos insertos en la Nota de Débito.

Por los fundamentos expuestos por la APS se evidencia que no hizo una correcta valoración de la prueba y pretende desconocer que: (i) durante la tramitación del PES el asegurado Víctor Villafuerte Alcázar falleció el 29 de octubre de 2005 y fue coberturado por pensión por muerte, (ii) esta AFP realizó la consulta el ente regulador quien mediante nota SPVS/IP/DPSSO/2872/2007 manifestó en aquella oportunidad que del recargo deberá cobrarse los recursos para el financiamiento de la pensión de invalidez desde la fecha de solicitud de pensión por invalidez hasta la fecha de solicitud de pensión por muerte del Asegurado.

La respuesta del regulador, implica necesariamente el giro de una nueva Nota de Debito y el inicio de un nuevo Proceso Ejecutivo Social, debido a que el recargo paso (sic) *de Dólares Americanos 24.750.31 a Unidades de Fomento a la Vivienda de 26526.55, esto hubiere significado el liberar recursos congelados, que hubieren sido traspasados a cuentas que ya no eran del empleador Batallón de Seguridad Física, debido a la incorporación del mismo al escalafón de la Policía Nacional.*

Por último la APS manifiesta que se deben realizar actos extrajudiciales y sin embargo desconoce las gestiones realizadas ante el empleador del Asegurado fallecido, proceso

de conciliación que demoró en virtud a que el Batallón de Seguridad Física tuvo cambio de comandante, además del conflicto de la incorporación al escalafón de la Policía a los Batallones de Seguridad Física, problemas de conocimiento de toda la opinión pública, una vez superados estos conflictos el empleador pagó el Recargo en el mes de julio de 2010, por las gestiones realizadas por esta Administradora.

Al amparo de que la APS considera que deben realizarse actos extrajudiciales, consideramos que el cobro judicial del Recargo no puede ser limitado simplemente a los actuados dentro del PES, con el deber de buen padre de familia la AFP realizó gestiones administrativas ante el Batallón de Seguridad Física exigiendo el pago del Recargo y en el presente caso como fruto de la gestión realizada se obtuvo el pago del Recargo.

Con referencia a los Cargos N° 2, 4, 6, 7 y 8 confirma la sanción manifestando: "(…) la AFP tenía la obligación de efectuar actuaciones tendientes a activar su acción procesal, llevando a cabo toda la tramitación de manera diligente(...) Evidentemente son necesarias las actuaciones del Juez, el Empleador y funcionarios de los juzgados, pero no es menos cierto también que, la participación del principal interesado en los procesos, como lo es la AFP, es vital la consecución de los fines de la Seguridad de Largo Plazo."

La APS en los cargos citados tampoco ha realizado una correcta valoración de los fundamentos expuestos en el Recurso de Revocatoria, porque es de su conocimiento que existen actos procesales que dieron movimiento a los Procesos Ejecutivos Sociales.

En todo proceso intervienen varios sujetos, los que están investidos de poderes determinados por la ley (el actor, el demandado y el juez), en consecuencia, no es posible pensar en un proceso judicial con la sola participación de la AFP como sujeto procesal.

Los actos procesales están dominados por la voluntad jurídica de las partes con la finalidad de crear, modificar o extinguir derechos procesales, dentro de los actos procesales, existen los realizados por la autoridad jurisdiccional denominados "Actos de Tribunal", los realizados por las partes "Actos de Partes", los actos realizados por terceros "Actos de Terceros" y cualquiera de éstos dan movimiento al proceso.

Según la APS los actos procesales realizados por la autoridad jurisdiccional y los funcionarios del juzgado (Oficial de Diligencias) no son propios de la AFP y por tal motivo la AFP al no realizar las actuaciones procesales correspondientes ha paralizado el Proceso Ejecutivo Social, la cual expresa falta de cuidado exigible a un buen padre de familia, generando por tanto dilación en la tramitación del proceso, criterio nada más alejada de la realidad, porque como su autoridad tiene conocimiento, todo acto realizado por funcionarios del Órgano Judicial son gestionados previamente por la AFP, gestiones que no quedan registrados en el expediente del proceso, como ser: buscar al Oficial de Diligencias para programar la fecha de notificación, presentar el papel necesario para que el Secretario del Juzgado elabore los oficios para ser remitidos a las personas, entidades o autoridades a las cuales están dirigidas, reiterar verbalmente a los funcionarios judiciales que puedan realizar los trabajaos (sic) *encomendados, etc., gestiones que la APS pretende desconocer bajo el argumento irracional de que no existe*

documentación probatoria de estos actos, dando a entender que los mismos se hubiesen realizado sin la participación y gestión de la AFP.

La documentación adjunta al informe presentado contra los cargos imputados por la APS se ha demostrado plenamente que los PES han tenido actuaciones procesales que han sido gestionados por la AFP y que la APS pretende desconocer en contravención al principio de la verdad material establecido en el Artículo 4 de la Ley 2341.

Con Referencia a los Cargos N° 5 y 9, expresamos a su autoridad que los Procesos Ejecutivos Sociales demandados por esta AFP persiguen el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargo adeudados a la Administradora de Fondos de Pensiones, las sanciones impuestas por los cargos 5 y 9 hacen referencia a los honorarios profesionales de los abogados contratados.

Dentro del PES sancionado por los cargos N° 5 y 9, el abogado contratado dentro del proceso se regulo (sic) *contra esta Administradora, hecho que no permitió que la AFP pueda realizar actuación procesal alguna en razón a que por las características del incidente no se pudo presentar memorial alguno.*

Durante todo este lapso se desarrollaron reuniones con el abogado patrocinante para llegar a un acuerdo con referencia al monto regulado y obtener de esta manera el pase profesional, documento indispensable para el anuncio de un nuevo patrocinio dentro del proceso para retomar el proceso de cobro judicial del Recargo demandado.

III. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo la revocatoria de las sanciones confirmadas por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 476/2012 de 11 de julio de 2012 e impuestas por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 237/2012 de 18 de abril de 2012…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

El Ente Regulador sanciona a BBVA Previsión AFP S.A., por incumplimiento al artículo 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, al artículo 142 del

Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, por los Cargos Nº 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales, hecho que habría producido la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.

BBVA Previsión AFP S.A. señala en su Recurso Jerárquico, que la Entidad Reguladora no hizo una correcta valoración de la prueba y los fundamentos expuestos en el Recurso de Revocatoria, debido a que dentro de los Procesos Ejecutivos Sociales seguidos contra las Empresas: Batallón de Seguridad Física, Honorable Alcaldía Municipal de Minero, Sociedad Nacional Textil, IME Campoverde S.R.L., Probol Ltda., Fibra Con, Empresa Constructora Concordia S.A. y Compañía de Minerales Especializadas S.A., la recurrente persiguió el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dando cumplimiento a la normativa sancionada.

Consiguientemente, se evidencia la inexistencia de impugnación respecto a las infracciones cometidas en el Cargo Nº 3**,** por lo tanto, el presente análisis sólo se limitará a los Cargos objeto de impugnación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa Imputada.-

A efectos de ingresar al análisis respectivo, corresponde previamente revisar la normativa atinente al caso de autos, conforme se procede a continuación:

- El artículo 23 (Del Proceso Ejecutivo Social) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece:

  "Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

  La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

  Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)…

  Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)."

- El inciso d) del artículo 31(de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala:

  *"…**d)** Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"*

- El artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 establece:

  "***ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).*** *A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.***"**

- El artículo 12 (Recargos) del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, señala:

  "Los Empleadores que no se acojan a los alcances del artículo precedente, serán sujetos a Proceso Ejecutivo Social por concepto de los recargos que corresponda…"

2.2. En cuanto a los Cargos.-

2.2.1. Cargo Nº 1.- (Batallón de Seguridad Física - Recargo: Víctor Villafuerte Alcázar)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A., al evidenciar que existió una paralización injustificada en las actuaciones procesales por los periodos comprendidos entre el 19 de junio de 2007 al 14 de abril de 2009, en el cual se tienen las siguientes actuaciones procesales:

- El demandado contesta la demanda planteada por la Administradora en fecha **19 de junio de 2007.**
- Mediante memorial de **14 de abril de 2009**, se apersona un nuevo representante legal, sin que la AFP presente ningún actuado.

La recurrente refiere en su Recurso Jerárquico que la Entidad Reguladora no realizó una correcta valoración de la prueba, desconociendo que durante la tramitación del Proceso Ejecutivo Social realizó gestiones extrajudiciales que dieron como resultado la respuesta del Ente Regulador mediante nota SPVS/IP/DPSSO/2872/2007 de 29 de agosto de 2007, señalando que se debe realizar el cobro del Recargo para financiar la Pensión de Invalidez, lo cual implicó una nueva Nota de Débito y el inicio de un nuevo Proceso Ejecutivo Social, ya que el Recargo pasó de Dólares a Unidades de Fomento a la Vivienda, y debido a que se realizó la retención de fondos, ello significaría liberar recursos congelados de cuentas que ya no eran del Batallón de Seguridad Física, por la incorporación del mismo al escalafón de la Policía Nacional.

Asimismo señala que la Entidad Reguladora desconoce las gestiones de conciliación que realizó, los cuales demoraron por los conflictos y cambios que existieron en el Batallón de Seguridad Física, y que una vez superados estos el empleador pagó el Recargo en el mes de julio de 2010.

De la documentación que cursa en el expediente de autos, se tienen las siguientes actuaciones:

- Con nota BUN/ASL/0098/2007 de **6 de marzo de 2007**, el Banco Unión comunica que procedió a la retención de fondos de la cuenta del Batallón de Seguridad Física.
- Mediante memorial de **4 de junio de 2007**, el Cnl. DAEN. Silvio Magarzo Segovia, Comandante del Batallón de Seguridad Física, solicita se ordene la remisión de dichos fondos Retenidos en la Cuenta Fiscal del Banco Unión.
- Mediante nota PREV PR 3927/2007 de fecha **18 de junio de 2007**, la Administradora de Fondos de Pensiones, comunicó a la Entidad Reguladora que el trámite de Pensión por Muerte del Afiliado Víctor Villafuerte Alcázar se encontraba en curso de pago y consultó si correspondía continuar con el cobro del Recargo por la Pensión de Invalidez.
- En fecha **9 de julio de 2007** con nota PREV PR 4926/2007, BBVA Previsión AFP S.A. remitió un informe sobre la Pensión de Invalidez a la Entidad Reguladora.
- Con nota SPVS/IP/DPSSO/2872/2007 de **29 de agosto de 2007**, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, comunicó a BBVA Previsión AFP S.A. que debe proseguir con el cobro del Recargo por el monto correspondiente a la Pensión de Invalidez.

Con relación a la retención de fondos, el memorial presentado por el Comandante del Batallón de Seguridad Física y la nota PREV PR 3927/2007 de 18 de junio de 2007 remitida por la Administradora de Fondos de Pensiones a la Entidad Reguladora, se tiene que los mismos fueron presentados en fecha anterior al periodo observado, por lo que no corresponde que sean considerados dentro del presente análisis.

Respecto a las consultas realizadas por BBVA Previsión AFP S.A. a la Entidad Reguladora, la respuesta de ésta y el cambio del monto del Recargo de Dólares a Unidades de Fomento a la Vivienda (que refiere la recurrente en su Recurso Jerárquico), las mismas no pueden ser consideradas, ya que si bien son gestiones extrajudiciales que efectuó la Administradora de Fondos de Pensiones, estas no justifican la paralización de seiscientos sesenta y cinco (665) días que existió dentro del Proceso Ejecutivo Social.

Ahora bien, en cuanto a las gestiones de conciliación realizadas por BBVA Previsión AFP S.A., es importante señalar que el cargo imputado y sancionado se refiere a la paralización injustificada dentro del Proceso Ejecutivo Social, y que si bien dentro del mismo pueden realizarse actos de conciliación con el empleador, esto no significa que la Administradora de Fondos de Pensiones no haya continuado el proceso, situación que demuestra la falta de diligencia con la que actuó BBVA Previsión AFP S.A., en la tramitación propia del Proceso Ejecutivo Social, además si bien la recurrente señalaría que esta habría realizado gestiones de conciliación, de la revisión de la documentación adjunta, así como de lo referido por la recurrente, se tiene que si bien el empleador habría pagado el recargo en el mes de julio de 2010, sin embargo el mismo no puede ser considerado como descargo debido a que el pago se realizó de manera posterior al periodo sujeto de imputación.

Por tanto en cuanto al Cargo Nº 1, sí corresponde el cargo imputado y consiguiente determinación de sanción, al evidenciarse una paralización injustificada de las actuaciones procesales dentro del Proceso Ejecutivo Social, así como una falta de diligencia atribuible en este caso a la Administradora de Fondos de Pensiones.

2.2.2. De los Cargos N° 2, 4, 6, 7 y 8.-

BBVA Previsión AFP S.A. señala en su Recurso Jerárquico que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no realizó una correcta valoración de los fundamentos expuestos en el Recurso de Revocatoria, porque es de su conocimiento que existen actos procesales que dieron movimiento a los Procesos Ejecutivos Sociales.

Asimismo, señaló que los actos procesales están realizados por la Autoridad Jurisdiccional denominados "Actos de Tribunal", los realizados por las partes "Actos de Partes", los actos realizados por terceros "Actos de Terceros" y cualquiera de éstos da movimiento al proceso.

De lo señalado por la recurrente es importante realizar la revisión de cada uno de los cargos objeto de impugnación tal como sigue:

- Cargo N° 2.- (Honorable Alcaldía Municipal de Minero – Recargo: Percy Ríos Suárez)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar una paralización injustificada de las actuaciones procesales, dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra la Honorable Alcaldía Municipal de Minero, por el cobro del Recargo del Afiliado Percy Ríos Suárez, por los periodos comprendidos entre el 17 de enero de 2008 al 22 de septiembre de 2008 y entre el 7 de marzo de 2009 al 18 de agosto de 2010.

Con relación al **primer periodo** observado se tienen las siguientes actuaciones:

- El Banco de Crédito, mediante nota No IRP-0012/2008 de **17 enero de 2008,** hace conocer al Juez la solicitada retención de fondos a la Honorable Alcaldía Municipal de Minero por el monto de Bs381.225,36 equivalentes a $us49.574,17 dólares americanos al tipo de cambio de esa fecha.
- Mediante memorial de **22 de septiembre de 2008,** la parte demandante solicita la remisión de fondos retenidos para el pago de lo adeudado.

De los antecedentes que se tiene en el presente caso de autos y de lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 237-2012 de 18 de abril de 2012, se evidencian las siguientes actuaciones dentro del periodo observado:

- El Banco de Crédito de Bolivia S.A. mediante nota Cite: No IRP-0012/2008 de **17 de enero de 2008** dirigida al Juez Primero de Partido de Trabajo y de Seguridad Social, comunica que se ha procedido con la Retención de Fondos de la Cuenta N° 701-5004832-3-95 por el monto de Bs381.225,36.
- El **15 de febrero de 2008**, el Juez Primero de Partido de Trabajo y de Seguridad Social emite Auto mediante el cual resuelve abrir un término probatorio de diez días calendario para que las partes presenten las pruebas pertinentes.
- El **17 de marzo de 2008**, el Honorable Consejo Municipal de Minero emite la Resolución Municipal N° 011/2008, por la cual se designa Honorable Alcalde Municipal de Minero, al Ing. Ruddy Rodríguez Calderón.
- Mediante memorial de **8 de abril de 2008**, presentado por la Alcaldía Municipal de Minero, se señala nuevo domicilio procesal.

- Citación y Notificación N° 6788278 emitida por el Oficial de Diligencias de fecha **26 de junio de 2008**.
- Mediante memorial de **27 de junio de 2008,** la AFP ratifica las pruebas.
- El **18 de junio de 2008**, la Alcaldía Municipal de Minero mediante memorial solicita fotocopias legalizadas.
- Citación y Notificación N° 6703224 emitida por el Oficial de Diligencias de fecha **22 de septiembre de 2008**.
- Mediante memorial de **22 de septiembre de 2008**, la AFP solicita que el Juez Primero de Partido de Trabajo y Seguridad Social disponga que el Banco de Crédito remita a su juzgado la suma retenida de la Cuenta de la Alcaldía Municipal de Minero.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señaló que varias actuaciones fueron emitidas dentro del periodo imputado, sin embargo, las mismas fueron realizadas por el Juez de Trabajo y Seguridad Social, el Oficial de Diligencias, la Honorable Alcaldía Municipal de Minero y el Banco de Crédito y no así por la Administradora de Fondos de Pensiones, por lo que no son válidas para desvirtuar la falta de movimiento procesal.

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que en todo proceso intervienen sujetos, como el actor, el demandado y el juez, no siendo posible pensar en un proceso judicial con la sola participación de la Administradora de Fondos de Pensiones, como sujeto procesal.

Al respecto se debe una vez más precisar y aclarar a la Entidad Reguladora que dentro de un proceso existe una relación jurídica en la que existen sujetos y que tanto los actuados del Juez así como los de la Administradora de Fondos de Pensiones, no pueden manejarse como actuados unos independientes de otros, ya que los Decretos, Autos, Oficios y demás providencias emitidas por el Juez, efectivamente dan respuesta a las solicitudes hechas por la Administradora y su consiguiente tramitación.

Ahora bien, subsumiendo al caso de autos, se puede evidenciar que dentro del primer periodo sancionado, existieron actuados procesales como ser el Auto para la apertura de término probatorio, la designación del nuevo Alcalde Municipal de Minero, señalamiento de nuevo domicilio procesal, citaciones y notificaciones realizadas por el Oficial de Diligencias, memorial ratificando pruebas y el memorial de fecha 22 de septiembre de 2008 remitido por la Administradora de Fondos de Pensiones, mismas que si debieron ser consideradas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros como descargos y considerarse a tiempo de la imposición de sanción o desistimiento.

En cuanto al **segundo periodo** observado se tiene que:

- En fecha **7 de marzo de 2009** se dicta sentencia probatoria a favor del demandante BBVA Previsión AFP S.A.
- Mediante memorial de **18 de agosto de 2009,** la Administradora solicita el desglose y endose del depósito judicial realizado a favor del Consejo de la Judicatura.

Dentro de este periodo se cuenta con las siguientes actuaciones:

- El **19 de mayo de 2009**, el Oficial de Diligencias emite informe dirigido al Juez,

señalando que la Alcaldía Municipal de Minero tiene un nuevo abogado, así como la Sentencia y Depósitos Judiciales N° 102709 y 0751927.
- El **3 de julio de 2009,** la AFP mediante memorial solicita se notifique con la Sentencia a la parte ejecutada y pide Comisión Instruida.
- El **21 de julio de 2009,** la AFP mediante memorial devuelve al Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social, la Comisión Instruida y pide que la misma se acumule a sus antecedentes.
- Citación y Notificación de fecha **28 de julio de 2009,** emitida por el Oficial de Diligencias.
- El **29 de julio de 2009,** la AFP mediante memorial pide al Juez se declare ejecutoriada la Sentencia.
- El **12 de agosto de 2009** la AFP solicita al Juez se sirva ordenar la notificación de la ejecutoria de Sentencia, mediante Comisión Instruida.

De la relación de fechas dentro del segundo periodo observado, se evidencian actuados procesales y diligencias realizadas por la Administradora de Fondos de Pensiones, como ser la solicitud al Juez para que se declare ejecutoriada la sentencia, memoriales mediante los cuales solicita al Juez la notificación de la Ejecutoria de la Sentencia por comisión instruida, actuaciones que demuestran la inexistencia de paralización atribuible a BBVA Previsión AFP S.A.

Por lo que, compulsado el expediente, se evidencia la existencia de actuaciones no valoradas por la Autoridad Fiscalizadora demostrarían la inexistencia de paralización dentro del presente proceso, atribuida a una falta de diligencia por parte de la recurrente dentro del Proceso Ejecutivo Social, por lo que para el Cargo N° 2, corresponde levantar la sanción, al evidenciarse una incorrecta valoración de la prueba por parte del Ente Regulador.

- Cargo N° 4.- (Sociedad Nacional Textil – Recargo: Félix Edgar Tantani Ticona)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A., al evidenciar una paralización injustificada de las actuaciones procesales, dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra la Sociedad Nacional Textil (SONATEX), por el cobro del Recargo del Afiliado Félix Edgar Tantani Ticona, por el periodo comprendido entre el 25 de agosto de 2008 al 21 de enero de 2009, tal como se detalla a continuación:

- En fecha **25 de agosto de 2008,** se dicta sentencia probatoria a favor de BBVA Previsión AFP S.A.
- Mediante memorial de **21 de enero de 2009,** se solicita la ejecutoría de la sentencia.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 237-2012 de 18 de abril de 2012, señaló lo siguiente:

> "*…a partir de la Sentencia N° 118/2008 de 25 de agosto de 2008, se pueden evidenciar actuados procesales, por lo que mediante Nota Cite: PREV-COB-54/02/2012, presenta la siguiente documentación:*
>
> *1) El 04 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias emite informe de Representación relativo a la diligencia para la Sentencia N° 118/2008. Dicha*

actuación se emitió dentro del período imputado, sin embargo la misma es propia del juzgado, por lo que no desvirtúa la falta de diligencia en el movimiento procesal de la AFP.

2) *Asimismo el 04 de octubre de 2008, el Oficial de Diligencias emite Aviso Judicial al representante legal del Empleador. Dicha actuación es propia del juzgado, por lo que no desvirtúa el periodo imputado en el presente Cargo.*
3) *El 28 de octubre de 2008, el Juez Decreta que el Oficial de Diligencias cite mediante cédula al representante legal del Empleador. Dicha actuación es propia del juzgado, por lo que no desvirtúa la falta de diligencia en el movimiento procesal de la AFP.*
4) *El 25 de noviembre de 2008, el Oficial de Diligencias notifica al Empleador con la Sentencia N° 118/2008. Dicha actuación se emitió dentro del período imputado, sin embargo la misma es propia del juzgado, por lo que no desvirtúa la falta de diligencia en el movimiento procesal de la AFP.*
5) *El **11 de diciembre de 2008**, la AFP mediante memorial apersona a su representante legal. A pesar de que dicha actuación ha sido presentada por el regulado, dentro del periodo imputado en la tramitación del PES, la misma no es suficiente para desvirtuar el tiempo prolongado en que la AFP no llevó un movimiento procesal diligente durante los meses anteriores.*
6) *El 12 de diciembre de 2008, el Juez de la causa emite Decreto por el cual da por apersonado al representante legal.*
7) *El 29 de enero de 2009, la AFP mediante memorial solicita al Juez de la causa la ejecutoria de sentencia, actuación posterior al período imputado…"*

De lo transcrito se tiene que el Informe de Representación del Oficial de Diligencias de fecha **4 de octubre de 2008**, el Aviso Judicial al representante legal del empleador emitido por el Oficial de Diligencias de **4 de octubre de 2008**, el Decreto emitido por el juez en fecha **28 de octubre de 2008,** la notificación con la Sentencia N° 118/2008 de fecha **25 de noviembre de 2008**, el memorial presentado por la Administradora de Fondos de Pensiones de fecha **11 de diciembre de 2009** y el Decreto emitido por el juez en fecha **12 de diciembre de 2008,** son actuaciones que demuestran claramente que no existió paralización dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra el empleador.

Por tanto no corresponde la sanción dada a la AFP, ya que de los antecedentes del caso de autos, se demuestra que no existió una paralización dentro del Proceso Ejecutivo Social, ni una falta de diligencia por la Administradora de Fondos de Pensiones, correspondiendo revocar la sanción impuesta para el Cargo N° 4, al evidenciarse una incorrecta valoración de la prueba por parte del Ente Regulador.

- Cargo N° 6.- (PROBOL Ltda. – Recargo: Bernardo Gonzales Castillo)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. al evidenciar una paralización injustificada dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra el empleador PROBOL Ltda., por el Recargo del Afiliado Bernardo Gonzales Castillo, durante el periodo comprendido del 15 de diciembre de 2008 al 29 de agosto de 2009, de los cuales se tienen los siguientes actuados:

- En fecha **12 de junio de 2008,** mediante memorial se solicita al Juez oficie al Banco Central de Bolivia, certifique cual era la cotización de la UFV en fecha 4 de septiembre de 2006.
- Mediante memorial de **24 de noviembre de 2008,** reitera la solicitud al Juez oficie al Banco Central de Bolivia, certifique cual era la cotización de la UFV en fecha 4 de septiembre de 2006.
- Mediante memorial de **15 de diciembre de 2008,** la parte demandante apersona a un nuevo representante para el conocimiento del proceso.
- La parte demandante, mediante memorial de **29 de agosto de 2009,** solicita se dicte Auto Intimatorio de Pago.

De los antecedentes que se cuenta en el presente caso de autos se tiene que la Administradora de Fondos de Pensiones presentó la siguiente documentación:

- Mediante nota SAJU 502/2009 de **9 de junio de 2009** el Banco Central de Bolivia remite al Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social, la cotización de las UFV al 4 de septiembre de 2006 (fs. 139).
- Dicha nota fue presentada a juzgado en fecha **12 de junio de 2009** (fs. 138).
- El juez emitió Decreto en fecha **13 de junio de 2009**, para que se arrime a sus antecedentes (fs. 138).

Al respecto, es evidente que en dos oportunidades, en fecha **12 de junio de 2008** y **24 de noviembre de 2008**, la AFP solicitó al Juez que oficie al Banco Central de Bolivia, para que certifique cual era la cotización de la UFV al 4 de septiembre de 2006, sin embargo, dichas actuaciones procesales fueron realizadas en fecha anterior al periodo observado.

Asimismo, se tiene que dicha solicitud fue atendida por el Banco Central de Bolivia el **9 de junio de 2009** y presentada al juzgado el **12 de junio de 2009,** emitiéndose el Decreto por el Juez el **13 de junio de 2009**.

Sin embargo, no se cuenta con documentación que pueda evidenciar que la AFP haya realizado alguna gestión desde el 15 de diciembre de 2008 al 9 de junio de 2009, existiendo periodos de tiempo largos sin que haya existido movimiento procesal.

De la misma manera, es evidente que desde la emisión del Decreto de fecha 13 de junio de 2009, si bien existió la vacación judicial desde el 22 de junio de 2009 al 11 de julio de 2009, esta puede justificar una demora de unos veinte días, sin embargo, la Administradora no realizó ninguna gestión sino hasta el 29 de agosto de 2009, fecha en la cual solicitó se dicte el Auto Intimatorio de Pago.

Por lo tanto, corresponde la sanción para el Cargo Nº 6, ya que es evidente que existió una paralización injustificada y falta de diligencia por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones dentro del presente proceso.

- Cargo Nº 7.- (Fibra Con – Recargo: Severino Lázaro Mamani Escobar)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. al evidenciar una paralización injustificada dentro del Proceso Ejecutivo Social

seguido contra la Empresa Fibra Con, durante el periodo del 12 de mayo de 2009 al 4 de febrero de 2010, tal como se detalla a continuación:

- La parte demandante solicita, mediante memorial de **12 de mayo de 2009,** se admita la demanda planteada.
- Mediante memorial **de 4 de febrero de 2010,** reitera la solicitud de admisión de la demanda planteada.

Con relación al presente cargo, se tiene que dentro del presente proceso, la recurrente no presentó documentación alguna, que pueda levantar la sanción impuesta por la Entidad Reguladora, por lo que es evidente que existió una paralización injustificada y una falta de diligencia, atribuidas a la Administradora de Fondos de Pensiones, por lo que corresponde su sanción.

Cargo N° 8.- (Empresa Constructora Concordia S.A. – Recargo: Gabino Roque Jiménez)

Se sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. al evidenciarse una paralización injustificada de las actuaciones, dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra la Empresa Constructora Concordia S.A. por el Recargo del Afiliado Gabino Roque Jiménez, durante el periodo de 2 de mayo de 2009 al 20 de octubre de 2009, del cual se tienen las siguientes actuaciones:

- A través de memorial de **2 de mayo de 2009,** la AFP solicita se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales para que brinde información respecto al domicilio, así como el nombre del actual representante legal de empresa Constructora Concordia S.A.
- En fecha **20 de octubre de 2009,** la parte demandante solicita mediante memorial se le otorguen fotocopias simples del proceso.

De los antecedentes con que se cuenta en el presente caso de autos, y de lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 237-2012 de 18 de abril de 2012: "…*el **02 de mayo de 2009**, la AFP solicita se oficie al Servicio de Impuestos Nacionales para que brinde información respecto al domicilio así como el nombre del actual Representante Legal del Empleador Empresa Constructora Concordia S.A., posteriormente el **15 de octubre 2009,** el Juez emite oficio a Impuestos Internos, por último el **20 de octubre de 2009**, la AFP solicita mediante memorial se le otorguen fotocopias simples del proceso*…".

Al respecto, independientemente de que en fecha 15 de octubre de 2009, el juez recién haya emitido el oficio a Impuestos Nacionales, dentro del periodo observado, desde el 2 de mayo de 2009 hasta el 20 de octubre de 2009, es evidente que la Administradora no actuó con la diligencia de un buen padre de familia, a fin de lograr recuperar lo adeudado por el empleador al Seguro Social de largo plazo y así dar curso al pago de pensión del Afiliado Gabino Roque Jiménez.

Por tanto en cuanto al Cargo N° 8, sí corresponde la sanción al evidenciarse que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hizo una correcta valoración al determinar que existió una falta de diligencia y una paralización del proceso, atribuida a la Administradora de Fondos de Pensiones.

2.2.3. De los Cargos N° 5 y 9.- (I.M.E. Campoverde S.R.L. y Compañía de Minerales Especializados S.A.)

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A., al evidenciar la paralización injustificada del Proceso Ejecutivo Social seguido contra la empresa I.M.E. Campoverde S.R.L. (Cargo N° 5) y contra la Compañía de Minerales Especializados S.A. (Cargo N° 9).

Antes de ingresar a la compulsa necesaria, es importante señalar las actuaciones procesales seguidas en ambos cargos, como sigue:

- **Cargo N° 5 (I.M.E. Campoverde S.R.L.):**

  - El demandado mediante memorial de **29 de octubre de 2008**, respondió a la demanda y opuso excepciones.
  - Mediante Auto de **29 de noviembre de 2008**, el Juez determina diez días de prueba para ambas partes a fin de acreditar las aseveraciones planteadas.
  - Posterior a la fecha señalada, no se evidencian actuados procesales por parte de la AFP, existiendo un abandono al proceso.

- **Cargo N° 9 (Compañía de Minerales Especializada S.A.):**

  - El Juez emite Auto Intimatorio de Pago en fecha **1 de agosto de 2008**.
  - El demandado mediante memorial de **27 de agosto de 2008**, respondió a la demanda y opuso excepciones.
  - En fecha **13 de diciembre de 2008,** la parte demandante, mediante memorial apersona a un nuevo representante para el conocimiento del proceso.
  - Mediante memorial de **3 de junio de 2009**, la parte demandante solicita fotocopias del expediente judicial.

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que los Procesos Ejecutivos Sociales persiguen el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargo adeudados a la Administradora de Fondos de Pensiones, y las sanciones impuestas para el Cargo N° 5 y para el Cargo N° 9, "*…hacen referencia a los honorarios profesionales de los abogados contratados...*"

Asimismo, refiere que la AFP no pudo realizar actuación procesal alguna, debido a que el abogado patrocinante no quiso otorgar el pase profesional hasta que se le regularicen sus honorarios, por lo que los procesos se encontraron paralizados, eximiendo de esta manera la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A., por el incumplimiento a lo establecido en el artículo 23, el inciso d) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de fecha 17 de enero de 1997 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

Los mencionados artículos, tal como se señaló en el punto 2.1., establecen la obligación que tiene la Administradora de Fondos de Pensiones en cuanto a los Procesos Ejecutivos Sociales, los cuales deben ser llevados con la diligencia de un buen padre de familia, para el cobro de las cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Ahora bien, independientemente de lo referido por BBVA Previsión S.A. AFP, al señalar que la paralización del proceso se debe a que el abogado patrocinante no otorgó el pase profesional, la AFP, no debe olvidar que es su responsabilidad el contratar a los abogados que tramitarán los Procesos Ejecutivos Sociales, por lo tanto, la misma no puede eximir su responsabilidad a la hora de referir que los mismos se hayan paralizado por culpa de los abogados.

Asimismo, no es correcto lo aseverado por la recurrente al señalar que la sanción para ambos cargos hacen referencia a los honorarios profesionales, ya que el mismo se centra en la paralización del proceso y la falta de diligencia por parte de la AFP.

Por lo señalado es evidente que independientemente de lo referido por la Administradora de Fondos de Pensiones, ésta debió continuar con las gestiones procesales a fin de lograr la recuperación de lo adeudado al Seguro Social Obligatorio de largo plazo por el empleador, no existiendo descargo alguno que pueda evidenciar que la AFP haya actuado con la diligencia necesaria, para que los Afiliados puedan acceder a una de las prestaciones que les corresponde.

En cuanto al Cargo Nº 5 y al Cargo Nº 9, y dentro del control de legalidad se ha podido determinar que sí corresponde la sanción al evidenciar que dentro de los procesos, existió una paralización injustificada de las actuaciones procesales y una falta de diligencia y demora, atribuibles en este caso a BBVA Previsión AFP S.A.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, así como de la valoración de la prueba, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto a los Cargos Nº 1, 3, 5, 6, 7, 8 y 9, correspondientes a los incisos a), c), e), f), g), h), e i) del Artículo Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 237-2012 de 18 de abril de 2012.

Que, por el contrario, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha hecho un correcto análisis de la norma, no ha sometido su actuar a lo establecido por norma, vulnerando así el principio de sana crítica en cuanto a la valoración de la prueba, debido proceso y legalidad, por lo que corresponde revocar los Cargos Nº 2 y 4, correspondiente a los inciso b) y d) del Artículo Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 237-2012 de 18 de abril de 2012..

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 I. inc. b) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Revocar Parcialmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 476-2012 de 11 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 237-2012 de 18 de abril de 2012, dejando sin efecto los incisos b) y d) del Artículo Primero y confirmando los incisos a), c), e), f), g), h) e i) del mismo artículo primero, conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 DE 26 DE JULIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 075/2012 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 075/2012

La Paz, 11 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 de 26 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 de 7 de mayo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 046/2012 de 07 de noviembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 145/2012 de 27 de noviembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 17 de agosto de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada por su Gerente General Sr. Julio Antonio Vargas León, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 de 26 de julio de 2012, que en Recurso

de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 de 7 de mayo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/6227/2012 con fecha de recepción 22 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 de 26 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 de 7 de mayo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 24 de agosto de 2012, notificado en fecha 29 de agosto de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

Que, mediante nota APS/DJ/DPC/1714/2012 de 7 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó con los cargos a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, conforme a la redacción que se transcribe a continuación:

> "…*En cumplimiento a lo determinado en los artículos 168 inciso b) y 177 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 292 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, los artículos 66 y 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, notifico a usted la presente Nota de Cargos de acuerdo a lo expuesto a continuación:*
>
> ***a) Servicio Nacional de Patrimonio del Estado – SENAPE.***
> ***I. Antecedentes:***
> *En fecha 15 de abril de 2011, el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros envía a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS la nota MEFP/VPSF/DGP/USSOLP/No 0132/2011, la misma que adjunta copia de la nota SNPE/CE/DGE-942/DAF-071-URH/2011, de fecha 07 de abril de 2011, referida a deudas por diferencias en el pago de Contribuciones a la Seguridad Social de Largo Plazo.*
>
> *Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante nota APS/DPC/541/2011, instruye a la AFP, la remisión de un informe pormenorizado y documentado del estado actual de la mora que SENAPE pudiese tener, y de las gestiones que han realizado para la recuperación de la misma, informe que debía incluir por lo menos los siguientes puntos:*

- *El Estado de Cuenta del Empleador, detallando el número de Trabajadores por los que el Empleador cotizó, por cada período de cotización. Actualizado a la fecha de la presentación de la presente nota.*
- *Liquidación de mora por periodos a la fecha de recepción de la presente nota. Si corresponde.*
- *Cartas de Comunicación, de la Gestión Administrativa de Cobro, enviada al Empleador, donde se especifica el periodo o los periodos y monto por el cual se daría inicio a la correspondiente Gestión de Cobro Judicial y consecuentemente al Proceso Ejecutivo Social, con los correspondientes sellos de recepción por parte del Empleador.*
- *Documentación de respaldo de Convenio de Pago.*
- *Documentación de respaldo que hubiese permitido la baja o cancelación de mora, solamente si corresponde.*
- *Nota de Débito incluyendo a detalle los periodos adeudados.*
- *El expediente judicial completo y actualizado, a la fecha de la recepción de la presente nota, debidamente foliado y con sellos del Juzgado de Trabajo y Seguridad Social donde se sustancia el PES.*

El 26 de abril de 2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP, remite la nota FUT.AP.VP.COB.0788/2011 a esta Autoridad, informando lo siguiente:

1. "El Empleador Servicio Nacional de Patrimonio del Estado, con número de identificación GOB 035, se encuentra en cobranza judicial y tiene la siguiente tipología de mora:

Tipo Deuda	***Número de Períodos***	***Capital Adeudado (SSO)***	***Interés Mora (SSO)***	***Interés Incremental (SSO)***	***Total Mora (SSO)***
M2	*44*	*31,080.83*	*33,417.83*	*6,683.59*	*71,181.70*
Total	***44***	***31,080.83***	***33,417.83***	***6,683.59***	***71,181.70***

De acuerdo al requerimiento de su Autoridad, se procedió con la verificación de la aplicabilidad de la Circular APS/DPC/07-2011, de fecha 4 de mayo de 2011, el mismo que en el inciso c. del punto 3, establece que: "Previa la depuración de la mora, es obligación de la AFP verificar que el Asegurado o su Derechohabiente (s) no hubiera (n) percibidos (sic) prestaciones (la negrilla es nuestra) o pago del SSO o del SIP."De esta manera y considerando, que los Asegurados: Freddy Ricardo Moreira Torres (NUA: 33652831), Miguel Ángel Camacho Romero (NUA: 3817705) y Héctor Fernando Quiroga Zubieta (NUA: 30536510); tienen la Prestación de Retiros Mínimos, no es posible depurar la Mora del Servicio Nacional de Patrimonio del Estado "SENAPE".

2. En el anexo 1 – Cobranza Administrativa, se adjuntó siguiente:
a. Estado de Cuenta del Empleador actualizado al 18 de Mayo (sic) de 2011.
b. Cartas de Gestión de Cobro Administrativa.

3. En el anexo 2 – Cobranza Judicial, se adjunta lo siguiente:
a. Expediente judicial, actualizado al 18 de mayo de 2011.
b. Liquidación por la mora al SSO, con intereses calculados al 18 de mayo de 2011…"

***Cargo 1.-** Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

***Empleador:** Servicio Nacional de Patrimonio del Estado – SENAPE.*
Juzgado Sexto de Trabajo y de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
***Período comprendido sin movimiento procesal:** Por el período comprendido entre el 09 de agosto de 2010 al 19 de enero de 2011.*

A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *Juzgado Sexto de Trabajo y de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.*
- *El proceso se inicia con la demanda presentada en fecha 13 de abril de 2010.*
- *El Juez dicta auto intimatorio de Pago en fecha 17 de Abril de 2010.*
- *El **09 de agosto de 2010**, el oficial de diligencias informa al juez que no pudo encontrar a la parte demandada para la notificación.*
- *Mediante memorial de **19 de enero de 2011**, la Administradora solicita que el proceso se ponga a la vista.*
- *Del análisis realizado al citado caso, se puede evidenciar que a partir del **09 de agosto de 2010** al **19 de enero de 2011**, **por lo que existen ciento sesenta y tres (163) días sin movimiento procesal diligente,** de parte de la AFP.*

b) Construcciones S.R.L. AMECO LTDA.
Antecedentes
Mediante nota AMECO/0348/2011 de 19 de diciembre de 2011, la señora Sandra R. Escobar, representante de la Compañía Americana de Construcciones S.R.L. AMECO LTDA, presenta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS un reclamo por irregular cobro, en consideración a la demanda interpuesta por Futuro de Bolivia S.A. AFP, contra dicho Empleador.

Al respecto, mediante nota APS/DPC/UO/5798/2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, instruye a Futuro de Bolivia S.A. AFP la remisión de un informe pormenorizado y documentado del estado actual de la mora que AMECO LTDA pudiese tener.

En este sentido, en fecha 05 de enero de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP remite la nota FUT.APS.GG.GCOB.0027/2012 a esta Autoridad, informando lo siguiente:

1. "El empleador COMPAÑÍA AMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.R.L., con número de identificación NIT 1026951026, se encuentra en cobranza judicial y tiene las siguientes tipología de mora:

Tipo de Aporte	*Tipo Deuda*	*Número de Períodos*	*Capital Adeudado*	*Interés Mora*	*Interés Incremental*	*Total*
SSO	***M3***	***4***	***31,494.88***	***684.22***	***136.84***	***32,315.94***
FSOL	***M3***	***4***	***7,981.96***	***172.04***	***34.41***	***8,125.41***
	Total	***8***	***39,413.84***	***856.26***	***171.25***	***40,441,35***

2. De acuerdo a su solicitud, en Cobranza Administrativa (Anexo 1) se adjunta:

a. Estado de Cuenta del Empleador, actualizado al 29 de diciembre de 2011.
b. Cartas de cobranza.

3. En el anexo 2, se adjunta lo siguiente:

- *Liquidación por la mora al SSO, con intereses calculados al 29 de diciembre de 2011.*
- *Expediente judicial, actualizado al 29 de diciembre de 2011.*

Cargo 2.- *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Construcciones S.R.L. AMECO LTDA.
Juzgado de Trabajo y de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz.
Período comprendido sin movimiento procesal*: Por el período comprendido entre el 18 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2011.*
A continuación se detallan los actuados más relevantes del PES:

- *En fecha 24 de marzo de 2009, la AFP adjunta publicaciones de edictos.*
- *La Administradora solicita se dicte Sentencia mediante memorial presentado el* ***02 de junio de 2009****.*

  - *Cabe señalar que mediante Nota Cite: AMECO/106/2009, remitida a la Administradora en fecha* ***02 de abril de 2009****, la empresa demandada señala haber cumplido con el pago total por concepto de Aportes devengados a Futuro de Bolivia S.A. AFP y adjunta boletas de pago que respalden lo señalado, a lo cual mediante Note Cite: GR.LP. 1152/2009 de* ***30 de abril de***

***2009**, la AFP responde que dichas boletas fueron acreditadas por el departamento correspondiente pero no modifica en nada su situación dentro del juicio.*

- *En fecha 13 de junio de 2009, el Juez de Partido del Trabajo y Seguridad Social, dicta la Sentencia N° 061/2009, declarando probada la demanda ejecutiva social seguida por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Compañía Americana de Construcciones S.R.L, AMECO LTDA.*
- *Mediante memorial presentado el 17 de agosto de 2009, la Administradora solicita notificación mediante edictos con la Sentencia.*
- *La Administradora presenta un memorial en fecha 28 de septiembre de 2009, solicitando la retención de fondos de la empresa demandada.*
- *En fecha 24 de octubre de 2009, Futuro de Bolivia S.A. AFP adjunta publicaciones de edictos y solicita ejecutoría de la Sentencia.*
- *El 25 de enero de 2010, la AFP solicita fotocopias simples.*
- *Mediante memorial presentado el 25 de mayo de 2010, la Administradora solicita la Notificación mediante edictos con el Auto de Ejecutoría de Sentencia.*
- *El 15 de junio de 2010, la AFP adjunta Exhorto Suplicatorio e informes de Derechos Reales, la Cooperativa de Teléfonos COTAS y el Organismo Operativo de Tránsito de Santa Cruz.*
- *En fecha 16 de agosto de 2010, se libra el edicto solicitado por la Administradora.*
- *La Administradora presenta un memorial el 08 de noviembre de 2010, adjuntando edictos.*
- *Mediante memorial de 01 de marzo de 2011, la Administradora solicita la notificación del auto de retención de fondos mediante edicto.*
- *En fecha 03 de mayo de 2011, se libra el edicto solicitado por la Administradora.*
- *Posteriormente mediante memorial de 01 de marzo de 2011, la Administradora solicita la notificación del auto de retención de fondos mediante edicto.*
- *En fecha 03 de mayo de 2011, se libra el edicto solicitado por la Administradora.*
- *El 18 de junio de 2011, la Administradora presenta un memorial adjuntando los edictos de notificación.*
- *Mediante Oficio N° 382 de 31 de agosto de 2011, el Juez de la causa instruye a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, para efectuar la retención de fondos en las cuentas de la Compañía Americana de Construcciones S.R.L. AMECO LTDA.*
- *Por medio de memorial de 08 de noviembre de 2011, la representante legal de la empresa demandada se apersona y manifiesta su posición respecto al proceso.*
- *Mediante Auto de 09 de noviembre de 2011, el Juez dispone que primero se aclare expresamente si opone incidente de nulidad.*
- *Por medio de memorial de 18 de noviembre de 2011, la representante legal de la empresa demandada arguye que sería procedimentalmente impertinente la interposición de recurso de nulidad, en tanto que la deuda demandada ha sido cancelada antes de que se dicte Sentencia.*
- *La parte demandada, mediante memorial presentado en fecha 20 de diciembre de 2011, solicita que en rebeldía adversa, pues la AFP no se manifiesta respecto a los memoriales de 08 y 18 de noviembre de 2011, se oficie a la ASFI, ordenando deje sin efecto las medidas tomadas contra la Compañía Americana de Construcciones S.R.L. AMECO LTDA. y Miriam Catalina Escobar Salguero.*

- *El **23 de diciembre de 2011**, fecha en la que la AFP recibe la nota de solicitud de información remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS*
- *Se pudo evidenciar que desde el **18 de junio de 2011** al **23 de diciembre de 2011**, **existen ciento ochenta y ocho (188) días sin movimiento procesal diligente,** demostrando falta de diligencias procesales, por parte de la AFP.*

III (sic)***.- <u>NORMATIVA INFRINGIDA</u>:***

- ***Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.***

  *"**ARTÍCULO 23 DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.** Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

  La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

  Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)

  No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación, y conciliación previstas en los numerales 8), 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

  Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

  Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación"

  *"**ARTÍCULO 31° OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP).** Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:*

  d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los interesas que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones."

- ***Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997***

  *"**ARTÍCULO 142 (CUIDADO EXIGIBLE).** A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus*

actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia."

En este sentido se concede el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de notificada la entidad, para que presente sus descargos.

En caso de no presentar los descargos en el plazo otorgado, se emitirá la Resolución Administrativa correspondiente…"

2. NOTA DE DESCARGOS.-

Que, mediante nota FUT.APS.AL.0835/2012 de 19 de abril de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta los siguientes descargos contra la notificación de cargos APS/DJ/DPC/1714/2012 de 7 de marzo de 2012:

"…***A) CARGO N° 1. SERVICIO NACIONAL DE PATRIMONIO DEL ESTADO - SENAPE***

ANTECEDENTES.-
La presente causa fue ingresada mediante auxiliatura de la Sala Social Administrativa en fecha 09 de Abril de 2010, mediante Nota de Debito N° 1-02-2010-00221.

El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 17 de Abril de 2010.

ESTADO ACTUAL DE LA CAUSA.-
Mediante auto de 21 de marzo de 2012, emitido por el juzgador de la causa, se dispone la apertura de término probatorio, mismo que comenzará a correr a partir de la última notificación a las partes, diligencia que se encuentra en lista de espera dispuesta por secretaria de juzgado.

DESCARGOS AL CARGO N° 1:
Tal cual cursa en obrados y de conformidad al informe elevado por la Oficial de Diligencias del Juzgado Sexto de Trabajo y Seguridad Social se establece que la dirección mencionada no corresponde a la institución ejecutada.

En ese sentido, nos causa extrañeza la forma de interpretar y no analizar a cabalidad la presente causa por su institución y pretender imputar los cargos que con una claridad meridiana deben considerarse como inexistentes, por no adecuarse a los datos del proceso y menos a la tramitación efectuada por nuestra parte.

Tal como es de su conocimiento la relación procesal dentro de un proceso, se encuentra establecida una vez contestada la demanda interpuesta. Ahora bien, dentro la presente causa, a fin de evitar una tramitación defectuosa, con vicios de nulidad, apartados del principio de igualdad entre partes, una vez que se pretendió la citación y en virtud a la inexistencia de domicilio se emite un informe, mismo que facilita procesalmente a nuestra parte a fin de dar continuidad a la causa, señalando e identificando los datos que permitan una notificación efectiva a la parte ejecutada.

En ese sentido y de acuerdo con el estado de la causa, en ese entonces, la relación procesal aún no se encontraba establecida, por lo que mal se puede interpretar o exigir movimiento procesal diligente sin tomar en cuenta que aún el deudor desconocía nuestra pretensión.

*Por otro lado, es necesario establecer para este caso, que **el principio de Igualdad Procesal**, es considerado como esencial en la tramitación de los juicios, según el cual las partes que intervienen en el proceso, ya sea como demandante o demandado, tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos, es decir, un trato desigual impediría una justa solución y llevaría a la nulidad de las actuaciones, conforme establece el Art. 128, con relación al Art. 127, ambos del Código de Pdto. Civil.*

Asimismo, es evidente que este principio constituye un instrumento de la tutela del derecho, regulado por nuestra Constitución Política del Estado ofreciendo la tutela del proceso a partir de las previsiones de los Arts. 115, 116, 117, 119, 120, estableciendo que todo proceso como "método de debate", efectiviza las garantías constitucionales de la legítima defensa en juicio, misma que se cumple cuando un demandado pueda formular sus medios de defensa y justificarlas, enervando o destruyendo las efectuadas por el actor como fundamento de sus pretensiones.

En ese entendido a partir del informe efectuado por el Oficial de Diligencias, mismo que fue parte esencial para la prosecución de la causa, se procede a la averiguación y señalamiento por nuestra parte, de los datos que permitan coadyuvar y efectuar una citación y notificación de acuerdo a procedimiento y en sujeción a los principios que ilustramos brevemente; de lo contrario, una citación o prosecución de la causa "con movimiento procesal diligente", sin el cuidado exigible, provocaría nulidades procedimentales que a todas luces perjudicaría a nuestros afiliados; sin embargo todas estas gestiones, incluso el tiempo extrañado por su Autoridad, fue utilizado para una indagación y preparación de mayores elementos que aseguren una tramitación correcta y de acorde a procedimiento, permitieron que a la fecha el ejecutado logre hacer uso efectivo del medio de defensa interponiendo las respectivas excepciones que le franquea la ley. En consecuencia, no es evidente que haya habido una paralización injustificada de actuaciones procesales, porque efectuar gestiones para averiguar datos del representante legal de la parte demandada, datos relativos a domicilio, etc., importan la utilización de tiempo.

De la misma manera no es evidente que se haya producido interrupción del trámite procesal, que de conformidad al Art. 309 del Código de Pdto. Civil, es sancionado con perención de instancia para casos de abandono de causa, pero conforme previene el Art. 313 del código adjetivo antes referido no procede en procesos ejecutivos.

Por otro lado su autoridad olvida y no considera el receso judicial dispuesto Mediante Circular 031/2010 de la Corte Superior del Distrito, mismo que fue dispuesto desde el 27 de diciembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, que importa la suspensión de plazos procesales conforme establece el Art. 141 del Código de Pdto. Civil.

A fin de valorar nuestras gestiones que son ignoradas y no tomadas en cuenta por su autoridad, recordamos que antes de proseguir con la citación y notificación a la parte deudora, a fin de dar continuidad efectividad al proceso se solicita la retención de fondos en virtud a lo establecido por el Art. 491 parágrafo IV del C.P.C. y 29 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar.

Finalmente resulta importante destacar que en el caso de autos a la fecha existe una deuda 1.518 (Mil Quinientos Dieciocho 00/100 Bolivianos), sin intereses, toda vez que por instrucciones de su institución mediante nota APS/DPC/CO/1722/2011, ha solicitado la transacciones (sic) *de suspensión de aportes de los tres (3) rentistas menores de 65 años, misma que ha sido tomada en cuenta por nuestra entidad de conformidad de la circular APS/DPC/07-2011, por lo que se depuró la deuda de los siguientes afiliados:*

NOMBRES Y APELLIDOS	***CUA***	***FECHA DE TRANSACCIÓN***	***TRANSACCIÓN***
Freddy Ricardo Moreira Torres	*33652831*	***03/04/2002***	*suspensión de aportes a rentistas*
Héctor Fernando Quiroga Zubieta	*30536510*	***18/11/2003***	*suspensión de aportes a rentistas*
Miguel Ángel Camacho Romero	*3817507*	***04/09/2000***	*suspensión de aportes a rentistas*

Como se evidencia en el caso de autos, la finalidad del proceso ejecutivo, ha sido cumplida por cuanto a la fecha existe una deuda mínima que será cobrada durante la sustanciación e (sic) *la causa, toda vez que la parte ejecutada a través del memorial de fs. 26-27 de obrados ha aceptado el saldo deudor, de manera que no existe perjuicio alguno contra de la institución, menos de los afiliados para establecer sanción alguna.*

B) CARGO Nº 2. COMPAÑÍA AMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.R.L. (AMECO).-

ANTECEDENTES:
La presente causa fue ingresada mediante auxiliatura de la Sala Social Administrativa en fecha 13 de Junio de 2000, mediante nota de Débito 1-20-2000-00041.

El juzgador emite el auto intimatorio de pago el 23 de junio de 2000.

El juzgador emite la respectiva Sentencia declarando probada la demanda ejecutiva social en fecha 13 de junio de 2009.

ESTADO ACTUAL DE LA CAUSA:
A la fecha nuestra pretensión ha sido satisfecha, habiendo cancelado la totalidad de la deuda al Seguro Social obligatorio de los periodos insertos en el (sic) *Nota de Debito 1-02-2000-00041.*

DESCARGOS AL CARGO N° 2:

Toda vez que el estado actual de la causa establece que la empresa ejecutada ha cumplido con la cancelación de lo adeudado se hace necesario acudir al instituto de la pretensión procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión.

Por regla general la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza. Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entre los cuales está el DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.

En el caso de autos y una vez cumplidas las formalidades se procederá a solicitar el desistimiento de la causa.

Sin embargo y a fin de desvirtuar aparentes incumplimientos en la tramitación, nos permitimos informar que dentro del periodo extrañado por su institución, si se produjeron gestiones que permitieron un avance procesal pertinente y diligente.

1) *Mediante decreto de fecha **20 de junio de 2011**, el Juzgador de la causa acepta los edictos e instruye que los mismos sean arrimados a sus antecedentes, asimismo se tiene por señalado en domicilio procesal.*
2) *Tal cual dispone la Corte de Distrito Judicial de La Paz, se dispone la vacación judicial desde el **24 de junio al 19 de julio de 2011**, tal cual se establece mediante sello de Juzgado cursante en obrado, quedando suspendidas las labores, términos y plazos procesales mientras dure este -receso, según dispone el Art. 141 del Código de Pdto. Civil.*
3) *En fecha **31 de agosto de 2011** mediante secretaria de juzgado se procede a la elaboración del oficio dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)*
4) *En fecha **09 de noviembre de 2011**, se procede a ingresar el trámite ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Como su autoridad apreciará todas estas actuaciones procesales que no fueron tomadas en cuenta por su institución poseen una tramitación diligente y efectiva, más aún si en estos períodos extrañados por su institución se procedió a ejecutar las medidas precautorias que aseguren los resultados del juicio y se logre la cancelación de lo adeudado, la retención de fondos y otras actuaciones importantísimas que evitaron la paralización y dilación de la presente causa, por lo que solicitamos tener presente y valorar cada una de estas gestiones, probando así que no existe perjuicio, menos una paralización injustificada de las actuaciones procesales.

Finalmente cabe hacer mención, que si bien la parte ejecutada habría anunciado que se procedió con la cancelación de lo adeudado mediante su Nota AMECO/1 06/2009, ésta fue respondida por nuestra institución mediante Nota GR.LP.1152/2009, misma que de forma textual establece lo siguiente: "En atención a su nota CITE: AMECO/106/2009, mediante la cual para constancia de cumplimiento, remite copias

de las boletas de pago por deudas de su empresa al seguro (sic) Social Obligatorio, al respecto comunicamos que dichas boletas fueron acreditadas por el departamento correspondiente de acuerdo a normativa."

En ese sentido la notificación de cargos remitida por su institución en su Pág. 5, parágrafo primero, hace una apreciación distorsionada cuando establece: "acreditadas por el departamento correspondiente pero no modifica en nada su situación dentro del juicio"

Como su Autoridad fácilmente podrá colegir, en ninguna parte del texto de la nota respondida por nuestra parte, se transcribió o informó que no se estaría haciendo absolutamente nada dentro del juicio, tal como su institución confunde, pretendiendo establecer argumentos alejados de la realidad, causando grandes agravios, situación que merece de todo punto de vista ser enmendado.

Si bien esta solicitud fue respondida tal cual fue solicitada por el ejecutado, dando a conocer que estos pagos fueron acreditados, esta situación permitió que a la fecha esta causa se encuentre concluida, con la satisfacción de obtener, gracias a nuestras gestiones y tramitaciones, la recuperación de lo adeudado al SSO, por lo que no existen argumentos fehacientes y verdaderos para imputar con cargos sobre un aparente incumplimiento a la norma, sin tomar en cuenta que el objeto del presente proceso se encuentra cumplido y satisfecho, con la obtención de la totalidad de los montos adeudados al Seguro Social Obligatorio; siendo que el Proceso Ejecutivo Social fue iniciado bajo lo previsto por el Art. 23 de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996; y que gracias a ello nuestra AFP ha cumplido con la obligación establecida por el Art. 31, inciso d) de licitada Ley N° 1732, al haber cobrado la cotizaciones y primas devengadas, más sus intereses sin otorgar ninguna condonación.

Por los argumentos arriba esgrimidos, solicitamos a su Autoridad, que como en derecho corresponde, en apego al principio de búsqueda de la verdad material, se sirva desestimar los cargos imputados contra nuestra AFP…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 287-2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 287-2012 de 7 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

*"…**PRIMERO.-** Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

*a) En relación al **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

*b) En relación al **Cargo N° 2** con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción*

a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

TERCERO (sic)***.- I.*** *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

A efectos de tal determinación, el ente fiscalizador establece los argumentos siguientes:

"…***AL CARGO N° 1*** (…)

De los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

La Administradora no toma en cuenta que, para que exista diligencia procesal ejercida por su parte, no es necesario que la parte demandada tenga conocimiento de la causa iniciada en su contra, pues parte de esta diligencia se refleja en los actuados procesales por medio de los cuales, la Administradora con el fin de satisfacer su pretensión y velar por los derechos de sus Asegurados, solicita mediante memoriales dirigidos al Juez de la causa que se proceda a las citaciones y notificaciones correspondientes precautelando de esta forma también el principio de Igualdad Procesal al que hace mención la AFP.

Al respecto, el Código de Procedimiento Civil, prevé mecanismos procesales, a través de los cuales dentro del proceso iniciado, se puede ubicar a la parte demandada para hacerle conocer del proceso judicial iniciado en su contra, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- *Citación Personal.*
- *Citación por Cédula.*
- *Citación por Edicto.*

Es importante señalar, que el período imputado a la Administradora, corre a partir del 09 de agosto de 2010, fecha en la que el Oficial de Diligencias informa al juez que no pudo encontrar a la parte demandada para la notificación, hasta el 19 de enero de 2011, fecha en la que la Administradora solicita que el proceso se ponga a la vista.

En este sentido, una vez presentado el informe del Oficial de Diligencias, la Administradora se encontraba en toda la potestad de solicitar las Citaciones y Notificaciones por Cédula y por Edicto al Juez de la causa, y en consecuencia de su falta de diligencia dentro del PES, conforme al artículo 120 de la Ley de Órgano

Judicial de 24 de junio de 2010, el mismo es archivado como causa fenecida o abandona, lo que obliga a la Administradora a solicitar que el proceso se ponga a la vista.

Asimismo, la Administradora argumenta: "De la misma manera no es evidente que se haya producido interrupción del trámite procesal, que de conformidad al Art. 309 del Código de Pdto. Civil, es sancionado con perención de instancia para casos de abandono de causa, pero conforme previene el Art. 313 del código adjetivo antes referido no procede en procesos ejecutivos."

En el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil señalados por la AFP, se observa:

> *"Artículo 313.- (Improcedencia de la perención). No procede la perención de instancia en los siguientes casos:*
>
> *1) Después de dictada la providencia de autos para sentencia.*
> *2) En los procesos posesorios, voluntarios y ejecutivos.*
> *3) En los de suspensión del proceso por acuerdo de parte y aprobada por el Juez."*

De lo señalado anteriormente, y recordando a la AFP la diligencia que debe tener en el PES, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP emitió la Circular AP/DJ/DPC/CO 24 2010 de 14 de septiembre de 2010, la misma fue enviada a la AFP, estableciendo lo siguiente: "….el artículo 23 de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) como representantes de los Afiliados, se encuentran obligadas a llevar los Procesos Ejecutivos Sociales (PES) con absoluta diligencia y responsabilidad.

Bajo los lineamientos legales señalados anteriormente, se instruye a las AFP para aquellos PES que se encuentren en Despacho de la Autoridad Jurisdiccional para la emisión de resolución (Decretos, Autos, Sentencias y Autos de Vista), y no se haya pronunciado la misma dentro de plazo por motivos injustificados generando retardación de justicia; las AFP dentro del marco conceptual de buen padre de familia deberán realizar las gestiones necesarias ante las autoridades competentes; toda vez que el fin de los PES es lograr la pronta recuperación de adeudos al Seguro Social de largo plazo que financiarán prestaciones de los Afiliados que representa."

En ese comprendido la AFP tenía conocimiento previo que, en la tramitación de un PES, debía cumplir lo determinado por norma en cuanto a la presentación continua y diligente de sus actuaciones procesales. El argumento de la Administradora por el cual señala que no existe paralización en un Proceso Ejecutivo Social por la perención de instancia, es evidente pero no aplica ni se enuncia dicho concepto jurídico al caso en concreto; sin embargo no desvaloriza lo que la norma enunciada determina y lo que la Circular citada establece, la cual es de cumplimiento obligatorio.

Asimismo, el artículo 120 de la Ley de Órgano Judicial de 24 de junio de 2010, en su inciso 1 establece: "El Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales Departamentales

de Justicia, contarán con un archivo general, en el que serán depositados cada seis (6) meses, para su custodia y conservación, los expedientes de las causas fenecidas, o abandonas por más de un (1) año y los registros de los tribunales y juzgados y otros documentos oficiales, las cuales serán remitidas bajo inventario.

El presente PES se encontraba archivado en el Juzgado de la causa, en consecuencia la Administradora tuvo que solicitar que el mismo se ponga a la vista, a fin de que continúe la tramitación del proceso social lo que demuestra que en sujeción al artículo 120 de la Ley del Órgano Judicial, el proceso efectivamente se encontró paralizado.

Por otro lado, respecto al receso judicial determinado mediante Circular 031/2010 P.-C.S.J., el mismo únicamente rige del 27 de diciembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010, lo que no disminuye el lapso abundante de tiempo en el que el PES se encontraba paralizado.

*Cabe señalar, que dentro de los descargos presentados por la Administradora se evidenciaron posiciones contradictorias en consideración a que por un lado, manifiesta que: "**el principio de Igualdad Procesal**, es considerado como esencial en la tramitación de los juicios, según el cual las partes que intervienen en el proceso, ya sea como demandante o demandado, tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos, es decir, un trato desigual impediría una justa solución y llevaría a la nulidad de las actuaciones, conforme establece el Art. 128, con relación al Art. 127, ambos del Código de Pdto. Civil." Y sin embargo, el 13 de mayo de 2011, fecha en la que la parte demandada aun no había podido ser encontrada, solicita la retención de fondos.*

Por lo que en aplicación al principio de igualdad procesal, el mismo no se refiere a desconocer las diferentes posiciones que ocupan el demandante (AFP) y el demandado (Empleador) durante un litigio, como lo argumenta la Administradora en el presente proceso, sino se trata de que ambos tengan iguales oportunidades de probar lo que alegan, e impugnar a la contraparte, y que el Juez haga todo lo posible para que ambos litigantes mantengan esas diferencias posicionales en equilibrio, y sin privilegios, logrando que se dicten decisiones imparciales.

Siguiendo lo señalado en líneas precedentes, se observa que el 27 de diciembre de 2010, el Oficial de Diligencias informa tanto al Juez de Trabajo y de Seguridad Social como a la AFP, que se desconoce el domicilio procesal del Empleador, hecho que impedía que se realice la citación y notificación respectiva. Considerando tal situación, la Administradora debió optar por recurrir a las formas de citación que establece el Código de Procedimiento Civil, y de esta manera evitar que el Empleador desconozca su situación procesal dentro del PES. Sin embargo, en fecha posterior al periodo imputado en el presente cargo, la Administradora solicitó la retención de fondos del Empleador sin éste ser hallado formalmente, por lo que se comprueba que la AFP podía realizar otro tipo de actividades y actuaciones, como ser aquellas dirigidos a cautelar los bienes del Empleador.

Asimismo en otra parte de sus descargos, la AFP manifiesta lo siguiente: "Se evidencia en el caso de autos, la finalidad del proceso ejecutivo, ha sido cumplido por cuanto a la fecha existe deuda mínima". Lo que demuestra que la AFP si hubiese actuado como un buen padre de familia, con el cuidado y la diligencia necesarios, hubiera logrado recuperar la totalidad de Contribuciones en mora del Empleador en fecha anterior. Sin embargo, la paralización imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS a Futuro de Bolivia S.A. AFP, se refiere a un período que comprende ciento sesenta y tres (163) días de tiempo en los que la Administradora no habría efectuado ningún actuado procesal, provocando retraso en la recuperación de las Contribuciones y ocasionando un perjuicio al Asegurado por lo que el mismo no puede contar con sus Contribuciones acreditadas.

Por otro lado, de la documentación remitida por la AFP, se tiene:

1) *Informe emitido por el Oficial de Diligencias, con fecha 09 de agosto de 2010. Cabe señalar que desde esta actuación se computa el período imputado, por lo que no es suficiente para desvirtuar la falta de movimiento procesal por parte de la AFP.*
2) *Memorial de mes de mayo, de la AFP por el que solicita al Juez Sexto de Trabajo y de Seguridad Social proceda a realizar la retención de fondos en todo el sistema financiero del país, los fondos que tuviera el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, sea hasta cubrir la suma de Bs44,538.73 (CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO 73/100 BOLIVIANOS). Se observa que dicha actuación no consta el cargo de recepción del Juzgado, por lo que no se constituye en documentación suficiente para justificar la actividad procesal en el citado PES.*

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó de forma contraria a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en razón a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso.

Concluyéndose que, la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia, al no hacer efectiva la recuperación total de los aportes en mora en fecha anterior. Asimismo, tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES instalado.

Esta Autoridad determina que no se ha generado daño objetivo, lo que no implica que no exista un perjuicio a la celeridad del PES, el cual debe ser llevado de forma continua a fin de lograr el objetivo para el cual fue iniciado.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en los períodos observados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, por lo tanto el Cargo N° 1 se ratifica.

AL CARGO N° 2 (…)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

La Administradora basa su argumento en haber logrado satisfacer su pretensión, señalando que: "…el estado actual de la causa establece que la empresa ejecutada ha cumplido con la cancelación de lo adeudado…"

En ese sentido la AFP establece que el Empleador Construcciones S.R.L. AMECO LTDA. informa mediante nota: AMECO/1 06/2009 que ha procedido con la cancelación de lo adeudado, y que el regulado respondió con nota: GR.LP.1152/2009 que dichas boletas fueron acreditadas por el departamento correspondiente, pero no modifica en nada su situación de inactividad imputada dentro del juicio.

Asimismo la Administradora manifiesta lo siguiente: "…se hace necesario acudir al instituto de la pretensión procesal más propiamente a la extinción de la pretensión" "En el caso de autos y una vez cumplidas las formalidades se procederá a solicitar el desistimiento de la causa". Esta Autoridad determina que la AFP no remitió documentación sobre el memorial de desistimiento presentado al Juzgado debido a que el mismo no cursa en el proceso instalado. Sin perjuicio de ello, no se enerva la inactividad procesal advertida en el PES, pues si bien según la AFP el Empleador Construcciones S.R.L. AMECO LTDA. si canceló el total de los aportes en mora, pero se deduce que dicho pago no fue puesto en conocimiento del juez como actividad procesal diligente del regulado.

En ese sentido la AFP no actuó como un buen padre de familia, al no presentar el desistimiento de la causa y por tanto no dar por concluido el PES instalado.

En cuanto a los actuados señalados y presentados por la Administradora como descargos respecto al período observado por esta Autoridad, los mismos conllevan las siguientes actuaciones propias del Juzgado, en las cuales no se evidencia diligencia de la Administradora dentro de PES, como se observa a continuación:

1) *Mediante decreto de fecha* ***20 de junio de 2011.*** (sic) ***el Juzgador de la causa acepta los edictos e instruye*** *que los mismos sean arrimados a sus antecedentes, asimismo se tiene por señalado el domicilio procesal. Si bien se observa esta actuación fue emitida dentro del período imputado, sin embargo constituye una actuación propia del Juez*
2) *En fecha* ***31 de agosto de 2011 mediante secretaria de juzgado se procede a la elaboración del oficio*** *dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI). Dicha actuación fue emitida por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, durante el período imputado, pero la misma no es propia de la AFP.*
3) *En fecha* ***09 de noviembre de 2011,*** *se procede a ingresar el trámite ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. De igual forma dicha actuación es propia del Juez y no de la Administradora.*

*Respecto a la vacación Judicial, si bien la misma dispone que desde el **24 de junio de 2011 al 19 de julio de 2011**, quedan suspendidos los términos y plazos procesales, la AFP no presentó ninguna actuación fuera del receso judicial y dentro del período de paralización procesal del PES, que comprende:*

- *"El **18 de junio de 2011**, la Administradora presenta un memorial adjuntando los edictos de notificación."*
- *"El **23 de diciembre de 2011**, fecha en la que la AFP recibe la nota de solicitud de información remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS."*
- (sic)

Por lo que se demuestra que no existe diligencia de la AFP desde el 18 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2011, período en el que se evidencia una paralización del PES de ciento ochenta y ocho (188) días, sin movimiento procesal alguno por parte de la AFP.

En este sentido, se evidencia que de un acto procesal a otro, existe una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES, por parte de la Administradora. Lo que determina que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación del memorial de desistimiento de la causa, y demás actuaciones procesales durante el período de paralización.

Por lo expuesto, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para desestimar el presente Cargo.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que*

debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión*".

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

A los Cargos N° 1 y 2.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: ***a)*** *Los hechos imputados se encuentran previamente calificados como infracciones por la normativa imputada, en el artículo 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997;* ***b)*** *Los hechos se encuentran comprobados por la falta de movimiento procesal diligente en los PES, por parte de la AFP, en cuanto a los siguientes puntos:*

1) *Cargo N° 1 el hecho se encuentra comprobado por una falta de movimiento procesal diligente en el PES por parte de la AFP, entre el 09 de agosto de 2010 al 19 de enero de 2011, debido a que la AFP no presentó actuaciones procesales efectuadas por esta Administradora durante el período de inactividad procesal en el PES, advirtiendo solo aquellos realizados por la administración de justicia y no de la AFP.*

2) *Cargo N° 2 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP entre el 18 de junio de 2011 hasta el 23 de diciembre de 2011, debido a que la AFP no ha presentado actuaciones procesales propias durante este tiempo de inactividad, siendo las mismas que correspondían al Juez o al Oficial de Diligencias.*

*En cuanto al inciso **c)** para los Cargos N° 1 y 2 la existencia de negligencia e impericia por parte del regulado considerando además que, por el período de inactividad no presentó actuaciones procesales AFP, lo que demuestra que no llevó un movimiento procesal diligente en el PES.*

*Para la adecuación entre la gravedad de los hechos y las sanciones aplicadas, se efectúa el siguiente análisis: **a)** La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en el movimiento procesal de los PES instaurados. Incurriendo además en impericia.*

*Asimismo en el inciso **b)** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en los PES lo cual retrasó la recuperación de las Contribuciones; por último en el inciso **c)** En los casos se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS – IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS – IP - No. 499 de 4 de junio de 2008, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us10.000 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 23 de la Ley de Pensiones; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 73/2008 de 19 de noviembre de 2008, que confirma las actuaciones del ente regulador.*

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en los PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo a los hechos infractores, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PES, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo ocasionó una demora en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por los Empleadores; en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento de los PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de

1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 28 de junio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 287-2012 de 7 de mayo de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***I. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD:***

De acuerdo a lo prescrito por el parágrafo I de (sic) artículo 73 de la ley de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". Este principio de la tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administradora -Regulador- para que de manera previa al análisis de la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto regulado, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a

garantizar la seguridad jurídica de la que necesariamente deben investirse los diferentes ámbitos o actuados de la materia sancionadora.

En ese sentido se expresa el jurisconsulto Walker San Miguel Rodríguez en la página 60 de su libro "El Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia" cuando señala que "…la tipicidad entendida como la necesidad que una conducta punible haya sido debidamente descrita por una norma legal, es un imperativo del derecho Administrativo Sancionador y opera en conjunto con el principio de legalidad (…). Por consiguiente, no sólo ha de ser necesaria la descripción de un hecho definido como (…) infracción o contravención, sino que además debe establecerse claramente en la norma legal la sanción que ha de aplicarse a cada tipo de infracción".

Entendiendo correctamente el alcance de la tipicidad como un elemento imperativo del derecho Administrativo sancionador, y a la luz del principio de la verdad material no se puede dejar de analizar el hecho de que nuestra AFP ejerciendo la personería de nuestros Afiliados Registrados, con la facultad conferida por el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; ha iniciado los respectivos Procesos Ejecutivos Sociales persiguiendo el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudos al SSO por los empleadores, sin otorgar ningún tipo de condonación, por lo que ha dado cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 31 inciso d) de la ya citada Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

Es inconcebible que se pretenda distorsionar los hechos, imputando y sancionando a nuestra AFP por "inactividad Procesal", infracción que no encuentra establecida en ningún ámbito de la Ley de Pensiones y su normativa reglamentaria, viciando todo el procedimiento de nulidad, pues no puede existir sanción, si no se ha cometido una infracción.

Su Autoridad debe considerar necesariamente que el principio de tipicidad desarrolla también el principio fundamental de "nullum crimen, nulla poena sine lege", que se aplica como la obligación de que los jueces y Tribunales; y en el caso de Autos su Autoridad Como Director Ejecutivo de la APS, apliquen la ley sustantiva debidamente, enmarcando así la conducta del imputado exactamente en el marco descriptivo de la ley, a efecto de no incurrir en calificación errónea que afecte al debido proceso y devenga en defecto absoluto insubsanable.

Por lo anterior es preciso traer a colación lo expresado por el tratadista argentino Roberto Dromi en la página 302 de su obra titulada "Derecho Administrativo" quien ha señalado que las sanciones administrativas "…siempre deben basarse en una ley. Se requiere un título jurídico propio y concreto, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración la aplicación de ellas… La Administración no puede crear, por propia iniciativa, sanciones contra los administrados, por cuanto la determinación de las conductas punibles y las respectivas sanciones son de atribución exclusiva del legislador, competencia indelegable que le pertenece constitucionalmente. También se excluye la aplicación analógica de las sanciones, pues lo contrario significaría transformar el órgano administrador en órgano legislador…"

II. DE LA REITERACIÓN Y LA REINCIDENCIA COMO ELEMENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN.-

En los considerandos de la ahora recurrida Resolución Administrativa, su Autoridad ha señalado que "se advierte reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso recurso (sic) Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS – IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS IP No. 499 de 4 de junio de 2008 la cual resuelve sancionar a la APF…, por incumplimiento a los artículo 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…".

La Predicha reincidencia de nuestra conducta que es invocada por su Autoridad, no puede ser utilizada como fundamento para justificar la calificación y la imposición de la sanción contra nuestra Administradora, toda vez que dichas infracciones han sido objeto de un procedimiento administrativo sancionatorio totalmente diferente en su oportunidad, y por lo tanto ya han causado estado, es decir que han quedado firmes en sede administrativa.

Es pertinente señalar que las Resoluciones Administrativa invocadas por su Autoridad para justificar una mal pretendida incumpliendo a los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS –P No. 259 de 23 de junio de 2000;y no así por los artículo 23 y 31, inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones

Además de lo expresado, no se puede alegar reincidencia en este tipo de acciones, toda vez que las actividades de cobranza se refieren básicamente a procesos separados, con vida jurídica propia, con peculiaridades, tiempos y acciones totalmente separados. Sobre la base de lo expresado en el párrafo anterior, es oportuno también advertir que dichas infracciones que se invocan como reincidencia, por el simple transcurso del tiempo se hallan prescritas en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que señala claramente que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años." Motivo por el cual no pueden ser invocadas de manera indefinida a nuestra AFP en su condición de sujeto regulado, sino también un estado permanente de indefensión e inseguridad jurídica.

III. CARGO N° 1.-

EMPLEADOR SENAPE

A) SOBRE LAS CITACION CON LA DEMANDA.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, según página 6 realiza el análisis señalando que: "…la Administradora no toma en cuenta que, para que exista diligencia procesal ejercida por su parte, no es necesario que la parte demandada tenga conocimiento de la causa iniciada en su contra, pues parte de esta diligencia se refleja en los actuados procesales por medio de los cuales, la Administradora con el fin de satisfacer su pretensión y velar por los derechos de sus asegurados, solicita mediante memoriales dirigidos al Juez de la causa que se proceda a las citaciones y notificaciones

correspondientes precautelando de esta forma también el principio de Igualdad Procesal al que hace mención la AFP".

*Sobre el análisis precedente, que se respeta pero no se comparte, corresponde precisar que **quien ingresa en contradicción absolutamente evidente es su Autoridad**, porque de acuerdo al Art. 50 del Código de Pdto. Civil las partes del proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el juez, consiguientemente para la existencia de un proceso sí resulta imperativo que el demandado tenga conocimiento de la causa iniciada en su contra y ello sólo es procedente a partir de la citación con la demanda y auto intimatorio al demandado o en autos al ejecutado. Más aún, el análisis contradictorio evidencia que se desconoce que la citación del demandado abre recién la competencia del juez conforme establece al Art. 130 -1) del código de Pdto. Civil.*

Por lo manifestado, se debe establecer y reiterar que a raíz del informe elevado por la Oficial de Diligencias del Juzgado Sexto de Trabajo y Seguridad Social, misma que establece que la dirección mencionada no correspondería a la institución ejecutada, significo que a partir de dicho informe, mismo que fue parte esencial para la prosecución de la causa, se procede a la averiguación y señalamiento por nuestra parte, de los datos que permitan coadyuvar y efectuar una citación y notificación de acuerdo a procedimiento y apegado a los principios que ilustramos brevemente, de lo contrario, una citación o prosecución de la causa "con movimiento procesal diligente", sin el cuidado exigible, provocaría nulidades procedimentales que a todas luces si perjudicarían a nuestros afiliados, sin embargo todas estas gestiones, incluso el tiempo extrañado por su autoridad, utilizado para una indagación y preparación de mayores elementos que aseguren una tramitación correcta y de acorde a procedimiento, permitieron que a la fecha el ejecutado logre hacer uso efectivo del medio de defensa interponiendo las respectivas excepciones que le franquea la ley.

En ese sentido, nos causa extrañeza la forma de interpretar y analizar a cabalidad la presente causa por su institución y pretender imputar los cargos con una claridad meridiana deben considerarse como inexistentes pero no adecuarse a los datos del proceso y menos a la tramitación efectuada por nuestra parte, considerando que gracias a esta gestión (averiguación del domicilio real del demandado), mismas que son DILIGENCIAS EXTRAORDINARIAS que viabilizan la prosecución de la causa, de lo contrario estaríamos frente a un proceso paralizado, actuaciones que obligan a nuestra parte a ejecutar esta gestión, a raíz de la ocultación maliciosa o cambio de domicilio, mismo que no es reportado a nuestra AFP.

En ese sentido, esta aseveración permite sacar a luz el conocimiento que se posee al ejecutar la práctica jurídica en estrados judiciales, mismos que determinan y obligan que ante esta estación procesal (INFORME SOBRE INEXISTENCIA DE DOMICILIO) lo que corresponde será:

- *Averiguación del domicilio real a fin de citar con una pretensión.*
- *Esta Averiguación podrá ejecutarse mediante solicitudes al SEGIP, SERECI, IMPUESTOS Y OTROS.*

- *Indagación (como el presente caso) por medios excepcionales del domicilio real del ejecutado*

Estas gestiones desconocidas por su institución permiten cumplir y agotar los medios efectivos que permiten la ubicación del deudor y este se ponga a derecho, tal cual establece el principio de legalidad e igualdad procesal.

Consiguientemente existiendo un análisis contradictorio que deriva en una decisión inapropiada y errada corresponde que la misma sea revocada.

Su Autoridad continúa haciendo referencia a las formas de citación para concluir que, el período imputado es de 9 de agosto de 2010 fecha del informe del Oficial de Diligencias al juez respecto de que no pudo encontrar a la parte demandada, hasta el 19 de enero de 2011 fecha en la que la Administradora solicita que el proceso se ponga a la vista, la AFP se encontraba en la potestad de solicitar citaciones y notificaciones por cédula y por edicto al Juez de la Causa y en consecuencia por su falta de diligencia el proceso es archivado.

Respecto de la anterior referencia, resulta importante que su Autoridad tome en cuenta que la sustanciación de procesos no se trata de presentación de memoriales porque sí, sino que más bien importa que el inicio, la gestión y sustanciación de pasos procesales tengan un desenvolvimiento incuestionable en todas y cada una de las etapas del proceso; ahí radica la importancia de una diligencia de citación, pues es el propio ordenamiento procesal que establece la nulidad de una citación cedularia cuando el domicilio es falso (Art. 121- III del Código de Pdto. Civil).

Tampoco resulta pertinente que su Autoridad, a título de recetario señale "citación personal, citación por cédula, citación por edicto", porque evidencia la no comprensión a cabalidad de las normas procesales que son de cumplimiento obligatorio.

A saber, la citación personal y luego la citación cedularía son procedentes cuando se conoce el domicilio del demandado, en tanto que la citación edictual tiene procedencia cuando no se conoce el domicilio del demandado o cuando se dirige la demanda contra personas desconocidas (Arts. 120, 121 y 124 del Código de Pdto. Civil).

Siguiendo esa línea, es necesario establecer y poner en conocimiento de su institución que existen mecanismos procesales para la ubicación de las partes, mismas que deben ser cumplidas en esta etapa procesal, obedeciendo al principio de preclusión, por lo que la gestión que se pretende inducir no es la correcta procesalmente, al procurar que: "…una vez presentado el informe del Oficial de Diligencias, la administradora se encontraba en toda la potestad de solicitar las citaciones y notificaciones por cedula y por edicto al Juez de la causa…"

Al respecto, esta aseveración, como manifestamos líneas arriba, no es la óptima, como pasamos a exponer:

- *El art. 120 y 121 del C.P.C. establece que la citación al demandado con la demanda será personal, en caso de no encontrarse este de dejara un aviso judicial, advirtiéndose que este será buscado al día siguiente. Si no se hallare este se elevara la representación correspondiente. Asimismo se establece que en virtud a esta representación el Juez ordenara la citación mediante cedula.*

Como bien se apreciara, estos presupuestos jurídicos establecen una serie de pasos o etapas procesales de cumplimiento obligatorio, mismos que no se exteriorizaron en la presente causa, por ello nuestra interrogante: como pretende su institución solicitar la citación del demandado por cedula o por edictos si se desconoce el domicilio ?, como pretender solicitar la citación al demandado por cedula o por edictos si no se cumplió con el aviso judicial, menos con la representación?.

- *El art. 124 del C.P.C. regula la citación mediante edictos a persona cuyo domicilio se ignorare.*

Si bien este articulado establece que en caso de ignorar o desconocer el domicilio se procederá con la citación por edictos, este presupuesto va sujeto al agotamiento de las vías pertinentes que permiten la averiguación de un domicilio, es decir procede interrogante; como pretende su institución citar mediante edictos a sabiendas que el ordenamiento jurídico le otorga los mecanismos, mediante las instituciones encargadas del registro domiciliario, sin agotar previamente estos?.

Aguardamos que estas interrogantes, logren ejecutar una correcta interpretación a la norma y confirmen que el hábito judicial que se vive día a día en estrados judiciales, dispone esta efectiva tramitación procesal.

B) <u>SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL.-</u>
Tal como es de su conocimiento la relación procesal dentro de un proceso se encuentra establecida una vez contestada la demanda interpuesta. Ahora bien, dentro la presente causa fin (sic) *de evitar una tramitación defectuosa, con vicios de nulidad, apartados del principio de igualdad entre partes, una vez que se pretendió la citación y en virtud a la inexistencia de domicilio se emite un informe, mismo que facilita procesalmente a nuestra parte a fin de dar continuidad a la causa, señalando e identificando los datos que permitan una notificación efectiva a la parte ejecutada.*

En ese sentido y de acuerdo con el estado de la causa, en ese entonces, la relación procesal aun no se encontraba establecida, por lo que mal se puede interpretar o exigir movimiento procesal diligente sin tomar en cuenta que aun el deudor desconocía nuestra pretensión.

*Con referencia **<u>al principio de Igualdad Procesal</u>**, es necesario poner en conocimiento que este presupuesto procesal, es considerado como esencial en la tramitación de los juicios, según el cual las partes que intervienen en el proceso, ya sea como demandante o demandada, tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos, es decir, un trato desigual impediría una justa solución y llevaría a la*

nulidad de las actuaciones conforme establece el art. 128, con relación al art. 127 ambos del código de Proc. Civil.

Su Autoridad en la página 8, señala que se evidenciaron posiciones contradictorias en los descargos de la AFP que por parte considera el principio de igualdad procesal y por otra solicita retención de fondos cuando la parte demandada aún no había podido ser encontrada.

Respecto de posiciones contradictorias, es imperativo advertir que no resulta cierto ni evidente tal contradicción, pues al amparo de la previsión legal contenida en el Art. 491-IV (parágrafo agregado por la Ley 1760) del Código de Pdto. Civil, ***el embargo y cualquier otra medida precautoria se ejecutará antes de la citación con la demanda al ejecutado*** *y en aplicación de dicha norma la AFP ha solicitado retención de fondos, antecedente por el cual se concluye que su Autoridad no hace lectura completa de la normativa procesal vigente.*

Ahora bien, sorprendentemente su institución observa y reprocha este accionar, al establecer nuevamente: "…y sin embargo, el 13 de mayo de 2011, fecha en el que la parte demandada aun no había podido ser encontrada, solicita la retención de fondos".

Al respecto, se hace necesario poner en conocimiento de su institución lo siguiente:

- ✓ *La retención de fondos es una medida precautoria, por lo tanto tiende asegurar los resultados del juicio mientras este se tramita hasta la obtención de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.*
- ✓ *Esta medida precautoria, por imperio de la norma PUEDE SER EJECUTADA ANTES DE LA CITACION CON LA DEMANDA AL EJECUTADO, tal cual lo establece el art. 491 núm. III del Cuerpo Adjetivo Civil.*

Con este breve ilustración, se demuestra a todas luces que la tramitación ejecutada por nuestra parte es acorde y cumpliendo con lo que establece el ordenamiento jurídico, justificando nuevamente que el accionar que pretende su institución bajo el pretexto de una "celeridad procesal", es equivocada, sesgada y alejada de todo procedimiento, en suma apartada de la experiencia de los usos y costumbres jurídicos que se experimentan en tribunales judiciales, en ese entendido, asumimos que esta estación procesal se encuentra entendida y subsanada, a fin de no entrar en más detalles de orden procedimental, considerando nuevamente que estas gestiones obedecen y cumplen con lo establecido en la norma.

Por otro lado, es evidente que este principio constituye un instrumento de la tutela del derecho, regulado por nuestra Constitución Política del Estado ofreciendo la tutela del proceso a partir de las previsiones de los arts. 115, 116, 117, 119, 120, estableciendo que todo proceso como "método de debate" efectiviza las garantías constitucionales de la legítima defensa en juicio, misma que se cumple cuando un demandado puede formular sus medios de defensa y justificarlas, enervando o destruyendo las efectuadas por el actor como fundamento de sus pretensiones.

Con referencia al receso judicial dispuesto mediante circular 031/2010 de la Corte Superior del Distrito, mismo que fue dispuesto desde el 27 de diciembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010 inclusive, simplemente hacer notar que esta es parte de la gestión judicial de nuestro órgano jurisdiccional, mismo que debería ser tomado en cuenta, dejando de lado la desestimación efectuada.

*Como se evidencia en el caso de autos, la finalidad del proceso ejecutivo, ha sido cumplida por cuanto a la fecha existe una deuda mínima que será cobrada durante la sustanciación e (sic) la causa, toda vez que la parte ejecutada a través del memorial de fs. 26-27 de obrados ha aceptado el saldo deudor, de manera que no existe perjuicio en contra de la institución ni de los afiliados para establecer sanción alguna, lo que significa que su autoridad debe valorar y ejecutar un análisis acorde a la tramitación y acorde a las (sic) logra*os (sic) *dentro de autos, en ese sentido rescatamos lo siguiente:*

- *Bien sabemos que el proceso es el conjunto de Actos jurídicos procesales recíprocamente concatenados entre sí, de acuerdo con reglas preestablecidas por la ley, tendientes a la creación de una norma individual a través de la sentencia del Juez, mediante la cual se resuelve conforme a derecho la cuestión judicial planteada por las partes, cuya finalidad entre otros, es la de resolver o decidir la existencia o inexistencia de un derecho, o el resarcimiento de un daño.*

Ahora bien, como se expreso, la presente causa tiene por finalidad la recuperación efectiva de lo adeudado, sin importar los medios, diligencias, gestiones, sean estas diligentes, con o sin celeridad procesal, acciones que quedan relegadas si se logra una efectiva disminución de lo adeudado, como el presente caso de autos, por lo que insistir en observaciones que no influyen procesalmente con la gestión de recuperación interna efectuada por nuestra parte, es pretender perjudicar en suma a nuestra parte, sin tomar en cuenta que nuestra labor se centra en el análisis continuo, tramitación continua en juzgados, elaboración y seguimiento continuo de memoriales y otras gestiones que aparentemente no son comprendidas menos experimentadas por su institución.

Finalmente, a fs. 9 en relación a la documentación presentada en calidad de descargo por parte de la AFP, su Autoridad refiere que el memorial de mayo solicitando retención de fondos no constituye documentación suficiente para justificar la actividad procesal en el PES por no contar con cargo de recepción.

Sobre lo anterior, corresponde referir que la copia presentada, contiene tanto el cargo de recepción como la providencia del Juez, no obstante de ello, nuevamente se adjunta la literal referida, por lo que corresponde sea valorada como prueba documental que evidencia la gestión y diligencia de Futuro de Bolivia S.A. AFP y en consecuencia se deje sin efecto la decisión asumida erróneamente y se desestime el cargo 1.

IV. CARGO N° 2.-

EMPLEADOR CONSTRUCCIONES S.R.L. AMECO LTDA.
La errada apreciación de los hechos y consiguiente errónea decisión asumida por su Autoridad, respecto del segundo cargo, se evidencia a partir de la interpretación

inaceptable de dividir un proceso en actuados de la parte demandante, actuados de la parte demandante, actuados de la parte demandada y actuados del órganos jurisdiccional que está sustanciando el proceso, olvidando su Autoridad por completo que el proceso es una relación jurídica porque existen sujetos que, contando son facultades determinantes por ley, interactúan en la jurisdicción cuyo fin es la solución del conflicto de intereses, dichos sujetos son el actor, el demandado y el juez, tal como prevé el Art. 50 del Código de Pdto. Civil. En síntesis sin la interacción de sujetos en el ámbito jurisdiccional no existe proceso y bajo la "lógica" de la entidad reguladora si podría existir proceso sólo con actuaciones individuales, situación complemente errada.

Igualmente resulta inaceptable que, de manera infundada su Autoridad, desestime descargos que inobjetablemente eliminan cargos infundados y que en realidad no existen. A fs. 15, su Autoridad califica de actuación propia del juez el decreto de 20 de junio de 2011, por el cual se dispone se arrimen al expediente los edictos, que han sido presentados por la parte actora, por la AFP y de manera arbitraria su Autoridad, vulnerando el derecho de defensa de Futuro de Bolivia desestima este descargo. Situación que importa de manera inexcusable que en vía de reparación de errores se revoque el cargo 2 y se desestime cualquier sanción contra Futuro de Bolivia.

Ocurre lo mismo con la tramitación para la ASFI (9 de noviembre de 2011) que su Autoridad califica erróneamente sólo como actuación propia del juez desconocido que la AFP TUVO QUE SOLICITAR ESTA MEDIDA PRECAUTORIA, puesto que un juez de oficio no puede disponer medida precautoria alguna, siendo procedente que advertida de su error su Autoridad revoque el cargo 2 y la multa inapropiadamente impuesta.

Respecto del desconocimiento de la suspensión de plazos procesales que inducen a su Autoridad a ratificar erróneamente que existen 188 días sin movimiento procesal, corresponde únicamente remitirse al Art. 141 del Código de Pdto. Civil y en aplicación de dicha norma su Autoridad, advertida del error en la Res. Adm. que se impugna deberá dejar sin efecto el cargo 2 y la multa infundadamente impuesta.

Por otro lado, reiteramos que el estado actual de la causa revela que la empresa ejecutada a (sic) cumplido con la cancelación de lo adeudado, sin embargo lamentamos que su institución, nuevamente alejado del tratamiento procesal, insiste sin fundamentos de orden legal con la desvalorización de esta etapa procesal, por lo que se hace necesario acudir y reiterar conceptos propios del derecho procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión:

- *Por regla general* ***la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza. Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entro los cuales está el DESITIEMIENTO*** (sic) ***DE LA DEMANDA, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.***

Finalmente cabe hacer mención, que si bien la parte ejecutada habría anunciado que se procedió con la cancelación de lo adeudado mediante su Nota AMECO/106/2009, esta fue respondida por nuestra institución mediante Nota GR.LP.1152/2009, misma que de

forma textual establece lo siguiente: "En atención a su nota CITE: AMECO/106/2009, mediante la cual para constancia de cumplimiento, remite copias de las boletas de pago por deudas de su empresa al seguro (sic) Social Obligatorio, al respecto comunicamos que dichas boletas fueron acreditadas por el departamento correspondiente de acuerdo a normativa."

En ese sentido la notificación de cargos remitida por su institución en su pág. 5, parágrafo primero, establece: "…acreditadas por el departamento correspondiente pero no modifica en nada su situación dentro del juicio"

Como podrá interpretar su autoridad en ninguna parte del texto respondida por nuestra parte se transcribe o informa que no se estaría haciendo absolutamente nada dentro del juicio, tal como su institución confunde, pretendiendo establecer argumentos alejados de la realidad, causando grandes agravios situación que merece de todo punto de vista ser enmendado.

Si bien esta solicitud fue respondida tal cual fue solicitada por el ejecutado, dando a conocer que estos pagos fueron acreditados, esta situación permitió que a la fecha esta causa se encuentre concluida, con la satisfacción de obtener, gracias a nuestras gestiones y tramitaciones, la recuperación de lo adeudado al S.S.O., por lo que no existen argumentos fehacientes y verdaderos para imputar con cargos sobre un aparente incumplimiento a la norma, sin tomar en cuenta que el objeto del presente proceso se encuentra cumplido y satisfecho, con la obtención de la totalidad de los montos cumplido y satisfecho, con la obtención de la totalidad de los montos adeudados al Seguros Social Obligatorio.

Finalmente, su Autoridad debe desestimar tanto el cargo 1 como el cargo 2 por estar evidenciados los errores, la mala aplicación de la norma que funda la Res. Adm. y lo más importante por haberse acreditado por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP que no existe materia alguna para mantener cargos infundados contra ella.

V. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP y, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 de fecha 07 de mayo de 2012, adecuando así el caso de Autos al marco de la legalidad en conformidad a las reglas del debido procedimiento (sic) *administrativo…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 DE 26 DE JULIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 de 26 de julio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 de 7 de mayo de 2012, con los siguientes fundamentos:

"…De lo manifestado por la AFP, esta Autoridad establece que en base a las reglas del principio de tipicidad y legalidad a momento de imputar y sancionar las actuaciones de la Administradora, se ha observado que su conducta ha vulnerado las normas que se encuentran tipificadas y debidamente descritas en los Cargos N° 1 y 2, por cuanto la AFP no puede alegar que no existe relación entre la conducta y la infracción a lo establecido en la norma durante la tramitación del Proceso Ejecutivo Social (PES); criterio compartido por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 002/2012 de 19 de enero de 2012, la cual señala:

> *"En este punto corresponde aclarar que si bien el citado Artículo establece que el cobro a ser efectuado vía proceso ejecutivo social servirá para la recuperación de los diferentes rubros adeudado a las AFP, no se debe dejar de lado que los montos de dinero efectivamente recobrados beneficiarán a los afiliados permitiendo financiar las distintas prestaciones del sso* (sic) *en su favor o de sus derechohabientes, para lo cual las AFP ejercen la representación de los Afiliados conforme dispone el Artículo 31 literal e) de la Ley de Pensiones. En tal sentido, siendo el proceso ejecutivo social la vía jurisdiccional idónea para la recuperación de aportes al SSO de largo plazo, las AFP, en su condición de representantes de los afiliados, en encuentran obligadas a recuperación de los dineros que, en definitiva, servirán para el financiamiento de las distintas prestaciones establecidas en la Ley de pensiones que, se reitera, serán para el entero beneficio de los Afiliados o sus derechohabientes, aspecto que permitirá la preservación y defensa del capital humano y del derecho a la seguridad social."*

Por otro lado, siendo que la AFP expresa la necesidad de que haya una descripción en la norma de un hecho definido como infracción, a fin de establecerse claramente la infracción como la sanción; al respecto corresponde ilustrar al regulado, acudiendo al Principio de Tipicidad, expresado a detalle en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 98/2007 de 19 de noviembre de 2007, la cual refiere:

> *"…En general, el principio de tipicidad impone la exigencia material de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondiente, exigencia que afecta a la tipicidad de las infracciones a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permite predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta. De acuerdo a ese contexto, en materia administrativa, el principio de tipicidad es plenamente válido, sin embargo, ciertas Leyes de nuestro ordenamiento jurídico mantienen ciertas conductas deontológicas, consideradas incumplimientos, a las que se tienen que conectar efectos sancionatorios. Estas conductas no se pueden considerar conceptos jurídicos indeterminados, puesto que se activan en casos concretos y, para ser efectivos, deben ser objeto de un análisis pormenorizado y cabal de los hechos acontecidos con relación a la normas regulatorias conculcadas, así como deben sujetarse a una calificación objetiva, desde una óptica del derecho Administrativo y de la actividad regulatoria en materia financiera.* ***El pretender***

> ***que todas las infracciones, conductas o posibles incumplimientos dentro de los sectores del sistema de regulación financiera (sic) boliviano se encuentren descritos como en materia penal, daría lugar a sendas normas punitivas y aún así existirían conductas que pueden vulnerar los objetivos del SIREFI***".
>
> *Asimismo, "corresponde aclarar que* ***el principio de tipicidad no tiene en el derecho administrativo sancionatorio la misma connotación que se presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso****. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. En el derecho administrativo sancionador, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que permiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición.".*

De lo anterior, se extrae que el regulador ha imputado Cargos por infracción a la norma administrativa que establece una orden o prohibición, debidamente plasmada en la norma vigente con anterioridad al hecho advertido, la cual se halla plasmada en los casos sancionados.

La falta de celeridad y diligencia de la AFP en la tramitación de los PES referidos en los Cargos N° 1 y 2, al vulnerarse lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, norma que prevé que el regulado lleve el PES con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que implica que los mismos deben ser llevados de forma continua y diligente.

Asimismo, la normativa utilizada por el regulador para imputar cargos tiene plena validez para subsumir la conducta antijurídica del regulado a la norma vulnerada, ésta referida a la falta de movimiento procesal en los PES llevados a su cargo, prueba de ello es que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012, (páginas 77 y 78) establece y refrenda como norma aplicable para imputar este tipo de hechos.

Debido a que el Ente Regulador tiene entre sus facultades regular y controlar las actuaciones de la AFP, como representante de los Asegurados, ha realizado una evaluación de sus acciones, determinando que para cada Cargo, sí infringió la norma y ha impuesto la sanción estimando la más adecuada y de acuerdo a otros procesos administrativos resueltos, en los que como en el presente, se advierte perjuicio a los Asegurados, como consecuencia de la negligencia de la AFP en los PES.

Con respecto al cuidado exigible de un buen padre de familia dentro de los PES iniciados, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, en su parte pertinente, expresa:

> *"La figura del "buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que establece:…, es una figura jurídica del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se*

conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. ***Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho*** *en esa misma situación.*

Así, de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 citado, la SPVS, para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los procesos ejecutivos sociales, debe considerar ese concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo, ***las fechas de presentación de los memoriales*** *de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y* ***otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente y, por ello le son imputables las responsabilidades respectivas****." (Las negrillas son nuestras)*

De lo anterior se entiende que, bajo los lineamientos establecidos anteriormente y corroborados por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007 y SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007, emitidas por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, detrás de la expresión "diligencia del buen padre de familia" se expresa la obligación de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en todo aquello que realice aquel que está obligado a hacer o no hacer algo, extremando todas las precauciones, con la finalidad de que no se ocasione perjuicio alguno a causa de las acciones u omisiones de la AFP, en lo particular en el movimiento procesal del PES instalado, situación que fue incumplida por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

La normativa vigente establece niveles de diligencia específicos para la AFP. Así, en la recuperación de adeudos a la Seguridad Social de largo plazo, se utiliza el concepto de la "diligencia de un buen padre de familia", refiriéndose a la necesidad de que la AFP lleve a cabo sus actuaciones con el suficiente grado de preparación y cuidado, de forma que los Asegurados y los Fondos que administra y representa no sufran las consecuencias de su negligencia, imprudencia o culpa; lo cual lleva consigo consecuencias jurídicas que acarrean ***responsabilidad*** *para el regulado. Por lo que es necesario recordar que, los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, refieren que la AFP debe mantener un movimiento procesal diligente en el PES, para la recuperación de las Contribuciones en mora a la Seguridad Social de largo plazo, y que en su condición de representante de los Asegurados,* ***son las que se encuentran obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad****, realizando sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.*

Por tanto, esta Autoridad ha podido observar que en los Cargos sancionados, la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesaria, al no mantener una

continuidad en el movimiento procesal de los PES.

*Por otro lado, la AFP manifiesta que la **Reiteración** o **Reincidencia** en la conducta no puede ser utilizada para justificar la calificación y la imposición de la sanción, toda vez que se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio totalmente diferente que ya ha causado estado, es decir que ha quedado firme en sede administrativa.*

Al respecto, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, sobre la adecuación de la sanción al hecho infractor, dice:

> *"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La **reincidencia** en la comisión". (Las negrillas son nuestras)*

Es un hecho que la Autoridad a la hora de adecuar la sanción tomó como uno de los elementos a considerar, la Reiteración o Reincidencia de la conducta del infractor, la cual fue expresada y fundamentada en cuanto a sus motivos en la Resolución Administrativa de sanción y; poco hace el regulado en enfatizar que ese no debe ser argumento para justificar el proceder del regulador, toda vez que en los Cargos N° 1 y 2 la Reiteración es latente, porque la conducta imputada ya fue sancionada en otro proceso, en el cual Futuro de Bolivia S.A. AFP interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS – IP No. 37 de enero de 2007, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual confirmó la Resolución Administrativa SPVS – IP - No. 499 de 4 de junio de 2008, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en bolivianos equivalente a $us10.000 (diez mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) por incumplimiento los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 23 de la ley de pensiones; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 73/2008 de 19 de noviembre de 2008, que confirma las actuaciones del ente regulador, por la misma conducta antijurídica, en base a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Evidentemente, las Resoluciones Administrativas que se mencionan en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°287-2012 de 07 de mayo de 2012, como precedente de Reiteración, han causado estado con responsabilidad de parte del regulado y, precisamente por esa característica se constituyen en antecedente de las conductas e infracciones que se observan en el presente caso.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 en su artículo 287 establece: "Las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización,

según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:…

> *b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para **conductas reiterativas** de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media." (Las negrillas son nuestras).*

Por tanto, el regulador está en la obligación de recurrir a los antecedentes y pasado histórico de los procesos firmes, con objeto de poder descargar la justificación de sus actos a la hora de adecuar la gravedad de los hechos y la sanción a aplicar.

*En cuanto a la **Prescripción** de los Cargos argüida por la AFP, se hace referencia, con carácter previo a lo que expresa la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, que en materia de Prescripción señala:*

> *"En tal sentido, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria queda interrumpida con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio, siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor. También puede darse el caso en sentido que la prescripción puede quedar interrumpida con la Notificación de Cargos cuando juicio de la autoridad administrativa no se requiere actuaciones previas a la Notificación de cargos y procede directamente a notificar cargos al regulado para conocer lo justificativos del incumplimiento."*

*De los antecedentes del caso se extrae que, en el PES iniciado por la AFP contra el Empleador Servicio Nacional de Patrimonio del Estado – SENAPE, no existió movimiento procesal entre el 09 de agosto de 2010 al 19 de enero de 2011; posteriormente mediante nota FUT.AP.VP.COB.0788/2011 de **18 de mayo de 2011**, Futuro de Bolivia S.A. AFP, remite a esta Autoridad el detalle informativo de dicho PES. Por último el Ente Regulador inicio el presente proceso sancionatorio el 13 de marzo de 2012 con la entrega de la nota APS/DJ/1715/2012 de 07 de marzo de 2012.*

*Asimismo, en cuanto al PES iniciado por la AFP al Empleador Compañía Americana de Construcciones S.R.L.- AMECO, se tiene como período sancionado por falta de diligencia procesal, desde el 18 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2011. Esta Autoridad instruye a la Administradora mediante nota APS/DPC/UO/5798/2011 de **21 de diciembre de 2011**, la remisión de un informe pormenorizado y documento del estado actual del caso del Empleador. En ese sentido, el **05 de enero de 2012**, Futuro de Bolivia S.A. AFP remite la nota FUT.APS.GG.GCOB.0027/2012 a esta Autoridad informado el estado del PES. El proceso fue iniciado el 13 de marzo de 2012 con la entrega de la nota APS/DJ/1715/2012 de 07 de marzo de 2012, interrumpiendo con estos actuados la prescripción.*

En virtud a lo expuesto anteriormente y de la verificación de los casos sancionados, acciones y fechas en que hubo paralización procesal, se tiene que ninguno de los Cargos ha prescrito, toda vez que el tiempo transcurrido sido interrumpido por

actuaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y el mismo regulado.

Por lo demás, se ha constatado por la explicación anterior, que la prescripción no ha operado, pues en los Cargos, el transcurso del tiempo de la prescripción se vio interrumpido por actuaciones del regulado, y posteriormente con la comunicación con los cargos imputados.

AL CARGO Nº 1: (…)

En función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 28 de junio de 2012, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Respecto a lo señalado por la Administradora, la misma realiza una interpretación errónea de los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°287-2012 de 07 de mayo de 2012, en el sentido de que cuando la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, manifiesta que para que exista diligencia procesal ejercida por la AFP, no es necesario que la parte demandada tenga conocimiento de la causa iniciada en su contra, ésta diligencia se refiere a los actuados procesales por medio de los cuales, la Administradora debía solicitar al juez la aplicación de mecanismos procesales con el fin hacer conocer a la parte demandada, la demanda y consecuentemente el proceso judicial iniciado en su contra, esto a través de memoriales pertinentes dirigidos al Juez de la causa, para que se proceda a las citaciones y notificaciones correspondientes, precautelando de esta forma también el principio de Igualdad Procesal al que hace mención la AFP.

Por otro lado, la AFP manifiesta haber solicitado la retención de fondos del mismo, a pesar de no haber encontrado el domicilio real del Empleador y señala:

- ✓ *"La retención de fondos es una medida precautoria, por lo tanto tiende a asegurar los resultados del juicio mientras este se tramita hasta la obtención de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.*

- ✓ *Esta medida precautoria, por imperio de la norma PUEDE SER EJECUTADA ANTES DE LA CITACION CON LA DEMANDA AL EJECUTADO, tal cual lo establece el art. 491 núm. III del Cuerpo Adjetivo Civil"*

De lo anterior, se deduce que no está en tela de juicio el que la AFP haya o no asumido diligentemente medidas precautorias, sino la inactividad procesal.

Siendo evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP inicia el PES el 13 de abril de 2010, y solicita la aplicación como medidas precautorias la retención de fondos de los bienes del Empleador. Cabe señalar además, que dicha actuación ha sido realizada con anterioridad al período sancionando (09 de agosto de 2010 al 19 de enero de 2011); por lo que se deja en claro que la sanción impuesta es porque el regulado incumplió lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre

de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, por haber incurrido en la paralización injustificada de las actuaciones procesales; produciendo la interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el PES.

La Administradora señala: "a partir de dicho informe, mismo que fue parte esencial para la prosecución de la causa, se procede a la averiguación y señalamiento por nuestra parte, de los datos que permitan coadyuvar y efectuar una citación y notificación de acuerdo a procedimiento y apegado a los principios…" Asimismo expresa: "…la dirección mencionada no correspondería a la institución ejecutada, significa que a partir de dicho informe, mismo que fue parte esencial para la prosecución de la causa, se procede a la averiguación y señalamiento por nuestra parte…"

Al respecto, el Código de Procedimiento Civil, prevé mecanismos procesales, a través de los cuales dentro del proceso iniciado, se puede comunicar a la parte demandada para hacerle conocer del proceso judicial iniciado en su contra, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- *Citación Personal.*
- *Citación por Cédula.*
- *Citación por Edicto.*

En virtud a que durante la tramitación del PES, el Oficial de Diligencias eleva informe mediante el cual declara que el domicilio real del Empleador no pudo ser encontrado, es que la Administradora en su calidad de demandante, tenía la obligación de agotar los medios procesales que la ley otorga y para efectivizar la notificación al demandado con la demanda; sin embargo la AFP incumplió su deber y no solicitó los mismos pertinente y oportunamente, incurriendo en una total falta de cuidado y diligencia en la tramitación del PES, ocasionando que el proceso sea archivado. Tal negligencia llevó a que la Administradora a solicitar que dicho expediente nuevamente se ponga a la vista el 19 de enero de 2011.

Asimismo, la Administradora señala en su Recurso de Revocatoria haber realizado diligencias extrajudiciales a fin de encontrar el domicilio real del Empleador. Cabe señalar que de manera simultánea la AFP debió presentar actuaciones procesales dentro del PES; sin embargo el regulado no efectuó ninguna actuación procesal, por lo que el proceso fue descuidado por el regulado durante el período sancionado por falta de movimiento procesal, por lo tanto la paralización procesal en la que incurre la AFP se mantuvo.

De igual manera, la Administradora señala que a momento de que el Oficial de Diligencias emitió el informe por el cual se comprueba la inexistencia del domicilio real del Empleador, corresponderían las siguientes medidas en aplicación al principio de legalidad e igualdad procesal:

1) *Averiguación del domicilio real a fin de citar con una pretensión.*

2) *Esta averiguación podrá ejecutarse mediante solicitudes al SEGIP, SERECI, Impuestos y otros.*
3) *Indagación por medios excepcionales del domicilio real del ejecutado.*

El hecho de que la AFP haya mencionado las actividades anteriores, no tiene ninguna relevancia judicial, ya que el Juez no tiene conocimiento sobre ellas, debido a que las mismas no fueron realizadas dentro del PES, por tanto ni el juez de la causa y ni la parte demandada tuvieron conocimiento de las mismas.

Asimismo, la Administradora hace mención haber indagado sobre la ubicación exacta del domicilio del Empleador, refiriéndose a tales como "medios excepcionales", lo que demuestra que la Administradora no presentó ninguna actuación procesal durante el período de paralización del PES, por lo que el regulado no ha efectuado las actuaciones señaladas dentro del marco del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, cabe señalar que las partes procesales son las personas que intervienen en un proceso judicial para reclamar una determinada pretensión o para resistirse a la pretensión formulada por otro sujeto. La persona que ejercita la acción se llama "actor" (AFP); y la persona que se resiste a una acción se la llama "parte demandada" (Empleador).

En ese sentido, es fundamental para el demandante otorgar el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado, en vista de que cuenta con un Título Ejecutivo de una obligación líquida y exigible y que, el PES como proceso de naturaleza sumaria debe ser tramitado con la mayor celeridad posible.

Asimismo, es importante aclarar que es obligación de esta Autoridad supervisar las acciones realizadas por la Administradora y no así las acciones del demandado o del Juez en el PES; por lo tanto el período identificado sin movimiento procesal se debe a una falta de diligencia similar a la de un buen padre de familia por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP.

La existencia de sujetos procesales independientes a la parte demandante y sus acciones, no son sujetas de supervisión ni control por parte de esta Autoridad. En este sentido la Administradora no puede justificar la negligencia de la AFP atribuyendo actos de los otros sujetos procesales y asumirlas como si fueran del regulado, más aún cuando se entiende que el directo interesado en la recuperación de aportes es la AFP, entidad que tiene la obligación inexcusable de velar por los Asegurados a los cuales representa.

Asimismo, la Administradora manifiesta que esta Autoridad incurre en una contradicción al manifestar que no es necesario que la parte demandada tenga conocimiento de la causa iniciada en su contra; cuando lo que en realidad el Ente Regulador quiso decir es que ambas partes tienen el derecho de conocer todas las acciones que la otra estuviese realizando dentro del proceso. Por lo que la AFP debió promover la citación al demandado como lo señala la norma, para que el

Empleador, el Juez y esta misma Autoridad conozca las diligencias que el regulado estaba realizando en el PES.

Por otro lado, es necesario advertir a la AFP que, el principio de legalidad procesal establece que las personas públicas como los particulares, se encuentran sometidas a la voluntad de la ley y su jurisdicción y no a la voluntad de las ***personas****; por esta razón se dice que, el principio de legalidad establece la* ***seguridad jurídica*** *en el debido proceso. En el presente caso la Administradora no efectivizó ninguna de las citaciones establecidas en la norma civil, por lo que su actuación no se encuentra sometida a la norma, incumpliendo el principio de legalidad, siendo una regla fundamental del debido proceso.*

En cuanto al principio de igualdad de las partes, en un proceso, el órgano judicial debe mantenerse en una posición neutral y tratar a ambas partes por igual. Este principio supone que las partes se encuentran en una posición sustancialmente idéntica, ostentando las mismas facultades y cargas.

Ambos principios expuestos, se ejercen dentro de un debido proceso y no así como el regulado entiende que los mismos pueden ser aplicados en cualquier momento y fuera del proceso, por tanto se evidencia que el actuar de la AFP no ha considerado la norma civil para citar diligentemente al Empleador, y por otro lado efectúa actuaciones extrajudiciales de las cuales no se tiene ningún respaldo idóneo.

Por lo anterior, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS se ratifica en la sanción impuesta a la Administradora en el presente Cargo, por la falta de movimiento procesal del período comprendido entre el 09 de agosto de 2010, al 19 de enero de 2011. Debido a que los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para desestimar el presente Cargo, por lo que el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 2 (…)

En función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 28 de junio de 2012 para el Cargo N°2, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta que: "La errada apreciación de los hechos y consiguiente errónea decisión asumida por su Autoridad, respecto del segundo cargo, se evidencia a partir de la interpretación inaceptable de dividir un proceso en actuados de la parte demandante, actuados de la parte demandada y actuados del órganos jurisdiccional que está sustanciando el proceso, olvidando su Autoridad por completo que el proceso es una relación jurídica porque existen sujetos que contando con facultades determinantes por ley, interactúan en la jurisdicción cuyo fin es la solución del conflicto de intereses, dichos sujetos son el actor, el demandado y el juez…."

Al respecto, es importante denotar que la AFP como parte demandante, debió otorgarle el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado dentro

del PES en vista de que cuenta con un Título Ejecutivo de una obligación líquida y exigible; y si bien regularizó la deuda con gestiones extrajudiciales, éstas debieron ser puestas en conocimiento del juez diligentemente presentando el desistimiento; siendo el objeto de la cobranza judicial su recuperación por esta vía.

Asimismo, es obligación de esta Autoridad supervisar las acciones realizadas por la Administradora y no así las acciones del resto de las partes involucradas dentro del PES, por lo tanto los períodos identificados sin movimiento procesal se deben a una falta de diligencia incurrida por parte de Futuro de Bolivia S.A AFP que no actuó como un buen padre de familia.

Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta que esta Autoridad califica como una actuación propia del juez el decreto de 20 de junio de 2011, alegando que la AFP ha presentado memorial de 13 de junio de 2011, que adjuntaba edictos.

En cuanto al Decreto de 20 de junio de 2011, esta Autoridad determina que el señalado Decreto es una actuación propia del Juzgador, por lo que se ha evidenciado falta diligencia de la Administradora dentro de PES, como se observa a continuación:

1) *El **18 de junio de 2011**, la Administradora presenta un memorial adjuntando los edictos de notificación.*
2) *Mediante decreto de fecha **20 de junio de 2011**, **el Juzgador de la causa acepta los edictos e instruye** que los mismos sean arrimados a sus antecedentes, asimismo se tiene por señalado el domicilio procesal. Si bien se observa esta actuación fue emitida dentro del período sancionado; sin embargo constituye una actuación propia del Juez*
3) *En fecha **31 de agosto de 2011 mediante secretaria de juzgado procede a la elaboración del oficio** dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI). Dicha actuación fue emitida por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, durante el período sancionado; pero la misma no es de la AFP.*
4) *En fecha **09 de noviembre de 2011,** ingresa el trámite ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. De igual forma dicha actuación es propia del Juez y no de la Administradora.*
5) *El **23 de diciembre de 2011**, fecha en la que la AFP recibe la nota de solicitud de información remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.*

Quedando demostrado que la Administradora no actuó como un buen padre de familia en la tramitación del PES, existiendo una total falta de diligencia y celeridad desde el 18 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2011, período en el que se evidencia una paralización del proceso de ciento ochenta y ocho (188) días, sin movimiento procesal alguno por parte de la AFP.

Por otro lado, pese a que la Administradora tuvo conocimiento de la cancelación de lo adeudado por el Empleador mediante nota AMECO/106/2009, respondió a las

mismas que las boletas adjuntas fueron acreditadas por el departamento correspondiente de acuerdo a normativa; sin embargo la AFP dentro del PES no modificó en nada la situación del Empleador dentro del proceso.

La AFP al conocer que el Empleador efectuó el pago total de lo adeudado mediante la nota señalada, como sujeto procesal del PES tenía la obligación de presentar ante el Juez de la causa, el memorial de desestimiento (sic) *y remitir junto al mismo la nota AMECO/106/2009, sin embargo de las actuaciones procesales remitidas a esta Autoridad, no cursan ni el memorial ni la nota en el proceso instalado. Por tanto la obligación de la AFP en cuanto a concluir el proceso, por medio del desistimiento de la causa por cumplimiento del Empleador, no ha sido realizado, sin perjuicio de su inactividad procesal advertida en el PES imputado ahora.*

Como parte de la revisión a la documentación remitida por la Administradora en otra instancia, mediante nota FUT.AP.VP.COB.0788/2011, en la que se pudo evidenciar que no se ha presentado ningún actuado modificando la demanda, retirando la misma o desistiendo del proceso.

En este sentido, se evidencia que de un acto procesal a otro, existe una total falta de diligencia en el movimiento procesal del PES, por parte de la Administradora. Lo que determina que la AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación del memorial de desistimiento de la causa, y demás actuaciones procesales durante el período de paralización.

Por lo expuesto, el argumento presentado por la AFP no es suficiente para desestimar el presente Cargo.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°287-2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Que, en fecha 17 de agosto de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 530-2012 de 26 de julio de 2012, expresando lo siguiente:

"…***I. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD:***

La instancia reguladora, insiste de manera infundada en reiterar que no existe vulneración alguna del principio de tipicidad, forzando su "argumentación" en resoluciones Jerárquicas que no tienen el rango ni de ley ni de norma reglamentaria. En virtud de lo precedentemente señalado, es imperativo referir que no corresponde ilustración alguna del regulado respecto del Principio de Tipicidad expresado en la Resolución jerárquica SG SIREFI RJ 98/2007 de 19 de noviembre de 2007, por cuanto Futuro de Bolivia S.A. AFP no pretende que las infracciones o posibles incumplimientos den lugar a sendas normas punitivas, únicamente basta remitirse a la existencia de principios generales del Derecho que sustentan también la legislación en Bolivia, como en todo el mundo y es que no existe delito ni pena si no existe una ley que así lo establezca, guste o no esto al Regulador, lo contrario constituiría ingresar en una actividad absolutamente discrecional que en el ámbito legal no es permitido y que no le ha sido conferida al Regulador.

Por ello, así establece el Art. 73 de la Ley 2341 que señala: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias" Dicho artículo en absoluto es considerado por el Regulador, pues en relación al principio de tipicidad, este es vulnerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros-APS, que de manera forzada e irrumpiendo ámbitos competenciales que no le han sido otorgados "legisla" inconstitucionalmente estableciendo que la inactividad procesal constituye una infracción y con ello vulnera además principios generales de la actividad administrativa y del Derecho Administrativo, como es el principio de la legalidad, previsto en dos variables en el Art. 4° incisos c) y g) de la Ley 2341, como principio de sometimiento pleno a la ley y principio de legalidad y presunción de legitimidad. Con ello también ocasiona vulneración del debido proceso, provocando nulidad procesal, poniendo a Futuro de Bolivia S.A. AFP en estado de total indefensión.

Es importante precisar que no existe una ley ni existe una disposición reglamentaria que establezca que la inactividad procesal constituye una infracción. Por esta razón, el Regulador se ve forzado a recurrir, para pretender fundar la ratificación de fallos de primera instancia, a resoluciones administrativas sectoriales, que no constituyen referentes normativos, toda vez que la Resolución jerárquica SG. SIREFI RJ 98/2007 de 19 de noviembre de 2007 no tiene el rango de ley ni de reglamento. Es más, dicha Resolución Jerárquica, que por la instancia reguladora es transcrita en la resolución que se impugna, corresponde más bien a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006.

Como comprenderá la Instancia Jerárquica, advirtiendo la vulneración del Art. 73 de la Ley 2341, revocara la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 530-2012 de 26 de julio de 2012 y dispondrá la desestimación de ambos cargos impuestos contra Futuro de Bolivia S.A. AFP sin base legal alguna.

II. DE LA INCONGRUENCIA EN LA IMPUTACIÓN DE CARGOS Y SU CONSIGUIENTE SANCIÓN.-

En los considerandos expresados en la pagina siete (7) de la ahora recurrida Resolución Administrativa, su Autoridad ha señalado que "La normativa vigente

establece niveles de diligencia específicos para la AFP. Así en la recuperación de adeudos a la Seguridad Social de largo plazo, se utiliza el concepto de la "diligencia de un buen padre de familia", refiriéndose a la necesidad de que la AFP lleve a cabo sus actuaciones con el suficiente grado de preparación y cuidado, de forma que los Asegurados y los Fondos que administra y representa no sufran las consecuencias de su negligencia, imprudencia o culpa; lo cual lleva consigo las consecuencias jurídicas que acarrean ***responsabilidad*** *para el regulado. Por lo que es necesario recordar que, los artículo* (sic) *23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones y el artículo 142 del decreto Supremo N° 24469 de 17 de Nero* (sic) *de 1997, refieren que la AFP debe mantener un movimiento procesal diligente en el PES, para la recuperación de las Contribuciones en mora a la Seguridad Social de largo plazo, y que en su condición de representantes de los Asegurados,* ***son las que s*** (sic) ***encuentran obligadas a llevar dichos procesos con absoluta y total responsabilidad*** *realizando sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia" (el subrayado es nuestro).*

No se discute la exigencia normativa que tiene la AFP de desarrollar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, sino la interpretación sesgada que hace su Autoridad del marco normativo para tipificar una conducta inexistente dentro del procedimiento administrativo sancionatorio. Sin reconocer tácitamente ninguna infracción, conviene señalar que una cosa es incumplir con el inicio del PES en plazo señalado o no haberlo iniciado nunca y/o condonar la deuda al Seguro Social Obligatorio de largo plazo; y, otra muy distinta, es que habiéndolos iniciado y por causas propias de la tramitación procesal en los juzgados se encuentre alguna demora en los mismos. La forzada interpretación de su Autoridad no solo es incongruente; sino que también vulnera el principio constitucional y administrativo de verdad material establecido por el art.180 de la Constitución Política del Estado; y art. 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Careciendo la imputación de los cargos de la debida tipicidad; siendo además incongruente y forzada la interpretación que hace su Autoridad de los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ey (sic) *N° 1732, se han vulnerado principios Constitucionales y Administrativos que rigen el debido procedimiento administrativo, lesionando nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, por lo que corresponde que la máxima Autoridad administrativa corrija los errores en los que ha incurrido la APS, devolviendo la legalidad al caso de Autos.*

III. CARGO N° 1.-

EMPLEADOR SENAPE

Es lamentable la interpretación que ejecuta el regulador al procedimiento, ingresando incluso a pretender establecer la inexistencia de contradicciones vertidas en la resolución sancionatoria que fue recurrida mediante nuestro recurso de revocatoria, misma que es confirmada de manera forzada, sin efectuar un análisis y menos una interpretación procesal cabal que otorgue un vasto conocimiento sobre el tratamiento procedimental.

Es evidente la tremenda contradicción en la que ingresa el regulador al pretender establecer en esta resolución, evadiendo las acciones y solicitudes efectuadas dentro del presente proceso, en ese sentido los mecanismos procesales a los que hace mención si (sic) *fueron ejecutados, sean estos extrajudiciales o excepcionales, puesto que ello no estaría en discusión si se pretende que la acción sea puesta en conocimiento del demandado, sea por los medios que fueran, situación que debió merecer un entendimiento cabal por parte del ente regulador si este adecuaría cada uno de los pasos procesales a la tramitación usual que se lleva a cabo en nuestro sistema judicial, en ese sentido el manifestar y pretender la presentación de memoriales pertinentes al Juez de la causa para que proceda a las citaciones y notificaciones correspondientes, sin tener en cuenta que es el Oficial de diligencias por ordenes del Juzgador (incluso de oficio este debe ejecutar esta actuación) es el Funcionario autorizado para la ejecución de estas citaciones, por lo que nuevamente el regulador interpreta la norma de manera totalmente equivocada y fuera de la realidad procesal.*

Tal como es de su conocimiento la relación procesal dentro de un proceso se encuentra establecida una vez contestada la demanda interpuesta. Ahora bien, dentro la presente causa, a fin de evitar una tramitación defectuosa, con vicios de nulidad, apartados del principio de igualdad entre partes, una vez que se pretendió la citación y en virtud a la inexistencia de domicilio se emite un informe, mismo que facilita procesalmente a nuestra parte a fin de dar continuidad a la causa, señalando e identificando los datos que permitan una notificación efectiva a la parte ejecutada.

En ese sentido y de acuerdo con el estado de la causa, en ese entonces, la relación procesal aun no se encontraba establecida, por lo que mal se puede interpretar o exigir movimiento procesal diligente sin tomar en cuenta que aun el deudor desconocía nuestra pretensión.

Con referencia ***al principio de Igualdad Procesal****, es necesario poner en conocimiento que este presupuesto procesal, es considerado como esencial en la tramitación de los juicios, según el cual las partes que intervienen en el proceso, ya sea como demandante o demandada, tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos, es decir, un trato desigual impediría una justa solución y llevaría a la nulidad de las actuaciones conforme establece el art. 128, con relación al art.127 ambos del código de Proc. Civil.*

Su Autoridad en la página 8 de la Resolución 287/2012, señala que se evidenciaron posiciones contradictorias en los descargos de la AFP que por una parte considera el principio de igualdad procesal y por otra solicita retención de fondos cuando la parte demandada aun no había podido ser encontrada. Ahora bien, en la pág. 15 de la Resolución 530/2012 de manera contradictoria, pretendiendo borrar lo manifestado, establece que: "...de lo anterior se deduce que no está en tela de juicio el que la AFP haya o no asumido diligentemente medidas precautorias, sino la inactividad procesal."

Ante estas manifestaciones que evidentemente no otorgan una fiel interpretación a la norma, es necesario realizar la siguiente pregunta; si se sanciona la inactividad procesal, la ejecución de las medidas precautorias no responden a una diligente actividad procesal?, es decir, las medidas precautorias no son reconocidas, según la interpretación del regulador, como parte del procedimiento incluso permitida según norma, la ejecución antes de la citación con la demanda.

En ese sentido, siempre con el afán de aclarar la contradicción a la que incurre el regulador, pues al amparo de la previsión legal contenida en el Art. 491-IV (parágrafo agregado por la Ley 1760) del Código de Pdto. Civil, ***el embargo y cualquier otra medida precautoria se ejecutará antes de la citación con la demanda al ejecutado*** *y en aplicación de dicha norma la AFP ha solicitado retención de fondos, antecedente por el cual se concluye que su Autoridad no hace lectura completa de la normativa procesal vigente.*

Ahora bien, sorprendentemente, luego de varias ilustraciones, su institución observa y nuevamente reprocha este accionar, por lo que se hace necesario poner en conocimiento de su institución lo siguiente:

- ✓ *La retención de fondos es una medida precautoria, por lo tanto tiende a asegurar los resultados del juicio mientras este se tramita hasta la obtención de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.*

- ✓ *Esta medida precautoria, por imperio de la norma PUEDE SER EJECUTADA ANTES DE LA CITACION* (sic) *CON LA DEMANDA AL EJECUTADO, tal cual lo establece el art. 491 num. III del Cuerpo Adjetivo Civil.*

Con este breve ilustración, se demuestra a todas luces que la tramitación ejecutada por nuestra parte es acorde y cumpliendo con lo que establece el ordenamiento jurídico, justificando nuevamente que el accionar que pretende su institución bajo el pretexto de una "celeridad procesal", es equivocada, sesgada y alejada de todo procedimiento, en suma apartada de la experiencia de los usos y costumbres jurídicos que se experimentan en tribunales judiciales, en ese entendido, asumimos que esta estación procesal se encuentra entendida y subsanada, a fin de no entrar en más detalles de orden procedimental, considerando nuevamente que estas gestiones obedecen y cumplen con lo establecido en la norma.

Por otro lado, es evidente que este principio constituye un instrumento de la tutela del derecho, regulado por nuestra Constitución Política del Estado ofreciendo la tutela del proceso a partir de las previsiones de los arts. 115, 116,117, 119, 120, estableciendo que todo proceso como "método de debate" efectiviza las garantías constitucionales de la legítima defensa en juicio, misma que se cumple cuando un demandado puede formular sus medios de defensa y justificarlas, enervando o destruyendo las efectuadas por el actor como fundamento de sus pretensiones.

Con referencia al receso judicial dispuesto mediante circular 031/2 010 de la Corte Superior del Distrito, mismo que fue dispuesto desde el 27 de diciembre de 2010 hasta

el 31 de diciembre de 2010 inclusive, simplemente hacer notar que esta es parte de la gestión judicial de nuestro órgano jurisdiccional, mismo que debería ser tomado en cuenta, dejando de lado la desestimación efectuada.

Como se evidencia en el caso de autos, la finalidad del proceso ejecutivo, ha sido cumplida por cuanto a la fecha existe una deuda mínima que será cobrada durante la sustanciación e (sic) *la causa, toda vez que la parte ejecutada a través del memorial de fs. 26-27 de obrados ha aceptado el saldo deudor, de manera que no existe perjuicio en contra de la institución ni de los afiliados para establecer sanción alguna, lo que significa que su autoridad debe valorar y ejecutar un análisis acorde a la tramitación y acorde a las fines lograos* (sic) *dentro de autos, en ese sentido rescatamos lo siguiente:*

- *Bien sabemos que el proceso es el conjunto de Actos jurídicos procesales recíprocamente concatenados entre sí, de acuerdo con reglas preestablecidas por la ley, tendientes a la creación de una norma individual a través de la sentencia del Juez, mediante la cual se resuelve conforme a derecho la cuestión judicial planteada por las partes, cuya finalidad entre otros, es la de resolver o decidir la existencia o inexistencia de un derecho, o el resarcimiento de un daño.*

Ahora bien, como se expreso, la presente causa tiene por finalidad la recuperación efectiva de lo adeudado, sin importar los medios, diligencias, gestiones, sean estas diligentes, con o sin celeridad procesal, acciones que quedan relegadas si se logra una efectiva disminución de lo adeudado, como el presente caso de autos, por lo que insistir en observaciones que no influyen procesalmente con la gestión de recuperación interna efectuada por nuestra parte, es pretender perjudicar en suma a nuestra parte, sin tomar en cuenta que nuestra labor se centra en el análisis continuo, tramitación continua en juzgados, elaboración y seguimiento continuo de memoriales, y otras gestiones que aparentemente no son comprendidas menos experimentadas por su institución.

Por otro lado, con referencia al informe elevado por la Oficial de Diligencias del Juzgado Sexto de Trabajo y Seguridad Social, misma que establece que la dirección mencionada no correspondería a la institución ejecutada, esta actuación que es parte esencial para el desarrollo del proceso, permitió que se proceda a la averiguación y señalamiento de los datos que permitan coadyuvar y efectuar una citación y notificación de acuerdo a procedimiento y apegado a los principios que ilustramos brevemente, de lo contrario, una citación o prosecución de la causa "con movimiento procesal diligente", sin el cuidado exigible, provocaría nulidades procedimentales que a todas luces si (sic) *perjudicarían a nuestros afiliados, sin embargo todas estas gestiones, incluso el tiempo extrañado por su autoridad, utilizado para una indagación y preparación de mayores elementos que aseguren una tramitación correcta y de* (sic) *acorde a procedimiento, permitieron que a la fecha el ejecutado logre hacer uso efectivo del medio de defensa interponiendo las respectivas excepciones que le franquea la ley.*

En ese sentido, nuevamente nos causa extrañeza la forma de interpretar y analizar a cabalidad la presente causa por su institución y pretender imputar los cargos que con una claridad meridiana deben considerarse como inexistentes, por no adecuarse a los datos del proceso y menos a la tramitación efectuada por nuestra parte, considerando que gracias a esta gestión (averiguación del domicilio real del demandado), mismas que son DILIGENCIAS EXTRAORDINARIAS que viabilizan la prosecución de la causa, de lo contrario estaríamos frente a un proceso paralizado, actuaciones que obligan a nuestra parte a ejecutar esta gestión, a raíz de la ocultación maliciosa o cambio de domicilio, mismo que no es reportado a nuestra AFP.

En ese sentido, esta aseveración permite sacar a luz el conocimiento que se posee al ejecutar la práctica jurídica en estrados judiciales, mismos que determinan y obligan que ante esta estación procesal (INFORME SOBRE INEXISTENCIA DE DOMICILIO) lo que corresponde será:

- *Averiguación del domicilio real a fin de citar con una pretensión.*
- *Esta averiguación podrá ejecutarse mediante solicitudes al SEGIP, SERECI, IMPUESTOS Y OTROS.*
- *Indagación (como el presente caso) por medios excepcionales del domicilio real del ejecutado*

Estas gestiones desconocidas por su institución permiten cumplir y agotar los medios efectivos que permiten la ubicación del deudor y este se ponga a derecho, tal cual establece el principio de legalidad e igualdad procesal.

Consiguientemente existiendo un análisis contradictorio que deriva en una decisión inapropiada y errada corresponde que la misma sea revocada.

Su Autoridad continúa haciendo referencia a las formas de citación para concluir que, el periodo imputado es de 9 de agosto de 2010 fecha del informe del Oficial de Diligencias al juez respecto de que no pudo encontrar a la parte demandada, hasta el 19 de enero de 2011 fecha en la que la Administradora solicita que el proceso se ponga a la vista, la AFP se encontraba en la potestad de solicitar citaciones y notificaciones por cédula y por edicto al Juez de la Causa y en consecuencia por su falta de diligencia el proceso es archivado.

Respecto de la anterior referencia, resulta importante que su Autoridad tome en cuenta que la sustanciación de procesos no se trata de presentación de memoriales porque si, sino que más bien importa que el inicio, la gestión y sustanciación de pasos procesales tengan un desenvolvimiento incuestionable en todas y cada una de las etapas del proceso; ahí radica la importancia de una diligencia de citación, pues es el propio ordenamiento procesal que establece la nulidad de una citación cedularia cuando el domicilio es falso (Art. 121-III del Código de Pdto. Civil).

Tampoco resulta pertinente que su Autoridad, a título de recetario señale "citación personal, citación por cedula, citación por edicto", porque evidencia la no

comprensión a cabalidad de las normas procesales que son de cumplimiento obligatorio.

A saber, la citación personal y luego la citación cedularia son procedentes cuando se conoce el domicilio del demandado, en tanto que la citación edictual tiene procedencia cuando no se conoce el domicilio del demandado o cuando se dirige la demanda contra personas desconocidas (Arts. 120, 121 y 124 del Código de Pdto. Civil).

Siguiendo esa línea, es necesario establecer y poner en conocimiento del regulador que existen mecanismos procesales para la ubicación de las partes, mismas que deben ser cumplidas en esta etapa procesal, obedeciendo al principio de preclusión, por lo que la gestión que se pretende inducir no es la correcta procesalmente, al procurar que: "...una vez presentado el informe del Oficial de Diligencias, la administradora se encontraba en toda la potestad de solicitar las citaciones y notificaciones por cedula y por edicto al Juez de la causa..."

Al respecto, esta aseveración, como manifestamos líneas arriba, no es la óptima, como pasamos a exponer:

- *El* (sic) *art. 120 y 121 del C.P.C. establece que la citación al demandado con la demanda será personal, en caso de no encontrarse este*(sic) *se dejara* (sic) *un aviso judicial, advirtiendo que este* (sic) *será, buscado al día siguiente. Si no se hallare este* (sic) *se elevara* (sic) *la representación correspondiente. Asimismo se establece que en virtud a esta representación el Juez ordenará la citación mediante cedula* (sic).

Como bien se apreciara, estos presupuestos jurídicos establecen una serie de pasos o etapas procesales de cumplimiento obligatorio, mismos que no se exteriorizaron en la presente causa, por ello nuestra interrogante: como pretende su institución solicitar la citación del demandado por cedula o por edictos si se desconoce el domicilio?, como pretender solicitar la citación al demandado por cedula (sic) *o por edictos si no se cumplió con el aviso judicial, menos con la representación?.*

- *El art. 124 del C.P.C. regula la citación mediante edictos a persona cuyo domicilio se ignorare.*

Si bien este articulado establece que en caso de ignorar o desconocer el domicilio se procederá con la citación por edictos, este presupuesto va sujeto al agotamiento de las vías pertinentes que permiten la averiguación de un domicilio, es decir procede cuando efectivamente se ignora este, en ese sentido vuelve nuestra interrogante: como pretende su institución citar mediante edictos a sabiendas que el ordenamiento jurídico le otorga los mecanismos, mediante las instituciones encargadas del registro domiciliario, sin agotar previamente estos?.

Aun aguardamos que estas interrogantes, logren ejecutar una correcta interpretación a la norma y confirmen que el hábito judicial que se vive día a día en estrados judiciales, dispone esta efectiva tramitación procesal.

IV. CARGO N° 2.-

EMPLEADOR CONSTRUCCIONES S.R.L. AMECO LTDA.

Nuevamente debemos lamentar la idea fija del regulador, al confundir lo establecido en el art. 50 del C.P.C., pretendiendo evidenciar y dividir un proceso en actuados de la parte demandante, actuados de la parte demandada y actuados del órgano jurisdiccional que esta sustanciando el proceso, olvidando su Autoridad por completo que el proceso es una relación jurídica porque existen sujetos que, contando con facultades determinadas por ley, interactúan en la jurisdicción cuyo fin es la solución del conflicto de intereses; dichos sujetos son el actor, el demandado y el juez, tal como prevé el Art. 50 del Código de Pdto. Civil. En síntesis sin la interacción de sujetos en el ámbito jurisdiccional no existe proceso y bajo la "lógica" de la entidad reguladora si podría existir proceso solo con actuaciones individuales, situación completamente errada.

Asimismo, a consecuencia de la confusión del regulador, este manifiesta: "...es obligación de esta autoridad supervisar las acciones realizadas por la Administradora y no así las acciones del resto de las partes involucradas dentro del PES,..."

Ahora bien, al afirmar el regulador lo transcrito, ingresando en una contradicción, esta (sic) *acepta que las acciones del resto de las partes involucradas dentro del PES, son consideradas únicas, propias, fundamentales e importantísimas dentro de un juicio.*

Es evidente que nuestra Administradora está sujeta a supervisión por parte del regulador, sin embargo toda actuación, no debe ser considerada como únicas y apartadas del procedimiento, sin considerar que las actuaciones propias del Juzgador u otro funcionario propio del sistema judicial son y deben ser apreciadas con la misma importancia, actuaciones que permiten el desenvolvimiento correcto y eficaz del juicio.

Igualmente resulta inaceptable que, de manera infundada su Autoridad, desestime descargos que inobjetablemente eliminan cargos infundados y que en realidad no existen. A fs. 15 de la Resolución 287/2012 su Autoridad califica de actuación propia del juez el decreto de 20 de junio de 2011, por el cual se dispone se arrimen al expediente los edictos, que han sido presentados por la parte actora, por la AFP y de manera arbitraria su Autoridad, vulnerando el derecho de defensa de Futuro de Bolivia desestima este descargo. Situación que importa de manera inexcusable que en vía de reparación de errores se revoque el cargo 2 y se desestime cualquier sanción contra Futuro de Bolivia.

Ocurre lo mismo con la tramitación para la ASFI (9 de noviembre de 2011) que su Autoridad califica erróneamente solo como actuación propia del juez desconociendo que la AFP TUVO QUE SOLICITAR ESTA MEDIDA PRECAUTORIA, puesto que un juez de oficio no puede disponer medida precautoria alguna, siendo

procedente que advertida de su error su Autoridad revoque el cargo 2 y la multa inapropiadamente impuesta.

Respecto del desconocimiento de la suspensión de plazos procesales que inducen a su Autoridad a ratificar erróneamente que existen 188 días sin movimiento procesal, corresponde únicamente remitirse al Art. 141 del Código de Pdto. Civil y en aplicación de dicha norma su Autoridad, advertida del error en la Res. Adm. que se impugna deberá dejar sin efecto el cargo 2 y la multa infundadamente impuesta.

Por otro lado, reiteramos que el estado actual de la causa revela que la empresa ejecutada a (sic) *cumplido con la cancelación de lo adeudado, sin embargo lamentamos que su institución, nuevamente alejado* (sic) *del tratamiento procesal, insiste sin fundamentos de orden legal con la desvalorización de esta etapa procesal, por lo que se hace necesario acudir y reiterar conceptos propios del derecho procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión:*

- *Por regla general* ***la pretensión se extingue al dictarse la sentencia que la admite o la rechaza. Satisfecha la pretensión el proceso llega normalmente a su fin. El modo normal de la extinción de una pretensión es la sentencia, pero existen medios anormales de extinción de la pretensión, entre los cuales está el DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, en virtud a que nuestra pretensión fue satisfecha.***

Finalmente cabe hacer mención, que si bien la parte ejecutada habría anunciado que se procedió con la cancelación de lo adeudado mediante su Nota AMECO/106/2009, esta fue respondida por nuestra institución mediante Nota GR.LP.1152/2009, misma que de forma textual establece lo siguiente: "En atención a su nota CITE: AMECO/106/2009, mediante la cual para constancia de cumplimiento, remite copias de las boletas de pago por deudas de su empresa al seguro Social Obligatorio, al respecto comunicamos que dichas boletas fueron acreditadas por el departamento correspondiente de acuerdo a normativa."

En ese sentido la notificación de cargos remitida por su institución en su pág. 5, parágrafo primero, establece: "...acreditadas por el departamento correspondiente pero no modifica en nada su situación dentro del juicio"

Como podrá interpretar su autoridad en ninguna parte del texto respondida por nuestra parte se transcribe o informa que no se estaría haciendo absolutamente nada dentro del juicio, tal como su institución confunde, pretendiendo establecer argumentos alejados de la realidad, causando grandes agravios, situación que merece de todo punto de vista ser enmendado.

Si bien esta solicitud fue respondida tal cual fue solicitada por el ejecutado, dando a conocer que estos pagos fueron acreditados, esta situación permitió que a la fecha esta causa se encuentre concluida, con la satisfacción de obtener, gracias a nuestras gestiones y tramitaciones, la recuperación de lo adeudado al S.S.O., por lo que no existen argumentos fehacientes y verdaderos para imputar con cargos sobre un

aparente incumplimiento a la norma, sin tomar en cuenta que el objeto del presente proceso se encuentra cumplido y satisfecho, con la obtención de la totalidad de los montos adeudados al Seguro Social Obligatorio.

Finalmente, su Autoridad debe desestimar tanto el cargo 1 como el cargo 2 por estar evidenciados los errores, la mala aplicación de la norma que funda la Res Adm. y lo más importante por haberse acreditado por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP que no existe materia alguna para mantener cargos infundados contra ella.

V. PETITORIO.-

En conformidad a los argumentos arriba vertidos; los Principios de tipicidad, congruencia y búsqueda de la verdad material; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículos 66 y 79 de la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 2717 5 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 530-2012 de fecha 26 de julio de 2012, que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 287-2012 de 07 de mayo de 2012…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

a) Mediante nota FUT.AP.VP.COB.0788/2011 presentada en fecha 26 de abril de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta informe al Ente Regulador con el contenido transcrito a continuación:

"*… 1. El empleador Servicio Nacional de Patrimonio del Estado, con número de identificación GOB 035, se encuentra en cobranza judicial y tiene la siguiente tipología de mora:*

Tipo Deuda	***Número de Periodos***	***Capital Adeudado (SSO)***	***Interés Mora (SSO)***	***Interés Incremental (SSO)***	***Total (SSO)***
M2	*44*	*31,080.28*	*33,417.83*	*6,683.59*	*71,181.70*
Total	***44***	***31,080.28***	***33,417.83***	***6,683.59***	***71,181.70***

De acuerdo al requerimiento de su Autoridad, se procedió con la verificación de la aplicabilidad de la Circular APS/DPC/07-2011, de fecha 4 de mayo de 2011, el mismo que en el inciso c. del punto 3, establece que: "Previa la depuración de la mora, es obligación de la AFP verificar que el Asegurado o su (s) Derechohabiente (s) no hubiera (n) percibidos (sic) ***prestaciones*** *(la negrilla es nuestra) o pago del SSO o del SIP.". De esta manera y considerando, que los Asegurados: Freddy Ricardo Moreira Torres (NUA: 33652831), Miguel ángel Camacho Romero (NUA: 3817507) y Héctor Fernando Quiroga Zubieta (NUA30536510* (sic)*); tienen la Prestación de Retiros Mínimos, no es posible depurar la Mora del Servicio Nacional de Patrimonio del Estado "SENAPE"*

2. En el anexo 1 – Cobranza Administrativa, se adjuntó lo siguiente:

a. Estado de Cuenta del Empleador actualizado al 18 de Mayo de 2011.
b. Cartas de Gestión de Cobro Administrativa.

3. En el anexo 2 –Cobranza Judicial, se adjunta lo siguiente:

a. Expediente judicial, actualizado al 18 de mayo de 2011.
b. Liquidación por la mora al SSO, con intereses calculados al 18 de mayo de 2011…"

b) Mediante nota FUT.APS.GG.GCOB.0027/2012 presentada en fecha 5 de enero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta informe al Ente Regulador con el contenido transcrito a continuación:

"*… 1. El empleador COMPAÑÍA AMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.R.L., con número de identificación NIT 1026951026, se encuentra en cobranza judicial y tiene las siguientes tipologías de mora:*

Tipo de Aporte	*Tipo Deuda*	*Número de Periodos*	*Capital Adeudado*	*Interés Mora*	*Interés Incremental*	*Total*
SSO	***M3***	***4***	***31,494.88***	***684.22***	***136.84***	***32,315.94***
FSOL	***M3***	***4***	***7,981.96***	***172.04***	***34.41***	***8,125.41***
	Total	***8***	***39,413.84***	***856.26***	***171.25***	***40,441.35***

2. De acuerdo a su solicitud, en Cobranza Administrativa (Anexo1) se adjunta:
a. Estado de Cuenta de Empleador, actualizado al 29 de diciembre de 2011.
b. Cartas de Cobranza.

3. En el Anexo 2, se adjunta lo siguiente:
- Liquidación por la mora al SSO, con intereses calculados al 29 de diciembre de 2011.
- Expediente judicial, actualizado al 29 de diciembre de 2011

4. En el Anexo 3 se adjunta el Formulario de Registro del Empleador…"

Con base en tales notas como en los informes APS/DPC/CO 077 2011 de 13 de julio de 2011, y APS/DPC/CO 019 2012 de 30 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó imputar a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** con los cargos que salen en la nota APS/DJ/DPC/1714/2012 de 7 de marzo de 2012, estos son:

> "…***Cargo 1.-*** (referido exclusivamente al empleador **Servicio Nacional de Patrimonio del Estado – SENAPE**) *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social* (…)
>
> ***Cargo 2.-*** (referido exclusivamente a la empleadora **Compañía Americana de Construcciones S.R.L. – AMECO Ltda.**) *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social…*"

Corridos los trámites inherentes al proceso administrativo sancionador, se han sucedido la nota FUT.APS.AL.0835/2012 de 19 de abril de 2012, sobre descargos de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, y la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 de 7 de mayo de 2012, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve sancionarla con la multa en bolivianos, equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por el Cargo Nº 1, y con la multa en bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por el Cargo Nº 2.

Asimismo y dentro del ámbito del consiguiente proceso recursivo, se han producido el Recurso de Revocatoria que consta en el memorial presentado el 28 de junio de 2012 por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, la Resolución a tal Recurso (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 de 26 de julio de 2012) que confirma totalmente a la anterior, y el Recurso Jerárquico de fecha 17 de agosto de 2012, el que se pasa a analizar en el numeral 2 infra.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Del principio de tipicidad.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, en su Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*establece el Art. 73 de la Ley 2341 que señala: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones*

reglamentarias" Dicho artículo en absoluto es considerado por el Regulador, pues en relación al principio de tipicidad, este es vulnerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros-APS, que de manera forzada e irrumpiendo ámbitos competenciales que no le han sido otorgados "legisla" inconstitucionalmente estableciendo que la inactividad procesal constituye una infracción y con ello vulnera además principios generales de la actividad administrativa y del Derecho Administrativo (…)

…no existe una ley ni existe una disposición reglamentaria que establezca que la inactividad procesal constituye una infracción…"

Y acusa además una "*incongruencia en la imputación de cargos y su consiguiente sanción*" emergente de lo anterior, cuando señala que:

"*…una cosa es incumplir con el inicio del PES en plazo señalado o no haberlo iniciado nunca y/o condonar la deuda al Seguro Social Obligatorio de largo plazo; y, otra muy distinta, es que habiéndolos iniciado y por causas propias de la tramitación procesal en los juzgados se encuentre alguna demora en los mismos. La forzada interpretación de su Autoridad no solo es incongruente; sino que también vulnera el principio constitucional y administrativo de verdad material establecido por el art.180 de la Constitución Política del Estado; y art. 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo…*"

De los argumentos anteriores, resulta que la recurrente pretende fijar el objeto de la controversia, en que la infracción imputada no se encuentra tipificada, es decir, inserta en la normativa administrativa, entonces -en su criterio- en infracción al principio de tipicidad establecido por el artículo 73º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, que señala que:

"*ARTÍCULO 73º* ***(Principio de Tipicidad)***.

I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias…"

Subsumido tal criterio a la normativa que en Ente Regulador acusa de infringida, y que es la que consta a tiempo de la notificación de cargos como de la ulterior sanción, se establece con precisión que, el artículo 31°, inciso d), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, prescribe que:

"***ARTÍCULO 31º OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP).*** *Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:* (…)

d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los interesas que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones..."

Toda vez que la cobranza puede resultar en un suceso voluntario, o en su defecto, en uno forzoso -judicial-, no existe duda de que la ahora recurrente se encuentra obligada a ejercitar las correspondientes acciones de cobro a las que está obligada, en caso de no existir pago voluntario.

El cobro como tal tiene una finalidad teleológica, cual es la satisfacción de la obligación; asimismo, no queda limitado a una actuación activa, sino que su finalidad es más bien la actuación pasiva del obligado, quien en su mérito debe cumplir con el pago, aunque para ello deba encontrarse coactivado por la autoridad judicial, de manera tal que resulta pretensioso exigir una precisión normativa en cuanto a que quede expresamente establecida como sancionable, la interrupción de la actividad de cobranza en la vía forzosa.

Entonces y en principio, debe **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** conducirse con la responsabilidad inherente a un buen padre de familia, ejercitando un cobro diligente en beneficio de sus representados, los Fondos de Pensiones, conforme se lo exige el artículo 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, lo que es contrario a cualquier pretensión sobre existencia de normativa expresa que sancione la interrupción del cobro, dado que ello resulta de las normas precitadas, las que son suficientemente expresas por cuanto no conllevan ningún carácter implícito sino que son el resultado de un análisis lógico, legítimo y valedero.

Si es obligación legal de las Administradoras de Fondos de Pensiones, cobrar las cotizaciones y primas devengadas con la diligencia propia de un buen padre de familia, entonces resulta inequívoco que la inactividad procesal sí constituye una infracción a esa obligación legal.

A este respecto, y bajo la misma línea de razonamiento, se encuentran los precedentes de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2012 de 10 de abril de 2012 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 002/2012 de19 de enero de 2012.

Conforme a los restantes alegatos del Recurso Jerárquico, y dado el haberse también alegado (conforme lo visto) "*causas propias de la tramitación procesal en los juzgados*" e invocado el "*principio constitucional y administrativo de verdad material establecido por el art.180 de la Constitución Política del Estado; y art. 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo*", resulta que la controversia se centra más bien, en si existen justificativos referidos a impedimentos al cumplimiento de tal responsabilidad, o a la falta de actividad procesal durante el periodo acusado de interrumpido, extremos que se pasan a analizar en el numeral 2.2 infra, según hubieran sido alegados en el Recurso Jerárquico.

2.2. Impugnaciones referidas a los cargos en concreto.-

Tanto el Cargo Nº 1 como el Cargo Nº 2 han sido impuestos en razón de una común conducta: la paralización injustificada de las actuaciones procesales, en infracción en ambos casos, de los artículos 23º y 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, y 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, normas que se transcriben a continuación:

- **Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones:**

  "…***ARTÍCULO 23° DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL.*** *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

  La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

  Se considera título ejecutivo la nota de descargo de débito del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)

  No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación, y conciliación previstas en los numerales 8), 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

  Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

  Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación (…)

  ARTÍCULO 31° OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP). *Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:* (…)

  d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los interesas que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones…"

- **Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997:**

  "…***ARTÍCULO 142 (CUIDADO EXIGIBLE).*** *A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia*…"

Entonces, la coexistencia diversa de los dos cargos no está determinada por la ocurrencia de igual número de conductas sancionables, sino recae en una común conducta: la paralización injustificada de las actuaciones procesales en dos empleadores distintos.

A este respecto, el Recurso Jerárquico concluye solicitando se desestimen:

"*… tanto el cargo 1 como el cargo 2 por estar evidenciados los errores, la mala aplicación de la norma que funda la Res Adm. y lo más importante por haberse acreditado por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP que no existe materia alguna para mantener cargos infundados contra ella…*"

En mérito a ello, se pasan a analizar los argumentos expresados por la recurrente.

2.3.1. Cargo N° 1: Proceso Ejecutivo Social seguido contra el empleador Servicio Nacional de Patrimonio del Estado – SENAPE.-

La nota de cargos APS/DJ/DPC/1714/2012 de 7 de marzo de 2012, refiere que en el Proceso Ejecutivo Social interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra el empleador **Servicio Nacional de Patrimonio del Estado – SENAPE**, por ante el Juzgado Sexto de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, se ha evidenciado que: "*a partir del **09 de agosto de 2010** al **19 de enero de 2011**, **por lo que existen ciento sesenta y tres (163) días sin movimiento procesal diligente,** de parte de la AFP*".

La infracción y el consiguiente cargo, están referidos a los datos que refleja el expediente judicial (de imprescindible existencia formal, conforme la disponen los artículos 104° del Código de Procedimiento Civil y 93° del Código Procesal del Trabajo), y cuya copia fuera proporcionada por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** según se desprende del informe/APS/DPC/CO 077 2011 de 13 de julio de 2011, lo que permite establecer un primer hecho susceptible de valoración jurídica, conforme se señala a continuación:

Al referirse el proceso sancionatorio y ahora el ulterior recursivo, a los datos extraídos del expediente judicial, el que establece la falta de movimiento procesal en el periodo señalado, ello constituye una verdad de relevancia jurídica al hacer a la verdad material de los hechos y que no puede ser modificada por alegato alguno, resultando que: ni **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** como parte ejecutante, ni los operadores de la administración de justicia, ni ningún otro legitimo interesado, realizaron trámite o gestión alguna **dentro del Proceso Ejecutivo Social** y dentro del periodo de tiempo señalado, de manera tal que al referirse el proceso sancionatorio al desenvolvimiento y actuación de la recurrente en función de ese proceso judicial, ninguno de los alegatos que tengan relación con actuaciones procesales fuera del periodo de tiempo señalado, desvirtúan al cargo.

Consiguientemente, la consideración del Recurso Jerárquico se limita a lo que la propia recurrente califica como "*mecanismos procesales a los que hace mención si* (sic) *fueron ejecutados, sean estos extrajudiciales o excepcionales*", es decir, o a las actuaciones **extraprocesales** comprendidas entre fechas 9 de agosto de 2010 y 19 de enero de 2011 que, como tales, no constan en el expediente (empero que son emergentes del Proceso Ejecutivo Social), o a justificativos válidos para el inejercicio en el mismo periodo de tiempo, y que desvirtuarían el cargo y la sanción que le han sido impuestos a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

En tal sentido, el Recurso Jerárquico abunda en "*presupuestos jurídicos*" -a ser considerados infra-, empero evita precisar cuáles las actuaciones extraprocesales en concreto, que se hubieran producido en el periodo de tiempo analizado; no obstante, sugiere el recurrente tratarse de la "*indagación y preparación de mayores elementos que aseguren una tramitación correcta y de* (sic) *acorde a procedimiento*" y que deben estar relacionados, necesariamente, con la demora en la citación de la demanda del Proceso Ejecutivo Social, dado que la última actuación previa al periodo analizado, está determinada por el informe del funcionario de diligencias (9 de agosto de 2010) en sentido de no haberse podido "*realizar la notificación y emplazamiento*".

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES señala que:

> "…*a fin de evitar una tramitación defectuosa, con vicios de nulidad, apartados del principio de igualdad entre partes, una vez que se pretendió la citación y en virtud a la inexistencia de domicilio se emite un informe, mismo que facilita procesalmente a nuestra parte a fin de dar continuidad a la causa, señalando e identificando los datos que permitan una notificación efectiva a la parte ejecutada*…"

Con referencia a que:

> "…*de acuerdo con el estado de la causa, en ese entonces, la relación procesal aun no se encontraba establecida, por lo que mal se puede interpretar o exigir movimiento procesal diligente sin tomar en cuenta que aun el deudor desconocía nuestra pretensión*…"

Tal justificativo es inadmisible, por cuanto pretende la recurrente que su responsabilidad en cuanto al cobro, surja una vez hubiere sucedido la citación del deudor, pasando por alto que su responsabilidad persigue, teleológicamente, el cobro de los adeudos, resultando ello lo fundamental, independientemente de si lo logra voluntaria, administrativa o judicialmente; entonces esa responsabilidad es preexistente a la señalada relación procesal, al proceso en general, de manera tal que su obligación es, para el caso de no lograr un pago voluntario, impulsar el cobro forzoso, determinando que para el caso de no trabarse la relación procesal y resultar ello en un óbice para la cobranza judicial, debió impulsar las gestiones necesarias por las que se logre superar tal inconveniente, de manera tal consiga el objetivo deseado, este es, dar el impulso necesario tendente a la cobranza judicial.

En ello, la recurrente se justifica en que "*la relación procesal aún no se encontraba establecida, por lo que mal se puede interpretar o exigir movimiento procesal diligente sin tomar en cuenta que aun el deudor desconocía nuestra pretensión*…"; la suscrita Autoridad Jerárquica debe presumir en la recurrente, la buena fe a la que se refiere el artículo 4º, inciso e) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, toda vez que el Recurso Jerárquico entiende el establecimiento de la relación procesal (*traba* se dice en técnica procesalista) como un efecto teórico general emergente de la efectiva citación de la demanda, cuando es menester tener presente que tal figura no corresponde a los procesos de ejecución (Proceso Ejecutivo Social incluido, por imperio del Art. 23º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones), sino que está reservada a los procesos de

conocimiento, conforme se infiere del artículo 353º del Código de Procedimiento Civil, el que a la letra señala:

> "***Artículo 353.- (Relación procesal).*** *Presentados los escritos de demanda, reconvención y respuesta de ambas, quedará establecida la relación que no podrá ser modificada posteriormente*".

Quedando claro de ello, que el Proceso Ejecutivo Social no admite traba de la relación procesal, por cuanto, no se trata de determinar la existencia de derechos, sino de ejecutar derechos ya constituidos en mérito a un título, por tanto, no se responde a una demanda ejecutiva en los términos del artículo 346º del Código de Procedimiento Civil, esto es (entre otros), reconociendo o negando "*los hechos expuestos en la demanda*", sino apenas planteando oposiciones técnicas denominadas excepciones, también particulares a los procesos de ejecución y más a los Procesos Ejecutivos Sociales.

No corresponde aquí establecer derechos controvertidos que, como tales y en un plano de inseguridad jurídica, puedan después ser modificados a conveniencia de las partes dentro del proceso (razón que justifica la traba de la relación procesal, esto es, que una vez determinadas las pretensiones de las partes en la demanda y en su contestación, el desarrollo de la prueba y el pronunciamiento de la sentencia se circunscriban a tales pretensiones), sino que constituida una obligación, se pase a su ejecución en proceso especial, y que no obstante su naturaleza especial, igual garantice el derecho de defensa del ejecutado.

Por ello, asimilar la traba de la relación procesal a la oportunidad de la citación de la demanda y no a la de su contestación (inexistente en los procesos de ejecución) como sugiere la recurrente, no demuestra sino una imprecisión y un desconocimiento de la naturaleza, teoría doctrinal y desenvolvimiento de los procesos de ejecución, sobre lo que la entidad recurrente bien debiera realizar una revisión de sus propias políticas y procederes, en la perspectiva de evitar mayores perjuicios a sus representados.

Asimismo, la recurrente pretende que el Ente Regulador, y ahora la Autoridad Jerárquica, presuman iuris et de iure, que necesariamente, ante la circunstancia planteada por el informe de 9 de agosto de 2010, se han tenido que promover una serie de actividades extraprocesales de distinto orden, destinadas a la "*indagación y preparación de mayores elementos*", o como también señala el recurso:

> "*…Averiguación del domicilio real a fin de citar con una pretensión.*
>
> - *Esta averiguación podrá ejecutarse mediante solicitudes al SEGIP, SERECI, IMPUESTOS Y OTROS.*
>
> - *Indagación (como el presente caso) por medios excepcionales del domicilio real del ejecutado…*"

No obstante, en el transcurso del proceso sancionador y ahora en el recursivo, no existe elemento de prueba alguno sobre el extremo, pero ello conforme se tiene anotado, no demuestra la diligencia extrañada y la falta de movimiento procesal.

Asimismo, la falta de diligencia en la actividad de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por cuanto, no es admisible que habiéndose demandado al Servicio Nacional de Patrimonio del Estado, no se lo haga en la persona de su Director Ejecutivo, entonces su Máxima Autoridad Jerárquica, dado tratarse de una institución desconcentrada y no así al Ministro de Economía y Finanzas Públicas.

Aún hubiera sido el representante legal de tal entidad el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, debe estar claro que "*la citación con la demanda… se hará a la parte en persona*" (Art. 120º, Par. I, Código de Procedimiento Civil), por lo que no se le pudo atribuir un domicilio "*en la Calle Hugo Estrada Nº 91*", como señala el informe del oficial de diligencias, cuando es un hecho conocido (y los hechos conocidos, dice la doctrina, no requieren de comprobación) que el despacho del Ministro se encuentra, desde varios años atrás, en la avenida Mariscal Santa Cruz esquina calle Oruro, edificio Centro de Comunicaciones La Paz, piso 19º, resultando inverosímil que se hubiera demorado ciento sesenta y tres (163) días en caer en cuenta de ambos extremos, máxime cuando el mismo informe de 9 de agosto de 2010, ya había señalado que "*en la Calle Hugo Estrada Nº 91,… pude percatarme que en dicho domicilio se encuentra la institución SENAPE* -entidad demanda- *y no así el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.*"

Por otra parte empero siempre en alusión al informe emitido por la Oficial de Diligencias del Juzgado 6º de Trabajo y Seguridad Social en fecha 9 de agosto de 2010, toda vez que la defensa de la recurrente tiende a ser repetitiva, toda vez que desde la nota FUT.APS.AL.0835/2012 de 19 de abril de 2012, se tiene que a tiempo de acreditar los descargos mediante la nota de referencia, la recurrente presentó en calidad de literal el informe precitado, el que refiere que:

> "*…me constituí en el domicilio procesal de la parte ejecutada con la finalidad de notificar al Sr. LUIS ALBERTO ARCE CATACORA en su calidad de Representante legal del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS en el domicilio señalado mediante memorial de fs. 8-9 de obrados ubicado en la Calle Hugo Estrada Nº 91, una vez en dicho* (sic) *dirección, pude percatarme que en dicho domicilio se encuentra la institución SENAPE y no así el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.*
>
> *Que, motivo por el cual no se pudo realizar la notificación y emplazamiento, debido a no ocupar el domicilio señalado…*"

Al respecto de tal literal, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha señalado que "*no es suficiente para desvirtuar la falta de movimiento procesal por parte de la AFP*".

En la misma oportunidad -nota FUT.APS.AL.0835/2012 de 19 de abril de 2012- se ha acreditado copia de un memorial presentado por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** sobre solicitud de retención de fondos "*dentro*

del proceso ejecutivo social que sigue contra MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS (MINISTERIO DE HACIENDA)"; otra copia cursante en el expediente señala la fecha de tal presentación en 12 de mayo de 2011, es decir, fuera del periodo de tiempo analizado, por lo que tampoco alcanza a desvirtuar el cargo.

En cuanto a los justificativos válidos para el inejercicio comprendido entre fechas 9 de agosto de 2010 y 19 de enero de 2011 y que desvirtuarían el cargo y la sanción que le han sido impuestos a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, el Recurso Jerárquico entra inclusive, en disquisiciones de carácter técnico-jurídicas, en la intención de debatir otras del Ente Regulador, que no hacen al cargo en concreto, sino que se constituían en un ejemplo comparativo, entonces que no hacen al objeto de la controversia (si la *retención de fondos es una medida precautoria, por lo tanto tiende a asegurar los resultados del juicio mientras este se tramita hasta la obtención de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, si puede ser ejecutada antes de la citación con la demanda al ejecutado, tal cual lo establece el art. 491 num. III del Cuerpo Adjetivo Civil,* etc.).

Asimismo, señala también la recurrente:

> "…*Es evidente la tremenda contradicción en la que ingresa el regulador al pretender establecer en esta resolución, evadiendo las acciones y solicitudes efectuadas dentro del presente proceso, en ese sentido los mecanismos procesales a los que hace mención si* (sic) *fueron ejecutados, sean estos extrajudiciales o excepcionales*…"

Tales "*mecanismos procesales*" están referidos, según la resolución recurrida, a aquellos que debieron solicitarse con la finalidad de:

> "…*hacer conocer a la parte demandada, la demanda y consecuentemente el proceso judicial iniciado en su contra, esto a través de memoriales pertinentes dirigidos al Juez de la causa, para que se proceda a las citaciones y notificaciones correspondientes, precautelando de esta forma también el principio de Igualdad Procesal al que hace mención la AFP*…"

Entonces, lo que viene a afirmar **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, es que sí ejerció su derecho de petición para que se proceda con las citaciones y notificaciones correspondientes, extremo impertinente si se tiene en cuenta que la infracción está referida, a que entre el 9 de agosto de 2010 y el 19 de enero de 2011, el cuaderno procesal no refiere la actividad de la ahora recurrente, sea solicitando la realización de las citaciones y notificaciones señaladas, o sea reclamando su no ocurrencia, a punto tal que la última fecha señalada corresponde a la solicitud **de ponerse a la vista el expediente por efecto de su archivo**, entonces en función a la falta de movimiento procesal en el tiempo, confirmando el desinterés de quien estaba llamada a hacerlo, la Administradora de Fondos de Pensiones ahora recurrente.

Señala también el Recurso Jerárquico:

> "…*pretender la presentación de memoriales pertinentes al Juez de la causa para que*

proceda a las citaciones y notificaciones correspondientes, sin tener en cuenta que es el Oficial de diligencias por ordenes del Juzgador (incluso de oficio este debe ejecutar esta actuación) es el Funcionario autorizado para la ejecución de estas citaciones, por lo que nuevamente el regulador interpreta la norma de manera totalmente equivocada y fuera de la realidad procesal…"

Está claro que la Ley establece la dinámica para la ejecución de citaciones, notificaciones y emplazamientos (Arts. 119º al 138º del Código de Procedimiento Civil) y que por regla general, tal ejecución está encomendada al funcionario de diligencias, como también existe prevista la normativa por la que se puede dar alternancia a lo mismo para el caso de no poder ser lograda, siempre con la finalidad de que el ejecutado conozca de la existencia del proceso en su contra y pueda, en su mérito, asumir defensa.

En ese orden de cosas, no quedan dudas que dada la magistratura que importa un juez, sus órdenes -las de citación y notificación entre ellas- deben ser cumplidas por quien corresponda, extremo que es bien señalado por la recurrente, por lo que en definitiva no se encuentra justificativo a la falta del reclamo que -conforme lo señalado arriba- correspondía realizarse y que debiera constar en el respectivo expediente, en concreto, sobre el no estar procediendo como lo señala la norma y por tanto, ocasionando perjuicio .

Antes, la ahora recurrente ha preferido esperar a la actuación del funcionario de diligencias (sea, a su decir, para *el aviso judicial o la representación*), que efectivamente debe entenderse oficiosa, empero que debe producirse en un plazo de tiempo razonable, que difícilmente puede pasar de una semana, y que de no suceder, **exigía por parte del interesado el reclamo correspondiente**, de manera tal que no es comprensible que en la espera de la actuación funcionaria por un razonable periodo de tiempo, **en definitiva más bien se hubiera producido el archivo de obrados**, entonces con ocurrencia de negligencia por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, la que ante la inactividad que le atribuye al operador de justicia, se recalca, por sencillo sentido común, debió hacer uso de los medios de reclamo que al no haberse producido, determinan una conducta impropia a la responsabilidad impuesta en la norma y por la cual, posteriormente ha sido sancionada.

Asimismo, resulta plausible la preocupación manifiesta de la recurrente, porque el Proceso Ejecutivo Social se desarrolle con observancia estricta del principio de igualdad procesal, dado su carácter "*esencial en la tramitación de los juicios… un trato desigual impediría una justa solución y llevaría a la nulidad de las actuaciones conforme establece el art. 128, con relación al art.127 ambos del código de Proc. Civil…*".

Empero, si bien como parte accionante del Proceso Ejecutivo Social, es obligación de la Administradora de Fondos de Pensiones comportarse con lealtad (Art. 57º del Código de Procedimiento Civil), no debe pasarse por alto que el deber de "*Cuidar que el proceso se desarrolle sin vicios de nulidad*" le corresponde al juez (ídem, Art. 3º, Num. 1) y que siguiendo el alegato de la recurrente, existen alternativas a la citación personal y cedularia tal como es la citación edictual, para el caso de ignorarse el domicilio de la persona a citarse (ibídem, Art. 124º, Par. I), de manera tal que, recurrirse a la misma, no sólo no puede importar de manera alguna infracción al señalado principio de igualdad procesal (máxime si existe un informe de la Oficial de Diligencias del Juzgado de 9 de agosto de 2010, entonces imparcial,

que bien justifica su aplicación), sino que más bien ha sido precisamente implementada, en la intención de garantizar, dentro de la posibilidad que importa la comunicación a través de un medio de circulación nacional y de acceso público, y ante la imposibilidad de hacerlo personalmente o al menos mediante cédula, que el ejecutado conozca de la existencia de la demanda en su contra, y ello porque es principio del Derecho Procesal (sea Social, Administrativo o Civil, conforme se instituye en el Art. 115º de la Constitución Política del Estado: *El Estado garantiza el derecho… a una justicia …pronta*) que *la justicia tardía no es justicia*, lo que hace al principio de celeridad procesal y que determina la importancia del derecho a una justicia pronta, célere y oportuna, lo que desde luego hace también al derecho y al deber de la parte ejecutante, lo que en el caso no ha sido tenido en cuenta por la misma.

No obstante, todo ello no es sino un comentario necesario a lo señalado por la recurrente, toda vez que el criterio de la misma resulta inaplicable al caso de Autos, por cuanto ya se ha vista supra, que se ha dirigido la demanda erradamente, en la persona de quien no es su Director Ejecutivo; además habiendo generando la propia Administradora de Fondos de Pensiones la confusión del domicilio, al haber señalado uno errado en función de la autoridad a quien ha demandado, lo que en definitiva fue la causa del retraso en la ejecución, extremo sancionado. Tales extremos determinan que el argumento de la recurrente es inadmisible.

Amén de ello, la pretensión de asegurar una citación personal del ejecutado, así sea demorando ilegitima e injustamente el desarrollo del proceso, no puede ser sino reprochable en derecho, empero con cierta magnitud, si se tiene en cuenta que la Administradora de Fondos de Pensiones, en el desarrollo de las actividades señaladas por la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, se constituye en **representante** de los Afiliados, conforme lo señala el artículo 31º, inciso e), de la precitada norma, resultando entonces que, so pretexto de obcecarse en una igualdad procesal, al resistirse a utilizar los recursos procedimentales que le provee la norma y con ello, a proseguir un Proceso Ejecutivo Social en tutela de los legítimos derechos de sus representados, bien puede inferirse que ha resultado actuando en contra de los intereses que representa.

De otra parte, si bien es legítimo pretender sea tenido en cuenta el periodo que hubiera importado el receso judicial comprendido "*desde el 27 de diciembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010*" (cinco días) y dado que el mismo importa necesariamente la suspensión de plazos judiciales, se debe tener presente que, dentro de un plano de razonamiento lógico, no es por la variación de los "*ciento sesenta y tres (163) días sin movimiento procesal diligente*" que fueran establecidos por el Ente Regulador, que tal conclusión vaya a quedar desvirtuada, toda vez que la sustracción aritmética determinaría sean ciento cincuenta y ocho los días sin movimiento procesal diligente, dando tal cantidad lugar a idéntico criterio que motivó la sanción.

Asimismo y toda vez que la recurrente señala que:

> "*…la finalidad del proceso ejecutivo, ha sido cumplida por cuanto a la fecha existe una deuda mínima que será cobrada durante la sustanciación e* (sic) *la causa, toda vez que la parte ejecutada a través del memorial de fs. 26-27 de obrados ha*

aceptado el saldo deudor, de manera que no existe perjuicio en contra de la institución ni de los afiliados para establecer sanción alguna, lo que significa que su autoridad debe valorar y ejecutar un análisis acorde a la tramitación y acorde a las fines lograos (sic) *dentro de autos*…"

Debe quedar claro que ello no ha sido logrado como efecto directo de la gestión de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** por ante el Jugado 6° del Trabajo y la Seguridad Social, sino por la disminución del monto ejecutado, resultante de la depuración de la deuda referida a tres afiliados y dispuesta en la nota APS/DPC/CO/1722/2001 (según se menciona en la nota FUT.APS.AL.0835/2012 de 19 de abril de 2012), tal hecho no enerva ni desvirtúa el suceso de la conducta sancionable.

2.3.2. Cargo N° 2: Proceso Ejecutivo Social seguido contra la empleadora Compañía Americana de Construcciones S.R.L. – AMECO Ltda. .-

La nota de cargos APS/DJ/DPC/1714/2012 de 7 de marzo de 2012, refiere que en el Proceso Ejecutivo Social interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la empleadora **Compañía Americana de Construcciones S.R.L. – AMECO Ltda.**, por ante el "*Juzgado de Trabajo y de Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz*" (sic, debió decir "*Juzgado Segundo del Trabajo y la Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz*" según lo señalado en el informe APS/DPC/CO 019 2012), se ha evidenciado que "*desde el **18 de junio de 2011** al **23 de diciembre de 2011**, **existen ciento ochenta y ocho (188) días sin movimiento procesal diligente,** demostrando falta de diligencias procesales, por parte de la AFP...*"

Al respecto, en el Recurso Jerárquico se fundamenta que

"…*Es evidente que nuestra Administradora está sujeta a supervisión por parte del regulador, sin embargo toda actuación, no debe ser considerada como únicas y apartadas del procedimiento, sin considerar que las actuaciones propias del Juzgador u otro funcionario propio del sistema judicial son y deben ser apreciadas con la misma importancia, actuaciones que permiten el desenvolvimiento correcto y eficaz del juicio*…"

Tal criterio obliga, aunque sea sucintamente (dado ser únicamente a los efectos de ubicar la pretensión expresada en el campo jurídico) a su compulsa con aquello que se entiende como relación jurídica, es decir "*Todo vínculo de Derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporal*" (Cabanellas), y con lo que más precisamente se entiende como relación procesal:

"…*conjunto de derechos y deberes, de situaciones dadas o cambiantes, de actitudes personales y de consecuencias de hecho y jurídicas que para las partes y el órgano jurisdiccional provocan, mantienen, desenvuelven y desenlazan el planteamiento y substanciación de un proceso*" (ídem).

Bajo tales criterios jurídicos, resulta evidente que la relación jurídico procesal importa la relación de las partes entre sí, empero en la esfera del proceso, entonces en conocimiento

del operador de justicia y bajo las reglas que importa un proceso, por lo que las relaciones jurídicas procesales lo son también con respeto al juez o tribunal.

Ahora, tal concepción teórica, más que ser aplicada a un proceso judicial cualquiera, responde a una descripción amplia del mismo en la intención de definirlo (como lo ha hecho Cabanellas en las citas trascritas, extraídas de su *Diccionario*), resultando que el proceso judicial se materializa en la interactuación de quienes en concreto, componen tal relación jurídica procesal.

Ahora bien; se puede pretender calificar de alguna manera una relación jurídica procesal concreta, sea a los fines estrictamente técnicos de Derecho, de control social (dada la publicidad que importa la administración de justicia) o de evaluación estadística; ello no obsta se puedan realizar calificaciones separadas al actuar de las partes o al juez, por cuanto no se habla ya aquí de la relación procesal y de la interactividad de las partes, sino del comportamiento singular de las partes litigantes en el ejercicio de sus deberes y obligaciones; se encuentran en definitiva en planos distintos.

El deber de interacción de cada una de las partes con la otra o con el juez, importa cargas procesales cuyo incumplimiento trasciende a la decisión que se busca pronuncie la jurisdicción, entonces resulta en una responsabilidad particular de la parte y no en una general a quienes integran la relación jurídica procesal.

De manera tal que, si bien la responsabilidad de un proceso inmóvil recae sobre el juez de la causa (Art. 2º, *Impulso procesal*, Código de Procedimiento Civil), no están liberadas las partes, fundamentalmente quien resulte interesada, del reclamo sobre el incumplimiento de los plazos o la no realización de las actuaciones judiciales.

Es más y dado que en verdad material, como hecho conocido -como tal, dice la Doctrina, no amerita probanza-, el sistema judicial local no ha logrado una dinámica acorde al fin teleológico del artículo último señalado, sino que requiere permanentemente se le inste al cumplimiento y ejecución de las disposiciones legales y judiciales, lejos de un ejercicio oficioso que queda más bien en una aspiración, no puede pretender **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** que ante la inexistencia de las necesarias actuaciones y gestiones del proceso judicial, las que en definitiva le corresponden en cuanto es su finalidad recuperar los montos devengados, deba esperárselas ejecute quien en primer lugar tiene la obligación de ello; aún fuera ese un razonamiento aceptable -que no lo es- y ante la tardanza o demora en determinada actuación, le corresponde ejercer su derecho al reclamo, siempre en tutela del derecho de sus afiliados representados, porque de lo contrario, se enfrentaría a sucesos como el acaecido en el caso del Cargo Nº 1: el archivo de obrados sin que se hubiera logrado el cobro de lo adeudado, entonces resultando insulsa la promoción del Órgano Judicial.

No se trata aquí de liberar de responsabilidades, fundamentalmente, a los operadores de justicia, sino de establecer otras responsabilidades por su inejercicio, en la parte perjudicada por la tardanza, cuando ello debiera determinar el reclamo correspondiente, u otras gestiones tendentes evitar la tardanza y la inmovilidad, lo que se reitera, resulta en responsabilidad de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS**

DE PENSIONES conforme se lo impone el artículo 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (supra transcrito).

Ello determina no sea admisible el alegato de la recurrente en ese sentido; empero además señala la misma:

> "…*Por otro lado, reiteramos que el estado actual de la causa revela que la empresa ejecutada a* (sic) *cumplido con la cancelación de lo adeudado, sin embargo lamentamos que su institución, nuevamente alejado* (sic) *del tratamiento procesal, insiste sin fundamentos de orden legal con la desvalorización de esta etapa procesal, por lo que se hace necesario acudir y reiterar conceptos propios del derecho procesal, más propiamente a la extinción de la pretensión:* (…)
>
> *… no existen argumentos fehacientes y verdaderos para imputar con cargos sobre un aparente incumplimiento a la norma, sin tomar en cuenta que el objeto del presente proceso se encuentra cumplido y satisfecho, con la obtención de la totalidad de los montos adeudados al Seguro Social Obligatorio*…"

Mención que claramente sugiere que, al tratarse de un proceso que ha cumplido con su objetivo de lograr el cobro de lo adeudado, no amerita sanción alguna; no obstante, de la revisión de la resolución impugnada (APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 de 26 de julio de 2012), se observa que en la misma no existe fundamento referido a la imposición de sanciones, pese a encontrarse el proceso "*cumplido y satisfecho*"; lo que en síntesis ha señalado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es:

> "…*la AFP* ***dentro del PES*** *no modificó en nada la situación del Empleador dentro del proceso.*
>
> *La AFP al conocer que el Empleador efectuó el pago total de lo adeudado mediante la nota señalada, como sujeto procesal del PES tenía la obligación de presentar ante el Juez de la causa, el memorial de desestimiento* (sic)(…)
>
> *Como parte de la revisión a la documentación remitida por la Administradora en otra instancia, mediante nota FUT.AP.VP.COB.0788/2011, en la que se pudo evidenciar que no se ha presentado ningún actuado modificando la demanda, retirando la misma o desistiendo del proceso*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, el fundamento del Ente Regulador no está dirigido a "*desvalorización de esta etapa procesal*" como señala la recurrente, sino a la inexistencia de un memorial de desistimiento, cual deber de la Administradora de Fondos de Pensiones; ante ello y en la instancia presente, corresponden aquí realizar las siguientes precisiones:

- Ante el pago de la obligación ejecutada por parte del Empleador, es viable, de acuerdo a la norma adjetiva civil, el desistimiento de la acción por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones; empero si satisfecha la pretensión de la demanda, ello no hace ya al interés de su representados, los Afiliados, sino mas

bien del mencionado Empleador, por lo que en definitiva no hace a un deber procesal suyo, menos aún del mismo, sin que medie requerimiento legal o judicial alguno, va a suceder perjuicio alguno.

Empero además, si por la nota de cargos se ha determinando una infracción consistente en que "*desde el 18 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2011, existen ciento ochenta y ocho (188) días sin movimiento procesal diligente, demostrando falta de diligencias procesales, por parte de la AFP...*", entonces no se comprende que en el criterio de la confirmación de la sanción (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 530-2012 de 26 de julio de 2012), pese y se considere tal extremo, el que en definitiva no hace a la imputación y es ajeno a la controversia que se ha conocido y sustanciado a lo largo del procedimiento recursivo.

- Sin perjuicio de lo anterior y a los fines aclaratorios, corresponde señalar a la recurrente, que lo que se está sustanciando en el proceso sancionador que ahora termina, es su inobservancia a determinada normativa que rige la materia de pensiones, a la que se encuentra obligada a su cumplimiento, lo que en el caso concreto es independiente de si, posteriormente de acaecida la infracción sancionable, se hubo cancelado la obligación que diera origen al Proceso Ejecutivo Social, y que no obsta a la imposición de la sanción en tanto y en cuanto, la infracción efectivamente se hubiera producido.

En cuanto al periodo de inmovilidad, más trascendental es el Recurso Jerárquico cuando alega:

"*…resulta inaceptable que, de manera infundada su Autoridad, desestime descargos que inobjetablemente eliminan cargos infundados y que en realidad no existen. A fs. 15 de la Resolución 287/2012 su Autoridad califica de actuación propia del juez el decreto de 20 de junio de 2011, por el cual se dispone se arrimen al expediente los edictos, que han sido presentados por la parte actora, por la AFP y de manera arbitraria su Autoridad, vulnerando el derecho de defensa de Futuro de Bolivia desestima este descargo. Situación que importa de manera inexcusable que en vía de reparación de errores se revoque el cargo 2 y se desestime cualquier sanción contra Futuro de Bolivia.*

Ocurre lo mismo con la tramitación para la ASFI (9 de noviembre de 2011) que su Autoridad califica erróneamente solo como actuación propia del juez desconociendo que la AFP TUVO QUE SOLICITAR ESTA MEDIDA PRECAUTORIA, puesto que un juez de oficio no puede disponer medida precautoria alguna, siendo procedente que advertida de su error su Autoridad revoque el cargo 2 y la multa inapropiadamente impuesta…"

Ello tiene que ver, con lo manifestado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 de 7 de mayo de 2012, cuando a los descargos documentales adjuntos a la nota FUT.APS.AL.0835/2012 de 19 de abril de 2012, el ente regulador señala:

"…*En cuanto a los actuados señalados y presentados por la Administradora como descargos respecto al período observado por esta Autoridad, los mismos conllevan las siguientes* ***actuaciones propias del Juzgado****, en las cuales no se evidencia diligencia de la Administradora dentro de PES*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Las literales aludidas son las siguientes:

1. Copia de un memorial fechado en 13 de junio de 2011, por el que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** (según la suma) "*adjunta edictos*".

2. Oficio Nº 382 de 31 de agosto de 2011, sobre "*Instrucción a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para efectuar retención de fondos*" con firma de la autoridad judicial competente.

3. Nota cite No 382/2011 de 31 de agosto de 2011, remitido por la Juez 2º de Trabajo y Seguridad Social a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (sin sello de recepción), conteniendo una orden de retención de fondos.

En cuanto a las fechas que importan las gestiones contenidas en la documental de descargo, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 es incluso más precisa, cuando señala:

"(…)

1) *Mediante decreto de fecha* ***20 de junio de 2011.*** (sic) ***el Juzgador de la causa acepta los edictos e instruye*** *que los mismos sean arrimados a sus antecedentes, asimismo se tiene por señalado el domicilio procesal. Si bien se observa esta actuación fue emitida dentro del período imputado, sin embargo constituye una actuación propia del Juez*

2) *En fecha* ***31 de agosto de 2011 mediante secretaria de juzgado se procede a la elaboración del oficio*** *dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI). Dicha actuación fue emitida por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, durante el período imputado, pero la misma no es propia de la AFP.*

3) *En fecha* ***09 de noviembre de 2011,*** *se procede a ingresar el trámite ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. De igual forma dicha actuación es propia del Juez y no de la Administradora*…"

Ahora corresponde recordar que por la nota de cargos se ha determinando una infracción consistente en que "*desde el 18 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2011, existen ciento ochenta y ocho (188) días sin movimiento procesal diligente, demostrando falta de diligencias procesales, por parte de la AFP...*", extremo por el que la literal supra señalada en

el numeral 1, al encontrarse fechada en 13 de junio de 2011, fuera del periodo señalado, resulta impertinente y no amerita ser considerada en calidad de prueba.

No sucede lo mismo con los documentos de los numerales 2 y 3, que en ambos casos corresponden a fecha 31 de agosto de 2011 y que, por lo tanto, al encontrarse dentro del periodo controvertido, ameritan el análisis siguiente:

Infiriendo la correspondencia entre ambos documentos (por sus comunes caracteres de "*Retención de fondos… Nº 382 de 31 de agosto de 2011*"), resultan referidos a una retención de fondos que, en su trámite y contrariamente a lo señalado por el Ente Regulador, no "*conlleva… actuaciones propias del Juzgado*", al menos no totalmente, por cuanto, si bien constituyen correspondencia propia del Juzgado, dentro de aquello supra señalado y ahora ratificado, de ser un hecho conocido, como tal exento de prueba, que el sistema judicial local no ha logrado una dinámica acorde al fin teleológico del artículo último señalado, sino que requiere permanentemente se le inste al cumplimiento y ejecución de las disposiciones legales y judiciales.

Aquí, lo concretamente conocido, es que cualquier usuario de los servicios judiciales debe tramitar per se las retenciones de fondos que hubiere, a cuyo efecto, debe obtener las correspondientes órdenes del Juzgado correspondiente, para lo que en la mayoría de los casos, además de proveer papel y pagar por la facción de las notas en las que van contenidas tales órdenes de retención de fondos, y llevarlas sin intervención de funcionario judicial alguno, con sus propios medios, a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para su efectivo cumplimiento; asimismo y no obstante de tratarse de correspondencia del Juzgado, el seguimiento del trámite le corresponde también al interesado, sobre lo que rara vez tiene injerencia el juzgador.

Lo anterior determina la necesidad de que la prueba documental ofrecida juntamente a los descargos de fecha 19 de abril de 2012 (nota FUT.APS.AL.0835/2012) sea correctamente valorada en los términos del artículo 29º, numeral III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, "***en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Se debe recordar que, la valoración de la prueba hace al derecho a la prueba, que como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, y 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, conforme se transcriben a continuación:

> **Constitución Política del Estado:**
>
> "*Artículo 115.* (…)
>
> *II.* ***El Estado garantiza el derecho al debido proceso****, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ley N° 2341 de 22 de abril de 2002:

"*Artículo 4.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa). La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:*

a) *Principio de sometimiento pleno a la Ley: la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,* ***asegurando a los administrados el debido proceso****;…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En ese sentido, no es evidente, como mal señalan la nota de cargos y la Resolución Administrativa sancionadora, que "*desde el 18 de junio de 2001 al 23 de diciembre de 2011, existen ciento ochenta y ocho (188) días sin movimiento procesal diligente*", por cuanto, se encuentra demostrado que en fecha 31 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** realizó gestiones extraprocesales, que por ello no necesariamente constan en el expediente, pero que son emergentes del proceso e influyen en el avance procesal, de manera tal que la conclusión es que, **del 1° de septiembre de 2001 al 23 de diciembre de 2011, existen ochenta y un (81) días sin movimiento procesal**, lo que de todas maneras importa falta de diligencia procesal, por cuanto, correspondiendo el estado del Proceso Ejecutivo Social al de ejecución de la sentencia de remate, entonces resultando importante desarrollar las medidas previa y/o precautorias inherentes a ello, no es admisible se demore esa cantidad de días en la prosecución de lo mismo, teniéndose en cuenta además, que el informe APS/DPC/CI 019/2012 hace referencia a actuaciones procesales de los que no existe constancia -ni procesal ni extraprocesal- y no así a resultados concretos de la ejecución que, dado el tiempo, debieron haberse producido.

Finalmente, el Recurso Jerárquico alega que:

> "*… el desconocimiento de la suspensión de plazos procesales que inducen a su Autoridad a ratificar erróneamente que existen 188 días sin movimiento procesal, corresponde únicamente remitirse al Art. 141 del Código de Pdto. Civil y en aplicación de dicha norma su Autoridad, advertida del error en la Res. Adm. que se impugna deberá dejar sin efecto el cargo 2 y la multa infundadamente impuesta…*"

Tal extremo resulta intrascendente, por cuanto, comprendida la "*vacación Judicial,… desde el* ***24 de junio de 2011 al 19 de julio de 2011***" (según señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 287-2012), no corre en el periodo del 1° de septiembre de 2001 al 23 de diciembre de 2011, en el que, conforme lo arriba visto, no ha existido movimiento procesal diligente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la

CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 530-2012de 26 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 287-2012 de 7 de mayo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 DE 24 DE JULIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 076/2012 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 076/2012

La Paz, 20 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 047/2012 de 14 de noviembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 146/2012 de 29 de noviembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 15 de agosto de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada por su Gerente General Sr. Julio Antonio Vargas León, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012

de 29 de mayo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/6245/2012 con fecha de recepción 20 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 23 de agosto de 2012, notificado en fecha 29 de agosto de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante Auto de fecha 23 de agosto de 2012, notificado en fecha 29 de agosto de 2012, se dispuso la notificación a **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, a los fines que en su calidad de tercera ilegítima interesada presente sus alegatos si lo creyere conveniente, lo que en definitiva no sucedió al no haberse apersonado.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 363-2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió lo siguiente:

> "…***PRIMERO.-*** *Aprueba el procedimiento para la emisión de la "Certificación para Contrataciones del Estado para empleadores con Convenio de Pago" conforme al Anexo I, mismo que forma parte indivisible de la presente Resolución.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Aprueba el formato establecido en el Anexo II, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, mismo que forma parte indivisible de la presente Resolución*…"

Tales determinaciones están fundadas en las consideraciones siguientes:

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> *Que el artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, dispone: "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de*

no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones".

Que el artículo 113 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, dispone: "El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado. Los pagos de las Contribuciones deberán considerar periodos completos, de acuerdo a reglamento".

Que el parágrafo I de la Disposición Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 Reglamentario de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece lo siguiente: "I. Se incluye el inciso o) en el artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, con el siguiente texto:…

> *o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones".*

Que el artículo 27 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 enero de 2011, dispone: "En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley de Pensiones, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. Una vez suscrito el Convenio de Pago, la GPS podrá suspender la prosecución de la Gestión de Cobro…"

Los anexos a los que se refiere la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 son los que se transcriben a continuación:

1.1. Anexo I.-

"***PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN DEL CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CON CONVENIO DE PAGO***

ARTÍCULO 1. (OBJETO).- *La presente Resolución Administrativa tiene por objeto establecer el procedimiento para la emisión del Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago, en adelante CNA-CP.*

ARTÍCULO 2. (ÁMBITO DE APLICACIÓN).- *La presente Resolución se aplicará únicamente para aquellos empleadores que tengan suscrito un Convenio de Pago vigente con las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP.*

ARTÍCULO 3. (SOLICITUD).- *I. La solicitud del CNA-CP, deberá realizarse a requerimiento formal de personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo, que manifiesten su interés de participar en procesos de contrataciones de Bienes y Servicios del Estado, en el marco del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009. II. La persona jurídica solicitante, deberá especificar en la solicitud formal, los datos*

del Proceso de contratación de Bienes y Servicios del Estado, para el cual requiere el CNA-CP, indicando cual es la entidad pública contratante.

ARTÍCULO 4. (PROCEDIMIENTO).- *Cuando el Empleador solicitante de la Certificación para Contrataciones con el Estado, se encuentre con un Convenio de Pago vigente firmado con la Administradora a la cual lo solicita, la AFP deberá proceder a la emisión del CNA-CP de acuerdo al formato establecido en el* ***Anexo II****, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.*

ARTÍCULO 5. (PLAZO).- *El CNA-CP, deberá emitirse por las AFP dentro del plazo máximo de un (1) día hábil administrativo de presentada la solicitud formal por parte del Empleador.*

ARTÍCULO 6. (INCUMPLIMIENTO).- *I. En caso de incumplimiento al Convenio de Pago por parte del Empleador, el CNA-CP quedará inmediatamente sin validez, debiendo la AFP iniciar el Proceso Coactivo Social conforme a lo previsto por el artículo 27, parágrafo II del Decreto Supremo N° 0778.*

II. En caso de que la AFP constate incumplimiento al Convenio de Pago por parte del Empleador, deberá notificar este hecho a la entidad Estatal contratante que corresponda, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de identificado el incumplimiento.

ARTICULO 7 (VIGENCIA).- *El CNA-CP, tendrá vigencia de un (1) mes a partir de su fecha de emisión*".

1.2. Anexo II.-

"***FORMATO PARA "CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CPN CONVENIO DE PAGO POR MORA"***

<Regional>,<día>DE<mes>DEL<año>
Certificación No. XXXXX

Señor(a)
<Nombres y Apellidos>
<Cargo>
<Persona Jurídica>
<Tipo de Identificación> <Número de Identificación>
Presente

Referencia: ***CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CPN CONVENIO DE PAGO POR MORA***

Señor(a) ***<Nombres y Apellidos>****:*

De acuerdo a la solicitud presentada por el interesado, por la presente, ***<Nombre de la AFP>*** *certifica que la empresa* ***<Nombre de la Persona Jurídica> con <Tipo de***

Identificación> <No. de Identificación>*, se encuentra con un Convenio de Pago vigente firmado con esta Administradora en fecha dd/mm/aa.*

Por tanto, se emite la presente certificación, la cual es válida únicamente a efectos del artículo 100 (CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO) de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo No. 0778 de 26 de enero de 2011.

Es importante señalar, que en caso de que la empresa ***<Nombre de la Persona Jurídica>****, obtenga la adjudicación del contrato de Bienes y Servicios del Estado, el encargado de dicho proceso de contratación, deberá comunicar formalmente este hecho a* ***<Nombre de la AFP>****.*

En caso de identificarse incumplimiento al Convenio de Pago por parte del Empleador, la ***<Nombre de la AFP>*** *iniciará las acciones correspondientes de acuerdo a lo dispuesto en el Título IV de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones; asimismo, la presente Certificación queda sin validez.*

A los efectos del artículo 100° de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, la presente Certificación únicamente se encuentra vigente hasta <Día, Mes, Año>

Es cuanto se certifica para fines del interesado.

<Firma y Sello>
<Representante Legal>
<Nombre de la AFP>…"

2. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

2.1. Recurso de Revocatoria interpuesto por FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.-

Mediante memorial presentado el 25 de junio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***I. ANTECEDENTES.-***

La recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363 -2012, en su Resuelve Primero aprueba el procedimiento para la emisión de la "Certificación para Contrataciones del Estado para empleadores con Convenio de Pago". Dicha certificación a criterio de nuestra Administradora es contraria al ordenamiento vigente que rige la contratación de bienes y servicios del Estado; y obliga a nuestra Administradora a emitir certificaciones de No Adeudo, a empresas que en la práctica mantienen deudas al SSO y/o SIP y bajo esa premisa es que mediante nota FUT.APS.AL.1245/2012 de fecha 12 de junio de 2012,

solicitamos a su Autoridad se deje en suspenso la aplicación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012; sin embargo de ello mediante nota CITE: APS/DPC/UO/4529/2012 de fecha 15 de junio y entregada nuestra (sic) *AFP el 20 del mismo mes, su Autoridad manifestándose solamente sobre uno de los argumentos vertidos por nuestra AFP instruye el cumplimiento estricto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363 -2012.*

Es necesario también señalar que de (sic) *la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363 -2012 es contraria a la normativa vigente emitida por su Autoridad, considerando que:*

a) *La Resolución Administrativa AP/DJ/N°047/2011 de fecha 21 de febrero de 2011 que consigna en resolución la Circular AP/DPC/CO/05/2011 de fecha 1 de febrero de 2012, que señala "En caso* ***que se evidencie que la persona jurídica NO presenta adeudos a la Seguridad Social de largo Plazo, la AFP deberá emitir la CERTIFICACIÓN DE NO ADEUDO…*** *(las mayúsculas, negrillas y subrayado es nuestro).*

b) *La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047 - 2011 de fecha 01 de junio de 2011, que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 047 - 2011, en sus considerandos señala "el objetivo del Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de largo Plazo,* ***es certificar que el Empleador NO se encuentra en mora"…*** *(las mayúsculas, negrillas y subrayado es nuestro)*

   De lo anterior se entiende que su Autoridad instruye que la Certificación de No Adeudo, SOLO (sic) *ES PARA PERSONAS JURÍDICAS QUE NO PRESENTAN MORA, por lo que se hace necesario expresar los siguientes fundamentos de orden técnico y legal:*

II. DEL FORMATO DE LA CERTIFICACIÓN.-

El Anexo II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363 - 2012 de 29 de mayo de 2012, establece el formato del ***"CERTIFICADO DE NO ADEUDO*** *DE EMPLEADORES CPN* ***CONVENIO DE PAGO POR MORA****" (las negrillas son nuestras); el mismo que no se ajusta a las definiciones establecidas por ley, ya que el mismo nomen juris del certificado, refleja la existencia de mora (deuda) al SSO y/o SIP.*

Es importante entonces recordar a su Autoridad que de acuerdo a normativa vigente, al día siguiente de vencido el plazo para el pago de los aportes al SSO y/o SIP, el empleador se constituye en MORA, convirtiéndose los aportes omitidos en suma líquida y exigible, es decir, en una deuda al SSO y/o SIP.

A efectos de recuperar los aportes omitidos por los empleadores se procede a la Gestión Administrativa de Cobro; y cuando corresponda, la Gestión de Cobro Judicial con la instauración del respectivo Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o el Proceso Penal por la comisión de delitos previsionales.

Asimismo y mientras el empleador no cumpla con la totalidad del pago de los aportes omitidos, su condición de deudor o de empresa en mora con el SSO y/o SIP, no se ha

modificado, pues un convenio de pagos, no es más que la ratificación o reconocimiento expreso de la existencia de la deuda, y el compromiso de honrarla en una determinado número de cuotas o pagos; situación concordante con lo expresado por su autoridad en Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°071 - 2012 de fecha 01 de febrero de 2012 que en sus considerandos entre otros señala:

- *"Liberación de deuda. La condición de deudor no es la condición ideal de las personas físicas y jurídicas* ***por cuanto el no pago de las obligaciones sociales perjudica el Sostenimiento del Sistema Integral de Pensiones de la Seguridad Social de Largo Plazo. Visto lo anterior, asumir la responsabilidad de la deuda, reconocer el cargo económico y recuperar la mora subsanan la condición de deudor*** *y brindan salud a todo el sistema... la liberación de la deuda se logra por medio del pago de lo debido ... " (las negrillas y subrayado son nuestros), como bien señala* ***la condición de deudor solo*** (sic) ***se subsana al momento de cumplir su obligación de pago****, y que los deudores perjudican el sostenimiento del sistema, por lo cual no deberían beneficiarse con Certificaciones de No Adeudo (con el simple reconocimiento de deuda expresado en un convenio de pago, con una promesa futura de pago que no es certeza de cumplimiento de obligación) que podrían generar adjudicaciones de licitaciones estatales, considerando que ni siquiera han cumplido con la obligación y responsabilidad directa que tienen, respecto al pago de aportes que son retenidos indebidamente a sus trabajadores.*

- *"El Certificado de No Adeudo, efectivamente tiene por esencia el de servir como requisito indispensable del empleador para poder participar en los procesos de contrataciones que hace el estado* (sic)*, de bienes y servicios de terceros* ***siempre y cuando estos*** (sic) ***NO TENGAN DEUDAS.****" (las negrillas y subrayado es nuestro), por lo expuesto emitir Certificados de No Adeudo a empresas que han reconocido su deuda y se comprometen al pago futuro de las mismas, contradice la esencia de la norma legal en vigencia.*

III.DEL REQUISITO PARA CONTRATACIONES DE BIENES Y SERVICIOS DEL ESTADO.-

El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 señala que "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, ***de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones***".

Por su parte el parágrafo 1 de la disposición adicional única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 incluye el en el (sic) *Artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de 2009 (sic), Normas Básicas del Sistema de Administración de Servicios, con el siguiente texto:*

o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la

firma del contrato, deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.".

La norma precedentemente transcrita señala de manera inexcusable que al momento de la firma del contrato (contratación) la persona jurídica que tuviese deudas al SSO y/o SIP, debe presentar un certificado de NO ADEUDO; y para ello el artículo 113 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones ha señalado que "El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, en ***cualquier momento del proceso, realizar pagos*** *parciales o* ***totales de lo adeudado****".*

Toda vez que el pago parcial no libera al empleador de su condición de deudor para con el SSO y/o SIP, debe entenderse sin lugar a dudas, que solo (sic) el pago total de la deuda lo habilitaría para solicitar y obtener la predicha Certificación de No Adeudo.

IV. DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO DE PAGO.-

Asimismo, debemos recordar a su Autoridad que en atención a lo establecido por el artículo 27, parágrafo 1 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora, aprobado mediante Decreto Supremo No 0778 de 26 de enero de 2011, la suscripción de un Convenio de Pago, solo (sic) *suspende momentáneamente las acciones judiciales (prosecución de la gestión de cobro judicial) que se hubieran iniciado contra el empleador moroso, pero de ninguna manera significa que el mismo, haya cancelado la Totalidad de su deuda con el SSO y/o SIP, y como consecuencia lógica haya dejado su estatus de deudor y/o extinguida su obligación. Debe recordarse necesariamente que la ausencia de deuda, es lo que se constituye en requisito sine quanon para la otorgación de una Certificación de NO ADEUDO; y para que el Estado pueda suscribir contratos de Bienes y Servicios.*

Por otra parte el incumplimiento al convenio de pago, importa la reanudación del Proceso Coactivo Social (PES) (sic)*; y de acuerdo al artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012, significaría que el Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP) quedaría sin validez. Dichas disposiciones resultan ser extemporáneas, toda vez que la emisión del CNS-CP* (sic)*, ya habría cumplido su objetivo que no es otro más que* ***permitir la suscripción de un contrato entre el Estado Plurinacional de Bolivia y una empresa proveedora de Bienes y/o Servicios, en apariencia sin deuda.***

V.DEL PERJUICIO A OTRAS EMPRESAS QUE MANTIENEN SUS PAGOS AL SSO Y/O SIP AL DIA.-

La aplicación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363 - 2012 de 29 de mayo de 2012 emitida por su Autoridad, importaría conforme ya lo expresamos en nuestra nota FUT.APS.AL.1245/2012 de fecha 12 de junio de 2012, emitir Certificaciones con falsedad ideológica, toda vez que se certificaría contradictoriamente la no existencia de deuda por tener la empresa deudora suscrito un compromiso judicial de pago por deudas al SSO y/o SIP.

Dicha situación, no solo (sic) *compromete la responsabilidad de nuestra Administradora, sino que también permite que empresas con deuda real al SSO y/o SIP participen en*

contrataciones de Bienes y Servicios del Estado, logrando adjudicarse contratos en desmedro de aquellas empresas que mantienen sus pagos al día con el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO y/o SIP)…"

2.2. Recurso de Revocatoria interpuesto por Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.).-

Por su parte, mediante memorial presentado el 25 de junio de 2012, **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***"III.- EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS.***

Ejerciendo la facultad legal conferida por el artículo 168 de la ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a través de su autoridad emitió la Resolución Administrativa signada como APS/DJ/DPC N° 363/2012 de 29 de mayo de 2012, disponiendo la aprobación de los Anexos N° I y II referidos al procedimiento para la emisión del Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-AP) (sic).

El artículo 4 del Anexo N° I establece como obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones la emisión de Certificados de No Adeudos de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-AP) (sic) a los Empleadores que tengan suscrito un Convenio de Pago vigente, cuya vigencia y validez se encuentra reglada por el Artículo 100 de la Ley N° 065.

El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, expresa:

"Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones".

Señor Director, la Constitución Política del Estado en su artículo 410 manda y ordena que toda persona natural o jurídica, órganos públicos, funciones públicas e instituciones se encuentran sometidos a los preceptos de la constitución, por ser ésta la norma de mayor jerarquía.

La prelación de la aplicación de las normas jurídicas se encuentra determinada por la jerarquía de cada una de ellas, es decir, que en el evento de que una norma de menor jerarquía jurídica no sea concordante o contravenga a una norma de mayor jerarquía jurídica, se aplica con preferencia esta última.

El Estado tiene el deber de velar por la existencia de una coherencia jurídica entre todas las disposiciones jurídicas de su ordenamiento jurídico, velando por la vigencia plena del derecho a la seguridad jurídica, por ello, la norma de menor jerarquía jurídica debe someterse a los preceptos y límites establecidos en la C.P.E. y las leyes. Por último, el

artículo 235 de la CPE establece como obligación principal de todo servidor público el de "Cumplir la Constitución y las leyes".

De los citados mandatos constitucionales se concluye que todo servidor público debe cumplir sus funciones bajo los preceptos constitucionales aplicando y respetando la jerarquía jurídica de las normas conforme establece la C.P.E., sus actos, disposiciones y regulaciones deben respetar el ordenamiento jurídico vigente sin contravenir ninguna disposición legal, conforme manda la Ley N° 2341, Ley de Procedimiento Administrativo, en el inciso e) del artículo 4, que hace referencia al principio de sometimiento pleno a la ley.

Por mandato expreso del inciso a) del Artículo 168 de la Ley N° 065, la APS tiene como función principal cumplir y hacer cumplir la Ley de Pensiones y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos. Asimismo, regular, controlar y supervisar las actividades de la Gestora Pública.

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 363/2012 es un acto administrativo que regula la emisión de Certificados de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago por Mora (CNA-CP) por las Administradoras de Fondos de Pensiones, regulación administrativa que contraviene de manera expresa lo establecido y dispuesto por una disposición de mayor jerarquía jurídica, como es la Ley N° 065 en su artículo 100 (Certificación para Contrataciones del Estado) y el Decreto Supremo N° 778) (sic) *Disposición Adicional Única).*

La Ley N° 065 en su Artículo 100 establece la obligación de la Gestora Pública de otorgar ***CERTIFICADOS DE NO ADEUDO POR CONTRIBUCIONES AL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO DE LARGO PLAZO Y AL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES.***

En concordancia con el citado precepto legal, el Decreto Supremo 778 en el Párrafo I de la Disposición Única, incorpora el inciso o) al artículo 40 del Decreto Supremo 181 que regla sobre las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, prohibiendo a los servidores públicos contratar como Consultores por Producto a las empresas que adeudan aportes al Seguro Social Obligatorio y al Sistema Integral de Pensiones, obligando al participante a presentar el ***Certificado de No Adeudo*** *establecido en el Artículo 100 de la Ley N° 065 otorgado por las Administradoras de Fondos de Pensiones.*

La emisión del Certificado de No Adeudo está reglado (sic) *por la Circular AP/DPC/CO/05-2011 de 01 de febrero de 2011, instructivo en el que establece como requisito previo la obligación de las AFP's* (sic) *de evidenciar que la persona jurídica* ***no presenta adeudos al Seguro Social Obligatorio y al Sistema Integral de Pensiones,*** *en caso de evidenciarse una deuda, la AFP comunica en forma escrita al empleador el estado de la gestión de cobro (judicial o administrativo) acompañando la liquidación de mora del empleador.*

En toda la normativa citada no contempla ***la emisión de Certificados de No Adeudo a empresas con deuda a la Seguridad Social y que suscribieron Convenios de Pago de Contribuciones en Mora con las AFP's*** (sic).

La Resolución Administrativa N° SPVS-259/2000 aprueba el "Procedimiento de Gestión de Cobro" definiendo lo que debe entiende por mora para el SSO como "... aquellas contribuciones retenidas por los empleadores a sus trabajadores y aquellas de cargo de éstos, que no han sido pagadas a las Administradoras, al finalizar el plazo legal de que disponen para ello"., para luego reglamentar la gestión de cobro administrativo y culminar con el proceso de cobro judicial en el plazo fatal de 120 días a partir de la generación de la mora, es decir a partir de la fecha en que se genera la deuda al SSO y/o al SIP, disposición administrativa que se aplica al Sistema Integral de Pensiones por Auto de 28 de mayo de 2012 emitido por la APS.

La suscripción de Convenios de Pago de Contribuciones en Mora se encuentra reglada actualmente por el Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones, en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora aprobado por el Decreto Supremo 778, y anteriormente por el Decreto Supremo 25722. El Convenio es un ***documento en el que las Partes suscribientes declaran y reconocen la existencia de una deuda al SSO o al SIP por concepto de contribuciones retenidas a sus dependientes y no pagadas a la AFP****.*

La esencia del Convenio de Pago es la declaración y reconocimiento de una deuda y el compromiso del deudor (sic) *honrar esa obligación en los términos y condiciones estipulados en el Convenio, documento que por sí mismo no garantiza el pago de la deuda. Existen empleadores que a mucha insistencia e intransigencia solicitan la suscripción de un Convenio de Pago, con la única finalidad de dejar sin efecto las retenciones bancarias ordenadas por la autoridad jurisdiccional para luego incumplirlos, el hecho de que un empleador moroso tenga suscrito un Convenio de Pago de Contribuciones en Mora no cambia su condición de deudor porque la deuda existe.*

Esta normativa permitirá a los empleadores mal intencionados suscribir un plan de pago sólo con la finalidad de obtener un certificado de no deudor (que es un requisito indispensable) y beneficiarse con la adjudicación del Contrato por Producto, y con posterioridad incumplir el mismo sin ningún temor ya que la adjudicación del servicio no está condicionada al cumplimiento del Plan de Pagos.

El Certificado de no Adeudo perjudicará a la cobranza judicial de las contribuciones en mora demandadas por las AFP's porque existen deudores mal intencionados que tienen como única finalidad retrazar (sic) *la cobranza judicial y sembrar dudas sobre la deuda en la sana crítica de la Autoridad Jurisdiccional, que en muchos casos se ve sorprendida por el ejecutado o coactivazo* (sic), *pese a la existencia de una cláusula que declara al convenio como extrajudicial. Peor aún en los Procesos Penales de Apropiación Indebida, ya que estos* (sic) *por mandato del artículo 118 numeral 1 de la Ley que en su segundo párrafo ordena que el imputado del delito queda exento de toda responsabilidad penal el que regularice su situación ante el SIP, certificado que puede ser presentado, porque*

pese al tenor del mismo, un certificado de NO ADEUDO es un documento que valida que la empresa certificada NO TIENE DEUDA.

La Ley N° 065 y el Decreto Supremo 778 implícitamente prohíben a las AFP's (sic) *otorgar Certificados de No Adeudo a personas que adeudan a la Seguridad Social de largo plazo, y a los Servidores Públicos adjudicar de un Contrato de Consultoría por Producto a empleadores que adeudan a la Seguridad Social de largo plazo, ninguna de ellas otorgan facultades a la APS para que pueda interpretar libre o extensivamente el artículo 100 de la Ley, reglando (sic)mediante una Resolución Administrativa más allá del límite establecido por estas disposiciones jurídicas de mayor jerarquía.*

Es más, en el evento de que se adjudiquen estos contratos contraviniendo el artículo 40 del Decreto Supremo 181, las Partes que intervinieron en el proceso de certificación y adjudicación quedan sujetas a las responsabilidades de la Ley N° 1178, la Ley N° 4 y demás disposiciones jurídicas complementarias.

De la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico del SIP, se concluye de que todas las disposiciones del SIP tienden a incentivar a todos los empleadores al cumplimiento oportuno de sus obligaciones emergentes de la Ley de Pensiones para con la Seguridad Social, con la finalidad de que el trabajador (sujeto de la Seguridad Social y no objeto) se beneficie con las prestaciones que brinda ésta.

Bajo este razonamiento legal, citamos a usted lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Pensiones que manda y ordena que a tiempo de concluir una relación laboral, el empleador deberá estar al día en el pago de sus contribuciones al Seguro social (sic) *Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, caso contrario ésta no produce ningún efecto hasta que el empleador cumpla con esta obligación.*

En idéntica forma, el artículo 118 de la Ley N° 065, con la finalidad de que los empleadores cumplan con sus obligaciones legales emergentes de esta Ley, modificó el Código Penal creando nuevos tipos penales como ser el delito de "Apropiación Indebida de Aportes" sancionando este ilícito con una privación de libertad de cinco a diez años al representante legal que incumpla el pago de aportes.

Asimismo, el Artículo 99 instituye el Recargo para los empleadores que no cumplen oportunamente su obligación de pagar las contribuciones en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que devenga el salario de sus dependientes, sancionando con el pago de Recargos conforme a las casuísticas descritas en los incisos a), b) y e) del citado Artículo. Como su autoridad podrá colegir, todas las disposiciones legales han sido concebidas con la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, incentivando al empleador a cumplir oportunamente sus obligaciones legales y de esta manera velar el mandato expreso de la C.P.E. que todo asegurado tiene derecho a la seguridad social para proteger la salud del capital humano del Estado, es decir, proteger el trabajador y su grupo familiar ante posibles contingencias a través de las prestaciones otorgadas.

Para que la población asegurada tenga derecho a las prestaciones los empleadores deben cumplir oportunamente sus obligaciones legales emergentes de la Ley N° 065, dentro de las que se encuentra el pago de los Aportes, Primas, Aportes Nacionales Solidarios y Comisiones retenidas al trabajador y el pago de la Prima de Riesgo Profesional con sus propios recursos en el plazo legal de 30 días.

Por lo expuesto, la Resolución Administrativa de emisión de Certificados de No Adeudo a Empleadores con Convenios de Pago (CNA-CP) es una norma de menor jerarquía jurídica que contradice principalmente el artículo 100 de la Ley N° 065 y demás artículos precedentemente citados, y en tal virtud contradice el precepto constitucional del artículo 410 de la Constitución Política del Estado.

FUNDAMENTOS OPERATIVOS POR LOS QUE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 363/2012 DEBE REVOCARSE.

El artículo 6 inciso 11 de la RA 363/2012 referido al Incumplimiento, instruye que la AFP tiene el deber de notificar el incumplimiento del Convenio de Pago a la entidad Estatal Contratante que corresponda, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de identificado el mismo.

La obligación creada por la APS no toma en consideración que a la fecha, no existe normativa que obligue a la empresa adjudicante de los servicios a comunicar a la AFP el nombre de la empresa que se adjudico (sic) *el contrato para que la AFP pueda informarle en caso del incumplimiento del Plan de Pagos de la empresa que se adjudico (sic) el contrato, tampoco dispone que* (sic) *acontecerá con la empresa que incumplió el Convenio de Pago, por ello consideramos que esta obligación no tiene razón o beneficio alguno para el SIP, porque la empresa ya se adjudicó el Contrato, y supuestamente no adeuda a la Seguridad Social de largo plazo.*

El artículo 5 de la RA 363/2012 referido al plazo, la APS instruye la emisión del Certificado de No Adeudo de empleadores con Convenio de Pago en un plazo de 1 día hábil de presentada la solicitud formal por parte del Empleador y para este efecto no toman en consideración que el proceso de validación de la vigencia del cumplimiento del Convenio de Pago y su Plan de Pagos es un proceso complejo que no puede realizarse de un (1) día por las siguientes consideraciones: se deben consultar además de la información que figura en el Sistema otras fuentes de información como ser planillas y/o depósitos, especialmente si los pagos han sido pagados recientemente, aspectos que deben ser requeridos a la sección correspondiente o en nuestros archivos, es por este motivo que consideramos que el plazo establecido para este proceso es insuficiente…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 526-2012 DE 24 DE JULIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 526-2012 de 24 de julio de 2012, dentro de los Recursos de Revocatoria interpuestos por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y por **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta las consideraciones siguientes:

"…***CONSIDERANDO***

Que en función a los argumentos planteados por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047 - 2011 de 01 de junio de 2011 (R.A.047-2011), reglamenta lo establecido en la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el Decreto Supremo N° 0778, instruyendo a las AFP lo siguiente:

> *"…otorgar Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, a requerimiento formal de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo, que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado.…"*

Que con el fin de complementar la normativa referente a las Certificaciones para Contrataciones con el Estado, y a lo instruido mediante R.A.047-2011, la APS emite la R.A.363-2012, aprobando el procedimiento para la emisión de Certificados de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP) así como el formato a utilizarse.

Que con respecto a los argumentos esgrimidos en el punto II. de la impugnación de Futuro de Bolivia S.A. AFP y a los argumentos de BBVA Previsión AFP S.A., es importante aclarar a las AFP que el CNA-CP no afirma que el Empleador no presenta mora y mucho menos libera al mismo de la condición de deudor y de la obligación de hacer efectivo el pago de los aportes devengados.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP señala en su impugnación que: "…emitir Certificados de No Adeudo a empresas que han reconocido su deuda y se comprometen al pago futuro de las mismas, contradice la esencia de la norma legal en vigencia.". Al respecto, dicha afirmación no es correcta considerando que, con la aplicación de la R.A.363-2012 se da la posibilidad a ciertos Empleadores que por alguna dificultad les es imposible hacer efectivo el pago oportuno de su mora y, por tal razón se encuentren con un convenio de pago aprobado por la AFP y firmado con la misma, el cual les aprueba un plan de pagos en cuotas, para así poder acceder a la contratación de bienes y servicios con el Estado.

Que en relación al punto III. del recurso presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, en referencia al parágrafo 1 de la disposición adicional única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, que incluye el inciso o) en el Artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, dice: "…señala de manera inexcusable que al momento de la firma del contrato (contratación) la persona jurídica que tuviese deudas al SSO y/o SIP, debe presentar un certificado de NO ADEUDO; y para ello el artículo 113 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones ha señalado que "El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado". Al respecto es importante señalar que, la R.A.363-2012 dispone la emisión del CNA-CP, el cual tiene el mismo objeto y efecto del CNA emitido conforme a la R.A.047-2011, es decir para la presentación en

el procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado, en el marco del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009 o de personas jurídicas que vayan a efectuar trabajos de Consultoría por Producto, conforme lo manda el inciso o) del Artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181.

Que asimismo, es importante aclarar que si bien el artículo 113 de la Ley N° 065 establece que, el Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrán, en cualquier momento del proceso realizar pagos parciales o totales de lo adeudado, para la firma de los Convenios de Pago, conforme a la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°456-2012, existen excepciones para las suscripciones de convenios de pago.

Que en relación a lo anterior BBVA Previsión AFP S.A. señala que, una vez que el Empleador se beneficie con la adjudicación del Contrato de Consultoría por Producto, podría con posterioridad incumplir el mismo sin ningún temor ya que la adjudicación del servicio no está condicionada al cumplimiento del Plan de Pagos. Al respecto, es importante aclarar que cuando el Empleador suscribe el Convenio de Pago, el mismo compromete la efectivización de la mora existente. En este sentido, en caso de incumplimiento parcial o total al Convenio de Pago por parte del Empleador y/o Contratante, éste quedará resuelto sin necesidad de intervención judicial. Evidenciándose el incumplimiento en el pago en las fechas determinadas en el Convenio, la obligación se considerará de plazo vencido y se volverá líquida y exigible en su totalidad, procediéndose al cobro del saldo impago, interés por mora e interés incremental, gastos judiciales y administrativos establecidos por Ley, para lo cual la AFP debe iniciar y/o continuar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o Penal correspondiente, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos de incumplido el Convenio, de acuerdo a lo previsto por el parágrafo II del artículo 27 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011.

Que por otro lado, los efectos del incumplimiento para aquellos "Empleadores mal Intencionados" no sólo repercute en no poder volver a firmar otro Convenio, sino que también los excluye de la posibilidad de poder acceder nuevamente a un CNA-CP, sin perjuicio de ser sujeto al inicio de acciones judiciales tanto coactivas como penales.

Que respecto al inciso IV. del recurso interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, y a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. en relación a que: "El Certificado de no Adeudo perjudicará a la cobranza judicial de las contribuciones en mora demandadas por las AFP's (sic) porque existen deudores mal intencionados que tienen como única finalidad retrazar (sic) la cobranza judicial y sembrar dudas sobre la deuda en la sana crítica de la Autoridad Jurisdiccional, que en muchos casos se ve sorprendida por el ejecutado o coactivazo (sic), pese a la existencia de una cláusula que declara al convenio como extrajudicial. Peor aún en los Procesos Penales de Apropiación Indebida, ya que estos (sic) por mandato del artículo 118 numeral 1 de la Ley que en su segundo párrafo ordena que el imputado del delito queda exento de toda responsabilidad penal el que regularice su situación ante el SIP, certificado que puede ser presentado, porque pese al tenor del mismo, un certificado de NO

ADEUDO es un documento que valida que la empresa certificada NO TIENE DEUDA.". Es importante aclarar que, el CNA-CP no expresa que el Empleador no cuenta con mora ni lo libera de la condición de deudor, así como de la obligación de hacer efectivo el pago de los aportes devengados.

Que de igual manera, la R.A.363-2012, en su anexo II (formato para el CNA-CP) aclara que: "…se emite la presente certificación, la cual es válida únicamente a efectos del artículo 100 (CERTIFICACION PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO) de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y la Disposición Adicional única del Decreto Supremo No.0778 de 26 de enero de 2011".

Que igualmente, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°456-2012, misma que establece el procedimiento para la suscripción y homologación de Convenios de Pago por Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al Sistema Integral de Pensiones (SIP), dispone la existencia de excepciones, conforme a las cuales se exceptúan de dicha disposición a los siguientes casos:

a) El Empleador y/o Contratante que suscribió un Convenio de Pago en el SIP o en el Seguro Social Obligatorio a Largo Plazo (SSO), habiendo incumplido total o parcialmente el mismo, salvo que haya cancelado la totalidad de la obligación convenida en el plan de pago incumplido.

b) El Empleador que adeude al SSO por Contribuciones en mora y/o Recargos y que no cuente con Convenio de Pago vigente por todos los periodos en mora al SSO y/o Recargos.

c) El Empleador y/o Contratante que tenga en su contra un proceso ejecutivo social y/o coactivo social de la seguridad social con calidad de cosa juzgada y se encuentre en estado de ejecución fallos, salvando aquellos casos que se justifique mayor beneficio en resguardo de los intereses de los Asegurados, y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

d) El Empleador y/o Contratante que tenga en su contra un proceso penal por Delitos Previsionales previsto en el artículo 345 bis. del Código Penal con fallo ejecutoriado que adquirió la calidad de cosa juzgada; o que cuente con "Acusación Formal de parte del Fiscal".

e) El Empleador y/o Contratante cuya empresa no cuente con licencia, registro o autorización de funcionamiento o actividad, o que haya sido cancelada, suspendida o inhabilitada por resolución judicial o administrativa firme.

Que lo señalado precedentemente, también aplica para lo expresado por BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso cuando afirma lo siguiente: "Existen empleadores que a mucha insistencia e intransigencia solicitan la suscripción de un Convenio de Pago, con la única finalidad de dejar sin efecto las retenciones bancarias ordenadas por la autoridad jurisdiccional para luego incumplirlos, el hecho de que un empleador moroso tenga suscrito un Convenio de Pago de Contribuciones en Mora no cambia su condición de deudor porque la deuda existe.

Esta normativa permitirá a los empleadores mal intencionados suscribir un plan de pago sólo con la finalidad de obtener un certificado de no deudor (que es un requisito indispensable) y beneficiarse con la adjudicación del Contrato por Producto, y con posterioridad incumplir el mismo sin ningún temor ya que la adjudicación del servicio no está condicionada al cumplimiento del Plan de Pagos."

Que en este sentido, un Empleador que hubiere incumplido un Convenio de Pago suscrito en el SIP o en el Seguro Social Obligatorio a Largo Plazo (SSO), total o parcialmente, no podrá volver a firmar un Convenio de Pago y tampoco podrá acceder al CNA-CP.

Que asimismo, el hecho de que sea la APS la encargada de la homologación de los convenios de pago, conforme lo dispone el artículo 27 parágrafo VI del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 y el artículo 18 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°456-2012, disminuye el universo de Empleadores a los que se otorgue el Convenio de Pago, así como el riesgo de que las conjeturas descritas por las AFP lleguen a materializarse.

Que por otro lado, en lo que se refiere al punto V. del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP y a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A., la APS en el marco de las atribuciones conferidas por ley y con el fin de no limitar el derecho al trabajo establecido en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, emitió la R.A.363-2012, mediante la cual se instruye a las AFP otorgar el CNA-CP, a aquellos Empleadores que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado, en el marco del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, cuando el Empleador solicitante de la Certificación para Contrataciones con el Estado, se encuentre con Convenio de Pago vigente, firmado con la AFP a la cual lo solicita.

Que asimismo, es importante aclarar que el hecho de contar con el CNA-CP, no necesariamente implica que la empresa que lo presente sea la adjudicataria del contrato, al tratarse este último de un requisito más para poder postular a una contratación de bienes y servicios del Estado, no asegurando por tanto el resultado del proceso para su contratación.

Que respecto a la supuesta falsedad ideológica, el formato establecido en el Anexo II de la mencionada Resolución Administrativa establece claramente que, la empresa que solicita la certificación se encuentra con Convenio de Pago vigente firmado con la Administradora que lo emite y, no manifiesta que la empresa no se encuentre en mora; por lo tanto, la emisión del CNA-CP no advierte elementos típicos como los que señala la AFP, más aun cuando dichos certificados cuentan con el respaldo normativo administrativo.

Que por otro lado, BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso señala: "…Como su autoridad podrá colegir, todas las disposiciones legales han sido concebidas con la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, incentivando al empleador a cumplir oportunamente sus obligaciones

legales y de esta manera velar el mandato expreso de la C.P.E. que todo asegurado tiene derecho a la seguridad social para proteger la salud del capital humano del Estado, es decir, proteger el trabajador y su grupo familiar ante posibles contingencias a través de las prestaciones otorgadas."

Que al respecto, la Resolución Administrativa recurrida también tiene la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, ampliando la posibilidad de subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que impiden que se haga efectivo el pago de sus Contribuciones en mora en una sola oportunidad, y por tal razón se vean limitadas a generar mayores ingresos por la imposibilidad de acceder a contrataciones con el Estado, lo hagan en cuotas mensuales aprobadas por las AFP con un Convenio de Pago, el cual les permitirá obtener el CNA-CP, para poder participar en los procesos de contrataciones con el Estado mismo.

Que respecto al plazo para la emisión del CNA-CP, establecido por la Resolución Administrativa recurrida, sobre el cual BBVA Previsión AFP S.A. señala que: "para este efecto no toman en consideración que el proceso de validación de la vigencia del cumplimiento del Convenio de Pago y su Plan de Pagos es un proceso complejo que no puede realizarse de un (1) día…". Es importante aclarar que, las AFP están obligadas a conocer el estado de los Convenios de Pago que hubieren suscrito en todo momento, así como la vigencia del cumplimiento del mismo, tanto para dar cumplimiento a la Resolución Administrativa recurrida como para los efectos del artículo 16 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°456-2012.

Que respecto a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. acerca de la inexistencia de norma que obligue a la empresa adjudicante de servicios a comunicar a la AFP respecto a la empresa adjudicada; es importante aclarar que el punto II. del artículo 3 de la Resolución Administrativa recurrida, dispone la obligación del solicitante de especificar en la solicitud formal, los datos del Procesos de Contratación de Bienes y Servicios del Estado, para el cual requiere el CNA-CP, indicando la entidad pública contratante.

Que con relación a la jerarquía normativa que deben guardar las normas atinentes al caso, corresponde señalar que la R.A.363-2012 no contraviene los lineamientos legales para el cual fue creado el CNA, cuyo propósito principal es el que personas jurídicas se presenten en los procesos de contratación con el Estado con este documento, el cual impulsa al pago de las Contribuciones en mora al SIP o al SSO, inclusive a aquellos Empleadores con Convenio de Pago homologado por el regulador. En ese sentido, el mismo Convenio expresa la voluntad y compromiso de pago del Empleador el cual prevé una posibilidad cierta de efectivización de la deuda; no siendo lo mismo que se extienda el CNA a deudores sin siquiera tener convenio alguno que lo reate al pago de la mora, ello sí implicaría vulneración al señalado principio y fines que busca la norma de los CNA.

CONSIDERANDO:

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, en el Otrosí 1° reitera la solicitud de suspensión de la ejecución del procedimiento.

Que el artículo 40 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, indica textualmente lo siguiente:

> *"**Artículo 40. (Efecto Devolutivo) I.** La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.*
>
> ***II.** La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros."*

Que corresponde precisar que conforme a normativa administrativa, las resoluciones administrativas deben ser cumplidas en todos sus alcances previstos y dentro del plazo establecido por la misma por lo que, evaluado el caso no corresponde dar curso a la solicitud de suspensión, al haberse desestimado la existencia de poder irrogar algún perjuicio directo o indirecto. Asimismo, no se ha aportado elementos probatorios que respalden idóneamente la solicitud, considerando además que las obligaciones impuestas por el regulador al regulado hallan el debido respaldo normativo.

Que finalmente de la revisión exhaustiva de los Recursos de Revocatoria interpuestos por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión de que las entidades recurrentes no han presentado argumentos con fundamento suficientes que permitan modificar totalmente la R.A.363-2012, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"

En mérito a tales fundamentos, el Ente Regulador resuelve:

> *"…**ÚNICO.- I** Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012.*
>
> ***II.** Se rechaza la solicitud de suspensión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012…"*

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 15 de agosto de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, expresando lo siguiente:

"…***I. MARCO NORMATIVO PARA LA EMISIÓN DE LOS CERTIFICADOS DE NO ADEUDO – CNA.-***

A efectos de que su Autoridad pueda efectuar un correcto análisis y compulsa del caso de Autos, es imperiosos (sic) *señalar que las actuaciones administrativas deben regirse con estricto apego a los principios establecidos por la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo; y en especial al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley; y en especial al Principio de Jerarquía Normativa establecidos por los incisos c) y h) del artículo 4 de la Ley Nº 2341, por los cuales la actividad y la actuación administrativa deben observar y cumplir con la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes.*

Con las consideraciones previas ya citadas, conviene señalar que el marco normativo para la emisión de los CERTIFICADOS DE NO ADEUDO, es el siguiente:

a) El artículo 100 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 señala que "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, ***de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones****".*

Por su parte el parágrafo I de la disposición adicional única del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011 incluye el inciso o) en el Artículo 40 del Decreto Supremo Nº 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bines y Servicios, con el siguiente texto:

"o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por producto que no adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato, deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley Nº 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.".

La norma precedentemente transcrita señala de manera inexcusable que al momento de la firma del contrato (contratación) la persona jurídica que tuviese deudas al SSO y/o SIP, debe presentar un certificado de NO ADEUDO; y para ello el artículo 113 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones ha señalado que "El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, ***en cualquier momento del proceso, realizar pagos*** *parciales* ***o totales de lo adeudado****".*

Toda vez que el pago parcial no libera al empleador de su condición de

deudor para con el SSO y/o SIP, debe entenderse sin lugar a dudas, que solo el pago total de la deuda lo habilitaría para solicitar y obtener la predicha Certificación de No Adeudo

b) *Bajo el contexto de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, es que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº047/2011 de fecha 21 de febrero de 2011 que consigna en resolución la Circular AP/DPC/CO/05/2011 de fecha 1 de febrero de 2012, que señala ·En caso* ***que se evidencie que la persona jurídica NO presenta adeudos a la Seguridad Social de largo plazo, la AFP deberá emitir a la Seguridad Social de largo Plazo, la AFP deberá emitir la CERTIFICACIÓN DE NO ADEUDO…*** *(las mayúsculas, negrillas y subrayado es nuestro).*

c) *Concordante con todo lo ya expresado, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 047-2011 de fecha 01 de junio de 2011, que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 047-2011, en sus consideraciones señala "el objetivo del Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de largo Plazo,* ***es certificar que el Empleador NO se encuentre en mora"…*** *(las mayúsculas, negrillas y subrayado es nuestro).*

De lo anterior se entiende que por impero de la Ley, la Certificación de No Adeudo, SOLO ES PARA PERSONAS JURÍDICAS QUE NO PRESENTAN MORA.

II. DEL FORMATO DE LA CERTIFICACIÓN.-

El Anexo II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012, establece el formato del ***"CERTIFICADO DE NO ADEUDO*** *DE EMPLEADORES CPN* ***CONVENIO DE PAGO POR MORA"*** *(las negrillas son nuestras); el mismo que no se ajusta a las definiciones establecidas por ley, ya que el mismo nomen juris del certificado, refleja la existencia de mora (deuda) al SSO y/o SIP.*

Es importante entonces recordar a su Autoridad que de acuerdo a normativa vigente Articulo (sic) *107 de la ley Nº 065, señala que al día siguiente de vencido el plazo para el pago de los aportes al SSO y/o SIP, el empleador se constituye en MORA; convirtiéndose los aportes omitidos en suma líquida y exigible, es decir, en una deuda al SSO y/o SIP.*

Asimismo y mientras el empleador no cumpla con la totalidad del pago de los aportes omitidos, su condición de deudor o de empresa en mora con el SSO y/o SIP, no se ha modificado, pues un convenio de pagos, no es mas (sic) *que la ratificación o reconocimiento expreso de la existencia de dicha deuda, y el compromiso de honrarla en una* (sic) *determinado número de cuotas o pagos; situación concordante con lo expresado por su autoridad en Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº071-2012 de fecha 01 de febrero de 2012 que en sus considerandos entre otros señala:*

- *"Liberación de deuda. La condición de deudor no es la condición ideal de las personas físicas y jurídicas* ***por cuanto el no pago de las obligaciones sociales***

perjudica el Sostenimiento del Sistema Integral de Pensiones de la Seguridad Social de Largo Plazo. Visto lo anterior, asumir la responsabilidad de la deuda, reconocer el cargo económico y recuperar la mora subsanan la condición de deudor *y brindan salud a todo el sistema… **la liberación de la deuda se logra por medio del pago de lo debido**…" (las negrillas y subrayado son nuestros), como bien señala **la condición de deudor solo** (sic) **se subsana al momento de cumplir su obligación de pago**, y que los deudores perjudican el sostenimiento del sistema, por lo cual no deberían beneficiarse con Certificaciones de No Adeudo (con el simple reconocimiento de deuda expresado en un convenio de pago, con una promesa futura de pago que no es certeza de cumplimiento de obligación) que podrían generar adjudicaciones de licitaciones estatales, considerando que ni siquiera han cumplido con la obligación y responsabilidad directa que tienen, respecto al pago de aportes que son retenidos indebidamente a sus trabajadores.*

- *"El Certificado de No Adeudo, efectivamente tiene por esencia el de servir como requisito indispensable del empleador para poder participar en los procesos de contrataciones que hace el estado, de bienes y servicios de terceros **siempre y cuando estos NO TENGAN DEUDAS**." (las negrillas y subrayado es* (sic) *nuestro), por lo expuesto emitir Certificados de No adeudo a empresas que han reconocido su deuda y se comprometen al pago futuro de las mismas, contradice la esencia de la norma legal en vigencia.*

*Por todo lo precedentemente expresado, llama la atención que de manera incongruente y contradictoria, su Autoridad señale en el primer párrafo de la página 11 de la resolución recurrida que "…**es importante aclarar a las AFP que el CNA-CP no afirma que el empleador no presenta mora y mucho menos libera al mismo de la condición de deudor** y de la obligación de hacer efectivo el pago de aportes devengados" (las negrillas son nuestras). La Aclaración que hace su Autoridad, no es más que una confirmación del cabal entendimiento de las AFP, en el sentido que **el CNA-CP no se ajusta a los fines de lo establecido por el artículo 100 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones.***

III. DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO DE PAGO.-

En atención a lo establecido por el artículo 27, parágrafo I del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065, de Pensiones en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, la suscripción de un Convenio de Pago, solo suspende momentáneamente las acciones judiciales (prosecución de la gestión de cobro judicial) que se hubieran iniciado contra el empleador moroso, pero de ninguna manera significa que el mismo, haya cancelado la Totalidad de su deuda con el SSO y/o SIP, y como consecuencia lógica haya dejado su estatus de deudor y/o extinguida su obligación. Debe recordarse necesariamente que la ausencia de deuda, es lo que se constituye en requisito sine quanon para la otorgación de una Certificación de NO ADEUDO; y para que el Estado pueda suscribir contratos de Bines y Servicios.

Por otra parte el incumplimiento al convenio de pago, importa la reanudación del Proceso Coactivo Social (PCS); y de acuerdo al artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012, significaría que Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP) quedaría sin validez. Dichas disposiciones resultan ser extemporáneas, toda vez que la emisión del CNA-CP, ya habría cumplido su objetivo que no es otro más que ***permitir la suscripción de un contrato entre el Estado Plurinacional de Bolivia y una empresa proveedora de Bienes y/o Servicios, en apariencia sin deuda****.*

Asimismo es importante recordar que para la suscripción de convenios de pago la deuda es efectiva, es decir comprueba que ha existido una apropiación indebida del Empleador de aportes descontados a los trabajadores y no depositados a la AFP dentro los plazos establecidos por ley, que tienen implicaciones penales de acuerdo a lo establecido en el Artículo Nº 118 de la Ley 065, por lo que la otorgación de Certificados de No adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP, (sic) *contradice nuevamente la norma en vigencia.*

IV. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; los Principios de Sometimiento Pleno a la Ley y Jerarquía Normativa; y al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículos 66 y 79 de la Ley Nº 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de fecha 24 de julio de 2012…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Es necesario, en principio, establecer la normativa aplicable que hace a la controversia, por primacía la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, y luego su reglamento Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011; así:

a. Deber de presentación de la certificación de no adeudo:

Por disposición del artículo 100º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, "*Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de*

no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones".

A efectos del efectivo cumplimiento de tal determinación, el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, establece en su Disposición Adicional Única, parágrafo I, la inclusión del inciso o) en el artículo 40° del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, quedando este último redactado de la siguiente manera:

> "…***ARTÍCULO 40.- (PROHIBICIONES A LOS PARTICIPANTES DEL PROCESO).***
>
> *En el marco de la Responsabilidad por la Función Pública establecida en la Ley N° 1178 y sus reglamentos, los servidores públicos que intervienen en el proceso de contratación, quedan prohibidos de realizar los siguientes actos:* (…)
>
> *o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones*…"

b. Posibilidad de conciliar Convenios de Pago en los casos de mora:

El artículo 113° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que el Empleador o Aportante Nacional Solidario en mora, puede realizar pagos parciales o totales de su adeudo, en cuyo mérito, el artículo 27° del Decreto Supremo N° 0778 de 26 enero de 2011, dispone que:

> "…*En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley de Pensiones, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. Una vez suscrito el Convenio de Pago, la GPS podrá suspender la prosecución de la Gestión de Cobro*…"

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, que aprueba "*el procedimiento para la emisión de la "Certificación para Contrataciones del Estado para empleadores con Convenio de Pago*" y "*el formato establecido en el Anexo II, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones,*…", se encuentra fundamentada en la normativa antes transcrita.

En el entendido, primero de las dos Administradoras de Fondos de Pensiones, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en Recurso de Revocatoria, y luego solamente de la primera nombrada en Recurso Jerárquico -dada la confirmación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 por parte de la entidad recurrida-, expresan que existiría una contradicción entre la normativa emitida por la APS y la propia Ley de Pensiones y su Decreto Reglamentario, donde dicho extremo

aludido hace a la controversia que pasa a considerarse ahora, en Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Fundamento en cuanto a la aplicabilidad del Certificado de No Adeudo.-

En su Recurso Jerárquico, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** expresa la controversia de la siguiente manera:

> "*…mientras el empleador no cumpla con la totalidad del pago de los aportes omitidos, su condición de deudor o de empresa en mora con el SSO y/o SIP, no se ha modificado, pues un convenio de pagos, no es mas* (sic) *que la ratificación o reconocimiento expreso de la existencia de dicha deuda, y el compromiso de honrarla en una* (sic) *determinado número de cuotas o pagos* (…)
>
> *"El Certificado de No Adeudo, efectivamente tiene por esencia el de servir como requisito indispensable del empleador para poder participar en los procesos de contrataciones que hace el estado, de bienes y servicios de terceros* ***siempre y cuando estos NO TENGAN DEUDAS****." (Las negrillas y subrayado es* (sic) *nuestro), por lo expuesto emitir Certificados de No adeudo a empresas que han reconocido su deuda y se comprometen al pago futuro de las mismas, contradice la esencia de la norma legal en vigencia…*"

Contrario sensu, en el criterio expresado por la entidad recurrida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012:

> "*…el CNA-CP no afirma que el Empleador no presenta mora y mucho menos libera al mismo de la condición de deudor y de la obligación de hacer efectivo el pago de los aportes devengados* (…)
>
> *…la R.A.363-2012, en su anexo II (formato para el CNA-CP) aclara que: "…se emite la presente certificación, la cual es válida únicamente a efectos del artículo 100 (CERTIFICACION PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO) de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y la Disposición Adicional única del Decreto Supremo No.0778 de 26 de enero de 2011".*
>
> *…con el fin de no limitar el derecho al trabajo establecido en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, emitió la R.A.363-2012, mediante la cual se instruye a las AFP otorgar el CNA-CP, a aquellos Empleadores que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado, en el marco del Decreto Supremo Nº 0181 de 28 de junio de 2009, cuando el Empleador solicitante de la Certificación para Contrataciones con el Estado, se encuentre con Convenio de Pago vigente, firmado con la AFP a la cual lo solicita.*
>
> *…el hecho de contar con el CNA-CP, no necesariamente implica que la empresa que lo presente sea la adjudicataria del contrato, al tratarse este último de un*

requisito más para poder postular a una contratación de bienes y servicios del Estado, no asegurando por tanto el resultado del proceso para su contratación.

…la Resolución Administrativa recurrida también tiene la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, ampliando la posibilidad de subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que impiden que se haga efectivo el pago de sus Contribuciones en mora en una sola oportunidad,…"

De lo anterior resulta que, en el entender del Ente Regulador, ahora recurrido, no existe razón a una controversia, toda vez que los efectos del denominado Certificado de No adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP), implementado por la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, son enmendables para el caso de incumplir aquellos Empleadores o Aportantes Nacionales Solidarios que hubieran suscrito un convenio de pagos referido a aportes devengados y en estado de mora, con tal compromiso.

De esa manera, no obstante que en el plano de la realidad lógica y dependiendo de la existencia o no de mora, existen dos calidades de obligados:

1. Aquellos Empleadores o Aportantes Nacionales Solidarios que no presenten adeudo al Sistema Integral de Pensiones y a quienes, por ello, amerita certificárseles el no adeudo conforme lo establecido por el artículo 100° de la Ley de Pensiones N° 065.

2. Aquellos Empleadores o Aportantes Nacionales Solidarios que sí presenten adeudo al Sistema Integral de Pensiones y a quienes, por tanto, no puede certificárseles el no adeudo señalado en el artículo 100° de la Ley de Pensiones N° 065.

Resulta que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en interpretación de los artículos 100° y 113° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, viene a establecer un tercera categoría, compuesta por aquellos Empleadores o Aportantes Nacionales Solidarios que, si bien con adeudo al Sistema Integral de Pensiones, han conciliado un plan de pagos referido al mismo, de tal manera que pueden beneficiarse del certificado de no adeudo señalado en el artículo 100° de la Ley de Pensiones N° 065, bajo el formato de Certificado de No adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP), que a los fines exclusivos puedan proponerse ante el Estado como Consultores por Producto.

Tal propuesta contravendría lo determinado en la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, toda vez que tal interpretación se ha limitado a la simple existencia física del Certificado de No adeudo, con prescindencia del significado y trascendencia jurídica de su contenido, por cuanto certificar, al tenor del Diccionario, es "*Asegurar, afirmar, dar por* ***cierta alguna cosa***", y un certificado, tal como se interpreta en los artículos 100° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, y 40°, inciso o), del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, y la mencionada Disposición Adicional Única, tiene que dar fe de alguna cosa, en este caso, **de la inexistencia de adeudos**.

No obstante, el Ente Regulador, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 526-2012 de 24 de julio de 2012, ha aclarado que:

"…*en lo que se refiere al punto V. del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP y a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A., la APS en el marco de las atribuciones conferidas por ley y* ***con el fin de no limitar el derecho al trabajo establecido en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia****, emitió la R.A.363-2012, mediante la cual se instruye a las AFP otorgar el CNA-CP, a aquellos Empleadores que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado, en el marco del Decreto Supremo Nº 0181 de 28 de junio de 2009, cuando el Empleador solicitante de la Certificación para Contrataciones con el Estado, se encuentre con Convenio de Pago vigente, firmado con la AFP a la cual lo solicita* (…)

Que al respecto, la Resolución Administrativa ***recurrida también tiene la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar****, ampliando la posibilidad de subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que impiden que se haga efectivo el pago de sus Contribuciones en mora en una sola oportunidad, y por tal razón se vean limitadas a generar mayores ingresos por la imposibilidad de acceder a contrataciones con el Estado, lo hagan en cuotas mensuales aprobadas por las AFP con un Convenio de Pago, el cual les permitirá obtener el CNA-CP, para poder participar en los procesos de contrataciones con el Estado mismo*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Los extremos señalados, entonces, hallan amparo en lo que al efecto señala el artículo 46° de la Constitución Política del Estado, aquel que establece la garantía del derecho al trabajo y de protección al trabajador, insertos en el Título II de la misma norma, entonces, un derecho fundamental de la persona, como tal, digno de la protección especial del Estado.

No obstante, esa especialidad no puede resultar determinante en inobservancia de otros valores de Derecho, por cuanto, no se puede pretender resulte en el fundamento suficiente para la generalidad de los casos similares, prescindiendo de un otro criterio jurídico elemental, en virtud del cual, existe una necesaria primacía entre los derechos y entre los valores, máxime cuando la falta de pago de los aportes al SSO y/o SIP, importa necesariamente y bajo esa misma lógica, infringir los derechos fundamentales de los Asegurados.

Por ello, no se puede concluir, sino, en la insuficiencia de los fundamentos expresados por el Ente Regulador, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, en concreto en la necesidad de fundamentación en cuanto a la aplicabilidad del Certificado de No Adeudo en casos de suscripción de no pago, considerando la existencia de mora.

2.2. Necesidad de normativa específica.-

La fundamentación extrañada en cuanto a la justificación de la Resolución Administrativa impugnada, mal puede permitir a la ahora recurrente (o a eventuales terceros interesados, dado ser objeto de la controversia, en el fondo, el procedimiento para la emisión de la "Certificación para Contrataciones del Estado para empleadores con Convenio de Pago",

de alcance general a las Administradoras de Fondos de Pensiones) presentar alegatos concretos, que se refieran a los motivos que llevaron al Ente Regulador a su pronunciamiento, por cuanto tales motivos, en definitiva, no se hallan debidamente expuestos en la resolución impugnada, conforme se ha visto.

Asimismo, se impone con carácter necesario, la implementación de una normativa específica, que permita considerar la voluntad del empleador que cuente con suscripción de Convenio de Pago, para entender o fundamentar que se encuentra dentro de los alcances de la Certificación de No Adeudo.

Entonces, con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante, llega a la conclusión de que la Autoridad Fiscalizadora, **no ha motivado, ni ha fundamentado** conforme a Derecho, la determinación contenida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012.

Conforme está determinado en los diversos precedentes dados por este Ministerio, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto siendo sus causales las establecidas por ley.

Conforme a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36º de la precitada disposición legal, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad **o de lugar a la indefensión de los interesados.**

2.3. Infracción al Derecho de Petición.-

Conforme consta de la nota FUT.APS.AL 1245/2012, presentada en fecha 12 de junio de 2012, por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** al Ente Regulador, se evidencia que la misma solicitó fundadamente, la "*suspensión de aplicación R.A. APS/DJ/DPC/Nº 363-2012*", conforme la transcripción que sigue a continuación:

> "…*En fecha 31 de mayo, fuimos notificados con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012, la misma que aprueba el procedimiento para la emisión de la "Certificación para Contrataciones del Estado para empleadores con Convenios de Pago", La misma que en Anexo II establece el formato del* ***"CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CPN CONVENIO DE PAGO POR MORA"*** *(las negrillas son nuestras).*

Sin perjuicio de la presentación del respectivo Recurso de Revocatoria, solicitamos a su Autoridad deje en suspenso la aplicación de la referida Resolución Administrativa en razón a lo siguiente:

a) El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 señala que "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, ***de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones"****.*

b) El parágrafo I de la disposición adicional única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 incluye el inciso o) en el Artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, con el siguiente texto:

"o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato, deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.".

La norma precedentemente transcrita señala de manera inexcusable que al momento de la firma del contrato (contratación) la persona jurídica que tuviese deudas al SSO y/o SIP, debe presentar un certificado de NO ADEUDO; y para ello el artículo 113 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones ha señalado que "El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, ***en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado"****, Siendo el pago total, el que le habilitaría para solicitar y obtener el predicho Certificado de No Adeudo. En ese entendido, el pretendido CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CPN CONVENIO DE PAGO POR MORA, no se ajusta a las definiciones establecidas por ley, ya que el mismo nomen juris del certificado, refleja la existencia de mora (deuda) al SSO y/o* ***SIP****; toda vez que acuerdo* (sic) *a normativa vigente al día siguiente de vencido el plazo para el pago de los aportes al SSO y/o SIP, el empleador se constituye en MORA, y procede entonces la cobranza administrativa y judicial, convirtiéndose los aportes omitidos en suma líquida y exigible, es decir, en una deuda al SSO y/o SIP.*

Asimismo, debemos recordar a su Autoridad que en atención a lo establecido por el artículo 27, parágrafo I del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, la suscripción de un Convenio de Pago, solo suspende las acciones judiciales (prosecución de la gestión de cobro) que se hubieran iniciado contra el empleador moroso, pero de ninguna manera significa que el mismo, haya cancelado la Totalidad de su deuda con el SSO y/o SIP, o que la misma haya quedado sin efecto; lo que se constituye en requisito sine quanon para la otorgación de un certificado de NO ADEUDO.

La aplicación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012 emitida por su Autoridad, importaría de nuestra parte, emitir Certificaciones con falsedad ideológica, toda vez que se certificaría contradictoriamente la no existencia de deuda por la suscripción de un convenio de pago que reconoce solo un pago parcial de lo adeudado al SSO y/o SIP con el compromiso de pagar el saldo de lo adeudado en un periodo máximo de doce (12) meses…"

Asimismo, consta que a tiempo del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en fecha 25 de junio de 2012, la misma solicitó **en el otrosí 1º** del memorial correspondiente -entonces al margen del recurso-, que:

"…*En tanto se resuelva el presente recurso,* ***reiteramos*** *a su Autoridad* ***nuestra solicitud de dejar en suspenso*** ***la aplicación del procedimiento para la emisión de Certificados de No Adeudo a empresas con Convenio de Pago CNA-CP***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consta además en el expediente, que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, se dispuso:

"…***ÚNICO.- I*** *Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012.*

II. Se rechaza la solicitud de suspensión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Presentada de esa manera en el único artículo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012, sugiere que su fundamento sería común, tanto para "*Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012*" (numeral I), como para rechazar "*la solicitud de suspensión*" de la misma (numeral II); la conclusión a ello es inequívoca, por cuanto, varios de los alegatos expresados por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** a tiempo de su Recurso de Revocatoria de 25 de junio de 2012, son similares y comunes a los de su solicitud de suspensión de la aplicación del procedimiento para la emisión de Certificados de No Adeudo a empresas con Convenio de Pago CNA-CP.

Sin embargo y así expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012, sus fundamentos resultan insuficientes y su determinación (expresada en su **único** artículo para dos pretensiones, si bien relacionadas, en definitiva distintas) confusa, extremo sobre el que no existe mención alguna en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, entonces, dejándolo irresoluto por una parte, como determinando por la otra, que los considerandos y fundamentos de los que se compone la misma resolución, corresponderían únicamente al fondo del Recurso de Revocatoria de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** de 25 de junio de 2012, y no así a la de la nota FUT.APS.AL 1245/2012, presentada en fecha 12 de junio de 2012 (dado

que en el primer nombrado -memorial de Recurso de Revocatoria-, la recurrente se había limitado a reiterar "*nuestra solicitud de dejar en suspenso la aplicación del procedimiento para la emisión de Certificados de No Adeudo a empresas con Convenio de Pago CNA-CP*"), lo que en definitiva genera confusión, por cuanto, recuérdese que el fundamento insuficiente sugiere ser común para las dos pretensiones, entonces determina oscuridad sobre su fundamento en general.

Tal extremo importa infracción a lo determinado por los artículos 24º, de la Constitución Política del Estado (derecho a la petición y **a la obtención de respuesta**), 63º (*Alcance de la Resolución*), parágrafo II (***La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente***,…), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 -de Procedimiento Administrativo-, y 17º parágrafo II (***La Resolución Administrativa debe contener***…), inciso 'e' (***La decisión clara*** *y expresa*…) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En el Derecho constitucional comparado -como en el de la sentencia al caso Exp. Nº 3741-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional de la República) se tiene un razonamiento útil para comprender los alcances de la infracción señalada:

> "…*El derecho de petición ha merecido atención de este Colegiado en más de una oportunidad. En la STC. 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este "*(...) *constituye* (...) *un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho"* (…)
>
> *De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:*
>
> 1. *La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas* (…)
>
> 2. *La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la administración* (…)
>
> 3. *Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo,* ***el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos:*** *a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c)* ***dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto***…
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, determinada la confusión en la disposición única de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, no es posible pasar a conocer y resolver el

fondo de la controversia, hasta en tanto no se encuentre debidamente esclarecida la misma, extremo que evita mayores consideraciones a este respecto.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **anular** la Resolución recurrida, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 718-2012 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 077/2012 DE 21 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 077/2012

La Paz, 21 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 718-2012 de 10 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 048/2012 de 22 de noviembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 149/2012 de 03 de diciembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante memorial presentado en fecha 28 de septiembre de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 718-2012 de 10 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/7632/2012 con fecha de recepción 4 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 718-2012 de 10 de septiembre de 2012, Recurso Jerárquico que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 9 de octubre de 2012, notificado a la recurrente en fecha 15 de octubre de 2012.

Que, en atención a la solicitud del otrosí segundo del memorial presentado en fecha 28 de septiembre de 2012 por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en fecha 22 de agosto de 2012 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DS/4854/2012 DE 29 DE JUNIO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DS/4854/2012 de fecha 29 de junio de 2012, notificó a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** con el siguiente cargo:

> *"… Incumplimiento de la Resolución Administrativa APS//*(sic)*DS/Nº 278-2012 de 2 de mayo de 2012 y por tanto, infracción de los artículos 12.j) y 12.n) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998-De Seguros, que señalan: "...presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero", "...cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos", respectivamente.*
>
> *Estas presuntas infracciones surgen como consecuencia de:*
>
> ***a)*** *La carta PRES/SGREA/499/05/12 de 29 de mayo de 2012 emitida por la compañía* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *y recibida en esta APS en la misma fecha, mediante la cual, se remite la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros.*
> ***b)*** *Considerando la fecha de notificación con la Resolución Administrativa APS//* (sic) *DS/Nº 278-2012 de 2 de mayo de 2012, 4 de mayo de 2012,* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *tenía hasta el 18 de mayo de 2012 para hacer llegar a la entidad fiscalizadora aquella documentación, pero lo hizo recién en fecha 29 de mayo de 2012; es decir, con un retraso de 8 días hábiles administrativos.*
>
> *En consecuencia* ***NOTIFICAMOS*** *a usted en su condición de representante legal de* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *al no haber observado y cumplido*

debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa.

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos, la APS emitirá la resolución que corresponda en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo No. 27175…"

2. NOTA DE DESCARGOS PRES/744/07/2012 DE 23 DE JULIO DE 2012.-

Mediante nota PRES/744/07/2012 de 23 de julio de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** presenta los siguientes descargos:

"…*Al respecto, consideramos que la conducta señalada se encuadra con la infracción detallada en el Art. 12, j) de la Ley de Seguros, sin embargo, el pretender forzar el incumplimiento detallado al Art. 12, n) es un exceso por cuanto el mismo se refiere justamente a: "n)* ***Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley*** *o por sus reglamentos." En el caso al que nos referimos, la obligación está establecida justamente en el inciso j) del mismo artículo, por lo que no se necesita forzar ninguna otra infracción porque no corresponde.*

En cuanto al tema de fondo, con relación al envío de la Póliza de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros, a tiempo de lamentar la situación presentada, deseamos hacer conocer a ese órgano regulatorio para su correspondiente evaluación que la mencionada incidencia se ha originado en un desajuste administrativo de nuestro sistema de gestión de correspondencia.

Sin embargo, se debe considerar que la documentación fue enviada y que los 8 días de retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión, no ha generado consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y menos aun ha ocasionado perjuicio alguno o daño a terceros, teniendo en cuenta además que esta documentación se genera con fines de Archivo.

En ese sentido, solicitamos que de acuerdo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad consideren estos extremos, informándoles que nuestra compañía ha tomado debida cuenta de estos errores y ha adoptado las medidas internas respectivas a efectos de proceder a ajustar nuestros procedimientos y así evitar que situaciones similares puedan presentarse en el futuro…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 585-2012 DE 2 DE AGOSTO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que estas contravenciones surgen del examen (luego comprobado por el contenido de la nota de descargo de la aseguradora, como se expondrá más adelante) de que ***La BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, remitió, mediante nota PRES/SGREA/499/05/12 de 29 de mayo de 2012, la Póliza de Seguro Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros para Exterran Bolivia S.R.L. (****Modalidad:*** *Seguros Generales.* ***a) Nombre de la Póliza y Código Asignado:*** *Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros (Sres. Exterran Bolivia SRL.) 101-910773-2012 04 316 1001;* ***b) Coberturas de la Póliza y Códigos Asignados:*** *Sección I-Seguro contra Riesgos de Constructores. 101-910773-2012 04 316 1001. Sección II: Responsabilidad Civil frente a Terceros 101-910773-2012 04 316 1002;* ***c) Cláusula y Código Asignado:*** *Cláusula de Aplicación de Leyes Bolivianas. 101-910773-2012 04 316 2001;* ***d) Formulario y Código Asignado:*** *Solicitud de Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros. 101-910773-2012 04 316 3001), con un retraso de 8 días hábiles administrativos, considerando la fecha de notificación con la Resolución Administrativa APS//* (sic) *DS/Nº 278-2012 de 2 de mayo de 2012, 4 de mayo de 2012, por lo que* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *tenía hasta el 18 de mayo de 2012 para hacer llegar a la entidad fiscalizadora aquella documentación, pero lo hizo recién en fecha 29 de mayo de 2012.*

CONSIDERANDO:

Que siendo derecho de todo regulado, la obtención de una decisión fundada conforme prevé el "Derecho al Debido Proceso" previsto en el artículo 115 – II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE), a continuación se expondrá un análisis razonado y contradictorio de los cargos y descargos, que permita resolver la controversia.

Que a fin de ilustrar los cargos, conviene tener claro algunos conceptos relacionados con el tema. Veamos:

La definición de confesión generalmente aceptada y explicitada por Ossorio en su Diccionario de Derecho Usual es: "Declaración que, sobre lo sabido o hecho por él, hace alguien voluntariamente o preguntado por otro. Reconocimiento que una persona hace contra ella misma, de la verdad de un hecho. Por antonomasia jurídica, ***confesión en juicio (v.) o confesión judicial.***

Que la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 47.I., expresa que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. A su vez, el artículo 29.I. del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 determina que las Superintendencias Sectoriales del SIREFI (mutatis mutandis en atención a la desaparición de estas entidades), dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en

derecho respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones.

Que en este contexto conceptual y legal, las alegaciones 2, 3 y 4 del tercer CONSIDERANDO de la presente resolución de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *son explícitas en sentido de que la aseguradora acepta, reconoce y confiesa que hubo tal atraso y que en consecuencia,* ***"lo lamenta"*** *(textual), añadiendo que el incumplimiento "no ha generado consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna, perjuicio o daño a terceros".*

CONSIDERANDO:

Que en lo que se refiere a la segunda parte de la alegación 1 del tercer CONSIDERANDO de la presente resolución; esto es, que la tipificación 12.n) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 ("…cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos") es excesiva y que configura un cuadro forzado de infracción, hay que señalar lo siguiente.

Que partiendo de una digresión elemental. La letra ***"y"*** *es una conjunción que se usa para unir dos elementos que están al mismo nivel y que tienen la misma función; indica una adición o una relación de igualdad entre ellas, por lo que la frase: "cumplir con otras obligaciones y actividades…" tienen el mismo significado. En efecto, se está señalando que el regulado o regulada tiene el deber de cumplir* ***otras obligaciones*** *y* ***otras actividades****, precisamente por el elemento de igualdad que encierra su escenario semántico, luego, es racional concluir que esas "otras actividades" (actividad en este caso) consiste en el acto material de remitir cierta documentación por imperativo legal e institucional (de la APS).*

Que la exigencia normativa de presentar a la APS cierta información, a requerimiento de ésta (artículo 12.j) de la Ley N° 1883,) constituye un supuesto hipotético abstracto, genérico e ideal, o una entelequia jurídica que no se objetiva, que no concretiza o singulariza, sino y cuando, la presentación de la información se la ejecuta mediante actos materiales; es decir, mediante la realización de actividades (conjunto de acciones, de trabajo cierto). Este análisis permite exponer o revelar que tanto la exigencia del artículo 12.j) como la del artículo 12.n) (ambos de la Ley N° 1883) son complementarios e incluyentes entre sí para el caso concreto que nos ocupa.

CONSIDERANDO:

Que de lo expuesto, se concluye que ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS A.A.*** (sic) *no ha desvirtuado los cargos acusados y más bien, los ha confirmado a través de su propia confesión.*

Que en cuanto a la sanción, se tiene lo dispuesto por el inciso a), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como ***infracciones leves****, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y*

cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo".

Que dada la naturaleza de la conducta ilícita descrita así como la concurrencia de elementos que agravan o no la misma, se establece que la infracción se encuadra en las normas citadas como incumplidas, por lo que corresponde aplicar la sanción equivalente a Un Mil Quinientas Unidades de Fomento a la Vivienda (1.500), por adecuarse la conducta a la sanción establecida en la nota de cargos precedentemente citada…"

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 345-2012 de 24 de mayo de 2012, resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*** *con una multa en bolivianos equivalente a Un Mil Quinientas UFV's (1.500 Unidades de Fomento a la Vivienda) por encontrarse la infracción del artículo SEGUNDO de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 278-2012 de 2 de mayo de 2012 incursa en los incisos j) y n) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo segundo de la parte resolutiva de esta Resolución Administrativa, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 30 de agosto de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012, con los siguientes argumentos:

"…*La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585/2012 de fecha 02 de agosto de 2012 se constituye en el Acto Administrativo impugnado, puesto que esta resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo sancionador, tal como pasamos a demostrar a continuación:*

1. *La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585/2012 de fecha 02 de agosto de 2012 establece que no se habría presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) dentro de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No.278-2012 de 02 de mayo de 2012, un ejemplar del texto de la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje*

contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros, con sus respectivos códigos para archivo.

2. *La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) mediante CITE: APS/DJ/DS/4854/2012 establece que: "....considerando la fecha de notificación con la Resolución Administrativa APS/DS/No.278-2012 de 02 de mayo de 2012, 4 de mayo de 2012,* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *tenía hasta el 18 de mayo de 2012 para hacer llegar a la entidad fiscalizadora aquella documentación, pero lo hizo en fecha 29 de mayo de 2012; es decir, con un retraso de 8 días hábiles administrativos."*

3. *Nuestra compañía, considerando los problemas operativos que a veces se presentan, admitió y lamento ese retraso, no obstante oportunamente hizo conocer que el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aún ocasionó perjuicio.*

4. *En la Resolución Administrativa APS/DS/No.575-2012 el órgano de fiscalización y control con relación a la tipificación 12, n) de la Ley N° 1883, indica lo siguiente: "...se está señalando que el regulado o regulada tiene el deber de cumplir* ***otras obligaciones y otras actividades****, precisamente por el elemento de igualdad que encierra su escenario semántico, luego, es racional concluir que esas "otras actividades" (actividad en este caso) consiste en el acto material de remitir cierta documentación por imperativo legal e institucional (de la APS).*

   Que la exigencia normativa de presentar a la APS cierta información, a requerimiento de esta (Artículo 12.j) de la Ley N°1883) constituye un supuesto hipotético abstracto, genérico e ideal, o una entelequia jurídica que no se objetiva (sic)*, que no concretiza o singulariza, sino y cuando la presentación de la información se la ejecuta mediante actos materiales; es decir, mediante la realización de actividades (conjunto de acciones, de trabajo cierto. Este análisis permite exponer o revelar que tanto la exigencia del artículo 12.j) como la del articulo 12.n) (ambos de la Ley N° 1883) son complementarios e incluyentes entre sí para el caso concreto que nos ocupa."*

5. *Al respecto, corresponde establecer que el artículo 12,j) señala como obligación: "Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero." En este caso, el requerimiento fue realizado a través de la Resolución Administrativa APS/DS/No.278-2012 de 02 de mayo de 2012, y la inclusión del inciso n) del mismo artículo de la Ley N° 1883 como incumplimiento además de que no corresponde está* (sic) *en contra de los principios de buena fe y tipicidad, puesto que no es posible insertar nuestra supuesta conducta a una norma que no tiene una especificidad en cuanto al alcance de una sanción.*

6. *Sin respetar el principio de buena fe, la APS pretende asignar a* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *incumplimientos adicionales inexistentes.*

*Así la APS asume que nuestra compañía "tiene el deber de cumplir **otras obligaciones y otras actividades**" evidentemente nuestra compañía cumple sus obligaciones por lo que llama la atención que se pretenda sancionarnos por otros aspectos, SIN MENCIONAR CUALES (j).*

7. *Por otro lado, si realmente estamos infringiendo el Art.12,n) de la Ley 1883 cabe preguntarse: ¿Y qué otras obligaciones o actividades hemos incumplido? En cuyo caso, sin respetar los principios de tipicidad y debido proceso, la APS no nos hizo conocer oportunamente cuáles son esas otras obligaciones que supuestamente habríamos incumplido.*

8. *La APS señala que: "... la presentación de la información se la ejecuta mediante actos materiales; es decir, mediante la realización de actividades", pero en el caso que nos ocupa no es menos cierto que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** presentó la información solicitada, es decir, realizó un conjunto de actividades y actos materiales tendientes a lograr un fin: emitió la carta PRES/SGREA/499/05/12 a fin de hacer llegar al ente regulador la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros, por lo que se presentó la información requerida como estableció el mismo ente de fiscalización y control aunque con retraso; sin embargo, la APS recibió la información, en este caso, la copia de la documentación señalada para fines de archivo.*

9. *La APS omitió considerar otros aspectos, en este caso atenuantes al retraso en el envío de la Póliza. No consideró por ejemplo, que no se generó ningún daño justamente porque se trata de una Póliza de conocimiento del ente regulador y que la copia es sólo para archivo, pero que en su momento fue aprobada nuestra póliza que muestra un producto, por el propio regulador. El envío realizado es una muestra de nuestra disposición a cumplir con lo que señala la APS y el pretender desvirtuar eso y sancionar el retraso con una multa sólo es un ejemplo de la desproporción con la que el ente regulador está actuando en este caso. En ese marco, se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación. Y ésta a su vez, tendría que ser modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestaciones.*

10. *Uno de los principios aplicables a los procedimientos sancionatorios es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*

11. *El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión*

que indudablemente debe tener en cuenta la APS, así como la finalidad que el mismo persigue, y constituye uno de los límites del obrar discrecional, operando así como medio de interdicción de la arbitrariedad en el obrar de la Administración Pública. Cuando la sanción no guarda proporcionalidad con la falta cometida, como en el caso que nos ocupa, se trata de un exceso de punición. Se produce cuando se evalúan incorrectamente los atenuantes y/o agravantes existentes, de modo que hubiese correspondido una sanción menor.

12. *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "...en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión.* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *presentó la información requerida y el retraso no permite establecer que hubo alguna intencionalidad o dolo en cuanto a no entregar la misma u ocultar información al regulador, puesto que la póliza ha sido autorizada y registrada como corresponde por la APS y se evidencia que la póliza ha sido remitida al ente regulador para fines de archivo. En este caso tampoco se puede hablar de perjuicio a terceros ni al ente regulador o al mercado, por las características señaladas de la documentación.*

13. *En el presente caso, reiteramos que el retraso en el envío de la información, no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, al contrario tiene todos los atenuantes para establecer que una amonestación correspondería con mayor precisión.*

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113.***
2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 585-2012 de fecha 2 de agosto de 2012, y fallando nuevamente en derecho, se nos imponga la sanción de amonestación en estricto lineamiento legal***…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 718-2012 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 718-2012 de 10 de septiembre de 2012, resolvió "*CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012*", con los fundamentos presentados en su parte considerativa y que son los siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el análisis pertinente del conjunto de argumentaciones de la recurrente puede resumirse del siguiente modo: La APS ha emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012 sancionando a ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa en Bolivianos equivalente a 1.500 UFV´s por el retraso de la compañía (8 días hábiles administrativos), en entregar y presentar a la APS, la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros.*

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. *considera que la multa es desproporcionada en relación a la falta y que en todo caso, correspondería una amonestación porque no hubo daño ni perjuicio a nadie.*

En adición, señala que en la resolución impugnada no se señala cuáles son las "otras obligaciones y actividades (artículo 12 n) de la Ley Nº 1883) por las que se la estaría sancionado.

CONSIDERANDO:

Que, es necesario ir por partes para resolver el presente recurso. Para ello nos servirá (sic) *algunas digresiones en torno a algunas precisiones conceptuales y a fin de no confundir categorías administrativas íntimamente relacionadas con la actuación de la Administración Pública.*

Es de rigor manifestar que la ***Competencia*** *en materia jurisdiccional (mutatis mutandis en el campo administrativo), es la capacidad o incumbencia para conocer de un juicio o una causa; la capacidad o incumbencia de la Administración para conocer y resolver un asunto (Guillermo Cabanellas). El término* ***Potestad*** *significa poderío, soberanía o facultad, que en el ámbito administrativo sirve para justificar la autonomía administrativa ya que en el fondo, no existirían las potestades administrativas (Roberto Dromi) constituyendo solamente aspectos del poder que por antonomasia, lo tiene el Estado.*

La ***Competencia*** *es la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinados por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico (Roberto Dromi). En cuanto a la* ***Facultad****, la noción señala que es el derecho o la autoridad que se tiene para hacer algo.*

Se puede fácilmente inferir que todos los conceptos administrativos precedentes configuran el soporte sobre el cual, la Administración Pública concibe, emite y ejecuta y manda ejecutar sus propios actos.

*Si bien la doctrina es clara cuando señala que la competencia administrativa debe ser expresa, concreta y devenir del órgano y norma pre determinadas; en otras palabras, sus atribuciones deben ser limitadas (****numerus clausus****), no menos cierto es que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica*

consecuente, contempla también los ***Actos Discrecionales****. El Acto Discrecional es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la "satisfacción del interés público", aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia.*

Por lo que el Acto Discrecional se caracteriza porque la Administración tiene la facultad de elegir entre varias opciones, la más conveniente; es un acto que revela valoración de los hechos en el marco de beneficio del interés público; es un acto en el que se realiza un juicio de oportunidad en relación a normas o criterios de diversa naturaleza; es un acto en el que se da una libertad de acción por parte de la autoridad, que aunque parte de la norma y se ampara en ella, no se encuentra constreñida por ésta. En otras palabras y en la lectura del maestro Marienhoff: ***"las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos"****. Añade este autor que la existencia de normas y procedimientos para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el acto sea discrecional; por ello es que la redacción literal que nos señala la posibilidad de un acto discrecional puede decir: "facúltese", "autorízace", etc.*

La anterior digresión es el fundamento doctrinal para las facultades institucionales de la APS para que en función de ellas, module o gradúe las sanciones que impone; esto, sobre las bases de la sana crítica y la experiencia ya adquirida en casos semejantes o similares.

CONSIDERANDO:

Que en lo relacionado a la Buena Fe, ***Manuel Ossorio (Diccionario de Ciencia Jurídica)*** *señala que es el "Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo…"*

En otro ámbito de disquisición de la Buena Fe, se puede distinguir:

a) *Un primer grupo en que es considerada como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se haya tutelado por el derecho. En este contexto, será causa de exoneración o por lo menos de atenuación de la sanción.*
b) *Un segundo grupo en que significa confianza en una apariencia jurídica.*
c) *Un tercer grupo en que es, tanto rectitud como honradez en el trato, y que supone una fuente de creación de especiales deberes de conducta.*

La doctrina alemana "fija la buena fe como un estándar de comportamiento social, que en el caso de la buena fe procesal es el que tiene lugar dentro del proceso judicial, cuyo significado en el derecho sustantivo o en el procesal es el mismo que el de integridad y lealtad en la sociedad externa y en la que el proceso se incardina para cumplir sus fines, esta misma doctrina llega a una definición de la buena fe por

contraposición a lo que sería mala fe..."

Lo anterior permite discernir que la buena fe tiene un tratamiento más doctrinal que legal, ya que son poquísimas las legislaciones que la han definido; no obstante y para el caso que nos ocupa, la buena fe se entiende como una presunción de que el acto jurídico es conforme a las normas exigibles para el caso concreto, sin entrar en mayores especulaciones. Más adelante veremos cómo la APS aplicó rigurosamente este principio en la tramitación del presente caso y en todas las etapas anteriores.

CONSIDERANDO:

Que es en el marco conceptual anteriormente descrito en el que el legislador ha elaborado y estructurado las atribuciones y competencias de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS).

La Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 - de Seguros, establece atribuciones a favor de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS), como las siguientes:

***s)** Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.*

t) Todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

En este mismo contexto, el artículo 168 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010- de Pensiones:

***c)** Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).*

n) Todas aquellas atribuciones que sean conferidas por la presente Ley y sus reglamentos, o necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que luego, no es difícil entender que la APS tiene como atribuciones, todas aquellas que en su criterio, son convenientes por oportunidad y por su finalidad. Obsérvese que el acto discrecional de la Administración no es arbitrario ni abusivo, sino que se ampara en la legalidad descrita y en una posibilidad amplia que el propio legislador ha juzgado conveniente, otorgar a esta Autoridad de Fiscalización.

Que es evidente que este estado de situación jurídica en el que se desenvuelven la Administración y los administrados, no es del agrado o no ha sido entendida por la Recurrente. En ambos supuestos, ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *tiene, como sujeto de derecho, las facultades que el derecho subjetivo le otorga para denunciar y enervar las facultades discrecionales de la APS que a su criterio, resulten inadmisibles.*

CONSIDERANDO:

*Que luego de las anteriores aclaraciones conceptuales, entremos en materia, analizando los **argumentos 1 y 2** de la recurrente, expuestos en el cuarto Considerando de la presente resolución, **ab initio**, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012, en ninguna de sus partes anota "…10 días hábiles administrativos…", por lo que será menester leer cuidadosamente aquél instrumento sancionatorio.*

*Que asimismo, la confesión que ha efectuado en su momento **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** en relación a su retraso en el envío de la información requerida, fue determinante en la imposición de la sanción cuanto de la cuantificación del mismo, considerando que en la tipificación de la infracción leve (artículo 16 de la RA IS 602 de 24 de octubre de 2003) se prevé un rango desde 784 UFV´s hasta 39.186 UFV´s o su equivalente en Bolivianos; de los cuales, esta APS moduló la multa en 1.500 UFV´s o su equivalente en Bolivianos como se ha indicado.*

*Que no debe perderse de vista que la multa tiene como función, constituir disuasión y generar temor para su ocurrencia, de tal manera, que sea efectiva para prevenir ulteriores incumplimientos o infracciones. En efecto, **Manuel Ossorio** define a la multa como: "Pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado. En el Derecho Penal constituye una de las sanciones más benignas que se imponen por la comisión de determinados delitos. Asimismo es frecuente la imposición de multas de orden administrativo, con respecto a la comisión de determinadas infracciones, sean de orden municipal o de carácter fiscal. Civilmente, las multas pueden imponerse como sanción por el incumplimiento de algunas obligaciones, pero en este caso más revisten el carácter de indemnización de perjuicios o de **cláusula penal (v.)** establecida en los contratos…". (El subrayado es de la APS).*

Que por ello la multa adquiere dos caracteres que se complementan entre sí; constituye un elemento disuasorio y a la vez, consiste en una pena pecuniaria. La multa entonces deberá ser graduada en función de los elementos concurrentes concretos (negligencia entre otros) ya que esa es la facultad privativa de esta Autoridad de Fiscalización.

*Que analizando el **argumento 3**, expuesto en el cuarto Considerando de la presente resolución, es de suponer que la recurrente se refiere a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 y no a la 575-2012, por lo que en ese entendido, debe quedar establecido que en la resolución que se impugna se anotan dos disposiciones íntimamente relacionadas entre sí; veamos:*

El artículo 12 j) de la Ley Nº 1883 determina: "Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero." A su vez, el inciso n) del artículo 12 de la Ley Nº 1883 determina: "Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos".

*Que en lo que se refiere a los **argumentos 4, 5 y 6** del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución; esto es, que la tipificación 12.n) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (…cumplir con otras obligaciones **y** actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos) es excesiva y que configura un cuadro forzado de infracción, hay que señalar lo siguiente.*

*Partamos de una digresión elemental. La letra **"y"** es una conjunción que se usa para unir dos elementos que están al mismo nivel y que tienen la misma función; indica una adición o una relación de igualdad entre ellas, por lo que la frase: "cumplir con otras obligaciones y actividades…" tienen* (sic) *el mismo significado. En efecto, se está señalando que el regulado o regulada tienen el deber de cumplir **otras obligaciones**, y **otras actividades,** precisamente por el elemento de igualdad que encierra su escenario semántico, luego, es racional concluir que esas "otras actividades" (actividad en este caso) consiste en el acto material de remitir cierta documentación por imperativo legal e institucional (de la APS).*

Que la exigencia normativa de presentar a la APS cierta información a requerimiento de ésta (artículo 12.j) de la Ley N° 1883) constituye un supuesto hipotético abstracto, genérico e ideal, o una entelequia jurídica que no se objetiva, que no concretiza o singulariza, sino y cuando, la presentación de la información se la ejecuta mediante actos materiales; es decir, mediante la realización de actividades (conjunto de acciones, de trabajo cierto). Este análisis permite exponer o revelar que tanto la exigencia del artículo 12.j) como la del artículo 12.n) (ambos de la Ley N° 1883) son complementarios e incluyentes entre sí para el caso concreto que nos ocupa.

*Que en efecto, si **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** tiene la obligación (artículo 12 j) de la Ley N° 1883) de presentar a la APS la información que ésta requiera, el hecho de complementarla con el inciso n) del mismo artículo **"…otras obligaciones y actividades…"** de ninguna manera implica otro **"cargo"**, respecto del cual, no se hubiera notificado o hecho conocer en su oportunidad a la compañía, pues es claro que la recurrente, además de tener que presentar la información que se requiera en ley, también tiene, como **obligación**, la que se individualiza, así como otras obligaciones o actividades que hagan al rol fiscalizador de la APS.*

*Que la recurrente, deliberadamente, está confundida o pretende confundir alegando supuestos cargos no notificados, construyendo sobre esta base falsa, supuestos quebrantamientos (falsos también por lógica) a la buena fe, a la tipicidad, y debido proceso. Resulta obvio y en especial para la APS, que si hubieran otros cargos, se habrían hecho conocer debidamente a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.***

*Que se ha desarrollado lo que se entiende por Buena Fe en este tipo de procesos administrativos precedentemente, por lo que se debe enfatizar que si la APS procediese con **"mala fe"** (el opuesto binario de la buena fe) se habría sancionado a la compañía con mayor drasticidad en lo económico, se habría hecho caso omiso del debido proceso administrativo o algunas de sus etapas cayendo en presunciones*

ex ante *los descargos de aquella. Nada de esto ha ocurrido, por lo que alegar no aplicación de la buena fe carece de sustento legal definitivamente. Habría desconocimiento del principio de proporcionalidad si en vez de los 1.500 UFV´s sancionados, se hubiera impuesto o 20.000 UFV´s, o 25.000 UFV´s, o el máximo que comprende el rango del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 para las infracciones leves. Luego, es evidente que en la cuantificación de la multa, se ha adoptado, modulado, y adecuado una cantidad que, en criterio del ente fiscalizador, respeta los hechos de no haber consecuencias mayores, pero al mismo tiempo, que la sanción sea disuasiva para futuras contravenciones y no burla de las normas que, por mandato legal, son de obligatorio (artículo 32 del decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003) cumplimiento.*

Que esta APS, de buena fe, considera creíble ***que LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, merced a los recaudos que está tomando, no volverá a caer en estas infracciones.*

Que si la recurrente considera que el artículo 12 n) de la Ley nº (sic) *1883 de 25 de junio 1998 es "indeterminado", "inaplicable" porque "no tiene especificidad en cuanto al alcance de su sanción", no es a la APS a quien debe reclamar su disconformidad, ya que siendo una norma positiva en nuestro procedimiento administrativo, este ente fiscalizador tiene el deber de cumplir y hacer cumplir esta y otras leyes del sector que nos ocupa; es decir, que mientras esté vigente aquél artículo, se la aplicará en cuanto corresponda, pues el carácter abierto de la misma, cubre situaciones que la casuística podría obviar.*

Que en cuanto al ***argumento 7*** *de la recurrente contenido en el cuarto Considerando de la presente resolución, es saludable que la compañía reconozca repetidamente que envió lo requerido, pero con retraso y no dentro los plazos de Ley, allanamiento reiterado que nos exime de mayores comentarios.*

Que en cuanto al (sic) ***argumentos 8, 9, 10, 11 y 12*** *de la recurrente, contenidos en el cuarto Considerando de la presente resolución, esta APS ha tomado en cuenta muy bien la concurrencia de atenuantes o agravantes en este caso como bien ha explicado en líneas precedentes, de ahí la cuantificación establecida en la resolución que se impugna. El principio de proporcionalidad que guarda íntima relación entre el contenido de la disposición normativa, sus fines y la respuesta jurisdiccional a la inconducta del administrado, ha sido rigurosamente aplicado; además, en función de lo dispuesto por el artículo 4.p) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, por lo que repetimos, la cuantificación de la sanción no excede la magnitud de la inconducta de* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, esto es, retraso en el envío de información y el no perjuicio a terceros, precisamente concordancia* (sic) *con lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005.*

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo analizado precedentemente, se concluye que no existe mérito

suficiente para estimar el recurso de revocatoria de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****…"*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 28 de septiembre de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2012 de 10 de septiembre de 2012, expresando lo siguiente:

*"…**IV. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO***

A fin de enervar lo referido por el regulador, nuestra solicitud se basa en los fundamentos legales señalados a continuación y que su autoridad sabrá valorar adecuadamente:

4.1. Cuando LA BOLIVIANA señala que la inclusión del inciso n) del Art (sic) *12 junto a la tipificación del artículo 12, j) de la Ley N° 1883 no corresponde y está en contra del derecho de defensa y de los principios del debido proceso y tipicidad, puesto que no es posible insertar nuestra supuesta conducta a una norma que no tiene una especificidad en cuanto al alcance de una sanción. La APS señala las atribuciones que la Ley 1883 y la Ley N°065 le asignan pero no demuestra porque una disposición tan genérica como la establecida en la literal n) del Artículo 12, podría ser incumplida, cuando no establece la realización de una conducta positiva o negativa. LA BOLIVIANA en ningún momento desconoce las atribuciones de ese respetable órgano fiscalizador; sin embargo, al analizar la situación que da lugar a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS 585/2012, definitivamente queda claro que no corresponde que se pretenda sancionar a la entidad aseguradora utilizando el inciso n) del Art 12 de la norma mencionada que textualmente dice:*

n) Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos.

Como se puede apreciar, no es posible incumplir esta disposición que de acuerdo a la técnica normativa es declarativa y no es impositiva o constitutiva.

Por ello es imposible pensar en tener una oportunidad de defenderse cuando no se establecen con precisión los hechos que se habrían incumplido y consideramos que la APS está actuando contra lo establecido en el Art (sic) *116 de la Constitución Política del Estado cuando dispone:*

I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.

II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.

Norma que establece claramente la postura de nuestro Estado de derecho con relación al derecho de defensa y los principios del debido proceso. Siendo que la potestad sancionatoria de la Administración es una manifestación del ius puniendi del

Estado, es preciso señalar que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por seguir un sistema garantista para el administrado frente a las eventuales arbitrariedades que pueden producirse en el ejercicio de esta potestad. Este sistema consiste en el obligatorio acatamiento del procedimiento administrativo contemplado principalmente en la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y en el Decreto Supremo N° 27175 que es el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y demás normas conexas.

En ese contexto dentro de los principios aplicables en materia sancionatoria administrativa, se encuentra el Principio de tipicidad. Es decir, que constituye un derecho del administrado el que una norma de rango legal describa la acción sancionable en todos sus elementos, de manera que es aplicable a la potestad sancionatoria administrativa la precisión y la claridad en la estructura de la norma sancionadora, a fin de hacer efectiva la garantía de que es la ley, y ***no*** *el operador jurídico, quien determina cuales acciones son sancionables y cuál es la sanción aplicable, todo lo cual contribuye a que los administrados podamos adecuar nuestro comportamiento a las exigencias de la norma y efectivamente se respeten nuestras garantías, apoyándose en normas declarativas.*

El principio de tipicidad en materia de derecho administrativo sancionador implica no solo que sea necesario que las infracciones y sus respectivas sanciones estén previstas en una ley formal, sino que además, es indispensable que la ley contenga una determinación clara y precisa de la conducta que se prohíbe y de la sanción a imponer, a efecto de cumplir con el principio de seguridad jurídica y evitar arbitrariedades por parte de la APS. Por lo que resulta inadmisible ser sancionados por encontrarse infracción del artículo SEGUNDO de la Resolución Administrativa APS/DS/No. 278-2012 de 2 de mayo de 2012 incursa en los incisos j) y n) del Art. 12 de la Ley de Seguros N°1883, cuando el inciso n) señala Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos, Esta claro que otorgar el derecho de defensa en el procedimiento administrativo, constituye el medio esencial para garantizar el respeto a este derecho fundamental.

4.2 Por otro lado, cuando la APS señala que: "...la exigencia normativa de presentar ante la APS cierta información a requerimiento de ésta (artículo 12 j de la ley N° 1883) constituye un supuesto hipotético abstracto, genérico e ideal, o una entelequia jurídica que no se objetiva, que no concretiza o singulariza, sino y cuando, la presentación de la información se la ejecuta mediante actos ; es decir, mediante la realización de actividades... análisis que permite exponer o revelar que tanto la exigencia del artículo 12. J (sic) *como la del artículo 12.n) son complementarios e incluyentes entre sí...", pretendiendo dar la razón al ente regulador (extremo que no se verifica) hemos señalado y se halla debidamente comprobado que* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *presentó la información solicitada, es decir, realizó ese conjunto de actividades y actos materiales tendientes a lograr un fin: emitió la carta PRES/SGREA/499/05/12 a fin de hacer llegar al ente regulador la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros, por lo que se presentó la información requerida como estableció el mismo ente de fiscalización y control; la APS recibió la información y esa recepción implica que la entidad aseguradora tuvo que ejecutar*

actos que hicieron posible esa recepción, aspecto que no fue considerado por el ente regulador, que destruye el presupuesto que "no se entregó información" y que se traduce en la inadecuada sanción impuesta. En consecuencia, la interpretación que realiza la APS es contraria claramente al principio constitucional de presunción de inocencia.

4.3 La APS señala que ha tomado en cuenta los atenuantes o agravantes por lo que considera que la cuantificación de la sanción no excede la magnitud de la inconducta de LA BOLIVIANA, esto es, el retraso en el envío de la información y el no perjuicio a terceros. Sin embargo, como se explicó anteriormente este extremo no es tan evidente, debido a que el ente regulador no tomó en cuenta la inexistencia de la supuesta infracción al inc. n) del Art (sic) *12 de la Ley 1883. Es decir que claramente la APS no cumple con el principio de proporcionalidad que supone la correspondencia entre la infracción - sanción y sobretodo la necesaria adecuación de la referida sanción al caso específico, lo que requiere la valoración de la culpabilidad así como la de la gravedad de los hechos y, definitivamente, en este caso la valoración fue insuficiente. De hecho, ni toma en cuenta que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, pudiéndose aplicar inclusive diversos tipos de amonestaciones.*

En consecuencia, la proporcionalidad comprende un criterio de mensurabilidad que implica una correlación adecuada entre la sanción impuesta y la infracción cometida (infracciones de acuerdo a lo establecido en este caso por el ente regulador) y como en el caso que nos ocupa, la sanción no guarda proporcionalidad con la falta cometida, se trata de un exceso de punición al evaluarse incorrectamente los atenuantes, de modo que hubiese correspondido una sanción menor.

Por lo expuesto, el derecho de defensa garantizado por el artículo 116 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en nuestra Carta Fundamental, incluye la oportunidad para el administrado de preparar su defensa, debiendo establecerse que el derecho de defensa rige para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública situación que no se verifica cuando la APS nos sanciona por infracción de los artículos 12. j) y 12.n) de la Ley de Seguros N°1883.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 718-2012 de 10 de septiembre de 2012 y notificada el 14 de septiembre de 2012 a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS 585/2012 de 02 de agosto de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS.

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que

depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, correspondiente del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esa autoridad:

1) *Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.*
2) *Reconozca la legitimidad de nuestra compañía para actuar dentro de este proceso*
3) *Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando totalmente la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 718-2012…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

A tiempo de la verificación de Codificación de Pólizas, Anexos y Cláusulas Adicionales de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros constató que dicha entidad **no cumplió con el plazo** establecido con la RA N° 278/2012, en infracción al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883, conforme se desprende del informe APS/DS/JTS/740/2012 de 18 de junio de 2012.

Por lo cual, el Ente Regulador imputó a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** mediante nota APS/DJ/DS/4854/2012 de fecha 29 de junio de 2012, el: "*Incumplimiento de la Resolución Administrativa APS//*(sic)*DS/N° 278-2012 de 2 de mayo de 2012 y por tanto, infracción de los artículos 12.j) y 12.n) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998*", por cuanto, "…*Considerando la fecha de notificación con la Resolución Administrativa APS//* (sic) *DS/N° 278-2012 de 2 de mayo de 2012, 4 de mayo de 2012,* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *tenía hasta el 18 de mayo de 2012 para hacer llegar a la entidad fiscalizadora aquella documentación, pero lo hizo recién en fecha 29 de mayo de 2012; es decir, con un retraso de 8 días hábiles administrativos*".

La sustanciación de la misma, ha dado lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 585-2012 de 2 de agosto de 2012, por la que sanciona a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** con una multa en bolivianos equivalente a 1.500 UFV´s, por el retraso de 8 días hábiles administrativos en la entrega y presentación de la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros; así también ha dado lugar al proceso recursivo que al presente se pasa a resolver en instancia administrativa jerárquica.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, resulta necesario aclarar que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** no ha negado en momento alguno, y más bien ha reconocido, la demora en el sancionado envío de la documentación, extremo sustancial que determina no recaiga sobre el mismo la controversia.

Es así que la controversia, según sale del Recurso Jerárquico, está más bien referida a:

Numeral 4.1 del Recurso Jerárquico:

"…***la inclusión del inciso n) del Art*** (sic) ***12*** *junto a la tipificación del artículo*

12, j) de la Ley N° 1883 no corresponde y está en contra del derecho de defensa y de los principios del debido proceso y tipicidad, puesto que no es posible insertar nuestra supuesta conducta a una norma que no tiene una especificidad en cuanto al alcance de una sanción (…)

…no es posible incumplir esta disposición que de acuerdo a la técnica normativa es declarativa y no es impositiva o constitutiva (…)

…resulta inadmisible ser sancionados por encontrarse infracción del artículo SEGUNDO de la Resolución Administrativa APS/DS/No. 278-2012 de 2 de mayo de 2012 incursa en los incisos j) y n) del Art. 12 de la Ley de Seguros N°1883, cuando el inciso n) señala Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos,…"

Numeral 4.2 del Recurso Jerárquico:

"…*cuando la APS señala que: "... (…) tanto la exigencia del artículo 12. J* (sic) ***como la del artículo 12.n)*** *son complementarios e incluyentes entre sí...", pretendiendo dar la razón al ente regulador (extremo que no se verifica) hemos señalado y se halla debidamente comprobado que… se presentó la información requerida como estableció el mismo ente de fiscalización y control; la APS recibió la información y esa recepción implica que la entidad aseguradora tuvo que ejecutar actos que hicieron posible esa recepción, aspecto que no fue considerado por el ente regulador, que destruye el presupuesto que "no se entregó información" y que se traduce en la inadecuada sanción impuesta…*"

Numeral 4.3 del Recurso Jerárquico:

"… *La APS… no tomó en cuenta* ***la inexistencia de la supuesta infracción al inc. n) del Art*** (sic) ***12 de la Ley 1883****. Es decir que claramente la APS no cumple con el principio de proporcionalidad que supone la correspondencia entre la infracción - sanción y sobretodo la necesaria adecuación de la referida sanción al caso específico, lo que requiere la valoración de la culpabilidad así como la de la gravedad de los hechos y, definitivamente, en este caso la valoración fue insuficiente…*"
(En los tres casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, **la controversia está referida a la inclusión del inciso n)** del artículo 12º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), como norma infringida, a tiempo de la nota de cargos APS/DJ/DS/4854/2012 de 29 de junio de 2012 y de la consiguiente Resolución Administrativa -sancionatoria- APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012 (no existiendo objeción alguna a la mención en todos los casos, del inciso 'j' de la misma norma, también como norma incumplida).

La norma controvertida señala:

> "… *ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:* (…)
>
> ***n) Cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, lo que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** observa en las determinaciones del Ente Regulador, es que se la hubiera sancionado por incumplir con obligaciones y actividades **inespecíficas**, por cuanto ello, a decir de la recurrente, importa transgresión al derecho de defensa y de los principios del debido proceso y tipicidad, basado ello en que "*no es posible insertar nuestra supuesta conducta a una norma que no tiene una especificidad en cuanto al alcance de una sanción*".

A este respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 35/2005 de 15 de junio de 2005, ha señalado que:

> "…*Se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. La aplicación de la ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogidos por éstas. Por tanto el intérprete y en su caso, el juez, no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violaría claramente el principio de legalidad. Lo anterior viene expresado por la prohibición de analogía, que expresa que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos a los comprendidos en la norma*…"

En tal sentido, pretender sancionar por el incumplimiento de "*otras obligaciones y actividades establecidas*" importa necesariamente la concurrencia de una distinción entre obligaciones, es decir, debe existir al menos dos: la primera, aquella de la que se habla, y la otra (u otras), distintas de la primera.

En el caso de autos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012, ha dispuesto "***SANCIONAR a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,****… por encontrarse la infracción del artículo SEGUNDO de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 278-2012 de 2 de mayo de 2012 incursa en los incisos j) y n) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998*…"

Tal extremo compele a remitirse al mencionado artículo segundo de Resolución Administrativa APS/DS/Nº 278-2012 de 2 de mayo de 2012, el que a la letra señala:

> "***SEGUNDO.-*** *Instruir a la Entidad Aseguradora* -se refiere a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**- *el envío a la Dirección de Seguros, de un ejemplar del texto de la Póliza registrada, incluyendo las Coberturas, Clausula* (sic) *y Formulario correspondiente, con sus respectivos códigos para su archivo, en el plazo improrrogable de 10 días hábiles administrativos de notificado el presente acto administrativo*."

Entonces, en el entender del Ente Regulador (expresado a tiempo de la notificación del cargo como de la consiguiente sanción), la demora en el envío señalado, importa infracción a los incisos j) y n) del artículo 12º, de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros); el inciso j) ordena: "*presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero*", **y** el n) "*cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente Ley o por sus reglamentos*".

De donde resulta que, efectivamente, la procedencia del inciso n) del artículo12º, de la Ley N° 1883, exige la concurrencia de otra actividad de incumplimiento a la norma, **empero al margen de las previstas por el propio artículo 12º**, sea que se encuentre en el restante articulado de la Ley N° 1883, o en otras normas.

Al respecto, en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2012 de 10 de septiembre de 2012, el Ente Regulador ha señalado:

> "…*el regulado o regulada tienen el deber de cumplir* ***otras obligaciones****, y* ***otras actividades,*** *precisamente por el elemento de igualdad que encierra su escenario semántico, luego, es racional concluir que esas "otras actividades" (actividad en este caso) consiste en el acto material de remitir cierta documentación por imperativo legal e institucional (de la APS)*…"

Por lo que, en el entender de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, las *actividades* a las que se refiere el inciso n) del artículo 12º, son las mismas para el caso, que las referidas en el inciso j) -también infringido-: "*presentar a la Superintendencia… toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza*".

No obstante y conforme lo supra señalado, tal razonamiento es incorrecto: el inciso n) del artículo 12º está referido a "*otras obligaciones y actividades*", distintas de los que hubiera señalado el mismo artículo 12º en sus incisos precedentes (del 'a' al 'm'), con la intención de que el mismo no se pretenda contradictoria o excluyente, con respecto a otras obligaciones que por la misma Ley N° 1883, de Seguros, o por sus reglamentos, se impusieran a las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Desde luego que si el extremo ha dado lugar a la acusada imprecisión de la conducta sancionable, por la misma razón no es atendible lo señalado por la recurrente en sentido que "***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *presentó la información solicitada, es decir, realizó ese conjunto de actividades y actos materiales tendientes a lograr un fin*", cual si se trataran de las "*otras obligaciones y actividades*" a las que se refiere el inciso n) del artículo 12º, máxime cuando de tal información la misma recurrente dice que:

> "…*no fue considerado por el ente regulador, que destruye el presupuesto que "no se*

entregó información" y que se traduce en la inadecuada sanción impuesta. En consecuencia, la interpretación que realiza la APS es contraria claramente al principio constitucional de presunción de inocencia…"

Tal apreciación exige una nueva revisión de los antecedentes para constatar que, conforme sale de la nota APS/DJ/DS/4854/2012 de fecha 29 de junio de 2012, se ha imputado a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** en razón de "*hacer llegar a la entidad fiscalizadora aquella documentación, pero lo hizo recién en fecha 29 de mayo de 2012; es decir, con un retraso de 8 días hábiles administrativos*", de donde evidencia que la sanción corresponde a la demora en la entrega de la información, no así por no haberse entregado, como mal sugiere la sancionada.

Entonces y en líneas generales, el criterio de que "*tanto la exigencia del artículo 12.j) como la del artículo 12.n) (ambos de la Ley Nº 1883) son complementarios e incluyentes entre sí para el caso concreto que nos ocupa*" en base a la cual ha resuelto la Reguladora, no correspondía en Derecho.

No obstante, debe ahora analizarse la trascendencia de tal imprecisión dentro del caso de autos; así, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** en su Recurso Jerárquico, señala:

"*…La APS señala que ha tomado en cuenta los atenuantes o agravantes por lo que considera que la cuantificación de la sanción no excede la magnitud de la inconducta de LA BOLIVIANA, esto es, el retraso en el envío de la información y el no perjuicio a terceros. Sin embargo, como se explicó anteriormente este extremo no es tan evidente, debido a que el ente regulador no tomó en cuenta la inexistencia de la supuesta infracción al inc. n) del Art* (sic) *12 de la Ley 1883. Es decir que claramente la APS no cumple con el principio de proporcionalidad que supone la correspondencia entre la infracción - sanción y sobretodo la necesaria adecuación de la referida sanción al caso específico…*"

Dicho en otras palabras, la recurrente pretende que la mención del inciso n) del artículo 12º en la resolución sancionatoria, se la considere como una agravante de la infracción, en función de la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, y que dada su imprecisión, determine ahora una atenuante de la misma sanción, para con ello, se mejore su condición frente a la infracción: se modifique la sanción de multa a una de amonestación.

No obstante, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la resolución recurrida, ha dejado constancia de:

"*…Que la recurrente, deliberadamente, está confundida o pretende confundir alegando supuestos cargos no notificados, construyendo sobre esta base falsa, supuestos quebrantamientos (falsos también por lógica) a la buena fe, a la tipicidad, y debido proceso. Resulta obvio y en especial para la APS, que si hubieran otros cargos, se habrían hecho conocer debidamente a* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** (…)

…esta APS ha tomado en cuenta muy bien la concurrencia de atenuantes o agravantes en este caso como bien ha explicado en líneas precedentes, de ahí la cuantificación

establecida en la resolución que se impugna. El principio de proporcionalidad que guarda íntima relación entre el contenido de la disposición normativa, sus fines y la respuesta jurisdiccional a la inconducta del administrado, ha sido rigurosamente aplicado; además, en función de lo dispuesto por el artículo 4.p) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, por lo que repetimos, la cuantificación de la sanción no excede la magnitud de la inconducta de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, esto es, retraso en el envío de información y el no perjuicio a terceros, precisamente concordancia* (sic) *con lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005…"*

De lo anterior se desprende que, estando claro que la conducta sancionada es la demora en hacer llegar al Ente Regulador la Póliza de Seguro de Todo Riesgo de Montaje contra Riesgos de Constructores y Responsabilidad Civil frente a Terceros, y que lo mismo importa infracción al inciso j) del artículo 12º de la Ley Nº 1883 (de Pensiones), extremo sobre el que no existe discusión ni objeción alguna, la imprecisión que determina la mención del inciso n) del mismo artículo, ha sido intrascendente en la modulación e imposición de la sanción, por cuanto para ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha guiado por el criterio de que "*la exigencia del artículo 12.j) como la del artículo 12.n) (ambos de la Ley Nº 1883) son complementarios e incluyentes entre sí*", es decir, que el criterio del inciso n) no constituyó criterio de agravamiento alguno en la imposición de la sanción, como mal sugiere la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la **confirmación** de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 718-2012 de 10 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 585-2012 de 2 de agosto de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
Ministro de Economía y Finanzas Públicas

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASI Nº 251/2012 DE 25 DE JUNIO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPT/SIREFI Nº 078/2012 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO
ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPT/SIREFI No. 078/2012

La Paz, 27 de diciembre de 2012

VISTOS:

El recurso jerárquico presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 251/2012, de 25 de junio de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), dentro de su reclamo (denuncia) presentado contra el ex Banco Santa Cruz S.A., actual Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

CONSIDERANDO:

Que, el señor Lucca, acusando silencio administrativo negativo, interpuso recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 251/2012, de 25 de junio de 2012, emitida por la ASFI, expresando los siguientes fundamentos:

1. **Silencio Administrativo Negativo:** La ASFI no ha procedido ni a emitir ni a notificar, resolución alguna al Recurso de Revocatoria, habiendo incurrido en Silencio Administrativo Negativo, conforme al Artículo 17º de la Ley Nº 2341, de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, de haciendo viable la presentación del Recurso Jerárquico.

2. **Vulneración del debido proceso y de la igualdad jurídica.** No sólo se pidió al regulador que notificara -al ahora recurrente- con todos los actos y actuaciones administrativas, sino también que se le extiendan fotocopias legalizadas de la documentación de descargo presentada por el Banco, las que no fueron extendidas.

3. **Lesión al procedimiento administrativo y vulneración al derecho de petición.** La ASFI ha prolongado la realización de las diligencias preliminares de investigación, lo cual contraviene el Parágrafo II del Artículo 17º de la Ley Nº 2341, y deriva en la existencia de responsabilidad por la función pública; si la ASFI consideraba que el memorial de 14 de junio de 2011 precisaba de alguna aclaración y/o complementación, debió haberla solicitado dentro los 5 (Cinco) días de su presentación, según establece el Artículo 43º de la Ley Nº 2341.

   Ha vulnerado también el derecho a la petición por cuanto la respuesta no fue oportuna.

4. **Infracción al principio de verdad material por inexistencia de investigación.** La ASFI se limitó a señalar que las normas identificadas por el recurrente, como infracciones cometidas por el Banco, no existían a tiempo de haberse suscrito los contratos de préstamo y de cartas de crédito controvertidos, con las sucursales de Panamá y Miami, y no ejerció una investigación adecuada, más allá de lo denunciado, al omitir considerar que los mismos:

a) No contienen la identificación del representante legal o personero de las agencias del Banco en Panamá y Miami, en infracción a los Artículo 450º, Numeral 1) del Artículo 452º, Artículo 453º, Artículo 467º, Artículo 468º y Artículo 804º del Código Civil, en relación al Artículo 786º del Código de Comercio.

b) No cuentan con la firma de personero o representante legal de las sucursales del Banco en Panamá y Miami, ni cuentan con algún procedimiento por el cual se determine que el apoderado de dichas sucursales no sabía o no podía firmar el documento, en inobservancia del Artículo 790º del Código de Comercio.

c) En lesión a la buena fe contractual establecida por el Artículo 803º del Código de Comercio:

- No fueron entregados por el Banco al señor Lucca una vez suscritos;
- No existe constancia documentada de que hubieran guardado las formalidades requeridas, por cuanto no existen en los registros públicos;
- El Banco no previó que serían otorgadas por sus agencias extranjeras en Panamá y Miami;
- No se dispuso el embargo de bienes a favor de dichas sucursales;
- No se informó al prestatario cuál sería el destino de los créditos otorgados ante el cierre de dichas sucursales;
- No se comunicó si existiría cesión de los créditos conforme dispone el Reglamento para la Transferencia de Cartera de Crédito, y;
- No se dio a conocer cuál el destino de los bienes embargados.

d) La ASFI "olvidó" el Artículo 61 del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

5. **Inexistencia de resolución al reclamo específico:** la ASFI no ha resuelto el reclamo específico y se ha limitado a señalar que "dichos aspectos fueron aclarados a través de los oficios ASFI/DAJ/R-81717/2010 y ASFI/DAJ/R-106249/2010".

6. **Inconsistencia con la recomendación de un informe:** el Informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, recomendó que se emitiera una nota al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. para que se haga entrega de copias legalizadas de contratos que no se proporcionaron, actuación hasta la fecha incumplida.

Que, por lo fundamentado, solicita resolver el recurso jerárquico revocando la Resolución ASFI No. 251/2012, de 25 de junio de 2012 y en su merito, se sancione al Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Que, de la revisión del expediente administrativo, en concreto del oficio ASFI/DDC/R-60126/2012, de 17 de mayo de 2012, se tiene que el señor Lucca presentó ante la ASFI, los memoriales de fechas 14 de junio, 17 de noviembre, 22 de diciembre de 2011, 16 de febrero, 19 de marzo, 12 y 13 de abril de 2012, a través de los cuales formula y reitera su reclamo contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., sobre supuestas infracciones en las que habría incurrido el ex Banco Santa Cruz S.A. en sus sucursales de las ciudades de Panamá

(República de Panamá) y Miami (Estados Unidos de América), solicitando iniciar diligencias preliminares sobre las mismas.

Que, la ASFI remitió al señor Lucca el oficio ASFI/DDC/R-60126/2012, de 17 de mayo de 2012 con la referencia "*Respuesta memorial de 14 de junio de 2011 Reclamo C/Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*" (Cuyo contenido se relaciona oportunamente líneas abajo).

Que, por memorial presentado en fecha 8 de junio de 2012, el señor Lucca solicita la conversión de la nota ASFI/DDC/R-60126/2012, de 17 de mayo de 2012, en una Resolución Administrativa.

Que, por Resolución Administrativa ASFI Nº 251/2012, de 25 de junio de 2012, la ASFI resuelve elevar a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-60126/2012, de 17 de mayo de 2012 cursada al señor Lucca, en lo que en concreto interesa, con los fundamentos siguientes:

- El interesado peticiona se inicien diligencias preliminares a partir de supuestos ilícitos cometidos por el ex Banco Santa Cruz S.A., al emitir contratos y cartas de crédito "leoninos" en sus sucursales de Panamá y Miami y que aparentemente se realizaban con cargo a líneas de crédito y préstamo en la República de Bolivia (ahora Estado Plurinacional de Bolivia) y en base a lo recomendado por el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, de 3 de diciembre de 2010.

- A través de la carta ASFI/DDC/R-42175, de 9 de abril de 2012, el Órgano de Supervisión, solicitó al señor Lucca identifique la normativa de regulación que, de acuerdo a su reclamo, el ex Banco Santa Cruz S.A., actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A., habría infringido.

- Por memorial de 13 de abril de 2012, el señor Lucca identificó la normativa que el ex Banco Mercantil Santa Cruz S.A. habría incumplido, señalando los siguientes aspectos:

    - Recopilación de Normas Para Bancos: Título XI Servicios a Clientes y Usuarios, Capítulo I, Sección 2: Artículo Único, numeral 1, Derechos a elegir;
    - Sección 3: Políticas y Procedimientos con relación a la Atención al Cliente y Usuario, Artículo 2º Buenas Prácticas;
    - Reglamento para la Apertura, Cierre y Traslado de Sucursales y Agencias Nacionales: (Sucursales, Subsidiarias y oficinas en el exterior), Artículo 8º. Con referencia a éstas y a tiempo de mencionarlas, el señor Lucca ha dicho que: *"El Banco… para eludir controles y fiscalizaciones procedía a emitir leoninos contratos y cartas de crédito en sus sucursales de Panamá y Miami, operaciones que extrañamente se realizan en el extranjero pero que se efectuaban con cargo a líneas de crédito y préstamos en Bolivia;… dando lugar a que los bienes del prestatario (mi persona) se encuentren gravados a favor de agencias que a la fecha no existen, debiendo tomarse en cuenta que actualmente el Banco no ha liberado dichas garantías siendo que, reitero, las sucursales han desaparecido en la actualidad dejando mis propiedades en*

incertidumbre e inseguridad jurídica (abuso de posición dominante contractual).", y;

- Artículo 94º de la Ley Nº 1488, de 14 de abril de 1993, de Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10, Artículo 1º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. Con referencia a éstas y a tiempo de mencionarlas, el señor Lucca ha dicho que: "*…es absolutamente probable que el Banco denunciado no tenga en sus archivos copias legibles o íntegras de los ilícitos contratos suscritos con sus sucursales de Panamá y Miami… la Notaría de Fe Pública donde supuestamente se hicieron los reconocimientos de firmas y rúbricas de dichos contratos ha certificado que los mismos no cursan en sus archivos,…*".

- A través del oficio ASFI/DDC/R-60126/2012, de 17 de mayo de 2012, la ASFI atendió al memorial de 14 de junio de 2011, y a otros que le siguieron, con los argumentos siguientes:

  - El Órgano de Supervisión, conforme lo manifestado en la carta ASFI/DDDC/R-42175/2012 de 9 de abril de 2012, dispuso realizar una visita de inspección al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. el mes de octubre de 2011.
  - El Artículo 39º y los Incisos d) y e) del Artículo 41º de la Ley Nº 2341, señalan que: "*Los procedimientos administrativos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada*", "*Si el procedimiento se inicia a solicitud de los interesados, el escrito que ellos presenten hará constar lo siguiente: "d) Los hechos, motivos y solicitud en la que se concrete con toda claridad lo que se pretende; e) ofrecer toda la prueba de la que el interesado pueda favorecerse*"; es en este marco que se le solicitó identificar los presuntos incumplimientos.
  - Corresponde recordar que el actual Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario contenido en el Título XI, Capítulo I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, evidentemente se refiere a los derechos del cliente y usuario así como a otros aspectos relativos a las buenas prácticas que las entidades supervisadas deben observar en su relacionamiento con sus clientes y usuarios. Sin embargo, el citado Reglamento no existía al momento de suscribirse las líneas de crédito motivo del reclamo, así como los contratos de Panamá y Miami suscritos entre los años 1996 y el 2000.
  - Dicho Reglamento fue recién aprobado, mediante Resolución SB Nº 007/2001, de 29 de enero de 2001. Asimismo, el Artículo 2º (Buenas Prácticas), Sección 3: Políticas y Procedimientos con Relación a la Atención al Cliente y Usuario, recién fue incorporado al citado Reglamento con Resolución ASFI Nº 104/2010, de 4 de febrero de 2010, consecuentemente, las normativas referidas no son aplicables en el marco de los Artículos 71º (Principios Sancionadores) y 77º (Irretroactividad) de la Ley Nº 2341.
  - Con referencia al Reglamento para la Apertura, Cierre y Traslado de Sucursales y Agencias Nacionales, relativo a los contratos y cartas de

crédito emitidos por el ex Banco Santa Cruz S.A. en sus sucursales de Panamá y Miami, recuerda que dichos aspectos fueron aclarados a través de los oficios ASFI/DAJ/R-81717/2010 y ASFI/DAJ/R-106249/2010, de 16 de agosto y 14 de octubre de 2010, respectivamente.

- Con relación a la supuesta infracción al Artículo 94° de la Ley N° 1488, referido a que dicha entidad bancaria no habría conservado debidamente los libros y documentos relativos a sus operaciones de Miami y Panamá, comunica que como resultado de la inspección practicada al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., dicha entidad exhibió la documentación correspondiente conforme se expone en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011.
- Con relación a la solicitud para que se ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. la restitución de las propiedades gravadas y se cancelen dichos gravámenes, se recuerda que las competencias de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no alcanzan a emitir Resoluciones Administrativas, ordenando la cancelación y liberación de garantías hipotecarias y el desistimiento por pago de cualquier acción judicial de cobro que se hallare en curso, así como la extinción legal y contable de la deuda de los prestatarios, encontrándose dichos aspectos sujetos a pronunciamiento de la autoridad judicial competente.
- Adicionalmente, hace conocer que la competencia administrativa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) no alcanza para pronunciarse sobre aspectos controvertidos que se encuentran bajo conocimiento de las instancias jurisdiccionales, por lo que todo proceso judicial entre una entidad supervisada y sus clientes o usuarios debe ser resuelto en dichas instancias, conforme lo establece el Artículo 4°, Sección 5, Capitulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
- Con el objeto de atender el requerimiento efectuado mediante memorial de fecha 14 de junio de 2011, en el marco de las consideraciones expuestas en la carta ASFI/DDC/R-42175/2012, de 9 de abril de 2012, se remite para su conocimiento y fines consiguientes, copia legalizada del Informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, el mismo que muestra los resultados de la gestión realizada por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero de ASFI, con relación a los puntos planteados en el reclamo.

- De acuerdo a los Literales b) y e) del Artículo 28° y el Artículo 29° de la Ley N° 2341, para generar una decisión idónea, respetando las reglas del debido procedimiento, el Organismo Supervisor debe basar y sustentar la determinación de sus actos administrativos en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en marco del derecho aplicable, así como en el fundamento correcto que induzca a la autoridad administrativa a tomar la decisión correcta.

- El Informe Técnico Legal ASFI/DDC/R-73469/2012, de 18 de junio de 2012, emitido por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero, concluye señalando que:

1. Con referencia al punto 1 del memorial presentado en fecha 13 de abril de 2012, por el señor Luís Artemio Lucca Suárez: mediante oficio ASFI/DDDC/R-42175/2012, de 9 de abril de 2012, la ASFI dispuso realizar una visita de inspección al Banco el mes de octubre de 2011.

   Con relación al punto 2, en el marco de lo previsto por el Artículo 39º y los Literales d) y e) del Artículo 41º de la Ley Nº 2341, se solicitó al reclamante identificar los presuntos incumplimientos que formula.

   Respecto al punto 3, el Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario contenido en el Título XI, Capítulo I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, no existía al momento de suscribirse las líneas de crédito así como los contratos de Panamá y Miami (años 1996 y el 2000).

   Los aspectos relativos al Reglamento para la Apertura, Cierre y Traslado de Sucursales y Agencias Nacionales mencionado por el señor Lucca, fueron aclarados a través de los oficios ASFI/DAJ/R-81717/2010 y ASFI/DAJ/R-106249/2010, de 16 de agosto y 14 de octubre de 2010, respectivamente.

   Con relación a la supuesta infracción al Artículo 94º de la Ley Nº 1488, referido a que no se habrían conservado los libros y documentos, como resultado de la inspección practicada al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., dicha entidad exhibió la documentación correspondiente conforme se expone en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011.

   Sobre la solicitud para que se ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. la restitución de las propiedades gravadas y se cancelen dichos gravámenes, dichos aspectos se encuentran sujetos a pronunciamiento de la autoridad judicial competente.

2. La ASFI sólo tiene competencia administrativa para pronunciarse sobre aspectos que se encuentren enmarcados en ese ámbito y no sobre la validez o inexistencia de documentos siendo competencia de la vía jurisdiccional dilucidar esos aspectos.

3. Con la finalidad de atender el requerimiento del señor Lucca, es procedente consignar el contenido de la carta ASFI/DDC/R-60126/2012 de 17 de mayo de 2012 en una Resolución Administrativa.

Que, por memorial presentado en fecha 11 de julio de 2012, el señor Lucca interpone recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 251/2012 de 25 de junio de 2012, con los mismos fundamentos que después hará valer a tiempo de interponer el recurso jerárquico (A excepción de lo manifestado sobre el silencio administrativo negativo).

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 402/2012, emitida en la ciudad de La Paz en fecha 14 de agosto de 2012, y notificada en fecha 21 de agosto de 2012, al señor Lucca en la ciudad de Santa Cruz, y al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en la ciudad de La Paz, la

ASFI resolvió confirmar en todas sus partes, la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012 de 25 de junio de 2012.

Que, la mencionada Resolución Administrativa ASFI N° 402/2012 de 14 de agosto de 2012, en lo trascendente, señala extremos como los siguientes:

- **Evaluación del punto 1 del recurso de revocatoria.**

  Sobre la presunta vulneración al debido proceso, la ASFI informó al señor Lucca, mediante oficio ASFI/DDC/R-82057 recepcionado en fecha 15 de agosto de 2011, el inicio de las diligencias preliminares de investigación contra el Banco, conforme se sugirió en el Informe ASFI/DSR/R-127404/2010; adicionalmente, mediante oficio ASFI/DDC/R-109311/2011 recepcionado por el reclamante el 24 de octubre de 2011, se le informó que la ASFI se encontraba evaluando los antecedentes presentados por ambas partes (el señor Lucca y el Banco) relacionados a los aspectos denunciados, cuyos resultados se harían conocer oportunamente.

  Se le entregó al señor Lucca, mediante oficio ASFI/DDC/R-60126/2012, de 17 de mayo de 2012, fotocopia legalizada del Informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, con los resultados de la inspección que la ASFI realizó al Banco, por lo que se rechazan los argumentos vertidos, por cuanto se mantuvo informado al recurrente de las actuaciones y resultados de su reclamo.

  La ASFI se encontraba en una fase preliminar de investigación donde ambas partes presentaron documentación para respaldar sus posiciones y no en la etapa de un eventual proceso sancionador, donde las partes pueden controvertir u objetar pruebas.

- **Evaluación del punto 2 del recurso de revocatoria.**

  Sobre la presunta demora en responder la petición formulada por el señor Lucca, el proceso de recolección de datos y documentación por parte del Banco ha insumido un tiempo considerable debido a que las operaciones observadas corresponden a los años de 1996 a 2000, es decir, de hace más de 14 años atrás, aspecto que puede ser corroborado en los oficios BMSC/GAL/1010/2011, de 15 de julio de 2011; BMSC/GAL/1062/2011, de 27 de julio de 2011, BMSC/GAL/1558/2011 de 14 de noviembre de 2011, remitidos por el Banco al Órgano de Supervisión, a través de los cuales se solicitaron ampliaciones de plazo para remitir la información requerida, aspectos informados oportunamente al señor Lucca, mediante oficios ASFI/DDC/R-82057/2011, de 10 de agosto de 2011 y ASFI/DDC/R-109311/2011, de 17 de octubre de 2011.

  La Autoridad de Supervisión ha cumplido requiriendo la información al Banco (31 de octubre de 2011), y ha realizado una inspección in situ en su Oficina Central (01 de noviembre de 2011), con el objetivo de contrastar la información que las partes proporcionaron y verificar los puntos reclamados por el señor Lucca, habiéndose emitido el Informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, el cual

concluye que los hallazgos desvirtúan las denuncias efectuadas por el señor Lucca, en lo concerniente al ámbito administrativo; y que no se ha determinado incumplimiento a procesos operativos, ni prácticas abusivas por parte del Banco; cabe considerar lo establecido en el Parágrafo I del Artículo 81° y Artículo 82° de la Ley N° 2341 y Artículo 65° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003, así como las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 45/2007N, de 10 de mayo de 2007 y SG SIREFICRJ 60/2007, de 26 de junio de 2007, y las Sentencias Constitucionales 1441/2010-R, de 25 de abril de 2011 y 1441/2010, de 1° de octubre de 2010 con relación al Parágrafo II del Artículo 17° de la Ley N° 2341.

La ASFI realizó diligencias preliminares dentro el marco de su competencia, efectuando como la norma señala (verdad material) todas las actuaciones o diligencias necesarias y pertinentes con la finalidad de verificar y comprobar las afirmaciones del señor Lucca, emitiéndose el informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, concluyendo con la emisión del oficio ASFI/DDC/R-60126, de 17 de mayo de 2012; al no haberse identificado la existencia de contravenciones a la normativa regulatoria, ASFI determinó desestimar el inicio de un procedimiento sancionatorio contra el Banco, al no encontrarse los suficientes elementos de convicción para sostener y llevar adelante una formulación de cargos.

La ASFI comunicó al señor Lucca, mediante oficios ASFI/DDC/R-82057/2011 y ASFI/DDC/R-109311/2011 de 10 de agosto y 17 de octubre de 2011, respectivamente, sobre las diligencias preliminares que se estaban realizando, en cuyo marco y después de la valoración del informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, se solicitó mediante oficio ASFI/DDC/R-42175/2012, de 9 de abril de 2012, que el señor Lucca identifique la normativa que el Banco habría infringido, respaldado jurídicamente en el Parágrafo I del Artículo 11°, Artículo 39° y Literales d) y e) del Artículo 41° de la Ley N° 2341 y conforme lo señala la Sentencia Constitucional N° 1263/2004-R de 10 de agosto de 2004.

La solicitud realizada para que el señor Lucca identifique la normativa vulnerada por el Banco, tuvo como propósito que las afirmaciones planteadas por el denunciante estén debidamente respaldados, aspecto que no ocurrió por cuanto no existe congruencia en la normativa señalada por el recurrente en su respuesta.

- **Evaluación del punto 3 del recurso de revocatoria.**

El Órgano de Supervisión, en las diligencias preliminares realizadas, evaluó la documentación presentada por el señor Lucca como respaldo de su reclamo y posteriormente procedió a realizar la inspección in situ entre el 31 de octubre y 01 de noviembre de 2011, en dependencias del Banco, emergente de lo cual, se solicitó documentación adicional a la Entidad Financiera, la cual fue remitida con demora (por la data) para su evaluación, emitiéndose el informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, donde se hace notar que no se observó incumplimientos a la normativa prudencial.

Mediante oficio ASFI/DDC/R-42175/2012, de 9 de abril de 2012 y con la finalidad de atender los puntos denunciados, se solicitó identificar la normativa infringida; el señor Lucca, a través del memorial presentado en fecha 13 de abril de 2012, procedió a identificar la normativa infringida, por lo que la afirmación de que el Órgano Regulador no hubiera realizado una investigación adecuada carece de fundamento. Cabe hacer énfasis en lo establecido por los Literales d) y e) del Artículo 39° de la Ley N° 2341.

En la documentación original que se encuentra en poder del Banco y que fue objeto de revisión en la inspección realizada, se pudo verificar que los documentos controvertidos se encuentran con identificación de personeros de las agencias del Banco Santa Cruz S.A. en Panamá y Miami, desvirtuándose consecuentemente las afirmaciones realizadas por el señor Lucca.

Por la verificación de la documentación dentro de la inspección, se tiene:

- Testimonio N° 1274, de 28 de octubre de 1996, se constituye una línea de crédito rotativa por la cantidad de $us.210.000 (Doscientos Diez Mil 00/100 Dólares Americanos), con garantía personal e hipotecaria de un inmueble, no se evidencia en ninguna de sus cláusulas, condición alguna que limite el alcance geográfico del presente contrato.

- Testimonio N° 521/2000 de 10 de mayo de 2000, de ampliación de plazo e inclusión de garantías en línea de crédito, por la cantidad de $us.210.000 (Doscientos Diez Mil 00/100 Dólares Americanos); se incorpora en la cláusula octava que el acreditado garantiza el cumplimiento del contrato y de todas las obligaciones asumidas y que asuma en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, con la fianza de la señora Ana María Arteaga de Lucca, quien se constituye en garante del Acreditado de todas las obligaciones contraídas y que contraiga con el Banco, sea que sean formalizadas o realizadas en las oficinas del Banco en Bolivia o en sus agencias de Panamá o en Miami.

  En su cláusula décima tercera, que: "Todas las cláusulas… se consideran incorporadas a todas y cada una de las operaciones, documentos y contratos realizados con cargo a la Línea de Crédito, constituyendo parte integrante e indivisible de los mismos."

- Testimonio N° 735/98, de 19 de agosto de 1998, de concesión de línea de crédito por la suma de $us.450.000,00 (Cuatrocientos Cincuenta Mil 00/100 Dólares Americanos); la Cláusula Segunda refiere que las operaciones con cargo a la Línea de Crédito serán préstamos a corto plazo, posteriormente pueden ser a corto o mediano plazo y concederse en bolivianos (con o sin mantenimiento de valor), otras monedas extranjeras o en dólares americanos, y realizarse en cualquier oficina, agencia sucursal del Banco que funcionen en Bolivia o en el exterior del país. Se recuerda el Artículo 519° del Código Civil en cuyo marco, las partes si tuvieran divergencias tendrían que acudir a la vía jurisdiccional.

Al momento de la suscripción de los contratos, el señor Lucca dio su consentimiento y conocimiento del contenido de los mismos, conforme establece el Artículo 519° del Código Civil; el Banco contaba con las autorizaciones correspondientes de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras para operar en las ciudades de Miami y Panamá.

- Testimonio N° 1274, de 28 de octubre de 1996, el señor Lucca garantizó al Banco el cumplimiento del presente contrato y de todas las obligaciones que asumió en virtud de las operaciones que realizó utilizando la Línea de Crédito, con la generalidad de sus bienes, especialmente, con:

  1. La fianza personal de la señora de Lucca, en forma solidaria e indivisible, mientras no se haga efectivo el pago total de la deuda y demás obligaciones, ninguna cláusula extinguirá la fianza ni las obligaciones del fiador.

  2. La garantía hipotecaria sobre un inmueble de propiedad del deudor, con la conformidad de su esposa, Sra. de Lucca, como garantía de todas las obligaciones que realice con el Banco el deudor utilizando la Línea de Crédito y las inherentes y emergentes.

- Testimonio N° 521/2000, de 10 de mayo de 2000, de ampliación del plazo e Inclusión de garantías en la línea de crédito señalada en el Testimonio N° 1274; su cláusula octava establece que el acreditado garantiza el cumplimiento del contrato y de las obligaciones asumidas y que asuma, con:

  1. La fianza personal de la señora de Lucca, de todas la operaciones con cargo a la línea de crédito "sea que éstas sean formalizadas o realizadas… en sus agencias de Panamá,… o en Miami".

  2. La prenda con desplazamiento de medicamentos.

  3. Hipoteca de los inmuebles inscritos en Derechos Reales bajo las partidas N° 010358100, N° 010353718, y N° 010031789; los que quedan reatados y gravados como garantías de todas las operaciones en que utilicen la línea de crédito y su ampliación.

- Testimonio N° 735/98, de 19 de agosto de 1998, de concesión de línea de crédito; su cláusula novena señala que se garantiza con la generalidad de bienes y especialmente con la hipoteca sobre los inmuebles inscritos en Derechos Reales bajo las partidas N° 010186218 y N° 010186219, en su integridad, sin reservas, restricciones ni limitaciones, reatados y gravados como garantías por las obligaciones de las operaciones en que utilicen y con cargo a la línea de crédito.

- Testimonio N° 522/2.000, de 10 de mayo de 2000, de ampliación de plazo e Inclusión de garantías en la línea de crédito señala en el Testimonio N° 735/98; por su cláusula décima se garantiza el cumplimiento con la generalidad de bienes y especialmente, con la hipoteca sobres los inmuebles inscritos en Derechos Reales bajo las partidas N° 010186218, N° 010186219, N° 010358100 y N° 010353718, en su integridad, sin reservas, restricciones ni limitaciones de ninguna clase quedan

reatados y gravados como garantías de todas las obligaciones en que se utilicen la línea de crédito y la ampliación.

La suscripción de los contratos de líneas de crédito y sus ampliatorios, importa que tanto el ahora recurrente como sus garantes otorgaron su pleno consentimiento para que los bienes garanticen las obligaciones, así como las operaciones con cargo a las líneas de crédito obtenidas por el señor Lucca, formalizadas o efectuadas en las oficinas del Banco en Bolivia, en Panamá, o en Miami.

Mediante Resolución SB N° 131/2006, de 16 de octubre de 2006, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras -actual ASFI-, autorizó la fusión entre el Banco Mercantil S.A y el Banco Santa Cruz S.A., por lo que en el marco de los Artículos 405° y 410° del Código de Comercio, correspondió que el señor Lucca acuda al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por lo que los bienes dados en garantía de las operaciones crediticias se encuentran gravados, en razón a que dichas obligaciones en algunos casos están pendientes de pago.

Las cartas de crédito que se aperturaron en la agencia Miami, tenían constituidas garantías específicas para dichas operaciones, las cuales quedaron extinguidas como consecuencia de la cancelación de la obligación principal, no habiéndose hipotecado sus bienes para la realización de estas operaciones.

Referente a los préstamos de la sucursal Panamá, fueron otorgados con cargo a las líneas de crédito suscritas en Bolivia, las garantías han sido constituidas en Bolivia, por lo que queda desvirtuado que estén gravadas a favor de las agencias o sucursales de Panamá y Miami; los antecedentes de las referidas operaciones se encuentran actualmente en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Con referencia a que no existiría constancia documentada de que los contratos hubieran guardado las formalidades requeridas, la ASFI sólo tiene competencia administrativa para pronunciarse sobre aspectos que se encuentren enmarcados en el ámbito de la Ley N° 1488, no contando con atribuciones para determinar la validez o inexistencia de documentos, siendo competencia de la vía jurisdiccional dilucidarla. En ese sentido se señalan las consideraciones efectuadas por la ex SIFERI, a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/2006, de 19 de diciembre de 2006.

Se evidencia que el señor Lucca conocía, al momento de suscribir los mencionados contratos, las condiciones, los derechos y obligaciones a que se sujetaban las partes.

En cuanto a la alusión de que existiría normativa que no es de conocimiento público, no es correcta porque toda la información se encuentra contenida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

- **Evaluación de los puntos 4 y 5 del recurso de revocatoria.**

El señor Lucca, mediante memoriales de fechas 14 de julio, 2 y 19 de agosto de 2010, solicitó a la ASFI una certificación sobre el Banco Santa Cruz S.A. Miami Agency,

habiendo ASFI atendido dicho requerimiento, en cuyo sentido, corresponde reiterar el contenido del oficio ASFI/DAJ/R-106249/2010, de 14 de octubre de 2010, que señala:

1. Las operaciones efectuadas por el Banco Santa Cruz Miami Agency, estaban bajo los alcances de la Resolución SB N° 082/89, de 27 de noviembre de 1989, emitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y sujeta a las leyes bancarias de su domicilio, debiendo presentar al Organismo de Regulación, estados de situación financiera trimestral y al fin de cada ejercicio anual, el Balance General de gestión consolidado.

2. El Banco voluntariamente decidió concluir sus operaciones de la Sucursal de Miami, habiendo remitido para el efecto, fotocopia simple del Certificado de Cancelación emitido por The Office of Financial Regulation del Estado de Florida, con fecha de cancelación el 4 de diciembre de 2006.

Se establece que fue entregada al señor Lucca, documentación sobre la autorización y las operaciones que realizaba el Banco en sus sucursales de Miami y Panamá, legalmente autorizadas por las Autoridades de Supervisión de Bolivia y los Estados Unidos de América para su funcionamiento.

Corresponde que el recurrente considere lo señalado por el Artículo 79° de la Ley N° 2341, relativo a la Prescripción de Infracciones y Sanciones, precepto desarrollado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006, de 08 de septiembre de 2006. Se menciona además, el contenido de la nota de respuesta ASFI/DDC/R-60126/2012 de 17 de mayo de 2012, ya referida.

- **A los principios de tipicidad y del debido proceso.**

Es pertinente señalar lo establecido en las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 23/2008 de 26 de marzo de 2008 y SG SIREFI RJ/2006 de 25 de mayo de 2006, en cuyo entendido, la ASFI se enmarcó en el principio de tipicidad, por cuanto el señor Lucca citó normativa que en algunos casos no existía al momento de la suscripción de los contratos.

En cuanto a la presunta violación al debido proceso alegado por el recurrente, la autoridad recurrida se remite a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004, de 11 de octubre de 2004, y lo señalado por Dromi en Derecho Administrativo.

- **Al derecho de petición.**

Sobre la presunta vulneración al derecho a la petición, es importante mencionar las consideraciones de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005, de 26 de enero de 2005.

El derecho de petición se constituye en fundamento de protección y de garantía para los administrados, quienes pueden exigir el cumplimiento de garantías,

principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como para asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado y solicitar protección para sus derechos, sea por motivos de interés general o particular. No debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la Administración; tampoco es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario negativamente.

Está enmarcado en el principio de reserva legal que implica que no es absoluto y encuentran siempre sus limitaciones en las leyes que se dicten para reglamentar su ejercicio, es decir, que la limitación de derechos podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central del derecho. Al respecto, se cita el Literal b) del Artículo 1° de la Ley N° 2341.

- **Supuestos incumplimientos e infracciones a la normativa regulatoria.**

Se señala lo establecido en el precedente: Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006, de 08 de septiembre de 2006, referido al instituto de la prescripción, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración. Su fin esencial está ligado con el derecho que del presunto infractor, a que se defina su situación jurídica, pues no puede quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación que violaría su derecho al debido proceso y el interés de la Administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente.

- **Los contratos controvertidos y el principio de verdad material.**

Si bien la ASFI tiene plena competencia para investigar, pronunciarse y, en caso de detectar infracciones a la normativa administrativa, iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio e imponer las sanciones y responsabilidades respectivas, también es cierto que debe basar y sustentar sus actos administrativos en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable, así como en el fundamento correcto que le induzca a tomar la decisión correcta, en cuyo sentido, concluye en que, datando los contratos observados de la década de los años 90, el Banco solicitó varias ampliaciones de plazo para la atención de la documentación solicitada.

En ese sentido, las aseveraciones del recurrente respecto a la demora en la respuesta, hacen al Parágrafo II del Artículo 17° de la Ley N° 2341, aplicable a procedimientos administrativos generales y no a diligencias preliminares previas de investigación, que pueden o no dar lugar al inicio de un procedimiento sancionatorio; respecto a que no se le informó sobre las diligencias, no es evidente toda vez que se le mantuvo informado acerca del estado del trámite como se puede evidenciar en los oficios que le fueron remitidos, así como tuvo conocimiento de los resultados de la inspección porque se le entregó copia legalizada del informe respectivo.

Los contratos observados se encuentran a disposición del señor Lucca en el Banco, con identificación del personero o representante de las Agencias de Panamá y Miami; mediante oficio BMSC/GAL/1640/2011 de 30 de noviembre de 2011, se señala que los reconocimientos de firmas que corresponden a las operaciones del señor Lucca, cumplen con lo establecido por el Artículo 1297° del Código Civil, en consecuencia, el señor Lucca tenía conocimiento pleno de los contratos suscritos por su persona con el Banco, no pudiendo alegar desconocimiento de los mismos.

De acuerdo a la información del oficio BMSC/GAL/1205/2011, de 30 de agosto de 2011, las operaciones del señor Lucca con la agencia Miami (cartas de crédito por US$ 2 1.570,84, por US$ 27.500, por US$ 35.000 y por US$ 49.428,45), evidencian que han sido celebradas conforme los términos estipulados en sus respectivos contratos, los cuales fueron debidamente suscritos por los señores Lucca y Orlando Suarez Guillaux (su fiador), y los representantes de la agencia Miami del Banco, habiendo sido canceladas dentro del plazo de vigencia.

Por otra parte, de acuerdo a lo expresado por el recurrente en su memorial presentado en fecha 13 de abril de 2012, los contratos "no mencionan siquiera al representante legal de la sucursal bancaria ni consta su firma legible en el documento", aspecto que demuestra que el señor Lucca conocía perfectamente sobre el contenido de los contratos.

En busca de la verdad material cuestionada por el recurrente, la ASFI realizó acciones tendientes a comprobar la veracidad de las afirmaciones del señor Lucca, en cuyo sentido y como resultado de la inspección que se practicó al Banco, se emitió el informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, que no determinó incumplimiento a los procesos operativos, ni prácticas abusivas por parte del Banco.

- **Otras consideraciones.**

Las conclusiones expuestas se encuentran consideradas y ratificadas en el Informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, documento que se traduce toda la fundamentación y valoración realizada a la información y documentación proporcionada por el Banco a la Comisión de Inspección de la ASFI, donde se encuentran detalladas las operaciones relacionadas con las líneas de crédito y créditos individuales, desvirtuándose las denuncias efectuadas en lo concerniente a supuestos incumplimientos y prácticas abusivas emergentes de los contratos suscritos por el señor Lucca, los cuales son conocimiento y fueron reconocidos en sus firmas ante la Notario de Fe Púbica N° 10 de la ciudad de Santa Cruz.

El Informe Legal ASFI/DAJ/R-99153/2012, de 13 de agosto de 2012, ha concluido que los argumentos presentados por el señor Lucca Suárez en su recurso de revocatoria, no desvirtúan los criterios y fundamentos de la Resolución ASFI N° 251/2012 de 25 de junio de 2012; por consiguiente, al no haberse identificado procesos operativos irregulares y/o prácticas abusivas por parte del Banco, recomienda confirmar en todas sus partes la referida resolución.

Que, por memorial presentado en fecha 21 de agosto de 2012 y acusando silencio administrativo negativo, el señor Lucca interpuso recurso jerárquico contra la Resolución

Administrativa ASFI N° 251/2012, de 25 de junio de 2012 (que eleva a rango de Resolución Administrativa el oficio ASFI/DDC/R-60126/2012, de 17 de mayo de 2012), con los fundamentos que se han señalado al inicio de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, mediante oficio ASFI/DAJ/R-104286/2012, presentado en fecha 24 de agosto de 2012, la ASFI remitió a conocimiento del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el recurso jerárquico interpuesto por el señor Lucca, con sus antecedentes.

Que, por auto de fecha 29 de agosto de 2012, el señor Viceministro de Política Tributaria, en razón de haberse delegado al señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros *"la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexa"* (Resolución Ministerial N° 276 de 23 de julio de 2009), y a su vez, de haberse delegado al señor Viceministro de Política Tributaria, el ejercicio en los mismos asuntos *"durante la ausencia, vacación o enfermedad del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros"*(Resolución Ministerial N° 560, de 23 de agosto de 2012), admite en su Artículo primero, el recurso jerárquico interpuesto por el señor Lucca, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012 de 25 de junio de 2012.

Que, por el Artículo segundo del mismo auto de fecha 29 de agosto de 2012, notificado en fecha 31 de agosto de 2012, se dispuso se entregue al señor Lucca, copia de la Resolución Administrativa ASFI N° 402/2012 de 14 de agosto de 2012, a efectos se pronuncie sobre la misma en el plazo de diez días.

Que, asimismo, por auto de fecha 29 de agosto de 2012, el señor Viceministro de Política Tributaria dispone se proceda a la notificación del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., con el recurso jerárquico interpuesto en fecha 21 de agosto de 2012, por el señor Lucca, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012 de 25 de junio de 2012, notificación que sucedió en fecha 31 de agosto de 2012.

Que, mediante memorial presentado en fecha 4 de septiembre de 2012, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., a tiempo de acreditar la personería de su apoderado, Dr. Sergio Adolfo Rocha Méndez, en su condición de Gerente de Asuntos Legales, en mérito al Testimonio N° 294/2011, de 17 de noviembre de 2011 otorgado por ante notaria Dra. Lumen Verónica Molina Pascual, solicita la nulidad de los actos administrativos desarrollados, por cuanto, anteriores actuaciones efectuadas, como la Resolución ASFI N° 251/2012, de 25 de junio de 2012 y el recurso de revocatoria de 11 de julio de 2012, no han sido de conocimiento del Banco, al no haberse cumplido con el requisito de su notificación a pesar de la existencia de intereses legítimos, en cumplimiento a los dispuesto por los Artículos 12° y 60° de la Ley N° 2341 y Parágrafo II del Artículo 41° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Que, el mismo memorial -que después recibiría el decreto de "se tiene por presentado" de fecha 08 de octubre de 2012, y que serían notificados en fecha 10 de octubre de 2012- concluye que, la falta de notificaciones señalada constituye una transgresión a los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, al privársele de conocer actuaciones que le interesan y afectan directamente, determinando que las actuaciones estén viciadas de nulidad conforme lo dispone el Literal c) del Artículo 35° de la Ley N° 2341, al resultar incontrovertible la prescindencia del procedimiento legalmente establecido.

Que, por memorial presentado, primero vía facsímile en fecha 04 de septiembre de 2012, y después directamente en fecha 05 de septiembre de 2012, el señor Lucca, a tiempo de presentar queja en contra de los funcionarios del Viceministerio de Política Tributaria, por haberse rehusado a recepcionar un escrito aduciendo que debió estar dirigido al Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, presenta recusaciones en contra del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, Ing. Mario Guillén Suárez, y de la Jefe de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, Dra. Ericka Marisol Balderrama Pérez.

Que, por auto de fecha 13 de septiembre de 2012, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas dispone la separación, para el conocimiento y sustanciación del recurso jerárquico, del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, y de la Jefe de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, designándose al señor Viceministro de Política Tributaria para que asuma las responsabilidades y obligaciones que fueran conferidas al primero en la tramitación del proceso recursivo.

Que, mediante nota interna MEFP/VPSF/URJ N° 078/2012, de 21 de septiembre de 2012, el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros remitió a conocimiento del Viceministerio de Política Tributaria, el recurso jerárquico interpuesto por el señor Lucca, con sus antecedentes, el mismo que fue radicado por auto de fecha 25 de septiembre de 2012, notificado en fecha 26 siguiente al señor Lucca, y en fecha 27 siguiente al Banco.

Que, en fecha 5 de octubre de 2012, conforme fuera señalada en el decreto de fecha 2 de octubre de 2012, en mérito a las solicitudes de fechas 01 de octubre y 4 de septiembre de 2012, se verificó la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme a su registro magnetofónico, a la que asistieron las siguientes personas:

- Por el Banco: Sergio Rocha M. y Juan Pablo Piuelo.
- Por el señor Lucca: Ana María Lucca Arteaga (en mérito al poder N° 298/2012 de 4 de octubre de 2012, otorgado por ante notario Dr. Walter Carrasco Escalante), además de Julio César Paredes y Fernando Gonzalés.

Que, a las solicitudes sobre requerimiento de información y de entrega de documentación legalizada, elevadas ambas por el señor Lucca en fecha 10 de octubre de 2012, se ha dispuesto mediante decretos de fecha 15 de octubre de 2012, notificados en fecha 18 de octubre de 2012, su improcedencia y el deber de remitirse por ante Autoridad competente, respectivamente, por las razones que allí se explican.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica N° 058/2012, pronunciada por el señor Viceministro de Política Tributaria en fecha de 9 de noviembre de 2012 y notificada en fecha 14 siguiente, se resolvió ampliar el plazo para resolver el recurso jerárquico, hasta un máximo de noventa días hábiles administrativos, conforme lo permiten el Parágrafo I del Artículos 67° de la Ley N° 2341, y el Parágrafo I del Artículo 59°, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Que, de la revisión del recurso jerárquico presentado por el señor Lucca, del acto administrativo impugnado, y de los restantes elementos propuestos tanto por el recurrente como por el Banco como legítimo interesado, se llega a las siguientes conclusiones:

1. Silencio Administrativo Negativo.

Exige revisar y compulsar la normativa aplicable al caso con los datos que salen del expediente, teniendo en cuenta que "*Los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados*" (Parágrafo I del Artículo 21° de la Ley N° 2341), y que **el recurso de revocatoria fue interpuesto en fecha 11 de julio de 2012**, entonces el recurso de revocatoria debió merecer resolución en el plazo de 20 (Veinte) días hábiles administrativos siguientes que señala el Artículo 49° del Reglamento, **hasta el 10 de agosto de 2012**, sin embargo, la Resolución Administrativa ASFI N° 402/2012 fue pronunciada recién en fecha **14 de agosto de 2012**, 22 (Veintidós) días hábiles administrativos después de haberse interpuesto el recurso.

El extremo, que hace innecesario ingresar a mayores consideraciones sobre los restantes extremos señalados por el recurrente sobre este acápite, determina la aplicación al caso del Parágrafo II del Artículo 51° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, y que a la letra señala:

"*…II. Si al vencimiento del plazo para pronunciarse sobre el recurso de revocatoria, el Superintendente Sectorial no dicta la resolución correspondiente, este hecho producirá los efectos de resolución confirmatoria total, habilitando el recurso jerárquico. En todo caso opera el silencio administrativo negativo en recurso de revocatoria, bajo responsabilidad del Superintendente Sectorial*…"

Todo lo anterior ha hecho viable la interposición por parte del señor Lucca, del recurso jerárquico de fecha 21 de agosto de 2012 contra la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012, de 25 de junio de 2012, única que él conocía en tal oportunidad, lo que además corresponde en estricto Derecho, dado ser evidente que sobre la Resolución Administrativa N° 402/2012, de 14 de agosto de 2012, pesa el silencio administrativo al que se refiere la norma señalada.

Ahora y conforme se tiene dicho, salvo precisamente el aspecto referido al silencio administrativo, al recurso jerárquico le corresponden los mismos términos de redacción que los del recurso de revocatoria, lo que permite proseguir con la resolución presente sin mayor inconveniente de carácter técnico jurídico, no obstante advertir que, a los efectos de evitar cualquier infracción al debido proceso administrativo, la Resolución Administrativa ASFI N° 402/2012, de 14 de agosto de 2012 sólo es considerada por el suscrito referencialmente en determinados elementos fácticos que constan en el cuaderno de obrados, sin embargo que lo mismo y dada la conclusión que importa el fallo del presente, corresponden ser considerados y evaluados por la ASFI amerita en la debida oportunidad procesal.

2. Vulneración del debido proceso y de la igualdad jurídica.

Según señala el recurrente, no sólo se pidió al regulador que se le notificara con todos los actos y actuaciones administrativas, sino también que se le extiendan fotocopias legalizadas de la documentación de descargo presentada por el Banco, las que no fueron extendidas.

A este respecto, la ASFI habría **informado** al señor Lucca, mediante oficio ASFI/DDC/R-82057 recepcionado en fecha 15 de agosto de 2011, **el inicio de las diligencias preliminares de investigación** contra el Banco, conforme se sugirió en el Informe ASFI/DSR/R-127404/2010.

Adicionalmente, mediante oficio ASFI/DDC/R-109311/2011 recepcionado por el recurrente el 24 de octubre de 2011, **se le informó que la ASFI se encontraba evaluando los antecedentes presentados** por ambas partes (el señor Lucca y **el Banco**) relacionados a los aspectos denunciados, cuyos resultados se harían conocer oportunamente.

Asimismo, **se le entregó** al señor Lucca, mediante oficio ASFI/DDC/R-60126/2012 de 17 de mayo de 2012, fotocopia legalizada del **Informe ASFI/DDC/R-141519/2011 de 30 de diciembre de 2011**, con los resultados de la inspección que la ASFI realizara.

Tal extremo determina que, habiendo evidentemente **el Banco acreditado antecedentes** (no se refiere aquí a informes) que eran objeto de evaluación por parte de la ASFI, no existe constancia de que hubieran sido entregados en copia al señor Lucca, conforme él lo solicitara, al hacer a su derecho "a acceder a la información" (Numeral 6 del Artículo 21° de la Constitución Política del Estado), sin que sobre ello pese limitación alguna, dado que, si bien las operaciones realizadas por las entidades de intermediación financiera están sujetas al secreto bancario y no pueden proporcionarse antecedentes de las mismas, lo mismo no es aplicable al titular de la operación (Artículo 86° de la Ley N° 1488), y el señor Lucca definitivamente era el titular interesado en la serie de contrataciones con el Banco, sobre créditos y líneas de créditos en las que resultaba acreditado o prestatario.

Por tanto, más allá de tratarse de una fase preliminar de investigación que no se caracterice precisamente por contradictorio alguno, es derecho del señor Lucca conocer la generalidad de extremos que hagan a su propio interés como persona, de manera tal que, si el mismo solicitó se le extiendan fotocopias legalizadas de la documentación de descargo presentada por el Banco, en tanto la misma se refiera a sus operaciones para con esa entidad (y resulta obvio que es así), debió de habérsele hecho entrega de tal documentación a los fines que viera él por conveniente, inclusive para atenderle en cualquier observación posterior y emergente que por ello se encuentre amparada en el derecho de petición que señala el Artículo 24° de la Constitución Política del Estado, de 7 de febrero de 2009.

Asimismo, despojados de su carácter procesal, los trámites administrativos en materia financiera, se rigen por lo que al efecto señala el Parágrafo I del Artículo 28° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, de donde resulta que "*son públicos, teniendo derecho el interesado o la persona que la represente legalmente, acceso a la información y antecedentes respectivos… La información, documento, copias legalizadas y duplicados que requieran los interesados se podrán obtener a solicitud escrita… siempre que se refieran a trámites en los que sean directamente interesados*".

No obstante que ello puede no importar necesariamente una infracción al debido proceso administrativo, no se puede presumir la eventual intrascendencia que el uso de las literales solicitadas pudo haber determinado dentro del proceso recursivo, lo que justifica la determinación que sale en el presente fallo.

3. Lesión al procedimiento administrativo y vulneración al derecho de petición.

Según señala el recurrente, la ASFI ha prolongado la realización de las diligencias preliminares de investigación, lo cual contraviene el Parágrafo II del Artículo 17° de la Ley N° 2341, y deriva en la existencia de responsabilidad por la función pública; si la ASFI consideraba que el memorial de 14 de junio de 2011 precisaba de alguna aclaración y/o complementación, debió haberla

solicitado dentro los 5 (Cinco) días de su presentación, según establece el Artículo 43º de la Ley Nº 2341; asimismo, se habría vulnerado también el derecho a la petición, por cuanto la respuesta no fue oportuna.

Por su parte, la entidad recurrida ha referido que en los oficios BMSC/GAL/1010/2011, de 15 de julio de 2011; BMSC/GAL/1062/2011, de 27 de julio de 2011; BMSC/GAL/1558/2011, de 14 de noviembre de 2011, remitidos por el Banco, se solicitaron ampliaciones de plazo para remitir la información requerida, aspectos informados oportunamente al señor Lucca, mediante oficios ASFI/DDC/R-82057/2011, de 10 de agosto de 2011 y ASFI/DDC/R-109311/2011, de 17 de octubre de 2011, ha requerido la información al Banco (31 de octubre de 2011), ha realizado una inspección in situ en su Oficina Central (01 de noviembre de 2011), con el objetivo de contrastar la información que las partes proporcionaron y verificar los puntos reclamados por el señor Lucca, habiéndose emitido el Informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011.

También ha señalado el Regulador que, después de la valoración del informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, se solicitó mediante oficio ASFI/DDC/R-42175/2012, de 9 de abril de 2012, que el señor Lucca identifique la normativa que el Banco habría infringido, respaldado jurídicamente en el Artículo 11º, Parágrafo I del Artículo 39º y Literales d) y e) del Artículo 41º de la Ley Nº 2341, y conforme lo señala la Sentencia Constitucional Nº 1263/2004-R, de 10 de agosto de 2004.

Cabe ahora señalar que, ni la normativa general (Ley Nº 2341) ni la especial (Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175), establecen un plazo de duración máxima a las denominadas diligencias preliminares; por otra parte podría pretenderse subsanar la certidumbre con lo dispuesto por el Parágrafo II Artículo 17º de la Ley Nº 2341 (*"El plazo máximo para dictar la resolución expresa será de seis (6) meses desde la iniciación del procedimiento"*), no obstante, no cumpliría la Administración su finalidad si, sin haber acumulado los suficientes antecedentes que justifiquen una correcta decisión fundada, se forzara un pronunciamiento sancionatorio o uno liberatorio de responsabilidad, cuando como se ha visto, no existe norma que compele a ello, precisamente porque el objetivo de las diligencias preliminares es crear la certidumbre fundada sobre su resultado, dada la trascendencia que ello tiene sobre un eventual proceso sancionador.

Asimismo, se debe hacer hincapié que las diligencias preliminares previstas en el Artículo 81º de la Ley Nº 2341 y el Artículo 65º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 exige que se realicen todas las actuaciones preliminares, con el objeto de formalizar la etapa de iniciación; en ese sentido, debido al alcance de las diligencias preliminares, estas se prolongaron hasta que la ASFI acumuló las actuaciones preliminares necesarias en el presente caso.

4. Infracción al principio de verdad material por inexistencia de investigación.

Señala el recurrente que, la ASFI se limitó a señalar que las normas identificadas no existían a tiempo de haberse suscrito los contratos de préstamo y de cartas de crédito controvertidos, que no ejerció una investigación adecuada al omitir considerar que los mismos no contienen la identificación del representante legal o personero del Banco ni su firma, que el Banco actuó sin la

necesaria e imprescindible buena fe -por diversos aspectos que en el recurso se señalan-, y que la ASFI "olvidó" el Artículo 61° del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el que señala que:

"**Artículo 61° -** Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

No obstante, al presente se infiere que la ASFI emitió el informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, donde se hace notar que no se observó incumplimientos a la normativa prudencial.

Asimismo, entre la documentación original que se encuentra en poder del Banco y que fue objeto de revisión en la inspección realizada, existirían los documentos controvertidos con identificación de los personeros de las agencias del Banco Santa Cruz S.A. en Panamá y Miami, extremo que amerita ser confirmado y evaluado fundadamente por la ASFI, a los fines de la decisión que corresponda, y esto, porque la suscripción de los contratos de líneas de crédito y sus ampliatorios, importaría que tanto el ahora recurrente como sus garantes otorgaron su pleno consentimiento para que los bienes garanticen las obligaciones, así como las operaciones con cargo a las líneas de crédito obtenidas por el señor Lucca, formalizadas o efectuadas en las oficinas del Banco en Bolivia, en Panamá, o en Miami.

Entre otros aspectos, además, las cartas de crédito que se aperturaron en la agencia Miami, tendrían constituidas garantías específicas para dichas operaciones, las cuales quedaron extinguidas como consecuencia de la cancelación de la obligación principal, no habiéndose hipotecado sus bienes para la realización de estas operaciones.

Referente a los préstamos de la sucursal Panamá, otorgados con cargo a las líneas de crédito suscritas en Bolivia, las garantías habrían sido legalmente constituidas en Bolivia, desvirtuando que estén gravadas a favor de las agencias o sucursales de Panamá y Miami.

Asimismo, el señor Lucca habría conocido al momento de suscribir los mencionados contratos, las condiciones, los derechos y obligaciones a que se sujetaban las partes.

Con respecto a la mención del Artículo 61° del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se infiere que el recurrente intenta hacer valer su pretensión de que suceda un proceso sancionador, no obstante y hasta el momento, no existe constancia de que la ASFI hubiera encontrado materia para ello, por lo que en líneas generales, no resulta atendible.

5. Inexistencia de resolución al reclamo específico.

El recurrente aqueja que la ASFI no ha resuelto el reclamo específico y se ha limitado a señalar que "dichos aspectos fueron aclarados a través de los oficios ASFI/DAJ/R-81717/2010 y ASFI/DAJ/R-106249/2010".

No obstante, existiendo constancia de la existencia de ambos oficios como que los mismos fueron dirigidos y remitidos al señor Lucca, corresponde que el tratamiento de los mismos se los haga en las oportunidades procesales que tal correspondencia importa, no encontrándose al presente ninguna motivación jurídica para un distinto proceder.

6. Inconsistencia con la recomendación de un informe.

El Informe ASFI/DDC/R-141519/2011, de 30 de diciembre de 2011, recomendó que se emitiera una nota al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. para que se haga entrega de copias legalizadas de contratos que no se proporcionaron, actuación hasta la fecha incumplida.

El precitado oficio ASFI/DAJ/R-106249/2010, de 14 de octubre de 2010, atendiendo a una solicitud del señor Lucca, certifica que las operaciones efectuadas por el Banco Santa Cruz Miami Agency, estaban bajo los alcances de la Resolución SB N° 082/89, de 27 de noviembre de 1989, emitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y sujeta a las leyes bancarias de su domicilio, debiendo presentar al Organismo de Regulación, estados de situación financiera trimestral y al fin de cada ejercicio anual, el Balance General de gestión consolidado.

Se certificó además, que el Banco voluntariamente decidió concluir sus operaciones de la Sucursal de Miami, habiendo remitido para el efecto, fotocopia simple del Certificado de Cancelación emitido por The Office of Financial Regulation del Estado de Florida, con fecha de cancelación el 4 de diciembre de 2006.

Con ello, se establece que fue entregada al señor Lucca, documentación sobre la autorización y las operaciones que realizaba el Banco en sus sucursales de Miami y Panamá, legalmente autorizadas por las Autoridades de Supervisión de Bolivia y los Estados Unidos de América para su funcionamiento.

Al presente, corresponde recordar al recurrente que, por imperio del Parágrafo II del Artículo 48° de la Ley N ° 2341, "*los informes serán facultativos y no obligarán a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos*".

7. Nulidad de los actos administrativos desarrollados.

A tiempo de su apersonamiento (memorial presentado en fecha 4 de septiembre de 2012), el Banco reclamó que anteriores actuaciones efectuadas, como la Resolución ASFI N° 251/2012, de 25 de junio de 2012 y el recurso de revocatoria de 11 de julio de 2012, no han sido de su conocimiento, al no haberse cumplido con el requisito de su notificación a pesar de la existencia de intereses legítimos, mencionado para ello los Artículos 12° y 60° de la Ley N° 2341y Parágrafo II del Artículo 41° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

El deber de la Administración Pública consiste en la notificación de "todas las resoluciones y actos administrativos" (Parágrafo I del Artículo 33° de la Ley N° 2341), actuados que tienen su trascendencia propia en materia administrativa (Artículos 27°, 28° y 29° de la Ley N° 2341), por tanto, la notificación no tiene un alcance tan amplio como el que sugiere el Banco; no

obstante, el sentido de los Artículos 60º de la Ley Nº 2341 y Parágrafo II del Artículo 41º del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, es inequívoco: resultando obvio que con la impugnación contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 251/2012, de 25 de junio de 2012 se involucraban derechos del Banco (dado que se solicitaba se lo sancione), correspondía su notificación a los fines de determinar su interés sobre tal impugnación, extremo que no fue cumplido por la ASFI.

Este criterio ha sido expuesto por la jurisprudencia administrativa, mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2007, de 25 de enero de 2007, emitida por la entonces Superintendencia General del SIREFI y por esta Cartera de Estado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2009, de 30 de noviembre de 2009.

La amplia doctrina administrativa concuerda en que el concepto de tercero interesado son aquellos cuyos derechos pueden ser afectados por las resoluciones administrativas, las cuales deben ser comunicadas mediante la notificación correspondiente (MORÓN URBINA, Juan Carlos, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, GUZMÁN NAPURÍ, Christian, GORDILLO, Agustín, Etc.).

Adicionalmente la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en sentido que, los terceros interesados deben ser citados o notificados a los fines que puedan ejercer su derecho a la defensa (Sentencia Constitucional Nª 1351/2003-R, de 16 de septiembre de 2003).

Queja por la no recepción de un escrito.

Por memorial de fecha 4 de septiembre de 2012, el señor Lucca presenta queja en contra de los funcionarios del Viceministerio de Política Tributaria, por haberse rehusado a recepcionar un escrito aduciendo que debió estar dirigido al Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros.

En el contexto señalado, debe aclararse que si bien el auto de admisión de 29 de agosto de 2012 ha sido pronunciado por el señor Viceministro de Política Tributaria, en aquella oportunidad ello obedecía a haber asumido la competencia sobre el caso temporalmente, mas no porque el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros hubiera sido apartado del caso por excusa (como después sucedió, conforme consta en el auto de 13 de septiembre de 2012), por lo que a 29 de agosto de 2012, el caso de autos era sustanciado en el estado procela que le correspondía, por ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros (del que era titular temporal el señor Viceministro de Política Tributaria por ausencia de su titular) correspondiendo que los escritos sean presentados en el mismo; valga la aclaración.

Que, de conformidad al Artículo 44º de la Ley Nº 2341, corresponde anular el procedimiento administrativo hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en uso de las facultades conferidas por el Artículo 37º, del Decreto Supremo Nº 0071, de 9 de abril de 2009, que crea las Autoridades de Fiscalización y Control Social;

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ANULAR el procedimiento hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012, de 25 de junio de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), debiendo pronunciarse una nueva resolución con observancia a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO: Se llama la atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero por haber omitido pronunciarse en la oportunidad debida, al recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012, de 25 de junio de 2012, habiendo dado lugar al silencio administrativo al que se refiere la norma y que ha sido mencionado en la presente.

Regístrese, notifíquese y cúmplase.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 583-2012 DE 02 DE AGOSTO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 079/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 079/2012

La Paz, 28 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 583-2012 de 2 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 049/2012 de 23 de noviembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 150/2012 de 04 de diciembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 23 de agosto de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 583-2012 de 2 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, en fecha 28 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 583-2012 de 2 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 30 de agosto de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que fue notificado el 31 de agosto de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2012 DE 6 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2012 de 6 de junio de 2012, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011* ***inclusive****, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*"

2. ANTECEDENTES.-

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros resuelve:

> "…***PRIMERO.- SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con una multa de 2.000 UFV's (Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, un ejemplar del texto de las Cláusulas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para archivo.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*
>
> ***TERCERO.- LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A*** *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía debiendo remitirse a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre, luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio…*"

Por memorial de fecha 23 de diciembre de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, y que ha de merecer la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 021-2012 de 13 de enero de 2012, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma totalmente la primera.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032/2012 de 6 de junio de 2012, por la que anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, con los siguientes fundamentos:

"…*2.* ***ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-***

Conforme consta del Recurso Jerárquico, ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA*** *pretende se revoque la sanción para ella establecida en el artículo primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 427-2011 de 17 de noviembre de 2011 -multa de dos mil Unidades de Fomento a la Vivienda- y en su lugar se le aplique la sanción de amonestación, por cuanto en su entender:*

> *"…la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN* ***SE HAYA JUZGADO****, por ello es que fuera de las diferencias semánticas LO IMPORTANTE ES QUE SE RESPETEN LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS dentro del ámbito jurídico aplicable, y en ese sentido aplicando una simple lógica jurídica, COMO PUEDE LA APS HABLAR DE REITERACIÓN Y DE REINCIDENCIA si no se han juzgado o procesado los casos?*
> *Es decir que la APS estaría vulnerando garantías constitucionales al presumir que hay reiteración o reincidencia y NO SE HAYA ESCUCHADO NI PERMITIDO DESCARGARSE AL ADMINISTRADO.*
> *(…) al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.*

(…) se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes (sic, debió decir "agravantes") tendría que ser sancionada con una amonestación…"

2.1. La Reiteración de las infracciones en el Sector de Seguros.-

En los argumentos que hacen al Recurso Jerárquico, la pretensión expresada en la misma tiene su origen en la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones expresada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012 (ahora recurrida), en sentido que:

"…este Órgano de Fiscalización estableció que el retraso en el cumplimiento del plazo no constituyó consecuencias que pudieran merecer gravedad y que tampoco se verificó daño o perjuicio a la entidad aseguradora ni a terceros, ***no obstante la conducta de la Recurrente ha sido reiterativa por cuanto ha merecido en varias oportunidades imputación de cargos por infracciones similares****..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

A este respecto, la recurrente señala:

"…no existen casos anteriores que hayan sido ***sancionados*** *por el regulador contra nuestra compañía de seguros (negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Solamente la APS menciona que hubieron varias oportunidades (no dice ni aclara cuantas) por "...imputación de cargos por infracciones similares.", es decir es un reconocimiento que hubieron imputación (sic) de cargos (acto administrativo que como es de pleno y común conocimiento jurídico no tiene efectos legales ni causan estado en sede administrativa).

(…) Según la APS es necesario hacer una distinción entre lo que doctrinalmente se entiende por reiteración y reincidencia, conceptos que están inmersos en el Artículo 19 de la Resolución IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, de manera genérica como agravantes de responsabilidad, no tienen igual significado y sus efectos son completamente distintos.

(…) lo que bajo ninguna circunstancia demuestra la APS es que lo que esa institución interpreta se encuentre reflejado en el Artículo 19 citado.

En el presente caso, no se trata de interpretar o encontrar el significado de las palabras "reincidencia" y "reiteración", ya que basta remitirnos a los diccionarios y doctrina para encontrar dichos significados y son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia y reiteración, pero todas nos muestran que la APS se encuentra en un error.

(…) la REINCIDENCIA y la REITERACIÓN se diferencian porque en la primera la conducta delictiva se repite y se vuelve a condenar al reo por un delito análogo (se condena por robo y el reo vuelve a cometer robo), en cambio en la reiteración la conducta no es análoga sino que difiere (se condena al reo por robo y luego comete otro delito como por ejemplo estafa). Pero LO MAS IMPORTANTE EN AMBOS CONCEPTOS ES QUE EL DELITO SEA POR REINCIDENCIA O REITERACIÓN ***SE HAYA JUZGADO****,…"*

En principio, tanto en las posiciones de la recurrente y de la recurrida, empero fundamentalmente en el criterio establecido por el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado por el artículo segundo de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, los significados de Reiteración y Reincidencia no son los mismos, extremo claro en el uso de la conjunción "y" que sale del nomen iuris (Reiteración y Reincidencia) del artículo 19° del precitado Reglamento.

Por pertinente, se deja constancia que la Autoridad Jerárquica, en las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, ha sentado precedentes que hacen a la diversa consideración de las figuras de la Reiteración y la Reincidencia, conforme a la transcripción siguiente de parte pertinente de la segunda resolución nombrada:

"… este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 ya se habría pronunciado sobre la reiteración y reincidencia señalando lo siguiente:

"…Según el Diccionario de sinónimos y antónimos © 2005 Espasa-Calpe REITERACIÓN es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: REINCIDENCIA, repetición, insistencia, ratificación, redundancia, recaída y reproducción.

Según lo transcrito, debiera considerarse que reiteración y reincidencia comparten una misma acepción.

Sin embargo, a efectos de adquirir una cabal comprensión sobre estos términos, se hace necesario ahondar en el tema acudiendo al auxilio de la doctrina, sobre los criterios de graduación, y así determinar la legalidad de la aplicación de la sanción y las agravantes impuestas a la conducta del regulado.

Desde la comprobación de los hechos que constituyen el ilícito administrativo hasta la imposición de una sanción concreta existen determinadas etapas. Como dice Nieto García (Derecho Administrativo Sancionador, 4ª ed. Tecnos Madrid 2005, p. 317) "La Administración, en efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias, ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de te actuación en un tipo

normativo de infracción, b) Subsunción del tipo en una clase de infracción, c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase. Estas fases, son la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación", interesando al tema de análisis los dos últimos.

Siguiendo a Juan Manuel Sánchez-Terán (Los Criterios de Graduación, Ed. Lex Nova S.A. Valladolid 2007, p. 322) "...existe una serie de instituciones que se caracterizan por constituir la reacción especifica del ordenamiento jurídico frente a unas situaciones en que ha fracasado la finalidad preventiva y represiva ordinaria de las sanciones, por lo que se precisa un especial agravamiento de las que se impongan a fin de que el cumplimiento de la norma no sea vulnerado.

La reincidencia, tiene su origen en el Derecho Penal, y figura en todos los Códigos Penales como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, pasando al Derecho Administrativo Sancionador con el mismo sentido respecto a la responsabilidad administrativa.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito, siempre que sea de la misma naturaleza.

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

i. La concurrencia con otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable.

ii. La necesidad de que la previa Resolución Sancionatoria haya alcanzado firmeza en sede administrativa.

Es claro que, de no coexistir ambas condiciones no es posible, jurídicamente, predicar la reincidencia de una infracción en el orden administrativo.

A diferencia de la reiteración que se analizará en este apartado, la reincidencia no ha sido recogida, con dicho denominativo, en la economía jurídica administrativa ni regulatoria nacional por lo que no cuenta con una definición propia.

Continuando con Juan Manuel Sánchez-Terán, "La Reiteración, se limita a calificar como elemento agravante de la conducta infractora la "reiteración en las conductas prohibidas", siendo necesario para otorgar relevancia jurídica a tal reiteración que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme".

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

La reiteración de conductas prohibidas en la ley y normas conexa (Infracciones de la misma o distinta naturaleza)

La existencia de resolución administrativa firme de hechos sancionados con anterioridad a la comisión de la nueva Infracción.

Puede apreciarse de lo analizado que, ***la diferencia existente entre ambos institutos es bastante sutil, aunque el fin de ambas es servir de agravante a las conductas infractoras*** *(…)"*

Queda claro entonces, que ***tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración aludida por el órgano de regulación, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa Juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso que debe tomarse ineludiblemente en cuenta****…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

La diferencia sutil a la que se hace referencia, determina las figuras de la Reiteración y la Reincidencia no tengan la misma trascendencia en materia administrativa que en materia penal.

Para concluir en ello, basta con la lectura íntegra del artículo 19º del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 602, conforme la transcripción íntegra siguiente:

"…Artículo 19.- (Reiteración y Reincidencia)

La reiteración de cualquier hecho o la reincidencia en hechos, actos u omisiones sancionables, conllevará el agravamiento de la sanción, de acuerdo a lo siguiente:

a) La reincidencia en un hecho, acto u omisión sancionable en un período no mayor a ciento ochenta (180) días, será considerada como de primer grado.

b) La reincidencia en un hecho, acto u omisión sancionable en un período entre ciento ochenta y uno (181) días y trescientos sesenta y cinco (365) días, será considerada como de segundo grado.

c) La reincidencia de un hecho, acto u omisión sancionable en un período mayor a trescientos sesenta y cinco (365) días no será considerada como tal.

El primer grado de reiteración o reincidencia conllevará la aplicación inmediata de una sanción mayor.

El segundo grado de reiteración o reincidencia conllevará la aplicación inmediata del siguiente grado dentro de la misma sanción, hasta que los grados se agoten. Una vez agotados estos se aplicará una sanción mayor.

A estos efectos, los días serán contados desde la fecha de la última ocurrencia del hecho o de la comisión del acto u omisión. Si esa fecha no pudiera ser determinada o ser determinable por cualquier causa, los días se contarán a partir de la fecha en la cual la Superintendencia comunicó o notificó el hecho, acto u omisión.

En todos los casos anteriores las infracciones deberán ser subsanables…"

*Resultando que en el Sector de Seguros, materia especial como es, **el tratamiento de tales figuras es idéntico**, mientras que en el concepto penal -como el expresado por Cabanellas-, la reiteración "ofrece gravedad menor que cuando se tratare de delitos similares", entonces menor que la reincidencia dado que ésta determina "la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad".*

Tal diferencia se justifica en que, la imposición de una sanción en materia penal, tiene por objeto "la educación, habilitación e inserción social de los condenados" (Art. 118º, Par. III, Constitución Política del Estado), es decir, a que los sancionados no reincidan en la comisión del delito, mientras que el régimen sancionador del sector de Seguros "tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente" (Art. 8º del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros), o al menos "...la acción correctiva que está (la sanción) conlleva para que se corrija, enmiende o subsane la situación antijurídica, fuera de la finalidad disciplinaria o sancionadora propiamente dicha…" (Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 62/2007 de 4 de julio de 2007 y SG SIREFI RJ 50/2005 de 8 de diciembre de 2005).

*En tal sentido, el criterio sobre reiteración no trasciende de igual forma en la materia penal que en la administrativa (concretamente en el Sector de Seguros) por cuanto si en esta última se manifestara "en volver a delinquir, pero en especie distinta" como dice Cabanellas, entonces cualquier nueva infracción administrativa, sea cual fuere, de un operador de seguros sancionado con anterioridad, daría lugar a la presunción automática y **juris et de jure**, de la existencia de agravante, lo que bien puede resultar práctico en los casos de delitos, pero que en materia administrativa, al no ser su objetivo "la educación, habilitación e inserción" de los administrados, es inadmisible.*

*No obstante que ello obliga a rescatar el espíritu de la norma y consiguientemente, a la lectura de la palabra Reiteración, conforme sale del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, sin atribuirle un criterio técnico estricto sino en su sentido más coloquial (este es "Acción y efecto de reiterar -entonces- Volver a decir o hacer algo" - Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), lo mismo no importa despojarle del presupuesto procesal requerido de "autoridad y eficacia… cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla" (Couture en sus Fundamentos al referirse a la cosa juzgada) que debe caracterizarle, por cuanto "ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un **debido proceso**" (Art. 117º, Par. I, Constitución Política del Estado; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Así expuesto, corresponde dar razón a la recurrente cuando refiere la aplicabilidad del Derecho a la Defensa como a la garantía del Debido Proceso Administrativo, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004:

> *"Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16 (corresponde al artículo 117 de la Constitución vigente) consagra* ***que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal****, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio de la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos.*
>
> *El citado Articulo 16 parágrafo III. de la Constitución Política del Estado expresa que: "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal..." garantía que consiste en que toda persona que sea acusada de haber cometido falta o contravención tiene* ***derecho a ser procesado previamente a la aplicación de cualquier pena o condena****.*
>
> *El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Al respecto, la Constitución Política del Estado señala que:

> *"…Artículo 116. I.* ***Se garantiza la presunción de inocencia****. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado (…)*
>
> *Artículo 117. I.* ***Ninguna persona puede ser condenada*** *sin haber sido oída y* ***juzgada previamente en un debido proceso****. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente* ***en sentencia ejecutoriada****…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Asimismo, la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, establece que:

"…Artículo 71° (Principios Sancionadores)

***Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas**, **estarán inspiradas en los principios de legalidad**, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.*

Artículo 72° (Principio de Legalidad)

***Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas** cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, **conforme al procedimiento establecido en la presente Ley** y disposiciones reglamentarias aplicables (…)*

Artículo 74° (Principio de Presunción de Inocencia)

*En concordancia con la prescripción constitucional, **se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo**…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Y es que, como lo refieren Castells y Crotti (en su comentario a la obra de Abelardo Latorre Introducción al Derecho):

"…Todo hombre es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad y sea condenado por un tribunal legal, después de un juicio imparcial, justo y en el que se observen todas las garantías preestablecidas. Una pena, como señala A. Latorre, no puede imponerse más que a consecuencia de un proceso debidamente sustanciado: nulla poena sine iudicio…"

Ampliando el criterio, Calvo Suárez en Presunción de Inocencia, señala:

"…La presunción de inocencia es un principio de orden constitucional, y por lo tanto, integral al conjunto de garantías que gozan todos los habitantes de la Nación.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

*De la Constitución Nacional surge que **no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena** (…)*

Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculpado durante el proceso penal es en principio considerado inocente (…)

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. ***Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable*** *(…)*

La garantía es ***a "ser tratado como inocente"****, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.*

El imputado goza durante el proceso de la situación jurídica de un inocente. Así es un ***principio de derecho natural aquel que indica que nadie puede ser penado sin que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente****. Ahora bien, a este principio corresponde agregar lo que en realidad constituye su corolario natural, esto es, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa que* ***todo imputado debe ser considerado como inocente*** *(para nosotros debe decirse no culpable hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario).*

La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado "como un sujeto de una relación jurídico procesal"*, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con el rótulo de inocente al cual se lo nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar (…)*

Es claro que para el Derecho Procesal Penal es necesario, y así lo exige la exigencia de una sentencia condenatoria con la consecuente aplicación de una pena, para que esta presunción se desvanezca. ***Para el Juez la duda y/o probabilidad impiden la condena, y acarrea la absolución*** *(…)*

El imputado es sólo eso, un sospechoso, el sujeto pasivo del proceso y únicamente la prueba puede definir su situación. Así es ***como la presunción de inocencia se afirma claramente en el momento de la decisión, ya que la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente*** *(…)*

Por lo tanto ***durante el curso del procedimiento el imputado no puede ser tratado como un sujeto culpable****" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Ahora bien; el fundamento fáctico de la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 021-2012 de 13 de enero de 2012, está referido a la existencia de "3

imputaciones de cargos por idénticas infracciones" con respecto a las cuales, el Ente Regulador determina en la sancionada -ahora recurrente- una conducta reiterativa, que a su entender justifica una agravación de la sanción, al señalar que:

> *"…no es necesario, como de manera errada interpreta la entidad recurrente "que para que concurra la reiteración deba de manera previa existir un procedimiento sancionador que haya concluido con una Resolución en sede administrativa definitiva y final", correspondiendo simplemente al órgano administrativo demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades, tal cual lo manifestó en la Resolución Administrativa que hoy se impugna, cuando en el inciso e) de la página 4, expresa de manera textual que: "Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011 y, APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011 la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones".*

Sin embargo de la valedera justificación doctrinal que realiza la resolución recurrida en la diferenciación de las figuras de la Reiteración y de la Reincidencia, debe quedar claro que no se encuentra en tela de juicio si para que concurra la primera de ellas, corresponde "simplemente… demostrar que la conducta infractora se ha repetido en dos o más oportunidades" sino que no obstante ello, en tanto no exista una Resolución Administrativa firme y definitiva, que no admita recurso de impugnación en contrario, la decisión de la misma no puede constituir una verdad jurídica que pueda servir de base para la imposición de una agravante, toda vez que como se ha dicho, "la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente".

En cuanto a la duda, en materia administrativa se considere en cuanto hubiere lugar, el principio in dubio pro administrado, definido por la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza -República Argentina- en una sentencia de 19 de agosto de 1988, como aquel que "crea una presunción de inocencia en favor del administrado. En consecuencia, las sospechas que se tengan a su respecto deben ser suficientemente graves y concordantes como para destruir la duda y hacer pasible al administrado de una sanción".

Para el caso de Autos, la entidad recurrida ha señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 427-2011 de 17 de noviembre de 2011, que:

> *"…c) Se evidenció que la conducta omisiva de la Aseguradora se agrava por la reiteración, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, toda vez que se demuestra que mediante CITES: APS/DJ/DS/1710/2011 de 11 de julio de 2011, APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, APS/DJ/DS/4673 de 11 de*

noviembre de 2011, la Entidad fue notificada con cargos por idénticas infracciones…"

Con respecto a las mismas se ha pronunciado la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012 de 13 de enero de 2012, cuando señala que:

"…este Órgano Fiscalizador haciendo uso de la discrecionalidad reglada para la graduación de la sanción, impuso una multa en primer grado de 2000UFV's, por considerar, precisamente, lo dispuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005, citada por la recurrente, que menciona que: (…) en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios de graduación, Además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) existencia de intencionalidad, dolo culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión (…)".

Que en dicho sentido se advirtió que la Aseguradora al contravenir la instrucción del Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada, además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica transcrita ut supra…"

El informe contenido en la nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012 -supra transcrita-, permite establecer los siguientes extremos sobre las precitadas 3 imputaciones que sirven de fundamento a la sanción:

- *<u>Primera imputación</u>: la nota APS/DJ/DS/4673/2011 de 11 de noviembre de 2011 derivó en la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/506-2011 de 21 de diciembre de 2011, que al no haber merecido recurso de impugnación alguno, determina que la misma sea definitiva, por hacer a un procedimiento concluido en los términos del artículo 35º, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

  No obstante, tal inamovilidad jurídica, fue adquirida recién en fecha 3 de marzo de 2012, cuando se vencieron los 15 (quince) días para recurrir contra la misma, conforme lo dispone el artículo 48º de la misma norma, de manera tal que sólo pudo constituirse válidamente en antecedente de reiteración o reincidencia desde tal fecha, y no antes, en fecha 10 de noviembre, cuando se pronunció la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 427/2011.

A este respecto, resulta ilustrativo lo determinado en la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006, cuando establece que:

"…si bien (…) fue sancionada anteriormente por una infracción similar, de acuerdo a los antecedentes que cursan en la jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del SIREFI, los hechos que originaron el presente procedimiento se suscitaron en forma anterior a la sanción aplicada por la SPVS en el caso similar, por lo que ***no existe reincidencia****… la sanción debe responder a un criterio de proporcionalidad de acuerdo a los antecedentes…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

- *Segunda imputación: la nota APS/DJ/DS/3992/2011 de 14 de octubre de 2011 derivó -a su turno y dentro del procedimiento administrativo sancionador- en la Resolución Administrativa (sancionatoria) APS/DJ/DS/427-2011 de 17 de noviembre de 2011 y en la Resolución Administrativa (de Recurso de Revocatoria) APS/DJ/DS/N° 021-2012 de 13 de enero de 2012; tales actuados corresponden al propio caso de autos, conforme se evidencia de la revisión de fojas 46, 57 y 76 del expediente, el mismo que en estado de Recurso Jerárquico, se resuelve por la presente Resolución Ministerial Jerárquica, determinando que* ***el ente regulador, para efectos de considerar la reiteración en la conducta sancionada, ha considerado como justificativo del agravamiento LA MISMA INFRACCIÓN que está sancionando, cual si fuera una reiteración.***

- *Tercera imputación: la nota APS/DJ/DS/4154/2011 de 19 de octubre de 2011, derivó -a su turno y dentro del procedimiento administrativo sancionador- en la Resolución Administrativa (sancionatoria) APS/DJ/DS/N° 428-2011 de 17 de noviembre de 2011 y en la Resolución Administrativa (de Recurso de Revocatoria) APS/DJ/DS/N0 008-2012 de 10 de enero de 2012.*

  A este respecto, el informe contenido en la nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012, es claro cuando señala que la última resolución nombrada (APS/DJ/DS/N0 008-2012) se encuentra "actualmente en Recurso Jerárquico desde el 30 de enero de 2012", determinando en definitiva, no hubiera constituido cosa juzgada administrativa a la fecha de la sanción - 17 de noviembre de 2011- de manera tal que no pudo constituir antecedentes imprescindible para determinar una reiteración, conforme lo ha señalado el ente regulador en la resolución recurrida.

Consiguientemente, sí ha existido por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en el caso de autos, infracción al derecho constitucional de presunción de inocencia, como a los principios de proporcionalidad y verdad material, por cuanto los antecedentes que han sido considerados como agravantes a tiempo de la sanción, no constituían verdades jurídicas o materiales susceptibles de ser tenidas en cuenta en tal calidad, e inclusive en uno de los casos , el órgano

regulador ha utilizado el propio proceso -entonces tampoco con resolución ejecutoriada- como precedente para su resolución, desvirtuando la naturaleza y finalidad del agravante, por cuanto "…no puede existir reincidencia dentro de un único y solo proceso, sino que necesariamente debe existir un proceso anterior por el cual se hubiera sancionado al recurrente por el mismo incumplimiento…" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2009 de 6 de febrero de 2009).

En cuanto al fundamento del agravamiento por la negligencia señalada en la resolución recurrida, es pertinente dejar constancia que el ente regulador hace depender tal negligencia de la reiteración, cuando en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 021-2012, señala que:

> *"…la Aseguradora al contravenir la instrucción del Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, no actuó precisamente con diligencia pues de haberlo hecho no habría sido sancionada,* ***además de existir 3 imputaciones de cargos por idénticas infracciones, con lo que se materializaron los incisos a) y c) de la Resolución Jerárquica****…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*La última referencia hace referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/38/2005 de 15 de septiembre de 2005, que establece que "en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios de graduación…****a)*** *existencia de intencionalidad, dolo culpa,* ***negligencia****, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por tanto, si en Derecho lo accesorio sigue la suerte de lo principal, entonces el criterio sobre negligencia establecido por el ente recurrido es también inaplicable de la forma en que ha sido considerado por el mismo.

Por último, es pertinente establecer que aquello que ha señalado el ente regulador en su nota APS/DJ/DS/3632/2012 de 17 de mayo de 2012, en sentido que:

> *"…debido a un lapsus calamis, ambas Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 021-2012 y APS/DJ/DS/Nº 008-2012 de 13 y 10 de enero de 2012 respectivamente, citan de manera errada la Nota de Cargos APS/DJ/DS/1710 de 11 de julio de 2011, misma que solicitamos no sea considerada…"*

No amerita mayor consideración, toda vez que al no encontrarse tampoco entre los extremos señalados como agravios y al no haber dependido las actividades de ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA*** *dentro del procedimiento sancionador, el ejercicio de sus derechos no ha sido perjudicado por del dato ahora corregido por la recurrida, importando la ocurrencia de la convalidación señalada por el artículo 37º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo)…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 448-2012 DE 26 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"…***PRIMERO.- SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *con la multa de Un Mil Quinientos 00/100 UFV's (1.500 Unidades de Fomento a la Vivienda), por contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber presentado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos instruidos en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de julio de 2011, un ejemplar del texto de las cláusulas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para su archivo.*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*

CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía debiendo remitirse a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre, luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio.*

QUINTO.- *En cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2012 de 6 de junio de 2012, se instruye a la Dirección Administrativa Financiera de la APS, proceder a la devolución de la suma en Bolivianos equivalente a Dos Mil UFV´s a* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A,*** *que en fecha 23 de diciembre de 2012, esta aseguradora depositó como acredita el Comprobante de Tesorería Nro. Mov.: 874286, Código 0865B…*"

Tales determinaciones están fundamentadas en los extremos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que siendo derecho de la regulada, obtener una decisión fundada, a continuación se pasa a examinar el argumento de mayor relevancia expuesto por la Entidad Aseguradora, no para enervar el cargo que fue expresamente reconocido, sino con el objeto de establecer la existencia de posibles atenuantes de responsabilidad.

La recurrente alega que: ***"el retraso en el cumplimiento del plazo establecido en la Resolución Administrativa en cuestión, no ha constituido consecuencias que pudieran***

merecer gravedad alguna y menos ha ocasionado perjuicio o daño alguno".

Que si bien es cierto que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco este Órgano de Fiscalización ha verificado perjuicio o daño a la entidad aseguradora o a terceros, no es menos cierto que toda contravención a instrucciones emanadas por el Regulador conlleva incita la sanción, como consecuencia jurídica de carácter administrativo; sin embargo y toda vez que los presupuestos del ilícito administrativo deben ser claramente identificados en sus aspectos racional, objetivo e igualitario, para dotar al regulado de las debidas garantías, a continuación se pasa a modular la sanción considerando los elementos atenuantes de la conducta infractora; en cuyo sentido se determina que:

a) *El incumplimiento se encuentra tipificado:*

- *En cuanto a la conducta, por el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*
- *En cuanto a la sanción, por el inciso a), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como* ***infracciones leves****, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo".*

b) *La infracción se encuentra plenamente demostrada e inclusive reconocida por el infractor.*

Que en cuanto a los elementos atenuantes invocados por la Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, únicamente puede considerarse la falta de daño a la entidad y a terceros.

Que en la anterior descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración, la modulación y determinación del monto, de manera que aunque existan atenuantes, la sanción impuesta tampoco constituya escarnio a la justicia…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 24 de julio de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 448-2012 de 26 de junio de 2012, a cuyo efecto expresa los alegatos siguientes:

"…***II. ANTECEDENTES***

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ No. 448/2012 de 26 de junio de 2012 (RA 448/12), se constituye en el Acto Administrativo impugnado, puesto que esta

resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo sancionador, tal como pasamos a demostrar a continuación:

1. La RA 448/12 establece que no se habría presentado la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) dentro de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No. 071-2011 de 15 de junio de 2011, un ejemplar del texto de las cláusulas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para archivo.

2. Nuestra compañía, consciente como es de los problemas operativos que a veces se presentan, admitió y lamentó ese retraso, no obstante oportunamente hizo conocer que el retraso en cuestión, bajo ninguna circunstancia constituyó un elemento que permita apreciar gravedad alguna y menos aún ocasionó perjuicio.

3. En la RA 448/12 ese respetable órgano de fiscalización y control reconoce que el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco se ha verificado daño o perjuicio a la entidad aseguradora o a terceros.

4. En consecuencia, al tratarse de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir, las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño. Estas infracciones pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas.

5. En ese marco, se entiende que cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones, la amonestación o la multa, por lo que haciendo un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada como una amonestación.

6. La amonestación también tendría que ser modulada en función al alcance de la infracción, ya que de acuerdo al Reglamento de sanciones vigente del regulador, incluso la amonestación tendría que se (sic) *modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestación.*

7. Uno de los principios aplicables a los procedimientos sancionatorios es la proporcionalidad, principio que impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

8. El principio de proporcionalidad en materia sancionadora, implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, cuestión que se debe resolver en cada caso, de acuerdo al grado de culpabilidad del regulado o administrado, debiendo observarse que el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

9. El Principio de razonabilidad que se extrae alude a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas que el acto involucra y la finalidad que el mismo persigue, y constituye uno de los límites del obrar discrecional, operando así como medio de interdicción de la arbitrariedad en el obrar de la Administración Pública.

No cabe duda que es difícil definir, o siquiera conceptuar, qué es lo razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión es sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. Es decir la apreciación subjetiva debe estar fundada en hechos y normas. Cuando la sanción no guarda proporcionalidad con la falta cometida, se trata de un exceso de punición. Se da cuando se evalúan incorrectamente los atenuantes y/o agravantes existentes, de modo que hubiese correspondido una sanción menor.

10. La resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido además que "…en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión.

11. En el presente caso, reiteramos que la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, toda vez que al contrario tiene todos los atenuantes para establecer que una amonestación correspondería con mayor precisión al presente caso.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38 y 48 del Decreto Supremo Nº 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. ***Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo Nº 27113.***

2. ***Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 448 de 26 de junio de 2012, y fallando nuevamente en derecho, se nos imponga la sanción de amonestación en estricto lineamiento legal****…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 583-2012 DE 2 DE AGOSTO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 583-2012 de 2 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "***CONFIRMAR*** *la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012 en todas sus partes*", en base a los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

*Que **ab initio**, es necesario efectuar algunas digresiones en torno a conceptos que han de ser útiles y esclarecedores para el problema que nos ocupa.*

*De acuerdo al DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y CIENCIAS POLÍTICAS, plazo es el término o tiempo señalado para una cosa. Vencimiento del término. Constituye un vocablo de constante uso en materia jurídica, porque significa el espacio de tiempo que la ley unas veces, el juez en otras o las partes interesadas fijan para el cumplimiento de determinados hechos jurídicos, generalmente de carácter civil o procesal. **Couture** lo define como medida de tiempo señalada para la realización de un acto o para la producción de sus efectos jurídicos. Dentro de ese concepto tiene dos interpretaciones opuestas, por cuanto unas veces sirve para señalar el momento desde el cual una obligación puede ser exigida, y otras para establecer la caducidad de un derecho o su adquisición. (V. OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN)*

Que, ahora bien, en concordancia con el anterior concepto, el artículo 21.I. de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, establece que los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados.

*Que es importante añadir que la vieja discusión entre lo que debe entenderse por **plazo** y **término** es artificial, ya que el plazo es el lapso de tiempo pre determinado mientras que el término es la culminación de ese plazo. En nuestro Derecho Administrativo, el plazo y el término no merecen mayor discusión pero se entiende que sus efectos ocasionan el nacimiento de la exigibilidad de la obligación o la caducidad del mismo por el carácter obligatorio que el legislador boliviano reviste al plazo. No olvidemos que la APS, en el artículo TERCERO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 071-2011 de 15 de julio de 2011, otorga un plazo de 10 días hábiles administrativos (máximos y obligatorios) para que la ahora recurrente, envíe un ejemplar del texto de la cláusula registrada con los requisitos exigidos. Plazo a la postre, incumplido.*

*Que en lo tocante al principio de tipicidad, consiste en que la conducta sancionable tiene que estar prevista como supuesto hipotético, **ex ante** de los hechos en la norma correspondiente. En virtud de ello, la exigencia del principio de tipicidad ha de objetivarse en distintas etapas del procedimiento administrativo sancionador en los siguientes aspectos:*

- ***a)** La necesidad de motivación, que exige una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que funden la infracción y la sanción.*

- ***b)** El presunto responsable (léase, la aseguradora) tiene derecho a ser notificado, entre otros extremos, de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer.*

c) *La resolución sancionadora ha de identificar la norma infringida que sirve de soporte a la sanción.*

d) *Para que la resolución sancionatoria sea válida, debe especificar los hechos de enjuiciamiento y el precepto legislativo de su tipicidad.*

e) ***Si bien el órgano encargado de resolver (la APS) está vinculado por los hechos determinados en la fase previa a la emisión de la resolución correspondiente, no sucede lo mismo con respecto a las calificaciones y ponderaciones que se hagan del ilícito administrativo en cuestión, pues el órgano resolutorio dispone de libertad de juicio en la valoración y de los hechos, basados en la sana crítica.***

Que en lo referente al principio de proporcionalidad, ello implica que toda disposición o acto de la administración que restrinja el alcance de un derecho constitucional (u otro reconocido en normas inferiores), debe hacerlo en la medida estrictamente necesaria para alcanzar un fin legalmente lícito y pre determinado. Concordante con ello, es que el artículo 4.p) de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que el principio de proporcionalidad debe guiar la actuación de la administración con sometimiento a los fines establecidos en la Ley y el uso de los medios adecuados para su cumplimiento. En el caso que nos ocupa, la medida del uso adecuado de los poderes de la administración en aplicación del principio en cuestión, se encuentra, instrumentalmente, en la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 que gradúa y modula la sanción a los ilícitos administrativos.

CONSIDERANDO:

Que teniendo presente en todo momento las disquisiciones anteriores, pasemos a analizar los argumentos de la aseguradora:

1. *Los argumentos 1 y 2 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución expresan que la aseguradora acepta el retraso; no obstante* ***(añade)****, ese atraso no permite apreciar gravedad alguna o perjuicio ocasionado.*

Que pues bien, precisamente en aplicación del principio de tipicidad, se debe señalar que los cargos notificados mediante nota CITE: ADS/DJ/DS/N° 3992/2012 de 14 de octubre de 2011, consisten en imputar (luego sancionada mediante la resolución que ahora se impugna) a ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEAGUROS Y REASEGUROS S.A.****, de haber incumplido el plazo de 10 días administrativos otorgados para la presentación a la APS de un ejemplar del texto de las cláusulas registradas para SOBOCE-FANCESA con sus respectivos códigos para su archivo, según se aprecia en el cuadro que se inserta en dicha notificación. Obligación contemplada en el Resuelve Tercero de la Resolución Administrativa APS/DS/N1 071-2011 de 15 de junio de 2011.*

Que no se ha imputado a la aseguradora de haber causado daño o perjuicio a nadie, que no sea el de incumplir plazos ordenados por esta Autoridad de

Fiscalización. Por tanto, pretender justificar el incumplimiento confesado aludiendo a la carencia de daño o perjuicio, no es consistente a los fines de aplicación del principio de tipicidad ni con los hechos acaecidos.

2. *En cuanto a los argumentos 3 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución, ya nos referimos en el anterior punto 1.*

3. *En cuanto a los argumentos 4, 5 y 6 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución y "respecto de la infracción tipificada como leve, el artículo 52 de la ley de Seguros señala que corresponde a un incumplimiento subsanable o enmendable de las normas legales que no causen daño, por lo que la sanción sería una amonestación. Cualquier infracción tipificada como leve puede tener dos tipos de sanciones; la amonestación o la multa. Por lo que haciendo* ***un silogismo lógico, cualquier infracción leve que no tenga atenuantes tendría que ser sancionada con una amonestación*** *(las negrillas son de la APS), es necesario señalar:* (sic)

Que la parte remarcada en negrilla del párrafo anterior ya refleja una contradicción de la recurrente, o al menos incurre en confusión, rasgo que revela la precariedad del argumento. Veamos, cabe preguntarse, si cualquier "infracción leve que no tenga atenuantes…", qué es lo que tiene? Solamente hay dos respuestas posibles; que no concurran elementos que agraven la infracción, o, que no concurran elementos que atenúen la infracción (un ilícito puro y simple). En el caso que nos ocupa, la omisión en el cumplimiento estricto de plazos otorgados por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros se adecúa a lo que "razonablemente" se espera de entidades como ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A*** *que es la diligencia.*

Que en efecto, el segundo párrafo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 señala a este respecto: "…A este efecto, todo representante legal, empleado, o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, ***se considera que actúa en todo momento con especial diligencia****, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares" (la negrilla y subrayado es de la APS).*

Que en el afán de "subsanar y enmendar" su falta, ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A*** *envió el texto de la póliza con 15 días hábiles administrativos de retraso, tal cual se desprende de la confesión de la recurrente (cursante no sólo en su nota de descargos PRES/SGREA/928/11/11 de 7 de noviembre de 2011, sino y también, en su memorial de recurso de 24 de julio de 2012, como se ha resaltado). No hubo uno o dos, o hasta tres días hábiles administrativos de retraso, sino 15. Precisamente lo contrario del cumplimiento de obligaciones con la diligencia de un buen padre de familia. Este dato temporal de retraso contradice la candorosa alegación de la recurrente en sentido de que "…proceder a ajustar nuestros procedimientos y así poder dispensar a nuestros clientes y usuarios un servicio mas* (sic) *amplio y oportuno…" (ver Nota de Descargos anotado*(sic)*).*

Que luego, aunque la aseguradora parte de una premisa cierta y verdadera como es la previsión del artículo 52 de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 en cuanto a la infracción leve, sin embargo, la conclusión es falsa, pues de la contraposición de "infracción leve" (primera proposición) con un "incumplimiento subsanable o enmendable de las normas legales que no causen daño" (segunda proposición) para llegar al razonamiento de que corresponde "amonestación" (tercera proposición o conclusión) se obvia la segundad alternativa que es la "multa", ya que en el supuesto hipotético del artículo 52 de aquella Ley, figuran dos alternativas u opciones; o amonestación o multa, pero no figura solamente una, que en opinión de la aseguradora es la "amonestación". Conviene recordar que aunque el silogismo es un método de razonamiento deductivo válido, no siempre sus conclusiones nos llevan a la verdad, que aunque lógicas, podrían ser irreales (falsas).

La APS ha ejercitado sus facultades sancionatorias teniendo presente su libre apreciación de los hechos para dar mérito a los mismos, sobre la base del principio de proporcionalidad y tipicidad.

Que en cuanto a que "La amonestación tendría que ser también modulada en función de la gravedad de la infracción en aplicación del principio de proporcionalidad (la imposición del contenido de toda decisión de la Administración debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia y de verdad material). También implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, debiendo observarse que el castigo impuesto guarde simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa, esta APS señala que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448/2012 de 26 de junio de 2012 impone la multa de 1.500 UFV´s.

Que ahora bien, si la APS no hubiera modulado la sanción en función de los hechos, habría impuesto o 784 UFV´s (el mínimo) o 39.186 UFV´s (el máximo); sin embargo y teniendo en cuenta los antecedentes, la Autoridad de Fiscalización "cuantificó" (porque es imprescindible hacerlo además) la conducta de la aseguradora en 1.500 UFV´s. Entonces sí se ha "modulado", graduado, y adaptado la sanción.

Que en cuanto a que esta APS hubiese faltado a la aplicación de la "verdad material" o violado este principio (proclamada por la recurrente), la APS puede afirmar categóricamente que en este caso, se ha llegado a tal, ya que se ha imputado una infracción, la imputada ha confesado y aceptado la infracción, por lo que se ha establecido con precisión de días y fechas las circunstancias de la citada infracción, elementos que evidencian responsabilidad directa de la recurrente, siendo lo "justo", sancionar la infracción.

***4.** Que en relación a los argumentos 7 y 10 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución, ya en los párrafos anteriores se ha desarrollado que la sanción de 1.500 UFV´s impuesta a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** guarda concordancia con lo alegado por la recurrente; en efecto, se ha actuado teniendo presente el principio de proporcionalidad al establecerse cierto nivel de negligencia (contrariamente a lo que determina el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS*

602 de 24 de octubre de 2003 de manera que la sanción no sea gravosa (piénsese en la diferencia que hay de 784 UFV´s a 1.500 UFV´s y más aún, la diferencia que hay entre el mínimo citado con el máximo que es 39.186 UFV´s). La alegada "simetría" es evidente en la resolución que se impugna.

Que puede por ello apreciarse que, en la resolución impugnada se ha considerado lo establecido en la "Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005", como la gravedad del hecho, la concurrencia de daño o perjuicio, reincidencia y la existencia de intencionalidad.

Que también hemos desarrollado la posición de que siendo una infracción leve la calificación de la ilicitud de la conducta de ***LA BOLIVIANA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, corresponde sancionar o con una amonestación o con una multa. En este sentido, la APS goza de cierta libertad para graduar la sanción de acuerdo a la sana crítica y dentro los rangos pre establecidos por Ley.*

5. *Que en relación a los argumentos 8 y 9 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución, se debe señalar que si existe proporcionalidad en la sanción impuesta, que si existe o se ha constatado la verdad material, que si se ha analizado el nivel de diligencia o negligencia de la recurrente en la conducta omisiva, entonces* ***sí*** *se ha obrado con razonabilidad.*

Que para que quede claro y diáfano lo que debe entenderse por "razonabilidad" sin entrar en citas innecesarias, diremos que es lo que se ajusta, lo que se propone conforme a la razón. Concordante con esta noción Ossorio, en su "Diccionario Jurídico" alude en relación a la ***Razón suficiente****, que "tal principio funciona en primer lugar cuando el constituyente o el legislador fundamentan el motivo de haber dado determinado contenido a las normas jurídicas, así como cuando el intérprete de esas normas jurídicas trata de conferir a éstas ya sea el sentido que estuvo en la intención del legislador, ya sea el sentido histórico actualizado conforme a las valoraciones vigentes.* ***Esa investigación interpretativa se encamina a determinar la ratio legis. Funciona también en las decisiones judiciales cuando el juez funda en ciertas circunstancias del caso y en determinados precedentes normativos su ratio decidendi****, por las complejidades del caso o lo incierto de los textos" (las negrillas son de la APS).*

Que dicho lo anterior, queda demostrado que la sanción impuesta a ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *desarrolla a plenitud la* ***ratio legis*** *(léase, razonabilidad) que tanto la doctrina como la norma exige. No se ha sancionado caprichosamente, no se ha sancionado sin un análisis previo de los hechos y confrontados los mismos con las normas atinentes, luego, tampoco se ha incurrido en exceso de punición.*

6. *Que en lo que toca al argumento 11 de la recurrente y anotado en el cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución, la recurrente incurre en contradicciones que se explican por sí mismas; primero, señala que su omisión* ***"carece de todas las atenuantes"*** *(es decir, que no tiene atenuantes su omisión), segundo, manifiesta que*

*"**tiene todas las antenuantes*** (sic)*". No pudiendo salvarse esta contradicción por parte de esta APS ya que emana de la recurrente, sólo cabe afirmar que a lo largo del desarrollo de esta resolución administrativa, se ha demostrado que mínimamente, hubo negligencia por parte de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** en el cumplimiento de plazos determinados por normas administrativas como la que se imputó en su día.*

*Que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** postula que **"con mayor precisión"** la sanción adecuada sería la amonestación. Esta APS ha justificado más que ampliamente, las razones que determinaron imponer una sanción pecuniaria a aquella entidad.*

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado precedentemente, se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012, correspondiendo confirmar la misma…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 23 de agosto de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 583-2012 de 2 de agosto de 2012, expresando lo siguiente:

"…***III. FUNDAMENTOS***

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. *interpone el presente recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 583/2012, puesto que esta Resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo sancionador, afectando nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, tal como pasamos a demostrar a continuación:*

*1.- La RA APS/DJ/DS/Nº 583-2012 señala que en aplicación del principio de tipicidad, se imputaron cargos a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** por haber incumplido el plazo de los 10 días hábiles administrativos instruidos en la Resolución Administrativa APS/DS/No. 071-2011 de 15 de junio de 2011,en* (sic) *el envío de un ejemplar del texto de las cláusulas registradas para SOBOCE/FANCESA, con sus respectivos códigos para archivo. Así, la APS señala que "no se ha imputado a la aseguradora por haber causado daño o perjuicio a nadie, que no sea el de incumplir plazos ordenados por esta Autoridad de Fiscalización." y que pretender justificar el incumplimiento aludiendo a la carencia de daño no es consistente a los fines de aplicación del principio de tipicidad. La APS no toma en cuenta que este argumento señalado por LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. alude al principio de proporcionalidad y no al principio de tipicidad, ya que el principio de proporcionalidad exige del órgano regulador realice un juicio de ponderación o valoración donde valora la carga o gravedad de la conducta sancionada (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, daño, etc.) y el*

fin que persigue con esa sanción, aspecto que definitivamente no ha sido tomado en cuenta por la APS, ya que en relación a la carencia de daño sólo se refiere que no es consistente con el principio de tipicidad.

2.- Con relación a que se trata de una infracción tipificada como leve, debemos mencionar que de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Seguros las infracciones leves, es decir, las que corresponden a un incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales que no causen daño, pueden tener como sanción una amonestación o la aplicación de multas. Al respecto consideramos que cualquier infracción leve que no tenga agravantes tendría que ser sancionada con una amonestación, más cuando lo que se ha verificado es un retraso en el envío de una póliza que YA ES DE CONOCIMIENTO DE LA APS, porque precisamente fue aprobada por ese órgano regulador.

La amonestación tendría que ser modulada en función al alcance de la infracción, ya que de acuerdo al Reglamento de sanciones vigente del regulador, incluso la amonestación tendría que se (sic) *modulada en función a la gravedad de la infracción, ya que podrían aplicarse diversos tipos de amonestaciones.*

La APS sin embargo, no analiza siquiera la posibilidad de utilizar una amonestación como sanción, simplemente establece que ha ejercitado sus facultades sancionatorias teniendo presente la libre apreciación de los hechos, lo que precisamente se constituye en el acto arbitrario al excederse en la sanción aplicada.

3.- Con relación al principio de proporcionalidad aludido, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, ha establecido que "…en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador; a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión."

Como se ve, en cuanto a la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer (cuestión que la APS debía resolver cuidadosamente teniendo en cuenta el grado de culpabilidad del regulado) es obligación de la autoridad administrativa observar, al momento de dictarse la resolución sancionatoria, la necesaria adecuación entre la sanción impuesta y la finalidad que se persigue. En el presente caso, al infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, la remisión de la documentación se realizó fuera del plazo previsto pero sin ninguna intencionalidad relativa a no entregar la misma y como el mismo regulador señaló no se generó daño de ningún tipo.

4.- Como conclusión de lo señalado, en este caso la sanción establecida por al APS no guarda proporcionalidad con la falta cometida y aunque la Autoridad Supervisora de Pensiones y Seguros confirmó en su totalidad la Resolución sancionatoria a la presentación del recurso de revocatoria, no tomó en cuenta los antecedentes

señalados como causas atenuantes de responsabilidad, para que conforme al principio de proporcionalidad se imponga a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. una sanción más justa, ecuánime y equitativa, sin duda alguna se trata de un exceso de punición, resultado de la incorrecta evaluación de los atenuantes existentes, de modo que hubiere correspondido una sanción de amonestación.

IV. PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 583-2012 de fecha 02 de agosto de 2012, mediante la cual se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ASP.

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, correspondiente del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esta autoridad:

1) *Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.*
2) *Reconozca la legitimidad de nuestra compañía para actuar dentro de este proceso.*
3) *Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando totalmente la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 583-2012…*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 de 15 de junio de 2011, a solicitud de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,** la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió dejar sin efecto determinadas cláusulas de la misma (artículo primero), registrar otras cláusulas (artículo segundo) e "***Instruir a la Entidad***

Aseguradora el envío a la Dirección de Seguros, de un ejemplar del texto de las Cláusulas registradas con sus respectivos códigos para su archivo, en el plazo improrrogable de 10 días hábiles administrativos" (Artículo tercero; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme a los datos que salen de la nota APS/DJ/DS/3992/2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** fue notificada con la precitada Resolución Administrativa APS/DS/Nº 071-2011 en fecha 20 de junio de 2011, y acreditó los ejemplares instruidos en fecha 27 de julio de 2011, mediante nota PRES/SGREA/589/07/11, es decir, con quince (15) días hábiles administrativos de retraso, lo que en el criterio del Ente Regulador, importa transgresión a lo determinado por el artículo 12º, inciso j), de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, el que establece:

> "*…ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:* (…)
>
> *j) Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero*…"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme determinan los artículos 58º y 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, "*Los recursos se presentarán de manera fundada*" y "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*", extremos que exigen la necesaria congruencia entre aquello que se reclama y la decisión a lo mismo.

Toda vez que la infracción se encuentra demostrada y reconocida, la consideración anterior hace pertinente limitar la controversia del caso que ahora se resuelve, a lo estrictamente pretendido por la recurrente, esto es, si la sanción que se le debe imponer por haber contravenido el artículo 12º, inciso j), de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros, es la que le señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012 ("*multa de Un Mil Quinientos 00/100 UFV's (1.500 Unidades de Fomento a la Vivienda)*"), o si en su lugar, por la serie de alegatos expresados en su Recurso Jerárquico, le toca más bien la sanción de amonestación, sin lugar a multa alguna, quedando con ello claro que, no se encuentra en tela de juicio la ocurrencia o no de la infracción, sino simplemente, como se tiene dicho, la sanción aplicada a la misma.

En tal sentido, se observa en la actuación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que justificó y fundamentó su decisión de aplicar la sanción de multa, en lugar de la de amonestación, a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**; lo hizo en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012, cuando señaló:

"…*el retraso en el cumplimiento del plazo no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna y que tampoco este Órgano de Fiscalización ha verificado perjuicio o daño a la entidad aseguradora o a terceros… los presupuestos del ilícito administrativo deben ser claramente identificados en sus aspectos racional, objetivo e igualitario, para dotar al regulado de las debidas garantías* (…)

…El incumplimiento se encuentra tipificado:

- *En cuanto a la conducta, por el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

- *En cuanto a la sanción, por el inciso a), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como* ***infracciones leves****, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo".*

Que en cuanto a los elementos atenuantes invocados por la Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, únicamente puede considerarse la falta de daño a la entidad y a terceros.

Que en la anterior descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración, la modulación y determinación del monto, de manera que aunque existan atenuantes, la sanción impuesta tampoco constituya escarnio a la justicia…"

Asimismo se evidencia la ampliación de tales fundamentos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 583-2012 de 2 de agosto de 2012, a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria, cuando estableció que:

"…***Si bien el órgano encargado de resolver (la APS) está vinculado por los hechos determinados en la fase previa a la emisión de la resolución correspondiente, no sucede lo mismo con respecto a las calificaciones y ponderaciones que se hagan del ilícito administrativo en cuestión, pues el órgano resolutorio dispone de libertad de juicio en la valoración y de los hechos, basados en la sana crítica*** (…)

…la omisión en el cumplimiento estricto de plazos otorgados por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros se adecúa a lo que "razonablemente" se espera de entidades como ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A*** *que es la diligencia.*

Que en efecto, el segundo párrafo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 señala a este respecto: "…A este efecto, todo representante legal, empleado, o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, ***se considera que actúa en todo momento con especial***

***diligencia**, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares" (la negrilla y subrayado es de la APS).*

*… **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A** envió el texto de la póliza con 15 días hábiles administrativos de retraso, (…) No hubo uno o dos, o hasta tres días hábiles administrativos de retraso, sino 15. Precisamente lo contrario del cumplimiento de obligaciones con la diligencia de un buen padre de familia (…)*

…de la contraposición de "infracción leve" (primera proposición) con un "incumplimiento subsanable o enmendable de las normas legales que no causen daño" (segunda proposición) para llegar al razonamiento de que corresponde "amonestación" (tercera proposición o conclusión) se obvia la segundad alternativa que es la "multa", ya que en el supuesto hipotético del artículo 52 de aquella Ley, figuran dos alternativas u opciones; o amonestación o multa, pero no figura solamente una, que en opinión de la aseguradora es la "amonestación". Conviene recordar que aunque el silogismo es un método de razonamiento deductivo válido, no siempre sus conclusiones nos llevan a la verdad, que aunque lógicas, podrían ser irreales (falsas).

La APS ha ejercitado sus facultades sancionatorias teniendo presente su libre apreciación de los hechos para dar mérito a los mismos, sobre la base del principio de proporcionalidad y tipicidad.

Que en cuanto a que "La amonestación tendría que ser también modulada en función de la gravedad de la infracción en aplicación del principio de proporcionalidad (…) También implica la relación lógica que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, debiendo observarse que el castigo impuesto guarde simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa, esta APS señala que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448/2012 de 26 de junio de 2012 impone la multa de 1.500 UFV´s.

…si la APS no hubiera modulado la sanción en función de los hechos, habría impuesto o 784 UFV´s (el mínimo) o 39.186 UFV´s (el máximo); sin embargo y teniendo en cuenta los antecedentes, la Autoridad de Fiscalización "cuantificó" (porque es imprescindible hacerlo además) la conducta de la aseguradora en 1.500 UFV´s. Entonces sí se ha "modulado", graduado, y adaptado la sanción (…)

***…**la sanción de 1.500 UFV´s impuesta a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** guarda concordancia con lo alegado por la recurrente; en efecto, se ha actuado teniendo presente el principio de proporcionalidad al establecerse cierto nivel de negligencia (contrariamente a lo que determina el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003 de manera que la sanción no sea gravosa (…). La alegada "simetría" es evidente en la resolución que se impugna.*

…en la resolución impugnada se ha considerado lo establecido en la "Resolución

Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005", como la gravedad del hecho, la concurrencia de daño o perjuicio, reincidencia y la existencia de intencionalidad.

Que también hemos desarrollado la posición de que siendo una infracción leve la calificación de la ilicitud de la conducta de ***LA BOLIVIANA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, corresponde sancionar o con una amonestación o con una multa. En este sentido, la APS goza de cierta libertad para graduar la sanción de acuerdo a la sana crítica y dentro los rangos pre establecidos por Ley* (…)

…*la sanción impuesta a* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *desarrolla a plenitud la* ***ratio legis*** *(léase, razonabilidad) que tanto la doctrina como la norma exige. No se ha sancionado caprichosamente, no se ha sancionado sin un análisis previo de los hechos y confrontados los mismos con las normas atinentes, luego, tampoco se ha incurrido en exceso de punición* (…)

…*cabe afirmar que a lo largo del desarrollo de esta resolución administrativa, se ha demostrado que mínimamente, hubo negligencia por parte de* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *en el cumplimiento de plazos determinados por normas administrativas como la que se imputó en su día.*

Que ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *postula que* ***"con mayor precisión"*** *la sanción adecuada sería la amonestación. Esta APS ha justificado más que ampliamente, las razones que determinaron imponer una sanción pecuniaria a aquella entidad…"*

Consiguientemente y en función a los argumentos presentados en el Recurso Jerárquico, corresponde ahora compulsar la actuación del Ente Regulador con la norma aplicable al caso, para verificar si la sanción impuesta (de multa en lugar de amonestación lo que hace a la controversia) se adecúa o no a la misma.

En tal sentido, habiendo quedado claro que por disposición del artículo 16°, inciso a), numeral I), de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la infracción cometida por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** está graduada como leve al resultar en el tipo "Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo", misma que determina clara e inequívocamente que:

> *"…Se considerarán como* ***infracciones leves****,* ***sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma*** *no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV)."*
> (Las negrillas y subrayado insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que, la sanción de multa resulta un hecho incontrovertible, al estar expresamente determinada en la norma especial emitida para el régimen sancionatorio del mercado de seguros.

Sin perjuicio de ello, corresponde revisar lo determinado por el artículo 52º de la Ley de Seguros, el que la letra señala:

> **"*INFRACCIONES Y SANCIONES.-*** *Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia:*
>
> ***INFRACCIONES***
>
> ***INFRACCIONES LEVES.*** *Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros* (…)
>
> ***SANCIONES***
>
> *De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas:*
>
> ***AMONESTACION.*** *Corresponderá a la comisión de una infracción leve.*
>
> **MULTAS.** Corresponderán a la comisión de una infracción leve o grave…"

Si la compulsa se limitaría a la citada y transcrita Ley, implicaría que la sanción aplicable al caso podría ser de amonestación o sea la de multa, alternativa cuya decisión, si bien queda librada a la decisión de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cuyo sentido, el artículo 7º, párrafo III, del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros dispone que la gravedad de la comisión de un acto u omisión, de acuerdo a las categorías establecidas, podrá ser estimada por el Órgano Regulador, por lo que la aplicación de una sanción DEBE obedecer a la aplicación de la **SANA CRITICA y** el **PRUDENTE ARBITRIO** por parte de la autoridad facultada con el ius puniendi administrativo, donde será únicamente la interpretación exegética de la norma la cual permita dimensionar la gravedad de los actos que están bajo procedimiento sancionador, basados estrictamente en los mandatos expuestos en el reglamento sancionador y no así en otro tipo de conjeturas.

A este respecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Nº 1464/2004-R, ha establecido que:

> *"Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los* (sic) *intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada,*

en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."

El Principio de los límites a la discrecionalidad debe ser entendido como la situación en la cual el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la Ley la que permite a la Administración apreciar la oportunidad, o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas, según los intereses públicos y no privados.

En la discrecionalidad debe existir siempre una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó conformándose así los Principios de Racionalidad, Justicia, Equidad, Igualdad, Proporcionalidad y Finalidad.

A este respecto y conforme lo supra transcrito, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha señalado, en la resolución recurrida, que "*siendo una infracción leve la calificación de la ilicitud de la conducta de* ***LA BOLIVIANA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, corresponde sancionar o con una amonestación o con una multa. En este sentido, la APS goza de cierta libertad para graduar la sanción de acuerdo a la sana crítica y dentro los rangos pre establecidos por Ley*".

Toda vez que aún sujeta a su discrecionalidad, la decisión de la autoridad debe encontrarse debida y suficientemente fundamentada en los términos del artículo 17°, parágrafo II, inciso d), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003); en tal sentido, en Ente Regulador ha abundado en fundamentos para la decisión de la multa en lugar de la amonestación, conforme se ha transcrito supra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 583-2012 de 2 de agosto de 2012.

Al respecto y en impugnación a lo mismo, el Recurso Jerárquico señala que:

"*…La APS no toma en cuenta que este argumento señalado por LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. alude al principio de proporcionalidad y no al principio de tipicidad, ya que el principio de proporcionalidad exige del órgano regulador realice un juicio de ponderación o valoración donde valora la carga o gravedad de la conducta sancionada (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, daño, etc.) y el fin que persigue con esa*

sanción, aspecto que definitivamente no ha sido tomado en cuenta por la APS, ya que en relación a la carencia de daño sólo se refiere que no es consistente con el principio de tipicidad…"

"*…cualquier infracción leve que no tenga agravantes tendría que ser sancionada con una amonestación, más cuando lo que se ha verificado es un retraso en el envío de una póliza que YA ES DE CONOCIMIENTO DE LA APS, porque precisamente fue aprobada por ese órgano regulador* (…)

La APS sin embargo, no analiza siquiera la posibilidad de utilizar una amonestación como sanción, simplemente establece que ha ejercitado sus facultades sancionatorias teniendo presente la libre apreciación de los hechos, lo que precisamente se constituye en el acto arbitrario al excederse en la sanción aplicada.

(…) *la infracción cometida no tiene ningún elemento que permita establecer una multa como sanción, la remisión de la documentación se realizó fuera del plazo previsto pero sin ninguna intencionalidad relativa a no entregar la misma y como el mismo regulador señaló no se generó daño de ningún tipo.*

(…) *se trata de un exceso de punición, resultado de la incorrecta evaluación de los atenuantes existentes, de modo que hubiere correspondido una sanción de amonestación…*"

Tales presupuestos no desvirtúan la actuación del Ente Regulador, por cuanto éste ha tenido el cuidado de fundamentar su posición, como de señalar -contrario sensu de lo afirmado por la recurrente- el motivo por el que en su legítimo criterio discrecional, le es aplicable al caso el criterio de multa en lugar de amonestación; asimismo, no es evidente que la resolución recurrida hubiera prescindido del criterio de proporcionalidad, toda vez que bien ha dejado en claro que:

"*…Que en lo referente al principio de proporcionalidad, ello implica que toda disposición o acto de la administración que restrinja el alcance de un derecho constitucional (u otro reconocido en normas inferiores), debe hacerlo en la medida estrictamente necesaria para alcanzar un fin legalmente lícito y pre determinado. Concordante con ello, es que el artículo 4.p) de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que el principio de proporcionalidad debe guiar la actuación de la administración con sometimiento a los fines establecidos en la Ley y el uso de los medios adecuados para su cumplimiento. En el caso que nos ocupa, la medida del uso adecuado de los poderes de la administración en aplicación del principio en cuestión, se encuentra, instrumentalmente, en la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 que gradúa y modula la sanción a los ilícitos administrativos* (…)

…en relación a los argumentos 7 y 10 del cuarto CONSIDERANDO de la presente resolución, ya en los párrafos anteriores se ha desarrollado que la sanción de 1.500 UFV´s impuesta a ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *guarda concordancia con lo alegado por la recurrente; en efecto, se ha actuado teniendo*

presente el principio de proporcionalidad al establecerse cierto nivel de negligencia (contrariamente a lo que determina el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003 de manera que la sanción no sea gravosa (piénsese en la diferencia que hay de 784 UFV´s a 1.500 UFV´s y más aún, la diferencia que hay entre el mínimo citado con el máximo que es 39.186 UFV´s). La alegada "simetría" es evidente en la resolución que se impugna.

Que puede por ello apreciarse que, en la resolución impugnada se ha considerado lo establecido en la "Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005", como la gravedad del hecho, la concurrencia de daño o perjuicio, reincidencia y la existencia de intencionalidad.

Que también hemos desarrollado la posición de que siendo una infracción leve la calificación de la ilicitud de la conducta de ***LA BOLIVIANA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.****, corresponde sancionar o con una amonestación o con una multa. En este sentido, la APS goza de cierta libertad para graduar la sanción de acuerdo a la sana crítica y dentro los rangos pre establecidos por Ley…*"

No obstante y en el supuesto pretendido que el criterio sobre proporcionalidad no hubiera sido adecuadamente aplicado por el Ente Regulador, aún cabe remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, la que precisamente establece que para imponer una sanción, la administración debe basarse en los parámetros y/o criterios que forman parte inmanente del **principio de proporcionalidad,** es decir, a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable, b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) **que el ejercicio de la potestad sancionadora haya ponderado (o sea, según el diccionario, examinado *con atención las razones de una cosa para formar juicio de ella*) las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida**.

Entonces, a los fines de corroborar aquello, el Ente Regulador debió evaluar todas las atenuantes y agravantes concurrentes, conforme además ha sido señalado en el Recurso Jerárquico, en cuyo sentido, toda vez que el Recurso de Revocatoria en sus numerales 9, 10 y 11, incidió en reclamar la consideración de los elementos atenuantes y hasta los agravantes al caso de la litis, la Resolución Administrativa que le corresponde (APS/DJ/DS/Nº 583-2012), señala que:

"*…la sanción de 1.500 UFV´s impuesta a* ***LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *guarda concordancia con lo alegado por la recurrente; en efecto, se ha actuado teniendo presente el principio de proporcionalidad al establecerse cierto nivel de negligencia (contrariamente a lo que determina el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003 de manera que la sanción no sea gravosa (piénsese en la diferencia que hay de 784 UFV´s a 1.500 UFV´s y más aún, la diferencia que hay entre el mínimo citado con el máximo que es 39.186 UFV´s). La alegada "simetría" es evidente en la resolución que se impugna.*

Que puede por ello apreciarse que, en la resolución impugnada -se refiere a la

APS/DJ/DS/Nº 448-2012- *se ha considerado lo establecido en la "Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005",* ***como la gravedad del hecho, la concurrencia de daño o perjuicio, reincidencia y la existencia de intencionalidad***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Remitido de esa manera a lo que al efecto señale la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012, se evidencia en la última nombrada las menciones siguientes:

"*Que si bien es cierto que el retraso en el cumplimiento del plazo* ***no ha constituido consecuencias que pudieran merecer gravedad alguna*** *y que* ***tampoco este Órgano de Fiscalización ha verificado perjuicio o daño*** *a la entidad aseguradora o a terceros, no es menos cierto que toda contravención a instrucciones emanadas por el Regulador conlleva incita la sanción, como consecuencia jurídica de carácter administrativo; sin embargo y toda vez que los presupuestos del ilícito administrativo deben ser claramente identificados en sus aspectos racional, objetivo e igualitario, para dotar al regulado de las debidas garantías, a continuación se pasa a modular la sanción considerando los elementos atenuantes de la conducta infractora; en cuyo sentido se determina que:*

c) *El incumplimiento se encuentra tipificado:*

- *En cuanto a la conducta, por el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*
- *En cuanto a la sanción, por el inciso a), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como* ***infracciones leves****,* ***sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor*** *a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: a) Incumplimiento en la presentación de documentos técnicos y legales requeridos mediante mandato administrativo".*

d) *La infracción se encuentra plenamente demostrada e inclusive reconocida por el infractor.*

Que en cuanto a los elementos ***atenuantes*** *invocados por la Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros, únicamente puede considerarse* ***la falta de daño a la entidad y a terceros***…" (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De manera tal que el Ente Regulador efectivamente ha considerado expresamente la gravedad del hecho sancionable y la inconcurrencia de daño o perjuicio, a los fines de imponer la sanción; por otra parte, dado no existir consideración a una reincidencia o a la existencia de intencionalidad, no se considera la existencia de los mismos.

Entonces, sí existe en el fallo de la autoridad recurrida observancia a lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, toda vez que no dejan dudas los extremos que como agravantes o atenuantes, tuvieran que ver con *la gravedad del hecho, la concurrencia de daño o perjuicio, reincidencia y la existencia de intencionalidad.*

En definitiva y en el caso que nos ocupa, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de imponer la sanción, sí ha cumplido con ponderar las circunstancias concurrentes, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, parámetro inmanente del principio de proporcionalidad cuya inobservancia, ha determinado la infracción al mismo, haciendo necesario retrotraer los trámites a los fines de su consideración en Derecho para su correcta consideración.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN TOTAL de la Resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 583-2012 de 2 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 448-2012 de 26 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
ALDO YANI MORO GUTIERREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 378/2012 DE 02 DE AGOSTO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 080/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 080/2012

La Paz, 28 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **ALDO YANI MORO GUTIÉRREZ** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 378/2012 de 2 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 050/2012 de 26 de noviembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 151/2012 de 05 de diciembre de 2012, ambos emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de agosto de 2012, el Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 378/2012 de 2 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012.

Que, en fecha 29 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 378/2012 de 2 de agosto de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 3 de septiembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Aldo Yani Moro Gutiérrez, mismo que fue notificado el 10 de septiembre de 2012 en la Ciudad de Santa Cruz.

Que, el 21 de septiembre de 2012, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Aldo Yani Moro Gutiérrez.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 233/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, aprobó y puso en vigencia el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 4 de julio de 2012, el Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito "FEBOCAC" interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012 argumentando lo siguiente:

La Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, determina la modificación del Reglamento para la Constitución, y Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, sin embargo la misma no tendría la debida fundamentación y motivación por lo que el acto administrativo no gozaría de los elementos esenciales del acto conforme lo establece el artículo 28 de la Ley Nº 2341, de igual modo refieren que la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, se vulneraria el principio de igual, y de oportunidades en cuanto a las Cooperativas que no cuentan el certificado de adecuación, en cuanto a la irretroactividad de la norma la misma sería contraria a la Constitución Política del Estado, que con relación a la publicación de los Estados Financieros en un medio de circulación nacional está disposición atentaría contra los intereses de la entidad pudiendo generar principalmente una corrida de depósitos que afectaría a la estabilidad financiera.

Que, en fecha 9 de julio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Auto para que la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito en un plazo no mayor a cinco días subsane las omisiones e incongruencias relativas a los instrumentos de representación.

Que en fecha 13 de julio de 2012, el Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito "FEBOCAC" presento memorial refiriendo lo siguiente:

"…II. CUMPLO CON LO EXTRAÑADO Y SUBSANO OMISIONES

En mérito al Auto antes citado en el titulo de antecedentes, adjunto al presente memorial los siguientes Instrumentos de Poder:

1.- El Instrumento de Poder N° 700/2012 de fecha 16 de julio de 2012, relativo a la incorporación y Complementación al Instrumento de Poder N° 218/2012, que fuera conferido por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Bolivia (FEBOCAC); en favor de los señores: Lic. Hoggier Hurtado Añez, Jaime González Alanes, Reynaldo Burgos Fernández y Eloy Edgar Urquizu Herrera, en la cual se subsana las siguientes observaciones:

a) Transcripción de las partes pertinentes del Estatuto Orgánico de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), relativo al plazo y oportunidad para la celebración de las Asambleas Ordinarias.
b) Quorum necesario para la celebración de Asambleas Ordinarias.
c) Capítulo Referido a la composición de los Consejos de Administración y Vigilancia.
d) Resolución Administrativa N° 141 de fecha 13 de octubre de 2004, en el cual se aprueba el Estatuto Orgánico.
e) Demás parte pertinente. (sic)

2.- El Instrumento de Poder N° 701/2012 de fecha 16 de Julio de 2012, relativo a la Rectificación e incorporación y Complementación al Instrumento de Poder N° 0666/2012.- otorgado por Lic. Hoggier Hurtado Añez y Reynaldo Burgos Fernández, en su calidad de Presidente y Secretario de FEBOCAC, a favor del señor Dr. Aldo Yany Moro Gutiérrez, ambos poderes emitidos por la Notaria de Fe Pública N° 59 de este Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero Céspedes.

En la cual se subsana las siguientes observaciones:

a) Transcripción de las partes pertinentes del Estatuto Orgánico de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), que atribuye al Consejo de Administración la facultad de otorgar poderes.
b) Rectificación de la fecha en la cual fue emitido el Instrumento de Poder N° 218/2012.
c) Demás partes pertinentes.

III. FUNDAMENTA LA NO PRESENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE RECONOCIMIENTO A LOS CONSEJEROS DE FEBOCAC

La Dirección General de Cooperativas, mediante oficio DGCOOP. 397/11 del 08/07/2011, dirigido a su Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), señaló que los miembros de los Consejos Directivos de las Cooperativas deben, merced a una mala interpretación legal, contar con el reconocimiento por ante la Dirección General de Cooperativas (DIGECOOP), es en tal motivo que su autoridad instruyo a la Entidades de

Intermediación Financiera que operan en todo el territorio del Estado Plurinacional de Bolivia, como requisito sine qua non para la habilitación de las firmas de los representantes de cualquier Sociedad Cooperativa, se exija ***LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA*** *emitida por la DIGECOOP, en la cual se acredite que los Consejeros de los Consejos de Vigilancia y Administración cuentan con calidad societaria para representar a dichas cooperativas y, que fueron legalmente elegidos para dicho cargo.*

Es en estas circunstancias que (sic) La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), atendiendo el oficio 397/11 de la ***DIGECOOP****, emite Oficio ASFI 3500/2011, instruyendo a las Entidades de Intermediación Financiera el cumplimiento de dicha exigencia emanada de la Dirección General de Cooperativas.*

Es merced a esta ***ILEGALIDAD,*** *que la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia mediante Oficio CONCOBOL OF N° 13/11 de fecha 26 de agosto de 2011, suscrita por los representantes de los distintos sectores cooperativos como FECOTEL, FENCOTRANSP, FEBOCAC, FENACOPASB, FENACOE, FENCA, FECOAPAC, elevan el reclamo correspondiente ante (sic)La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), respecto de la infundada solicitud emanada de la DIGECOOP y que fue transmitida a todo el Sector Financiero mediante el Oficio ASFI 3500/2011.*

Luego del análisis legal del reclamo oficial de todos los sectores Cooperativos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la CIRCULAR ASFI/4803/2011, que ***SUSPENDE EL INSTRUCTIVO DE LA DIGECOOP*** *y, comunica a las Entidades de intermediación Financiera del país que deja sin efecto las Carta Circular ASFI 3500/2011 y ASFI/3927/2011, relativa a la exigencia señalada en la carta DIGCOOP No. 397/11 del 08/07/11 emitida por la de la Dirección General de Cooperativas.*

Es en este sentido y considerando la ***SUSPENSION*** *por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de la circular ASFI 3500/2011 y ASFI/3927/2011, sobre la solicitud planteada mediante el oficio de la DIGECOOP No. 397/11 del 08/07/11 y a que dicho oficio está dirigido a entidades constituidas en Cooperativas y no así a instituciones como la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) que es un ente que aglutina a las Cooperativas de Ahorro y Crédito que operan en nuestro país, por lo que no consideramos pertinente esta observación planteada en el AUTO de fecha 09 de julio de 2012 por considerarla suspendida por su autoridad y no aplicable a instituciones como FEBOCAC.*

IV. OTRAS CONSIDERACIONES

No obstante de atender con el requerimiento señalado por la Autoridad, es menester hacer notar que la Sentencia Constitucional 2824/2010-R de 10 de diciembre de 2010, mencionada en el auto de 9 de julio de 2012 está orientada a los requisitos de admisión que debe contener todo Recurso de Amparo Constitucional, tal coma lo señala la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 de 1 de abril de 1998, en los siguientes términos:
ARTÍCULO 97.- FORMA Y CONTENIDO DEL RECURSO*.- El recurso será presentado por escrito con el cumplimiento de los siguientes requisitos de contenido:*
I. Acreditar la personería del recurrente;
II. Nombre y domicilio de la parte recurrida o de su representante legal.

III. Exponer con precisión y claridad los hechos que le sirvan de fundamento.
IV. Precisar los derechos o garantías que se consideren restringidos, suprimidos o amenazados.
V. Acompañar las pruebas en que se funda la pretensión; y,
VI. Fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar a restablecer el derecho o la garantía vulnerados o amenazados.
***ARTICULO 98.- ADMISIÓN.-** El Tribunal o juez competente en el plazo de veinticuatro horas **admitirá el recurso de amparo constitucional que cumpla los requisitos de forma y contenido exigidos por el artículo precedente; caso contrario será rechazado**. Los defectos formales podrán subsanar el recurrente en el plazo de cuarenta y ocho horas de su notificación, sin ulterior recurso.*
En los artículos 97 y 98 de la mencionada Ley, se establecen de forma muy clara que el Recurso de Amparo Constitucional requiere del cumplimiento de forma y contenido, aspecto sin el cual no es procedente la tramitación del mismo, por lo que no corresponde aplicar la SC 2824/2010-R de 10 de diciembre de 2010, al caso concreto del procedimiento administrativo, toda vez que este no requiere el cumplimiento de requisitos formales, para su tramitación.
*En tal sentido nos remitimos a lo establecido por la **SENTENCIA CONSTITUCIONAL** 1029/2005-R de 29 de agosto de 2005, que con relación al Principio de Informalismo señala:*

*(...) Asimismo, es necesario referir el principio de informalismo, reconocido por la doctrina y normado par la legislación. Así el art. 4.I de la LPA, establece que consiste en: **"La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo"**. Por su parte la SC 642/2003-R de 8 de mayo, expresó lo siguiente: "el principio de informalismo consiste en la excusación de las observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultados de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por consiguiente, en virtud a ese principio de informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados (...)"; (...) de la jurisprudencia glosada, se establece que en virtud del principio de informalismo, el procedimiento administrativo, está exento de las exigencias formales no esenciales, y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso, con la finalidad de asegurar una decisión sobre el fondo de la cuestión. Consiguientemente, en virtud a este principio, la autoridad administrativa, podrá interpretar el recurso, no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados"*
En el caso específico de las omisiones a los Poderes de Representación presentados, se puede observar que éstos cumplen con la legitimación activa que desea demostrar el recurrente, ya que apartando las formas no exigidas en virtud al principio de informalismo, lo que se está demostrando es que las diferentes cooperativas del país agrupadas en su federación están demostrando su rechazo a la norma impugnada y que en ese sentido,

corresponde que la autoridad ingrese al fondo del asunto y analice los aspectos propuestos por el recurrente. Asimismo se puede señalar que las observaciones, como bien lo señala el auto de 9 de julio de 2012, son ***omisiones*** *que simplemente no fueron incluidas por razones formales y que pueden ser incluidas o complementadas en cualquier momento de la tramitación del proceso, sin que esto llegue a afectar el análisis de fondo de la impugnación.*

De otro lado, corresponde también hacer referencia a la segunda parte resolutiva del Auto de 9 de julio, el mismo que señala: "En caso de incumplimiento, se resolverá por el rechazo del Recurso" al respecto se debe hacer notar que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27275 Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, establece cuales son las formas de resolución de los Recursos Administrativos, los mismos que se mencionan a continuación:

Articulo 43,- (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria).

I. Las resoluciones sobre los recursos do revocatoria en el SIREFI serán:

a) Confirmatorias.
b) Revocatorias.
c) Desestimatorias.
d) Improcedentes.

Con referencia a lo citado, corresponde mencionar la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0205/2006-R de 7 de marzo de 2006, que a la letra señala: "(...) cuando la autoridad a quien se presenta una petición a solicitud, no la atienda; es decir, no la tramita ni responde en un tiempo oportuno o en el plazo previsto por Ley de forma que cubra las pretensiones del solicitante, ya sea exponiendo las razones por las cuales no se la acepta, o dando curso a la misma, con motivos sustentadas legalmente o de manera razonable, sin que pueda tenerse por violado el derecho de petición, al darse una respuesta en forma motivada, pues el derecho de petición en su sentido esencial no implica necesariamente una respuesta positiva, sino una respuesta oportuna y emitida en el término legal, además de motivada ". Con el añadido contenido en la SC 0992/2005-R de 19 de agosto, que con forme a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo; "(...) la respuesta que todo administrado merece obtener de la administración además de oportuna y motivada, deberá ser emitida en las formas y con el contenido requerido por la Ley de Procedimiento Administrativo, ello implica que, ***para el caso de la respuesta al recurso de revocatoria, conforme dispone el art. 61 de la LPA, la respuesta será confirmando o revocando la resolución o acto impugnado, o desestimando el recurso en los casos previstos; cualquier otra forma de respuesta implica una lesión v supresión del derecho a la petición, que tiene como núcleo esencial la respuesta****, independientemente del sentido de la misma, tal y como lo regula la Ley de Procedimiento Administrativo" (las negrillas y el subrayado son nuestros).*

La norma y la SC referidas, establece claramente cuáles son las formas de resolver un Recurso de Revocatoria, no existiendo la posibilidad de resolverlo de manera diferente, ya que se estaría vulnerando el derecho a la petición de los regulados.

V. PETITORIO

En merito a lo expuesto PIDO lo siguiente:

1) Que por lo expuesto en el presente memorial se den por absueltas las omisiones e incongruencias observada por su autoridad mediante Auto de Fecha 09 de Julio de 2012.

2) Solicitar a su Autoridad la tramitación del ***RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR LA FEDERACIÓN DE BOLIVIANA DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO (FEBOCAC) CONTRA LA RESOLUCIÓN ASFI 233/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012, conforme lo señala la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175."***

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 378/2012 DE 2 DE AGOSTO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 378/2012 de 2 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero declaró improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito en fecha 4 de julio de 2012, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Resolución.

Los fundamentos expuestos en la citada Resolución son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que, a fin de acreditar la representación su personalidad jurídica, la Federación acompañó al memorial lo siguiente: fotocopia simple del Acta de Asamblea de Constitución de la Federación de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Bolivia, fotocopia simple de la Ficha de Registro en el ex Instituto Nacional de Cooperativas (hoy Dirección General de Sociedades Cooperativas – DGCOOP), Resolución de Consejo Nº 5262 de 14 de diciembre de 2000 emitido por el ex Instituto Nacional de Cooperativas reconociendo la Personalidad Jurídica de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito, copia legalizada de la Asamblea Anual Ordinaria de la FEBOCAC de fecha 17 de septiembre de 2011, copia legalizada del Testimonio Nº 0218/2012 de 27 de febrero de 2012 celebrado por ente Notaría de Fe Pública a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero de Santa Cruz, revocando el Poder Nº 1082/2009 y otorgamiento de nuevo Poder General Amplio y Suficiente de Administración que confiere la FEBOCAC en favor de Hoggier Hurtado Añez, Jaime González Alanes, Reynaldo Burgos Fernández y Eloy Edgar Urquizu Herrera, en sus condiciones de miembros del Consejo de Administración de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito, según el Acta de Asamblea Anual Ordinaria de fecha 17 de septiembre de 2011, la ya referida Escritura Poder de Representación Especial de la FEBOCAC, otorgada a Aldo Yany Moro Gutiérrez por Hoggier Hurtado Añez y Reynaldo Burgos Fernández, en sus condiciones de Presidente y Secretario de la FEBOCAC, respectivamente.

Que, revisada la documentación antes señalada, a fin de verificar la debida acreditación de la representación de la Federación recurrente, se han advertido las siguientes omisiones:

A la Escritura Poder Nº 218/2012 de 27 de febrero de 2012

1. No se encuentran transcritas las partes pertinentes del Estatuto Orgánico de la FEBOCAC, referidas a lo siguiente:

a. Plazo y oportunidad para la celebración de las asambleas ordinarias
b. Quórum necesario para la celebración de asambleas ordinarias
c. El capítulo referido a la composición de los Consejos de Administración y Vigilancia
d. El capítulo referido a la forma de elección de los consejeros

2. No han sido transcritas las Resoluciones Administrativas reconociendo el Estatuto Orgánico de la FEBOCAC ni a los Consejos de Administración y Vigilancia elegidos en Asamblea de 17 de septiembre de 2011.

A la Escritura Poder Nº 666/2012 de 4 de julio de 2012

1. No se ha transcrito la parte pertinente del Estatuto Orgánico de la FEBOCAC, que atribuye al Consejo de Administración la facultad de otorgar poderes.

2. Manifiesta que es otorgado por el Presidente y Secretario de la FEBOCAC "en virtud del inciso 6 del instrumento de Poder Nº 218/2012 de 18 de febrero de 2012", sin embargo el Poder Nº 218/2012 es de fecha 27 de febrero de 2012.

Que, en consideración a las omisiones antes referidas, se emitió el Auto de 9 de julio de 2012, resolviendo otorgar a la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito un plazo de cinco días hábiles para subsanarlas, apercibiéndole que en caso de incumplimiento, se rechazará el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 39º, inciso I. del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003. Dicho auto fue notificado al recurrente en fecha 11 de julio de 2012.

Que, el Sr. Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito, en fecha 18 de julio de 2012 presenta un memorial manifestando "Cumplo con lo extrañado, subsano omisiones y presento fundamento", al cual acompaña las Escrituras Públicas 700/2012 y 701/2012, ambas de fecha 16 de julio de 2012, celebradas por ante Notaría de Fe Pública a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero de Santa Cruz..."

(transcripción del Recurso de Revocatoria)

"…Que, por otra parte, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió a la Dirección General de Cooperativas la carta ASFI/DNP/R-81378/2012 de 4 de julio de 2012, haciéndole conocer que se ha recibido la carta Cite FDC.CAR-54/0612-CA de 22 de junio de 2012, firmada por el Sr. Johnny Revollo López, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) y por otro lado la carta PDCIA.OF. No. 38/2012 de 22 de julio de 2012 firmada por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, en calidad de Presidente de la misma Federación, aspecto que denota un conflicto en la representación de esa entidad federativa que dificulta la labor de supervisión a las cooperativas de ahorro y crédito.

Que, también se recibió la carta FBC-CA-003/2012 de 14 de junio de 2012, suscrita por el Sr. Johnny Revollo, como Presidente del Consejo de Administración de la FEBOCAC, comunicando la nueva conformación del Directorio de la FEBOCAC, posesionado y reconocido por la Dirección General de Cooperativas el 8 de junio de 2012.

Que, con carta ASFI/DNP/R-81378/2012 de 4 de julio de 2012, se solicitó al Sr. Director de la Dirección General de Cooperativas acreditar y manifestar quien es la persona reconocida por esa Dirección como Presidente y representante legal de la FEBOCAC, así como los miembros que conforman su directiva.

Que, en respuesta a la carta ASFI/DNP/R-81378/2012, la Dirección General de Cooperativas remite la carta CITE: MTEPS/DGCOOP N° 372/12 de 17 de julio de 2012, presentada el 19 de julio de 2012, manifestando lo siguiente: "En relación al cite de referencia, tengo a bien comunicarle que todos los antecedentes relacionados a la Representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito – FEBOCAC, están siendo trasladados a la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia CONCOBOL."

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 331° de la Constitución Política del Estado, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, prescribe en el artículo 332°, inciso I. que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a esta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente Constitucional del Estado, designó a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 11°, parágrafo I. de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2012, manifiesta: "Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa,

podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda".

Que, el artículo 13º, parágrafo I. de la misma Ley procedimental señala: "Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública podrá actuar por sí o por medio de su representante o mandatario debidamente acreditado."

Que, el artículo 61° de la referida Ley expresa: "Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, no cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11° de la presente Ley."

Que, por otra parte, el artículo 15° del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta: "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos"

Que, los artículo 38 y 39º, parágrafo I. del mismo Reglamento procedimental para el SIREFI, señalan: "Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio." El artículo 39° continúa: "Advertida la omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso."

Que, artículo 43º, parágrafo I, inciso d) del Reglamento del SIREFI expresa: "Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (…) d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos."

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 114° de la Ley General de Cooperativas N° 5053 de 13 de septiembre de 1958, determina: "Solamente existirá una Federación Nacional por cada uno de los sectores de organización cooperativa, de acuerdo con el artículo 20 de esta Ley."

Que, el artículo 93° de la referida Ley de Cooperativas manifiesta que el Consejo de Administración tendrá la administración y representación de la sociedad.

Que, la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 001712003-R Sucre, 7 de enero de 2003 Expediente: 2002-05549-11 –RA Distrito: La Paz Magistrado Relator: Dr. Felipe Tredinnick Abasto, manifiesta lo siguiente:

"Que, la entidad bancaria que está en la obligación de acreditar una firma, solo lo puede hacer cuando tenga la firme convicción de que quien pide tal acreditación es quien tiene la representación, de manera tal que cuando no se tiene tal convicción o existe incertidumbre y duda en la representación de una persona jurídica, la entidad bancaria puede negar tal pedido, hasta que por los medios ordinarios se resuelva quien tiene la representación.

Que, en una situación similar a la presente, este Tribunal estableció en Sentencia Constitucional 323/2002-R, de 22 de marzo, que:

"... incertidumbre y duda sobre la legitimación de los personeros capaces de manejar las cuentas corrientes del Municipio de Sapahaqui... Es en ese entendido que el Gerente General del Banco "Unión" S.A. no ha cometido acto ilegal alguno al no habilitar la firma del recurrente para operar las cuentas de la Alcaldía de Sapahaqui, toda vez que existe una controversia aún no resuelta sobre la titularidad del ejecutivo municipal".

Que, por lo dicho, los Bancos demandados, al no haber dado curso a la solicitud de los recurrentes hasta que se acrediten sus firmas, no ha cometido ningún acto ilegal, por cuanto existe incertidumbre y duda sobre la representación de COTEL; en consecuencia, no es evidente que se haya lesionado los derechos de asociación, reunión, trabajo y propiedad privada de COTEL, por todo lo que no amerita la protección demandada."

Que, la Sentencia Constitucional 2824/2010-R de 10 de diciembre de 2010, respecto al poder que acredite la representación de una persona jurídica, manifiesta que:

"… este Tribunal ha desarrollado una línea jurisprudencial al respecto; así la SC 0022/2003-R de 8 de enero, ha manifestado lo siguiente: "… en el caso de las personas jurídicas, como es la sociedad agrícola ganadera (…) el recurrente, que es quien demanda en su representación, debió acreditar su condición de legítimo representante adjuntando el poder correspondiente, en el que debía constar inexcusablemente el acta de constitución de la sociedad, la nómina de socios, su inscripción al Registro de Comercio, su personería jurídica y sus Reglamentos. Sin embargo, no procedió de esa manera, pues se presentó con una escritura de modificación en la que aparece como coGerente, con facultades generales de representación, documentación insuficiente para los fines de este recurso, por lo que claramente se establece que el recurrente carece de legitimación activa para plantear el presente amparo al no haber acreditado debidamente su personería, lo que determina la improcedencia del recurso e impide conocer el fondo del asunto."

Que, mediante auto de 9 de julio de 2012, se ha intimado a la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito a subsanar las observaciones a la representación acreditada en el Recurso de Revocatoria interpuesto mediante memorial presentado el 4 de julio de 2012 en un plazo de 5 días hábiles, habiendo la

entidad recurrente presentado memorial en fecha 18 de julio de 2012, en la que refiere "Cumplo con lo extrañado, subsano omisiones y presento fundamento."

Que, previo al ingreso de las consideraciones del fondo del recurso, corresponde prima facie el análisis al cumplimiento de las observaciones manifestadas en el auto emitido en fecha 9 de julio de 2012, mismos habrían sido subsanados según lo expuesto por el Ente Federativo en el memorial de 18 de julio de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, el memorial de 18 de julio de 2012 manifiesta lo siguiente:

"II. CUMPLO CON LO EXTRAÑADO Y SUBSANO OMISIONES

1.- El Instrumento de Poder N° 700/2012 de fecha 16 de julio de 2012, relativo a la incorporación y Complementación al Instrumento de Poder N° 218/2012, que fuera conferido por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Bolivia (FEBOCAC); en favor de los señores: Lic. Hoggier Hurtado Añez, Jaime González Alanes, Reynaldo Burgos Fernández y Eloy Edgar Urquizu Herrera, en la cual se subsana las siguientes observaciones:

a) Transcripción de las partes pertinentes del Estatuto Orgánico de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), relativo al plazo y oportunidad para la celebración de las Asambleas Ordinarias.
b) Quorum necesario para la celebración de Asambleas Ordinarias.
c) Capítulo Referido a la composición de los Consejos de Administración y Vigilancia.
d) Resolución Administrativa N° 141 de fecha 13 de octubre de 2004, en el cual se aprueba el Estatuto Orgánico.
e) Demás parte pertinente."

Analizados los puntos observados que se habrían subsanado con la Escritura Pública N° 700/2012, se concluye lo siguiente:

a) "CAPÍTULO III. DE LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA.-
Art. 21 FRECUENCIA.- La Asamblea General Ordinaria se reunirá una vez al año dentro de los primeros ciento veinte días de cada gestión."

De la Escritura Pública N° 0218/2012 de 27 de febrero de 2012, presentada con el memorial de 4 de julio de 2012, se advierte que la Asamblea Anual Ordinaria de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito en la cual fue elegido el Consejo de Administración para la presente gestión, se realizó el 17 de septiembre de 2011 y no dentro de los primeros ciento veinte días de vencida la gestión, tal como reza el artículo 21° del Estatuto, lo cual viciaría el acto; sin embargo, toda vez que la Asamblea es magna y los actos administrativos se presumen lícitos mientras no se declare su nulidad o anulabilidad en la vía correspondiente, la elección de los Consejeros no es observada respecto a la oportunidad de su realización.

b) Se ha transcrito el artículo 17° del Estatuto Orgánico de la FEBOCAC, con lo cual se acredita la legalidad del quórum de la Asamblea General Ordinaria de 17 de septiembre de 2011 que eligió al Consejo de Administración.

c) Se ha transcrito el artículo 29° del Estatuto Orgánico de la FEBOCAC, con lo cual se acredita que los Consejeros de Administración elegidos en la Asamblea General Ordinaria de 17 de septiembre de 2011 se ajustan al Estatuto Orgánico.

d) Ha sido parcialmente subsanada la observación 2. al Poder N° 218/2012 de 27 de febrero de 2012, en sentido que no han sido transcritas las resoluciones administrativas reconociendo el Estatuto Orgánico de la FEBOCAC. En efecto, se encuentra transcrita la Resolución Administrativa de 13 de octubre de 2004, emitida por la Dirección General de Cooperativas, en la que en el Inciso Primero de la parte resolutiva aprueba el estatuto Orgánico de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito que consta de VIII Título y 72 atículos, (sic) *aprobado por la Asamblea General de Socios en 4 de septiembre de 2004.*

e) Se ha transcrito el artículo 29° del Estatuto Orgánico de la FEBOCAC, en el que se señala que los consejeros serán elegidos a la finalización de la Asamblea General Ordinaria por simple mayoría, con lo cual se tiene por subsanada esta observación.

"2.- El Instrumento de Poder N° 701/2012 de fecha 16 de Julio de 2012, relativo a la Rectificación e incorporación y Complementación al Instrumento de Poder N° 0666/2012.- otorgado por Lic. Hoggier Hurtado Añez y Reynaldo Burgos Fernández, en su calidad de Presidente y Secretario de FEBOCAC, a favor del señor Dr. Aldo Yany Moro Gutiérrez, ambos poderes emitidos por la Notaria de Fe Publica N° 59 de este Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero Céspedes.

En la cual se subsana las siguientes observaciones:

a) Transcripción de las partes pertinentes del Estatuto Orgánico de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), que atribuye al Consejo de Administración la facultad de otorgar poderes.
b) Rectificación de la fecha en la cual fue emitido el Instrumento de Poder N° 218/2012.
Demás partes pertinentes.

Analizados los puntos observados que se habrían subsanado con la Escritura Pública N° 701/2012, se concluye lo siguiente:

a) Evidentemente, se ha insertado el artículo 33° del estatuto Orgánico con las facultades del Consejo de Administración, en el que en el inciso g) manifiesta: "Otorgar poderes generales u especiales al o a los gerentes(s) para el cumplimiento de sus funciones asignadas, nombrar apoderados, representantes, asesores, fijando sus facultades y obligaciones así como los honorarios." En consecuencia se ha subsanado la primera observación a la Escritura Poder N° 666/2012 de 4 de julio de 2012.

b) *Se ha insertado una rectificación al Poder N° 218/2012 de fecha 27 de febrero de 2012, relativo a la revocatoria del Instrumento Público N° 1082/2009 de 8 de diciembre de 2009 y otorgación de nuevo poder general amplio y suficiente de administración, otorgado por ante la notaría a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero, con lo cual se subsana la segunda observación a la Escritura Poder N° 666/2012 de 4 de julio de 2012.*

Que, del análisis a los fundamentos expuestos en el memorial de 18 de julio de 2012 para la no presentación de la Resolución Administrativa de Reconocimiento a los Consejeros de la FEBOCAC en Asamblea General de Socios de fecha 17 de septiembre de 2011, se tiene:

En el Punto III, fundamenta la no presentación de la resolución administrativa de reconocimiento a los consejeros de la FEBOCAC con lo siguiente:

La Dirección General de Cooperativas, mediante oficio DGCOOP. 397/11 del 08/07/2011 dirigido a ASFI, señaló que los miembros de los Consejos Directivos de las Cooperativas deben contar con el reconocimiento de la Dirección General de Cooperativas. Es por este motivo que se instruyó a la Entidades de Intermediación Financiera que operan en todo el territorio nacional se exija la resolución administrativa emitida por la DGCOOP que acredite que los Consejeros de Administración cuentan con calidad societaria para representar a dichas cooperativas y que fueron legalmente elegidos para dicho cargo.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Carta Circular ASFI 3500/2011 de 27 de julio de 2011, instruyendo a las Entidades de Intermediación Financiera el cumplimiento de dicha exigencia emanada de la Dirección General de Cooperativas.

Es merced a esta circunstancia que la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia, mediante Oficio CONCOBOL OF N° 13/11 de fecha 26 de agosto de 2011, elevan el reclamo correspondiente ASFI, respecto de la infundada solicitud emanada de la DGCOOP y que fue transmitida a todo el Sector Financiero mediante el Oficio ASFI 3500/2011.

Luego del análisis legal del reclamo oficial de todos los sectores Cooperativos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Carta Circular "ASFI/4803/2011" (nota referida en forma errónea, la referida carta está consignada con el Nro. ASFI/4603/2011 de 20 de septiembre de 2011), que suspende el instructivo de la DGCOOP, comunicando a las entidades de intermediación financiera del País que deja sin efecto las Carta Circular ASFI 3500/2011 de 27 de julio de 2011 y la complementaria ASFI/3927/2011 de 18 de agosto de 2011, relativa a la exigencia de la DGCOOP.

Es en este sentido y considerando la suspensión de ASFI de la circular ASFI 3500/2011 y ASFI/3927/2011, sobre la solicitud planteada mediante el oficio de la DGCOOP No. 397/11 del 08/07/11 y a que dicho oficio está dirigido a entidades constituidas en Cooperativas y no así a instituciones como la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) que es un ente que aglutina a las Cooperativas de Ahorro y Crédito que operan en el País, por lo que no consideramos pertinente esta observación

planteada en el AUTO de fecha 09 de julio de 2012, por considerarla suspendida por su autoridad y no aplicable a instituciones como la FEBOCAC.

En el Punto IV, expone otras consideraciones:

1) La Sentencia Constitucional 2824/2010-R de 10 de diciembre de 2010, mencionada en el auto de 9 de julio de 2012, está orientada a los requisitos de admisión que debe contener todo Recurso de Amparo Constitucional, conforme a los artículo 97 y 98 de la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 de 1 de abril de 1998.

2) La Sentencia Constitucional 1029/2005-R de 29 de agosto de 2005, que con relación al Principio de Informalismo señala que es necesario referir el principio de informalismo, reconocido por la doctrina y normado par la legislación. Así, el Art. 4.I de la Ley del Procedimiento Administrativo, establece que la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo. Por su parte la Sentencia Constitucional 642/2003-R de 8 de mayo de 2003, expresó que el principio de informalismo consiste en la excusación de las observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso. La excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la acción, para asegurar una decisión sobre el fondo de la cuestión.

3) En el caso específico de los Poderes de Representación presentados, éstos cumplen con la legitimación activa que desea demostrar el recurrente, ya que apartando las formas no exigidas en virtud al principio de informalismo, lo que se está demostrando es que las diferentes cooperativas del país agrupadas en su federación rechazan la norma impugnada correspondiendo a la autoridad ingresar al fondo del asunto. Asimismo se puede señalar que las observaciones, como bien lo señala el auto de 9 de julio de 2012, son omisiones que simplemente no fueron incluidas por razones formales y que pueden ser incluidas o complementadas en cualquier momento de la tramitación del proceso, sin que esto llegue a afectar el análisis de fondo de la impugnación.

4) De otro lado, corresponde también hacer referencia a la segunda parte resolutiva del Auto de 9 de julio, el mismo que señala: "En caso de incumplimiento, se resolverá por el rechazo del Recurso". Al respecto se debe hacer notar que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27275 Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, establece cuales son las formas de resolución de los Recursos Administrativos, los mismos que se mencionan a continuación: de acuerdo al en el Art. 61, será desestimando el recurso si este no cumpliese las formalidades señalas expresamente en disposiciones aplicables y, de acuerdo al referido Art. 43, podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

En el Punto IV, plantea el Petitorio con lo siguiente:

1) Por lo expuesto en el presente memorial se den por absueltas las omisiones e incongruencias observada por su autoridad mediante Auto de fecha 09 de Julio de 2012.

2) Solicitar la tramitación del recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI 233/2012 de 12 de junio de 2012, conforme lo señala la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 13° de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 manifiesta: "Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública podrá actuar por sí o por medio de su representante o mandatario debidamente acreditado."

Que, el artículo 15° del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece: "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos." A su vez, el artículo 16°, inciso I. señala: "Los sujetos regulados y las personas señaladas en el artículo anterior podrán actuar por sí o por medio de su representante o mandatario, debidamente acreditado, mediante la presentación del respectivo poder notarial."

Que, el artículo 165° del Código de Comercio manifiesta que: "La designación y cesación de administradores y representantes deben inscribirse en el Registro de Comercio con indicación expresa de las facultades otorgadas en la escritura de constitución o en el poder Conferido ante Notario de Fe Pública." A su vez, el artículo 126° del mismo cuerpo normativo, dispone que: "Las sociedades cooperativas se rigen por Ley especial. Subsidiariamente, se aplicarán a ellas las prescripciones de las sociedades de responsabilidad limitada, en cuanto no sean contrarias."

Que, el Decreto Supremo No. 29108 de 25 de abril de 2007, modificatorio del artículo 81° del decreto Supremo N° 28631 de 8 de marzo de 2006, Reglamento a la Ley de Organización del Poder Ejecutivo, en lo concerniente a las atribuciones y facultades de la Dirección General de Cooperativas, adiciona el inciso n) con el siguiente texto: "Cumplir y hacer cumplir la Ley General de Sociedades Cooperativas, estatutos y demás normas legales afines, a través de la Dirección General de Cooperativas, estableciéndose para el efecto, entre otras, las siguientes competencias: (…) 3. Reconocer a los Consejos de Administración y Vigilancia y demás comités establecidos en su estatuto."

Que, de acuerdo a lo analizado, corresponde legalmente que toda persona que solicite por medio de un representante alguna actuación administrativa, está en la obligación de acreditar debidamente ante la Administración Pública la representación otorgada. Asimismo, existe normativa expresa que otorga a la Dirección General de Cooperativas la atribución de reconocer a los consejeros de administración y vigilancia de las sociedades cooperativas.

Que, las cartas circulares a los (sic) *que hace referencia el señor Aldo Yany Moro Gutiérrez se refieren a los consejos de administración y vigilancia de las Cooperativas de Ahorro y Crédito y no a organizaciones que representan a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, razón por la que no se aplican en el presente caso.*

Que, no puede concebirse la existencia de una persona jurídica, cuya representación no esté acreditada por el órgano público competente para hacerlo.

Que, las circunstancias que llevan a una duda razonable respecto a la representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito, son plenamente justificadas, debido a que la legítima representación del Ente Federativo recurrente, no está debidamente acreditadas ya que este Órgano Regulador en fecha 22 de julio de 2012, recibe dos cartas, una con Cite FDC.CAR-54/0612-CA firmada por el Sr. Johnny Revollo López, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) y por otro lado la carta PDCIA.OF. No. 38/2012, firmada por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, también en calidad de Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC). Además de ello recibió la carta FBC-CA-003/2012 de 14 de junio de 2012, suscrita por el Sr. Johnny Revollo, como Presidente del Consejo de Administración de la FEBOCAC, comunicando la nueva conformación del Directorio de la FEBOCAC, según el remitente, posesionado y reconocido por la Dirección General de Cooperativas el 8 de junio de 2012.

Que, no obstante la carga de la acreditación de la representación recae en el Ente Federativo recurrente, mediante carta ASFI/DNP/R-81378/2012 de 4 de julio de 2012, se solicitó a la Dirección General de Cooperativas acredite quien es la persona reconocida por esa Dirección como Presidente y representante legal de la FEBOCAC, así como los miembros que conforman su directiva, habiendo obtenido como respuesta una escueta nota señalando que todos los antecedentes relacionados a la Representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito - FEBOCAC, están siendo trasladados a la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia CONCOBOL.

Que, el numeral 7 del artículo 121° de la Ley General de Sociedades Cooperativas, faculta a la Confederación Nacional de Cooperativas a intervenir arbitrariamente en los conflictos suscitados entre los miembros de la confederación nacional, lo que infiere a considerar que la representación de la federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito se encuentra en controversia, careciendo el señor Aldo Yany Moro Gutiérrez legitimidad para realizar actos en representación de la FEBOCAC.

Que, la Sentencia Constitucional 2824/2010-R de 10 de diciembre de 2010, observada por la recurrente, constituye un elemento de sustentación para que el Regulador pueda

formar criterio y convicción para emitir sus pronunciamientos, en este sentido, también se tiene la Sentencia Constitucional 001712003-R de 7 de enero de 2003, que manifiesta lo siguiente: "Que, la entidad bancaria que está en la obligación de acreditar una firma, solo lo puede hacer cuando tenga la firme convicción de que quien pide tal acreditación es quien tiene la representación, de manera tal que cuando no se tiene tal convicción o existe incertidumbre y duda en la representación de una persona jurídica, la entidad bancaria puede negar tal pedido, hasta que por los medios ordinarios se resuelva quien tiene la representación.'" A su vez, la Sentencia Constitucional 323/2002-R, de 22 de marzo de 2002 consideró: "... el Gerente General del Banco Unión S.A., no ha cometido acto ilegal alguno al no habilitar la firma del recurrente para operar las cuentas de la Alcaldía de Sapahaqui, toda vez que existe una controversia aún no resuelta sobre la titularidad del ejecutivo municipal.

Que, por lo dicho, los Bancos demandados, al no haber dado curso a la solicitud de los recurrentes hasta que se acrediten sus firmas, no ha cometido ningún acto ilegal, por cuanto existe incertidumbre y duda sobre la representación de COTEL; en consecuencia, no es evidente que se haya lesionado los derechos de asociación, reunión, trabajo y propiedad privada de COTEL, por todo lo que no amerita la protección demandada."

Que, los lineamientos del principio de informalidad expuestos por la Recurrente, en sentido que la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo, no excluye al principio de sometimiento pleno a la ley establecido en el artículo 4°, inciso c) de la Ley del Procedimiento Administrativo que indica: "La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso."

Que, tanto la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341, en e! artículo 13, parágrafo I, y el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, en el artículo 16°, parágrafo I. manifiestan que los recurrentes ante la Administración Pública deberán estar debidamente acreditados, por tanto esta obligación del Recurrente no constituye una exigencia formal no esencia!, como erróneamente interpreta y que hacen al debido proceso.

Que, con referencia a los modos de resolver los recursos administrativos, son correctas las precisiones del Recurrente, puesto que el artículo 43° del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI es claro al señalar que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

CONSIDERANDO:

Que, de la evaluación de los fundamentos expuestos en el recurso y la normativa precedentemente, se establece que el recurrente no ha subsanado íntegramente las observaciones señaladas en el auto de 9 de julio de 2012.

Que, de acuerdo con el Informe ASFI/DAJ/R-94295/2012 de 1 de agosto de 2012, las omisiones no subsanadas en el memorial de 18 de julio de 2012, representan vulneración

a los requisitos esenciales para la admisión del Recurso de Revocatoria interpuesto mediante el memorial de fecha 4 de julio de 2012, conforme está establecido en los artículos 13, parágrafo I. de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 202 y el artículo 16°, parágrafo I. del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, sin ingresar al fondo del Recurso, corresponde emitir Resolución declarándolo improcedente…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 24 de agosto de 2012, el Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2012 de 2 de agosto de 2012, argumentado lo siguiente:

"…I. ANTECEDENTES

En fecha 14 de octubre de 2008, mediante ***CIRCULAR SB/0588/2008*** *la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras socializa la* ***Resolución SB N° 198/2008*** *de la misma fecha, que aprueba el Reglamento para Cooperativas y pone en vigencia las etapas para la obtención del Certificado de Adecuación y posterior obtención de la Licencia de Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito CAC Societarias.*

Posteriormente mediante ***CIRCULAR SB/0602/2008,*** *se hace conocer la* ***Resolución SB 264/08*** *de 22 de diciembre de 2008, modificando el mencionado Reglamento y disponiendo que las CAC Societarias envíen de manera mensual sus Estados Financieros (EEFF) a la entidad supervisora.*

Consecuentemente en fecha 23 de noviembre de 2009, a través de ***CIRCULAR ASFI/020/2009*** *se hace conocer la* ***Resolución ASFI No. 412/2009*** *de la misma fecha, mediante la cual se elimina la obligatoriedad de que en caso de utilizar un consultor en la elaboración e implementación del Plan de Acción, este se encuentre registrado en ASFI.*

A la fecha se ha emitido la ***"Resolución ASFI No. 233/2012 de 12 de junio de 2012, que aprueba y pone en vigencia las Modificaciones al Reglamento para la Constitución,***

Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito", *socializada a sistema financiero mediante Circular ASFI/126/2012 de 12 de junio de 2012, la misma* ***que*** *causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos de todo el sector cooperativista de ahorro y crédito, por lo cual en plazo hábil y oportuno se interpone el presente* ***RECURSO JERÁRQUICO,*** *en base a los fundamentos de orden legal que a continuación se exponen.*

II. SOBRE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA FEDERACIÓN BOLIVIANA DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO.

Mediante Escritura de Poder N° 0666/2012 de 4 de julio de 2012, la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito - FEBOCAC, acredita al Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez como representante legal de la Federación.

Además del señalado documento y a fin de acreditar la representación legal, se remitió la siguiente documentación:

1. *Fotocopia simple del Acta de Asamblea de Constitución de la Federación de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Bolivia.*
2. *Fotocopia simple de la Ficha de Registro en el ex - Instituto Nacional de Cooperativas (hoy Dirección General de Sociedades Cooperativas).*
3. *Resolución de Consejo N° 5262 de 14 de diciembre de 2000 emitido por el ex - Instituto Nacional de Cooperativas reconociendo la Personalidad Jurídica de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito.*
4. *Copia legalizada del Acta de la Asamblea Anual Ordinaria de la FEBOCAC de fecha 17 de septiembre de 2011.*
5. *Copia legalizada del Testimonio N° 0218/2012 de 27 de febrero de 2012, revocando el Poder N° 1082/2009 y otorgamiento de nuevo Poder General Amplio y Suficiente de Administración que confieren la FEBOCAC en favor de Hoggier Hurtado Añez, Jaime Gonzáles Alanés, Reynaldo Burgos Fernández y Eloy Edgar Urquizu Herrera, en su condición de miembros del Consejo de Administración de la FEBOCAC, según Acta de Asamblea Anual Ordinaria de fecha 17 de septiembre de 2011*

Que sobre la Escritura de Poder N° 218/2012 de 27 de febrero de 2012, ASFI realizaron las siguientes observaciones:

A la Escritura de Poder N° 218/2012 de 27 de febrero de 2012

1. *No se encuentran transcritas las partes pertinentes del Estatuto Orgánico de la FEBOCAC, referidas a lo siguiente:*

   a) *Plazo y oportunidad para la celebración de las asambleas ordinarias*
   b) *Quórum necesario para la celebración de asambleas ordinarias*
   c) *El capítulo referido a la composición de los Consejos de Administración y Vigilancia*
   d) *El capítulo referido a la forma de elección de los consejeros*

2. *No han sido transcritas las Resoluciones Administrativas reconociendo el Estatuto Orgánico de la FEBOCAC ni los Consejos de Administración y Vigilancia elegidos en Asamblea de 17 de septiembre de 2011.*

A la Escritura de Poder N° 666/2012 de 4 de Julio de 2012

1. *No se ha transcrito la parte pertinente del Estatuto Orgánico de la FEBOCAC, que atribuye al Consejo de Administración la facultad de otorgar poderes.*
2. *Manifiesta que es otorgado por el Presidente y Secretario de la FEBOCAC, "en virtud del inciso 6 del instrumento de Poder N° 218/2012 de 18 de febrero de 2012", sin embargo el Poder N° 218/2012, es de fecha 27 de febrero de 2012.*

Las observaciones realizadas por el Regulador, fueron subsanadas mediante memorial

de 18 de julio de 2012, de las cuales la Resolución recurrida establece que se hubieren enmendado parcialmente las observaciones, manteniéndose únicamente las siguientes en cuanto a la Escritura de Poder N° 218/2012 de 27 de febrero de 2012:

1. *En el inciso a) del numeral 1, la observación está referida al plazo y oportunidad para la celebración de las asambleas ordinarias.*

   Esta observación fue subsanada por el memorial de 18 de junio el mismo que a la letra señala "Art. 21 Frecuencia.- La Asamblea General Ordinaria se reunirá una vez al año dentro de los primeros ciento veinte días de cada gestión".

   La observación realizada por ASFI, es muy puntual al solicitar que se incorpore el plazo de oportunidad para la celebración de las asambleas ordinarias, en tal sentido la observación también debe ser puntual, y así lo es, al señalar que se reunirá una vez al año dentro de los primeros ciento veinte días; no obstante el Regulador emite una nueva observación al señalar que la Asamblea Anual de la gestión 2011, se llevó a cabo el 17 de septiembre, aspecto que inicialmente no fue observado ni comunicado oportunamente al recurrente a fin de presentar los descargos correspondientes.

   Esta observación no tiene relación alguna con la representación legal que el recurrente ha acreditado, es una observación referida a la gestión de la Federación, que en todo caso correspondería a la Consejo Nacional de Cooperativas - CONCOBOL, emitir criterio al respecto, toda vez que la FEBOCAC no se encuentra supervisada por ASFI, por lo que tal aspecto no afecta de forma alguna a la representación legal del recurrente, por lo que la observación estaría subsanada.

2. *Con relación al numeral 2 de la observación referida a la transcripción de las Resoluciones Administrativas que reconocen el Estatuto Orgánico de la FEBOCAC y los Consejos de Administración y Vigilancia elegidos en Asamblea de 17 de septiembre de 2011, se debe señalar que la Resolución recurrida no establece de forma clara cuál es la observación, ya que señala* ***"Ha sido parcialmente subsanada la observación 2, en sentido de que no han sido transcritas las resoluciones administrativas reconociendo el Estatuto Orgánico de la FEBOCAC",*** *se entiende que no se ha subsanado lo referido a la transcripción del Estatuto de la FEBOCAC, sin embargo en la segunda parte del párrafo señala:* ***"En efecto, se encuentra transcrita la Resolución Administrativa de 13 de octubre de 2004, emitida por la DIGECOOP, en la que el inciso primero de la parte resolutiva aprueba el Estatuto Orgánico de la FEBOCAC que consta de VIII Títulos y 72 Artículos, aprobado por la Asamblea General de socios de 4 de septiembre de 2004",*** *en esta segunda parte del párrafo, muy por el contrario señala que la Resolución Administrativa emitida por la DIGECOOP aprueba el Estatuto Orgánico de la FEBOCAC. Entonces este que sería el único aspecto que no fue totalmente subsanado, nos pone en indefensión frente al Regulador porque la observación realizada es absolutamente confusa y en consecuencia, no se sabe si la observación fue subsanada o no, ya que con un párrafo tan contradictorio y no*

explicado en ninguna otra parte de la Resolución, crea un escenario de total inseguridad jurídica.

III. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DEL RECONOCIMIENTO DEL DIRECTORIO

Con relación a la obligatoriedad del reconocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia de la FEBOCAC por parte de la DIGECOOP, se debe señalar que la Resolución impugnada entre el marco legal mencionado en su texto, específicamente con relación a las atribuciones de la DIGECOOP, menciona el Decreto Supremo N° 29108, modificatorio del artículo 81 del Decreto Supremo N° 28631 de 8 de marzo de 2006 - Reglamentario a la Ley de Organización del Poder Ejecutivo, haciendo referencia que entre las atribuciones y facultades de la Dirección General de Cooperativas, se adiciona el inciso n) con el siguiente texto: "Cumplir y hacer cumplir la Ley General de Sociedades Cooperativas, estatutos y demás normas legales afines, a través de la Dirección General de Cooperativas, estableciéndose para el efecto, entre otras, las siguientes competencias: (...) 3. Reconocer a los Consejos de Administración y Vigilancia y demás comités establecidos en su estatuto".

Al respecto del párrafo mencionado, es necesario hacer notar a su autoridad, que los DSs (sic) 29108 de 25 de abril de 2007 y 28631 de 8 de marzo de 2006, ***han sido ABROGADOS por el Decreto Supremo N° 29894 del 7 de febrero de 2009 - Estructura Organizativa del Poder Ejecutivo del Estado Plurinacional,*** *llama la atención que una entidad reguladora del Sistema Financiero base su decisiones en normativa abrogada, por lo que la misma no tiene efecto alguno sobre los regulados, aspecto que no solo acarrearía la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, sino más aún nos encontrarnos en absoluta inseguridad jurídica frente al regulador y frente al estado en general.*

Con relación a la normativa mencionada por ASFI, y en caso de que estaría vigente la normativa aplicada por el regulador (Que no es el caso como se lo mencionó precedentemente), corresponde hacer el siguiente análisis:

El ***Artículo 81 del Decreto Supremo 28631 (Funciones de los Viceministros)*** *Los Viceministros del Ministerio de Trabajo tienen las siguientes funciones:*

"n) Cumplir y hacer cumplir la Ley General de Sociedades Cooperativas, estatutos y demás normas legales afines, a través de la Dirección General de Cooperativas, estableciéndose para el efecto, entre otras, las siguientes competencias:

1) *Otorgar el reconocimiento legal de la personalidad jurídica de las sociedades cooperativas, así como sus modificaciones y ordenar su inscripción en el Registro Nacional de Cooperativas.*
2) *Aprobar los estatutos de las sociedades cooperativas, así como sus modificaciones.*
3) *Reconocer a los Consejos de Administración y Vigilancia y demás comités establecidos en su estatuto.*
4) *Efectuar el registro de los socios de las Cooperativas que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley General de Sociedades Cooperativas.*
5) *En caso de incumplimiento a lo establecido en la Ley General de Sociedades Cooperativas, disponer la intervención a las sociedades cooperativas en función a*

los informes técnicos previos, señalando expresamente los plazos y el objeto de la intervención, reportando sobre su desarrollo al Consejo Nacional de Cooperativas.

6) *Orientar, asesorar y supervisar a las sociedades cooperativas.*
7) *Vigilar el funcionamiento económico, financiero y contable de las cooperativas, debiendo las mismas, en aplicación de los Artículos 46 y 47 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, presentar una copia del balance general y la memoria anual del Consejo de Administración, con la debida aprobación de la Asamblea General.*
8) *Efectuar convenios con sociedades cooperativas, así como con instituciones de fomento al cooperativismo.*
9) *Llevar a su cargo el Registro Nacional de Cooperativas."*

Todas las obligaciones mencionadas en el texto precedente, están referidas únicamente a las cooperativas, las mismas que son constituidas como sociedades cooperativas de ahí la razón de controlar el funcionamiento de este tipo de entidades, por ejemplo el inciso 7), habla del funcionamiento económico financiero y contable de las cooperativas; por lo que se reitera que en cada uno de los incisos mencionados en el literal n) referido precedentemente; se refiere solo a las Cooperativas como tal y no así a las Federaciones, como es el caso de la FEDERACIÓN BOLIVIANA DE COOPERATIVAS, por lo que aún en el caso que la normativa hubiese sido aplicable no alcanza a la FEBOCAC, la misma que es una Federación que no realiza operaciones de intermediación financiera, sino que simplemente aglutina a las cooperativas que realizan operaciones de intermediación financiera.

No obstante y con relación al reconocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia de la FEBOCAC por parte de la DIGECOOP, es necesario repasar las atribuciones de este ente estatal dependiente del Viceministerio de Trabajo, Desarrollo Laboral y Cooperativas, en el siguiente marco legal correcto, el Decreto Supremo N° 29894:

ARTÍCULO 88.- (ATRIBUCIONES DEL VICEMINISTERIO DE EMPLEO, SERVICIO CIVIL Y COOPERATIVAS). *Las atribuciones del Viceministerio de Empleo, Servicio Civil y Cooperativas, en el marco de las competencias asignadas al nivel central por la Constitución Política del Estado, son las siguientes:*

a. *Diseñar, coordinar y ejecutar planes y programas intersectoriales de generación y promoción del empleo con las entidades territoriales descentralizada y autónoma.*
b. ***Promover, fiscalizar y supervisar el desarrollo social, económico y productivo del sector cooperativo,*** *apoyando una gestión transparente; disponer acciones de intervención en caso de incumplimiento de la ley y de sus normas estatutarias.*
c. *Coordinar, elaborar y ejecutar con entidades públicas y privadas, planes y programas dirigidos a garantizar la igualdad en el acceso, condiciones y oportunidades laborales de los jóvenes.*
d. *Coordinar con entidades públicas y privadas el diseño y ejecución de planes y programas de intermediación, capacitación técnica y certificación de competencias laborales.*
e. *Coordinar la generación y administración de información socio laboral y empleo con instituciones públicas y privadas especializadas en la materia.*

f. *Diseñar y coordinar la elaboración de una política migratoria laboral en coordinación con la Dirección General de Migración e emigración (sic) dependiente del Ministerio de Gobierno.*
g. *Diseñar instrumentos para la inserción y estabilidad laboral efectiva de las personas con discapacidad en el sector público y privado.*
h. *Controlar y fiscalizar el régimen laboral y la carrera administrativa de las servidoras y los servidores públicos.*
I. *Administrar el Registro Estatal de las servidoras y los servidores públicos, como único registro de datos personales, declaraciones juradas de bienes y rentas, declaración de incompatibilidades y calificación de años de servicio.*
j. *Resolver los recursos administrativos formulados por las servidoras y los servidores públicos relacionados con el régimen laboral, disciplinario, la carrera administrativa y de registro.*
k. *Promover el ejercicio, compatibilidad y aplicación de los Códigos de Ética Institucionales.*
l. *Diseñar políticas, administrar y ejecutar dirigidas a la formación y capacitación de las servidoras y los servidores públicos.*
m. *Emitir disposiciones normativas referentes a la relación jurídico laboral entre el Estado y las servidoras y los servidores públicos.*

Sobre la normativa expuesta, el inciso b), es el único referido a las cooperativas como tal, al señalar que ***promoverá, fiscalizará y supervisará el desarrollo social, económico y productivo del sector cooperativo,*** *no obstante en ninguna parte de la norma se establece como atribución específica, que se realizará el reconocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia de las Federaciones. Por todo lo señalado se determina lo siguiente:*

1. *No existe la obligatoriedad por parte de la FEBOCAC de hacer reconocer sus Consejos de Administración y Vigilancia en la DIGECOOP, ni es atribución de la DIGECOOP reconocer los Consejos de Administración y Vigilancia de las Federaciones.*
2. *La normativa legal en la que se ampara ASFI, se encuentra ABROGADA por lo que no es aplicable de ninguna forma al presente caso ni a ningún otro.*
3. *No existe normativa expresa que obligue a la FEBOCAC a hacer reconocer los Consejos de Administración y Vigilancia.*

Finalmente y con relación a este tema, la resolución impugnada establece en el segundo párrafo de la página 16, lo siguiente: (...) "Asimismo, existe normativa expresa que otorga a la Dirección General de Cooperativas la atribución de reconocer a los consejeros de administración y vigilancia de las sociedades cooperativas", de lo citado se evidencia que ASFI menciona que existiría alguna normativa que contenga la obligatoriedad de reconocimiento de los consejos, pero en ninguna parte la menciona textualmente, como correspondería en el presente caso, mencionando a sociedades cooperativas y no a Federación, por lo que tales argumentos carecen del Principio de Verdad Material reconocido por el Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no pudiendo hacer referencia a una atribución establecida en una norma que no se la menciona textualmente y en la que se basa las decisiones del regulador.

IV. SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA FEDERACIÓN PARALELA

La Resolución impugnada, en la página 16 de su texto, menciona que en fecha 22 de julio de 2012, recibe dos cartas: La primera con CITE FDC.CAR-54/0612-CA (Nos imaginamos que el CITE es FDC.CAR-54/2012-CA), firmada por el Sr. Johnny Revollo López, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito y la segunda la carta PDCIA.OF No. 38/2012, firmada por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, también en calidad de Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito, asimismo señala que recibió una tercera carta FBC-CA-003/2012 de 14 de junio de 2012, suscrita por el señor Johnny Revollo López, como Presidente del Consejo de Administración de la FEBOCAC, según el remitente, posesionado y reconocido por la Dirección General de Sociedades Cooperativas el 8 de junio de 2012. De las tres cartas mencionadas, se tiene el siguiente análisis:

La primera y la segunda carta hacen referencia a que existirían dos FEBOCACs paralelas, sin embargo el regulador debió verificar mínimamente la existencia de la Personería Jurídica de la FEBOCAC que preside Johny Revollo, tal como acreditó entre otros documentos la FEBOCAC presidida por el Sr. Hoggier Hurtado, ya que una simple carta no acredita la existencia como tal de una Federación.

Por otro lado, se debe señalar que ASFI en ningún momento puso en conocimiento del recurrente la existencia de una misiva donde existiere otra FEBOCAC (La del Sr. Revollo), sobre lo cual en los descargos o complementaciones que presentó, se hubieren alegado argumentos referidos al tema de la existencia de una FEBOCAC paralela, tal extremo causa nuevamente indefensión al recurrente ya que este extremo es conocido en el momento en que se notifica la Resolución recurrida en Jerárquico, por lo cual no se tuvo la oportunidad de manifestar sus pretensiones al respecto.

Finalmente, con relación a la tercera carta, se debe señalar que el Sr. Revollo comunica la conformación del Directorio de su FEBOCAC, la misma que estaría posesionada y reconocida por la DIGECOOP, aspecto que no es corroborado por el Regulador, sino simplemente mencionado por el Sr. Revollo, argumentando una vez más su Resolución de improcedencia sobre aspectos que no fueron documentados y debidamente respaldados, ya que una cosa es lo que se afirme en una carta y otra la que pueda ser demostrada documentalmente, incumpliendo una vez más el Principio de Verdad Material.

Por otro lado, el último párrafo de la mencionada página 16 hace referencia a la consulta a la DIGECOOP, sobe la persona reconocida por esa dirección como Presidente y representante legal de la FEBOCAC, señalando además que la carga de la acreditación recae en el ente federativo; sobre lo cual se respondió que todos los antecedentes relacionados a la Representación Legal de la FEBOCAC están siendo trasladados a la CONCOBOL.

Al respecto se debe señalar que es obligación del Regulador el buscar la Verdad Material en el Proceso Administrativo, por lo que corresponde que agote todas las vías necesarias para argumentar de manera eficaz sus decisiones; en este sentido y considerando que finalmente es la CONCOBOL es la (sic) instancia que demostrará la

representación legal de la FEBOCAC, adjunto a la presente se remite la Resolución 005/2012 de 29 de junio 2012, que resuelve:

PRIMERO.- Se rechaza todo acto de parte de la Dirección General de Cooperativas dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social que pretenda dividir u orientar a debilitar el sistema cooperativo nacional, por lo que se ratifica el reconocimiento de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito(FEBOCAC) y la representación legal del hermano Hoggier Hurtado como Presidente del Consejo de Administración. SEGUNDO.- Se desconoce cualquier otra Federación y/o Cooperativa paralela del Sistema Cooperativo que no esté debidamente reconocida por la CONCOBOL por lo que ASFI y toda entidad de regulación deberá consensuar cualquier normativa de los sectores cooperativos correspondientes, a través de la Federaciones reconocidas por la CONCOBOL, en observancia del artículo 242 de la Constitución Política del Estado y normas legales en vigencia.

La Resolución citada, es absolutamente clara al reconocer la FEBOCAC representada por el Sr. Hoggier Hurtado, no dejando duda la legalidad en la representación. (Se adjunta una copia simple del documento)

Por su lado ASFI, en reiteradas ocasiones se dirigió al Sr. Hoggier Hurtado como Presidente de la FEBOCAC, dichos extremos son corroborados mediante las cartas siguientes:

1. *ASFI/DSR III/R-69176/2012 de 8 de junio de 2012 - Ref. TRAMITE N° 1-34777 SEMINARIOS ASFI - FEBOCAC.*
2. *ASFI/DSR III/R-62426/2012 de 23 de mayo de 2012 - Ref. TRAMITE N° 1-34777 - SEMINARIOS ASFI - FEBOCAC.*
3. *ASFI/DNP/R-81950/2012 de 5 de julio de 2012 - Ref. TRAMITE N° T-456163 - MODIFICACIÓN AL REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO.*

Las cartas mencionadas, demuestran que ASFI en más de una oportunidad reconoció la representación legal del Sr. Hoggier Hurtado, aspecto que debe ser tomado en cuenta por su autoridad. (Se adjuntan copias simples)

V. SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y EL PRINCIPIO DE INFORMALISMO

La resolución impugnada, entre otra normativa menciona al artículos 13 y 15 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, la cual se refiere a la ***DEBIDA ACREDITACIÓN,*** *lo cual significa que la persona que representa a otros, presente el respectivo Poder de Representación que lo acredite para representarlos, en este documento se está manifestando la voluntad de los que se hubieren vulnerado sus derechos subjetivos e intereses legítimos, en tal sentido es que el Procedimiento Administrativo es un procedimiento único que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de petición ante la Administración Pública (artículo 1, literal b. - Ley 2341), este derecho de petición se considera un equilibrio que debe existir entre el poder del Estado y los derechos de los regulados, los mismos que pueden acceder a una impugnación administrativa sin la*

existencia de requisitos formales, por lo que la FEBOCAC ha cumplido el requisito mínimo de acreditación no existiendo la posibilidad de desconocimiento del Poder presentado. Con relación a la FEBOCAC paralela, se debe mencionar que el Regulador lo que debe verificar es la representación de estas Federaciones, a más de exigir requisitos formales que no corresponden al Procedimiento Administrativo, en el caso analizado si la FEBOCAC representada por el Sr. Hoggier Hurtado tiene la representación de cierto número de cooperativas y son estas las que manifestaron su voluntad a través de un poder, ahí se ha manifestado la legitimación activa del apoderado, la esencia para la impugnación de una norma ***y la voluntad de los regulados está plasmada en el poder de representación, único documento exigible por el regulador.***

El artículo 4 de la LPA, literal I) establece el Principio de Informalismo, por el cual no corresponde la observación a requisitos formales, que en el presente caso es la del reconocimiento a los Consejos de Administración y Vigilancia y de las otras exigencias realizadas.

Con relación al Principio de Informalismo, se debe mencionar la siguiente jurisprudencia:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 337/2011-R
Sucre, 30 de septiembre de 2011

"El art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), regula el principio de informalismo previsto en el inc. I) que prescribe: "La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo..."; es decir, que el procedimiento administrativo, por su naturaleza, no está sujeto al cumplimiento estricto de formalidades, que pudieran producirse con posterioridad u otra instancia.
Ratificando el razonamiento asumido por la uniforme línea jurisprudencial de este Tribunal la SC 0375/20W-R de 22 de junio, señaló: "...entendido como la facultad de la administración pública de excusar la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, pudiendo proseguirse el procedimiento administrativo sin perjuicio de que aquellos se cumplan con posterioridad; en este sentido, la jurisprudencia constitucional estableció que: (…) "El principio de informalismo consiste en la excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento (SC 0642/2003-R de 8 de mayo)..."

La Sentencia Constitucional es clara al mencionar que se deben exigir los requisitos esenciales únicamente, en el presente caso esa normativa es el Poder de Representación, es más este requisito puede ser subsanado durante la vigencia del

Proceso Administrativo, como bien la señala la Ley 2341, aspecto que no es cumplido por el Regulador ya que realiza observaciones de forma que no afectan al DERECHO DE PETICIÓN, reconocido por la misma Constitución Política del Estado.

Asimismo, se debe hacer notar que las Sentencias Constitucionales para ser aplicables a casos similares deben ser análogas, el regulador por el contrario menciona SC que no son aplicables al caso analizado, ya que el Procedimiento Administrativo es un procedimiento único al cual no se le asemejan en su tramitación los procesos constitucionales ni judiciales, por lo que no corresponde la jurisprudencia mencionada en la Resolución impugnada, por no ajustarse a las condiciones de aplicabilidad mínimas.

Por su parte el Autor Miguel Alejandro López Olvera, en su libro Los Principios del Derecho Administrativo señala: "La Ley federal de Procedimiento Administrativo dispone al respecto, en el primer párrafo del artículo 15, "La administración no podrá exigir más formalidades que las expresamente previstas por la Ley, es decir la norma establece un mínimo de formalidades que debe cumplir el administrado al dirigirse a la administración". Una vez más se reitera la no exigencia de requisitos formales, no solo reconocido en nuestra economía jurídica, sino en los diferentes países del mundo.

VI. CONCLUSIONES

Del análisis legal realizado, se concluye señalando que la Resolución ***ASFI N° 378/2012 de 2 de agosto de 2012,*** *vulnera los derechos subjetivos e intereses legítimos de la FEDERACIÓN BOLIVIANA DE COOPERATIVAS, y de sus asociados ya que no se le ha concedido el derecho a petición que las leyes y la misma Constitución Política del Estado le otorgan, basándose en argumentos sin respaldo y en normativa derogada, y en un tácito incumplimiento al Principio de Informalismo.*

En tal sentido, solicitamos a su autoridad analizar los argumentos esbozados, los mismos que contienen un abundante respaldo basado en la norma vigente.

PETITORIO

En el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y sus Decretos Supremos reglamentarios, pido a su autoridad la admisión del presente Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI N° 378/2012 de 2 de agosto de 2012 y la anulatoria del proceso administrativo, hasta la apertura del consecuente periodo probatorio donde el Regulador ingrese al fondo del análisis planteado, y permita presentar las pruebas de descargo del recurrente y analizar las pretensiones de orden técnico presentadas en el Recurso de Revocatoria contra la "Resolución ASFI No. 233/2012 de 12 de junio de 2012, que aprueba las Modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito".

Asimismo solicitamos se fije día y hora para la audiencia de exposición pública de fundamentos y sea con las formalidades de Ley.

OTROSÍ.- *Se adjunta el Poder Especial Amplio y Suficiente N° 0666/2012 de fecha 04 de julio de 2012 y el Instrumento de Poder N° 701/2012 de fecha 16 de julio de 2012,*

relativo a la Rectificación e Incorporación y Complementación al poder N° 0666/2012, mismos que fueron otorgados por los señores. Hoggier Hurtado Añez y Reynaldo Burgos Fernández, en su calidad de Presidente y Secretario de ***FEBOCAC****, a favor del señor Dr. Aldo Yany Moro Gutiérrez, ambos poderes emitidos por la Notaría de Fe Publica N° 59 de este Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero Céspedes.*

OTROSÍ II.- *Se adjunta Instrumento de Poder N° 0218/2012 de fecha 27 de febrero de 2012 otorgado por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Bolivia (FEBOCAC) a favor del Lic. Hoggier Hurtado Añez, Jaime Gonzales Alanes, Reynaldo Burgos Fernández y Eloy Edgar Urquizu Herrera en sus condiciones de Presidente, Vicepresidente, Secretario y Tesorero respectivamente, del Consejo de Administración de la FEBOCAC, y el Instrumento de Poder N° 700/2012 de fecha 16 de julio de 2012, relativo a la Incorporación y Complementación al Instrumento de Poder N° 218/2012, que fuera conferido por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Bolivia (FEBOCAC); en favor de los señores: Lic. Hoggier Hurtado Añez, Jaime González Alanes, Reynaldo Burgos Fernandez y Eloy Edgar Urquizu Herrera, ambos poderes emitidos por la Notaría de Fe Pública N° 59 de este Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero Céspedes.*

OTROSÍ III.- *Se adjunta copia simple de la Resolución CONCOBOL 005/2012 de 29 de junio 2012, y de las siguientes cartas emitidas por la ASFI*

1. *ASFI/DSR III/R-69176/2012 de 8 de junio de 2012 - Ref. TRAMITE N° T-34777 SEMINARIOS ASFI - FEBOCAC.*
2. *ASFI/DSR III/R-62426/2012 de 23 de mayo de 2012 - Ref. TRAMITE N° T-34777 SEMINARIOS ASFI - FEBOCAC.*
3. *ASFI/DNP/R-81950/2012 de 5 de julio de 2012 - Ref. TRAMITE N° T-456163 - MODIFICACIÓN AL REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha de 12 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012, misma que aprobó y puso en vigencia el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y

Crédito, inmerso en el Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

El 4 de julio de 2012, la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito "FEBOCAC" representada por el Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 378/2012 de 2 de agosto de 2012, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito, bajo dos argumentos:

- **Primero.-** En razón a que no se hubieran subsanado íntegramente las observaciones, señaladas en el Auto de 9 de julio de 2012, ya que el recurrente no habría cumplido con la obligatoriedad de presentar la Resolución Administrativa emitida por la Dirección General de Cooperativas, reconociendo a los Consejos de Administración y Vigilancia, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo Nº 29108 de 25 de abril de 2007, modificatorio del artículo 81 del Decreto Supremo Nº 28631 de 8 de marzo de 2006 (Reglamento a la Ley de Organización del Poder Ejecutivo).

- **Segundo.-** En razón a que existirían dos Federaciones paralelas, conforme se evidencia de las notas con Cite FDC.CAR-54/0612-CA firmada por el Sr. Johnny Revollo López, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) y por otro lado la carta PDCIA.OF. No. 38/2012 de 22 de julio de 2012 firmada por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, también como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), y al existir controversia en cuanto a quién ostentaría la representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito, el Ente Regulador declaró improcedente el Recurso presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez en representación legal de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), presidida por el Sr. Hoggier Hurtado Añez.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De los antecedentes referidos, tenemos que, el presente recurso versa sobre si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero actuó conforme a derecho, al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC).

Por lo que, previo al análisis de fondo, es necesario analizar si el recurrente cumplió con los requisitos de admisión.

La Ley del Procedimiento Administrativo Nº 2341 en su artículo 13, parágrafo I y II, señala:

> *"I. Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública podrá actuar por sí o por medio de su* ***representante*** *o mandatario* ***debidamente acreditado.***"

II. El representante o mandatario, ***deberá exhibir poder notariado*** *para todas las actuaciones administrativas…"* (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que, el artículo 16 parágrafo I, del Decreto Supremo 27175, refiere:

"I. Los sujetos regulados y las personas señaladas en el artículo anterior podrán actuar por sí o por medio de sus representantes o mandatario, debidamente acreditado, ***mediante la representación del respectivo poder notarial****…"* (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la norma transcrita, se tiene que, la recurrente no sólo debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de Septiembre de 2003, sino también, deberá acreditar el respectivo poder notarial, cuando el Recurso sea presentado por su representante legal, conforme lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 13 parágrafos I y II, artículo 16 parágrafo I, del Decreto Supremo 27175, o, en su caso, el recurso podrá ser declarado improcedente, conforme lo señala el artículo 43 inc. d) del Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003.

2.1. Sobre la legitimación y el Principio de Informalismo.-

La recurrente señala que no corresponde, al procedimiento administrativo, solicitar mayores requisitos, que no sea la presentación del poder del Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez como representante de la FEBOCAC, como la exigencia formal del reconocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia ante la Dirección General de Cooperativas que, en el presente caso, al haberse presentado el poder en el Recurso de Revocatoria, debió haber sido admitido y resuelto en el fondo en virtud al principio de informalismo.

Sobre el particular tenemos que la Sentencia Constitucional 1337/2011-R citada por la recurrente, en lo pertinente hace referencia a:

"…El ***principio de informalismo*** *consiste en la* ***excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después****, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser* ***interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione****, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento."* (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si bien, es cierto que, dentro de los procedimientos administrativos, se puede prescindir del cumplimiento de cuestiones formales no esenciales, por parte del administrado, de ninguna manera se puede entender que el Poder de representación, constituya una mera formalidad dentro de un proceso, como refiere la recurrente, ya que es justamente este

instrumento legal, el que otorga legitimación activa a su representante, para actuar dentro de un recurso.

Siguiendo a Eduardo Couture, la legitimación activa es una capacidad procesal que tiene una persona, sea natural o jurídica, para activar la acción, sin embargo no cualquier persona está legitimada para ello sino la recurrente debe demostrar esa vinculación entre el acto que impugna y su derecho supuestamente vulnerado.

Ahora bien, revisados los antecedentes tenemos que la recurrente sí presentó la siguiente documentación:

- El Testimonio Poder Nº 218/2012 de 27 de febrero de 2012.
- El Testimonio Nº 700/2012 de 16 de julio de 2012, de Administración, que complementa el instrumento Poder Nº 218/2012, conferidos por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Bolivia (FEBOCAC), en favor de los señores Lic. Hoggier Hurtado Añez, Jaime González Alanes, Reinaldo Burgos Fernández y Eloy Edgar Urquizu.
- Los Testimonios Poder Nº 666/2012 de fecha 4 de julio de 2012 y Nº 701/2012 de 16 de julio de 2012, mediante los cuales, la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), otorga poder amplio y suficiente a favor de Aldo Yani Moro Gutiérrez, mismo que interpuso Recurso de Revocatoria y Jerárquico como representante legal de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC).Todos los citados poderes fueron otorgados ante Notaría de Fe Pública Nº 59 a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero C. del Distrito Judicial de Santa Cruz.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, solicitó a la recurrente que, además de los poderes presentados, ésta debió **acreditar su personería reconocida por la Dirección General de Cooperativas** en virtud al Inciso n), numeral 3 del Decreto Supremo Nº 28631 de 8 de marzo de 2006, adicionado por Decreto Supremo No. 29108 de 25 de abril de 2007.

Al respecto de este requisito, tenemos que, en el caso de Autos, la Administración Pública no puede solicitar mayores requisitos que los establecidos en la norma para la procedencia de un recurso y que al haber adjuntado los Testimonios Poderes Nº 666/2012 de fecha 4 de julio de 2012, Nº 700/2012 de 16 de julio de 2012 y Nº 218/2012 de 27 de febrero de 2012, la recurrente habría cumplido con lo expresado en la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 13 parágrafos I y II, artículo 16 parágrafo I, del Decreto Supremo 27175.

Por lo que, la **Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mal pudo declarar improcedente el recurso de revocatoria amparándose en la** presentación de la Resolución Administrativa emitida por la Dirección General de Cooperativas, en la cual se acredite a los Consejos de Administración y Vigilancia, **debido a que el** Ente Regulador no tiene competencias para regular a Entes Federativos ni solicitar mayor documentación para la admisión del Recurso de Revocatoria, que las establecidas en la ley.

Por lo que, en el caso de autos, corresponderá al Ministerio de Trabajo y a su Dirección General de Cooperativas solicitar a la Federación FEBOCAC, presidida por el Lic. Hoggier Hurtado Añez, que cumpla con estos requisitos establecidos en la Ley General de

Sociedades Cooperativas Nº 5053 de 13 de septiembre de 1958, así como en el Decreto Supremo Nº 28631 de 8 de marzo de 2006, adicionado por el Decreto Supremo No. 29108 de 25 de abril de 2007. Siendo que este no es un requisito para la procedencia del Recurso de Revocatoria.

2.2.- En cuanto a la existencia de dos federaciones paralelas.-

La recurrente refiere que si bien el Ente Regulador habría declarado improcedente el Recurso de Revocatoria debido a que existirían dos Federaciones paralelas una precedida por el Sr. Johnny Revollo López, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) y otra precedida por Sr. Hoggier Hurtado Añez, también como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), la Autoridad Fiscalizadora debió verificar mínimamente la existencia de la personería jurídica de la FEBOCAC que preside el Sr. Jhony Revollo, y a su vez debió poner en conocimiento de la recurrente la existencia de ésta otra Federación Paralela, que el no haberlo hecho ha dado lugar a la indefensión de la recurrente.

Al respecto, se debe precisar, que el presente caso se lleva a consecuencia de la determinación adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución Administrativa ASFI Nº 233/2012 de 12 de junio de 2012, misma que aprobó y puso en vigencia el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y no así para demostrar cuál de las dos FEBOCAC tendría mejor derecho.

Esta aclaración se realiza debido a que **ni esta Instancia Jerárquica ni el Ente regulador tiene competencia para pronunciarse sobre estos aspectos**, por lo que no corresponde a esta Instancia Jerárquica ni a la Entidad Fiscalizadora, solicitar la personería de la otra FEBOCAC o poner en conocimiento, la documentación presentada por esta, a la recurrente, toda vez que los problemas que existan entre estos dos Entes Federativos, deberán ser resueltos ante las instancias judiciales o ante los organismos llamados por Ley para ello.

Por lo que en el caso de autos, el pronunciamiento de esta Instancia Jerárquica sólo se circunscribirá a determinar si la FEBOCAC presidida por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, estaría legitimada para presentar Recurso de Revocatoria.

Para ello, pasaremos a revisar la documentación adjunta al expediente administrativo:

1. Nota con Cite FDC.CAR-54/0612-CA de 22 de junio de 2012, firmada por el Sr. Johnny Revollo López, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC)
2. Nota con Cite PDCIA.OF. No. 38/2012 de 22 de junio de 2012, firmada por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC).
3. Nota con Cite FBC- CA-003/2012 de 14 de junio de 2012, suscrita por el Sr Johnny Revollo, como Presidente del Consejo de Administración de la FEBOCAC, comunicando a la ASFI la nueva conformación del Directorio de la FEBOCAC,

posesionado y reconocido por la Dirección General de Cooperativas el 8 de junio del presente año.

4. Nota con Cite ASFI/DNP/R-81378/2012 de 4 de julio de 2012, mediante la cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, solicita al Director de la Dirección General de Cooperativas, acreditar y manifestar cuál es la persona reconocida, por esa Dirección, como Presidente y Representante legal de la FEBOCAC, así como los miembros que conformarían la directiva correspondiente.
5. Nota del Director General de Cooperativas del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, con Cite MTEPS/DGCOOP Nº 372/2012, misma que referiría:

   "…*En atención al Cite de referencia, tengo a bien comunicarle que todos los antecedentes relacionados con la representación de la* ***Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito-FEBOCAC****, están siendo trasladas a la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia CONCOBOL…*" (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)
6. Resolución 005/2012 de 29 de junio de 2012, de la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia CONCOBOL, mediante la cual se resuelve:

   "Primero.- *Se rechaza todo acto de parte de la Dirección General de Cooperativas dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social que pretenda dividir u orientar a debilitar el sistema cooperativo nacional, por lo que* ***se ratifica el reconocimiento de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) y la representación legal del hermano Hoggier Hurtado como Presidente del Consejo de Administración.***

   Segundo.- *Se desconoce cualquier otra Federación y/o Cooperativa paralela del Sistema Cooperativo que no esté debidamente reconocida por la CONCOBOL por lo que ASFI y toda entidad de regulación deberá consensuar cualquier normativa de los sectores cooperativos correspondientes, a través de la Federaciones reconocidas por la CONCOBOL, en observancia del artículo 242 de la Constitución Política del Estado y normas legales en vigencia...*" (Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito, tenemos que, si bien, en primera instancia, hubiera existido controversia y duda en cuanto a quien ostentaría la representación de la Federación de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), se tiene que, la misma se habría resuelto ante la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia (CONCOBOL), a través de la Resolución 005/2012 de 29 de junio de 2012, donde claramente ésta se habría pronunciado en sentido de que se ratificaría el **reconocimiento de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito FEBOCAC y la representación legal del señor Hoggier Hurtado como Presidente del Consejo de Administración,** elegido mediante asamblea de fecha 17/09/2011.

Sin embargo de ello, **en ningún caso correspondía que el Ente Regulador** declare improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación legal de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) presidida por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, bajo el argumento de que éste no habría cumplido con presentar **su personería reconocida por la Dirección General de Cooperativas, ni bajo el argumento de que existiría controversia entre cuál de las dos**

federaciones paralelas ostentaría representación, ya que, ante este caso, la Autoridad no puede negar el derecho a la impugnación, y si existiere controversia de la legitimación de la Entidad o Federación solicitante, hubiera podido suspender plazos por fuerza mayor hasta contar con el pronunciamiento de la Autoridad llamada por Ley, sobre dicha controversia.

Por lo que, el Ente Regulador, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria no ha actuado conforme a derecho, correspondiendo, por ende, anular el presente proceso por encontrarse viciado, con las causales de anulabilidad al haberse vulnerado el debido proceso de la recurrente.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, corresponde traer a colación lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, donde tenemos que:

> *"…, por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010- Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso, lo siguiente:*
>
> *"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".*

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con el principio del debido proceso y principio de legalidad, al haber declarado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación legal de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), presidida por el Sr. Hoggier Hurtado Añez.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009, de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa, al verse afectado el procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

Que, asimismo, no menos importante es que este Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, debido a que no tiene competencia ya que el presente Recurso versa en cuanto a la improcedencia o procedencia del Recurso de Revocatoria, presentado por Aldo Yani Ortiz contra la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2012, de 2 de agosto de 2012, y no así sobre los temas de fondo que previamente deben ser resueltos por el Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR El Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2012 de 2 de agosto de 2012, inclusive**,** debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS "FORTALEZA" S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 589-2012 DE 09 DE AGOSTO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 081/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 081/2012

La Paz, 28 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.,** representada legalmente por su Subgerente de Ajustes y Reclamos de Fianzas y Crédito Sr. Sandro Rubén Soliz Morato contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 589-2012 de 9 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa Nª APS/DJ/DS Nº 451-2011 de 1 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 051/2012 de 27 de noviembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 153/2012 de 06 de diciembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 27 de agosto de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., representada legalmente por el Subgerente de Ajustes y Reclamos de Fianzas y Crédito Dr. Sandro Rubén Soliz Morato, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 041/2012 de 19 de marzo de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 081 del distrito judicial de La Paz a cargo de la Dra. Helen Kate Mendoza, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº

589-2012 de 9 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 451-2011 de 1 de diciembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de 3 de septiembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., mismo que fue notificado el 10 de septiembre de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 6 de septiembre de 2012, se hizo un llamamiento al tercer interesado Gobierno Autónomo Municipal de Villamontes Tercera sección de la provincia Gran Chaco de Tarija para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, el 31 de octubre de 2012, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 042/2012 DE 5 DE JULIO DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª 042/2012 de 5 de julio de 2012, se resolvió lo siguiente:

> *"…**ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 063-2012 de 31 de enero de 2012, inclusive debiendo dictarse una nueva Resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…"*

Los fundamentos esgrimidos más importantes en la Resolución Ministerial Jerárquica son:

> ***"…2.1. En cuanto a la infracción al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros.-***
>
> *La Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., refiere que ésta no puede ser sancionada por infracción al artículo 12 inc. a), de la Ley de Seguros, por no haber ejecutado la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, debido a que para que las mismas sean ejecutadas, previamente, se debe demostrar el incumplimiento al contrato por parte del afianzado Empresa Constructora OITAR S.R.L., antecedente necesario para poder ejecutar las Pólizas.*
>
> *La Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas y la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, así como el Texto Único y Uniforme para las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra Para Entidades Públicas, aprobada a través de la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, determina:*
>
> *"…Cláusula: de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas:*

*…No obstante **lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza,** mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es irrevocable, de ejecución inmediata condicional…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el procedimiento administrativo…"

De lo transcrito, se tiene que los únicos requisitos para la ejecución de las Pólizas de caución a favor del beneficiario, son que las mismas se encuentren vigentes y el beneficiario cumpla con el procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento del contrato, en este caso, con la Empresa Constructora OITAR SRL.

Sobre el particular, importa traer a colación lo ya expresado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 de 5 de julio de 2012, cuyo precedente determina:

"No obstante, tal expresión está referida, según señala la misma resolución, a la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional que le es inherente a las tres pólizas objeto de la controversia, y que establece la ejecución inmediata para el caso de incumplimiento, condicional en tanto requiere únicamente de "la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".

***Tal aclaración es pertinente**, por cuanto, todos los argumentos que al respecto ha mencionado la recurrente, conforme lo señalado supra, bien pudieran ser pertinentes y valederos si la controversia recayera sobre pólizas de caución, que en su trámite de ejecución se hallan sujetas a las disposiciones del Libro Tercero, Título III, del Código de Comercio.*

*No es el caso: las pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, encuentran su fundamento normativo en la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **norma especial** que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, lejos*

de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago, y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación "del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo".

Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su Diccionario, "la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado", hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas - entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, no se supedite su indemnización a mayor trámite, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de salir al daño o perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento."

Subsumiéndonos al caso de autos y de la revisión del expediente administrativo a Fs. 5 se tiene la nota V.M.D.J. 198/2011 de fecha 31 de marzo de 2011 del Gobierno Municipal de Villamontes, remitida a la Aseguradora la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., mediante la cual ***solicita la ejecución inmediata*** *de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra Nº CCE-TJA-0826 y Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipo Nº CIE TJA -1198, adjuntando para ello copia de la Resolución Municipal Administrativa Nº 29/2011 y carta de Resolución del contrato, mismas que a su vez fueron notificadas a la empresa OITAR SRL.*

Que, este hecho, demuestra que el Gobierno Municipal de Villamontes remite resolución de incumplimiento y ejecución de la pólizas, conforme se tiene estipulado, y sin ninguna otra exigencia, como pretendería la recurrente.

2.2. En cuanto a la Ejecución de las Pólizas.-

La recurrente, señala que para cumplir con la prestación requerida y ejecutar las Pólizas de garantía de cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipos Para Entidades Públicas y de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, previamente se debe demostrar la existencia de un incumplimiento contractual por parte del afianzado ante autoridad jurisdiccional.

Al respecto, se tiene que la recurrente confunde el procedimiento de Ejecución de Pólizas de Garantía de Cumplimiento del Contrato de Obras para Entidades Públicas con los recursos legales o extrajudiciales que pueden usar las partes, Empresa Constructora OITAR S.RL. y el Gobierno Municipal de Villamontes, en el ejercicio de los derechos que les asisten, para demostrar que el incumplimiento del contrato no se

debió a causas atribuibles a ellos, recursos que no se encuentran supeditados ni suspenden la ejecución de las pólizas conforme lo establecen las mismas pólizas.

Que de igual modo el recurrente no debe olvidar que el pronunciamiento administrativo, no inhibe a las partes de recurrir los derechos que se crean vulnerados por la jurisdicción llamada por ley para el caso de controversia.

Que, en ningún caso se puede aceptar el argumento del recurrente, cuando señala que previamente la empresa constructora OITAR S.R.L. y el Gobierno Municipal de Villamontes, deben demostrar el incumplimiento del contrato principal ante autoridad jurisdiccional olvidando así, la recurrente, que el procedimiento de ejecución de la póliza de garantía de cumplimiento de contrato se efectiviza sólo con la declaración de incumplimiento emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva.

Siguiendo el análisis correspondiente, la Cláusula 14, de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, así como de la póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, estipula:

"Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje).

***El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en las cláusulas** de ejecución respectiva "(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)"*

Quedando claro que, independientemente de los recursos legales que pueda hacer uso la recurrente así como las otras partes, el fiador debe dar cumplimiento a la prestación convenida con el beneficiario, siendo que, en el presente caso, las Pólizas son garantías exigibles para los procesos de contratación del Estado como lo refiere la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007.

2.3. En cuanto a la aplicación del Código de Comercio.-

La recurrente señala que existirían otras normas aplicables al ámbito de seguros, como la legislación comercial que rige el contrato de seguros y el arbitraje de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 de Conciliación y Arbitraje y que, en el presente caso, las mismas deben ser aplicadas.

Efectivamente, el Código de Comercio norma de manera general las relaciones contractuales del seguro así como del asegurador y reasegurador, sin embargo de ello olvida, la recurrente, que en el presente caso –como se tiene ya anotado-existe norma particular y especial, que es la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11

de septiembre de 2007, misma que si bien no es el único orbe jurídico que regula el seguro de caución, como señala la recurrente, es la norma especial que debe ser aplicada por las aseguradoras al momento de emitir pólizas de seguros para los procesos de contratación de bienes, obras, servicios generales así como para la ejecución de las mismas en caso de un incumplimiento por parte de la empresa adjudicada cuyo beneficiario sea una Entidad Pública.

Criterio que, a su vez, ya ha sido recogido y sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 070/2011 de 23 de diciembre de 2011:

"…Resulta importante aclarar que en el contexto de aplicación normativa, cuando existe una norma específica, la misma es aplicable, en virtud al Principio de Especialidad, que en el caso de autos corresponde a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 frente a cualquier otra norma.

Es así que el Principio de Especialidad, señala que la norma especial prima sobre la norma general, criterio que se utiliza para resolver conflictos normativos, en el caso de que existan los mismos.

Congruentemente con ello y siguiendo la doctrina, tenemos que cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo supuesto, existen tres criterios para determinar la norma aplicar: 1) la jerarquía normativa (norma de rango superior prevalece sobre la norma inferior) 2) la especialidad (norma especial prima sobre norma general) 3) temporalidad (norma posterior prima sobre la norma anterior), dicho esto nuestro análisis se centrará en el principio de especialidad mismo que es aplicable al caso de autos en razón a que hace que una norma prevalezca sobre otra en función de su especialidad, ya que la propia norma controvertida es la que determina la aplicación de la norma especial.

La norma especial (Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007), es en la que se determina los elementos particulares a los que el regulado estará sometido, situación que no inhibe a que lo no contemplado en la norma especial no pueda aplicarse la norma general."

Quedando claro que, para el cumplimiento de la prestación convenida por el fiador, se debe aplicar conforme a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, ***misma que determina la ejecución de la garantía de manera inmediata o a más tardar en los 15 días siguientes de tenerse la Resolución de incumplimiento del contrato con la empresa,*** *el mismo se tiene como incumplido no correspondiendo, por ende, previamente determinar el cumplimiento de éste ante ninguna autoridad, ya que como se dijo antes, los seguros de caución firmados con entidades públicas se rigen por la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 norma que determina la ejecución de la garantía de manera inmediata o a mas tardar en los 15 días siguientes por lo que el fiador bajo ninguna causa puede abstraerse del cumplimiento de la prestación…."*

Que, por todo lo anteriormente expresado, no corresponde aplicar el Código de Comercio para los procedimientos de ejecución de Pólizas de Garantía de

Cumplimiento para Entidades Públicas, debido a que la ejecución de éstas Pólizas es de manera inmediata y no está supeditada a ningún otro procedimiento más que el de presentar la Resolución Administrativa de incumplimiento firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).

2.4. En cuanto a la falta de competencia de la APS.-

La recurrente, señala que la APS no tendría competencia para resolver controversias técnicas o legales, por lo que ésta se habría pronunciado sin competencia.

Debe quedar claro que en ningún momento, la APS ha dirimido ninguna controversia, que la intervención del órgano regulador así como esta instancia Jerárquica se ha limitado al cumplimiento de la norma por parte de los regulados y determinar el cumplimiento de la Ley de Seguros Nº 1883, así como el cumplimiento a la normativa que rige en el sector de seguros.

Que en este entendido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro de su competencia ha determinado el incumplimiento al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº1883 de 25 de junio de 1998, por parte de Fortaleza S.A., conforme el análisis ut supra.

2.5. En cuanto a que Resolución Municipal Administrativa N° 29/2011 de 28 de marzo de 2011, debió estar firmada por el Consejo Municipal.-

En cuanto a lo señalado por Fortaleza S.A., en sentido de que, para la ejecución de las pólizas, éstas estarían sujetas a la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, firmada por la MAE y que en el presente caso, el condicionado particular señalaría que el mismo debe estar suscrito por el presidente del Directorio o Concejo Municipal de la Entidad Pública, situación que no habría sucedido en el presente caso.

Al respecto se tiene que la APS, se pronuncia en el siguiente sentido:

"…Que evaluado el Condicionado Particular de las pólizas ***CCE-TJA-826 Y CIE-TJA-1198*** *se observa que se tiene el siguiente texto:*

DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA DEL NIVEL EJECUTIVO A SER PRESENTADO PARA LA EJECUCIÓN EN CASO DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL:

• El presidente del directorio o consejo de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.

Que de la simple lectura del texto se concluye que lo que establece el Condicionado Particular para la ejecución Inmediata no tiene sentido alguno, toda vez que el presidente del directorio o el consejo de la Entidad Pública, no es ningún documento, siendo incorrecta la afirmación de la aseguradora de que se debe presentar algún documento.

Que al no establecerse ningún documento en el Condicionado Particular y al establecer las clausulas de Ejecución inmediata Condicional como único requisito para la ejecución de la póliza, la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía a nivel ejecutivo citado, en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda, aspecto cumplido por el Beneficiario, se considera que la aseguradora no ha desvirtuado el incumplimiento a su contrato de seguro…."

*De lo precedentemente transcrito se tiene que es incongruente lo referido por el ente regulador al señalar que "**el presidente del Directorio o el Consejo de la Entidad Pública no es ningún documento**" y a su vez señalaría, líneas más adelante que "**en ningún texto del Condicionado Particular, se debe presentar algún documento suscrito por ellos."***

Que este hecho claramente demuestra que lo referido por la APS, no tiene sentido y congruencia en cuanto a lo solicitado por el recurrente, en cuanto a que en el presente caso la Resolución de Incumplimiento debió encontrarse suscrita por el presidente del Directorio o Concejo Municipal de la Entidad Pública y no así por el Alcalde.

Por lo que la APS, deberá cumplir con su obligación de fundamentar y motivar su decisión debiendo para ello realizar un correcto y completo análisis y determinar por qué en el presente caso no corresponde que la Resolución de incumplimiento deba encontrarse firmada por el Presidente o el Consejo de la Alcaldía de Villa Montes y en su caso porque la misma debe ser suscrita por el Alcalde.

De lo precedentemente señalado se evidencia una violación a los principios de congruencia, motivación, situación que obliga a traer a colación lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009, que se pronuncia, de la siguiente manera…"

2. ANTECEDENTES.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°451-2011 de 1 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

***"…PRIMERO.- SANCIONAR SEGUROS (sic) Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con una 'multa de 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Administrativa.*
***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá ser depositadas en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.*

TERCERO.- SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. *deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.*
CUARTO.- *En cumplimiento a lo determinado por el artículo 5 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Compañía correspondiendo remitir a éste Órgano Fiscalizador, dentro los cinco (5) días administrativos siguientes a la primera Reunión de Directorio que se celebre luego de la notificación, copia certificada del Acta expedida por el Secretario del Directorio."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que en fecha 30 de diciembre de 2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 451-2011 de 1 de diciembre de 2011,

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 589-2012 DE 9 DE AGOSTO DE 2012.-

Que, en aplicación a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°042/2012 de 5 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones emite, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 589-2012 de 9 de agosto de 2012.por la cual resuelve confirmar en todas sus partes, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 451-2011 de 1 de diciembre de 2011.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…CONSIDERANDO:

Que en lo relacionado a los fundamentos dados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 05 de julio de 2012, se debe destacar que dichos fundamentos consisten en lo siguiente:

a) *Se tiene que es incongruente lo referido por el ente regulador al señalar que "el presidente del Directorio o el Consejo de la Entidad Pública no es ningún documento" y a su vez señalaría, líneas más adelante que "en ningún texto del Condicionado Particular, se debe presentar algún documento suscrito por ellos".*

b) *Este hecho demuestra que lo referido por la APS no tiene sentido y congruencia en cuanto a lo solicitado por el recurrente, consistente en que la resolución del incumplimiento debió encontrarse suscrita por el presidente del Directorio o Concejo Municipal de la Entidad Pública y no así por el Alcalde. Por lo que se debe realizar un correcto análisis y determinar por qué en el presente caso no corresponde que la Resolución del incumplimiento deba encontrarse firmada por el Presidente o el Concejo de la Alcaldía de Villamontes y en su caso porque la misma debe ser suscrita por el Alcalde.*

c) *Cita asimismo la resolución jerárquica dos fallos como antecedentes respecto del principio de motivación de los actos administrativos así como del principio de congruencia.*

CONSIDERANDO:

Que conviene, una vez resumidas las alegaciones señaladas en el memorial de recurso y los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 05 de julio de 2012, proceder a analizar las alegaciones expuestas. Veamos:

Que con relación a las alegaciones de ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.,*** *expuestas en los puntos 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del considerando 3 de la presente Resolución, debe manifestarse que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 5 de julio de 2012, es clara y no objeta los argumentos esgrimidos por esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por lo que se reproducen, en lo pertinente, los argumentos esgrimidos por la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 063-2012 de 31 de enero.*

Que con referencia al punto 4 del considerando 3 que guarda correspondencia con las observaciones citadas en los incisos a), b) y c) del 4to. considerando de la presente Resolución Administrativa, ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A*** *aduce que conforme señala el Condicionado Particular no se ha remitido el "Documento Suscrito por el Presidente del Directorio o Consejo (sic) de la Entidad Pública con el poder de representación legalmente constituido" motivo por el cual no se configura el incumplimiento al artículo 12 inciso a) de la Ley de Seguros 1883.*

Que evaluado el Condicionado Particular de las pólizas ***CCE-TJA-826 Y CIE-TJA-1198*** *se observa el siguiente texto:*

DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA DEL NIVEL EJECUTIVO A SER PRESENTADO PARA LA EJECUCIÓN EN CASO DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL:

- *El presidente del directorio o consejo (sic) de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.*

Que al respecto, es menester citar lo dispuesto por el artículo 283 de la Constitución Política del Estado: "El gobierno autónomo municipal está constituido por un Concejo Municipal con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa municipal en el ámbito de sus competencias; ***y un órgano ejecutivo, presidido por el Alcalde o Alcaldesa****" (el remarcado y subrayado es de la APS).*

Que la anterior paráfrasis tiene que ver con lo dispuesto en el Condicionado Particular de las pólizas ***CCE-TJA-826 Y CIE-TJA-1198.*** *En efecto, el texto está "hablando" del documento de mayor jerarquía del* ***nivel ejecutivo****, y el nivel ejecutivo de mayor jerarquía (por lo citado en la CPE) es el Alcalde o Alcaldesa, cosa lógica y legal ya que por definición constitucional, el Concejo o Junta Municipal no es nivel ejecutivo sino nivel fiscalizador, deliberativo y legislativo.*

*Que en adición, el artículo 43 de la Ley N° 2028 de 28 de octubre de 1999 – Ley de Municipalidades, establece: "****El Alcalde es la máxima autoridad ejecutiva del Gobierno Municipal****" (el subrayado es de la APS) y por lo mismo, es el* ***representante del Gobierno Municipal*** *de acuerdo al artículo 44.1. de dicha norma especial. Esta disposición, concordante con lo establecido en la Constitución Política del Estado define la*

representatividad legal del gobierno autónomo municipal así como su carácter ejecutivo, por lo que, el argumento de la aseguradora en sentido de que era necesario una declaración plasmada en documento emanado de la presidencia de un Directorio o Consejo, simplemente carece de asidero legal y no es consistente en el plano contractual.

Que referirse a que no es consistente en el plano contractual que precede a esta controversia, significa que el órgano que contrata, que paga, que administra la cosa pública a nivel municipal es el Alcalde o Alcaldesa y no el Concejo (Concejo con "c" y no con "s") que es el órgano deliberante, al tenor del artículo 44.33 (sic) de la Ley de Municipalidades Nº 2028 de 28 de octubre de 1999. Prevalido de estas facultades ejecutivas es que el Alcalde de Villamontes firma el contrato de "Construcción de Internado Estudiantil Comunidad Tucainty" con la empresa OITAR S.R.L.

Que el Alcalde firma el contrato porque es quien representa al gobierno municipal de acuerdo al artículo 44.33 (sic) de la Ley Nº 2028 de 28 de octubre de 1999 – Ley de Municipalidades y en esta misma calidad, Máxima Autoridad Ejecutiva, cuenta con las suficientes facultades para resolver el contrato, emitir la correspondiente Resolución Administrativa que declare su incumplimiento y solicitar la ejecución de las garantías (pólizas de seguros de caución).

Por lo que pretextar que para cumplir con la obligación de indemnizar, la aseguradora deba contar con un instrumento de presidencia de directorio o de Consejo (sic), simplemente no es de recibo (sic) a la luz de los argumentos constitucionales y legales expuestos precedentemente.

Que en el caso que nos ocupa, el Alcalde de Villamontes ha expedido la Resolución Administrativa Municipal de 28 de marzo de 2011 en ejercicio de sus facultades ejecutivas, como previene el artículo 44 de la Ley de Municipalidades Nº 2028 de 28 de octubre de 1999.

Que al establecer las clausulas de Ejecución inmediata Condicional como único requisito para la ejecución de las pólizas, la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía a nivel ejecutivo citado, en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda, se evidencia que dicho aspecto fue cumplido a cabalidad por el Beneficiario.

Que prueba de ello lo constituye el hecho de que mientras este procedimiento se encontraba en Recurso Jerárquico en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *procedió al pago de la indemnización debida a consecuencia de la ocurrencia del siniestro, como acredita la carta CITE:V.M.D.J. 343/20123 de 24 de mayo de 2012 del Gobierno Municipal Autónomo de Villamontes, Tarija, carta que acompaña fotocopias simples de los cheques Nos. 0001947 y 0001949 por Bs33.529,45 y Bs73.516,80, ambas de fecha 17 de abril de 2012 respectivamente.*

Que finalmente debe dejarse muy en claro que el hecho de que la aseguradora haya procedido a pagar la indemnización demuestra a cabalidad la corrección y veracidad de los argumentos de esta APS; por otra parte y considerando que el pago de la

indemnización data de 17 de abril de 2012, existe prueba material suficiente para ratificar la sanción por incumplimiento del deber jurídico de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir con la prestación convenida ***al producirse la eventualidad*** *prevista, de acuerdo con el artículo 12.a) de la Ley de Seguros, no constituyendo eximente de responsabilidad el hecho de que* ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *hubiera pagado finalmente pero con retraso, una obligación que en su día se negó, al extremo de llegar a la instancia de recurso jerárquico.*

Que en pocas palabras, ***SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.*** *debía pagar la indemnización debida, conforme establecen las cláusulas de ejecución inmediata condicional, en forma inmediata y a más tardar dentro de los quince (15) días de la presentación del original o copia legalizada de la Resolución Municipal Administrativa N° 029/2011 de 28 de marzo de 2011, y no cuando la aseguradora crea conveniente hacerlo.*

Que el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las aseguradoras a través de los contratos de rigor ***en el momento, en la oportunidad y en las modalidades debidas,*** *constituyen la base de la confianza del mercado de seguros, siendo deber de la autoridad de fiscalización, velar porque las obligaciones contraídas sean prestadas de acuerdo a principios de bilateralidad, equidad, confianza y seguridad jurídica, de acuerdo a los incisos a), c) y e) del artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

CONSIDERANDO:

Que por lo analizado precedentemente, se concluye que la recurrente no ha desvirtuado ni enervado los argumentos desarrollados en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 451-2012 de 1° de diciembre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que finalmente y en concordancia con los anteriores razonamientos de esta Resolución Administrativa, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 5 de julio de 2012, en su página 42 y en relación a que la recurrente no puede ser sancionada por la infracción del artículo 12, a) de la Ley de Seguros, determina: "…que este hecho demuestra que el Gobierno Municipal de Villamontes remite resolución de incumplimiento y ejecución de la póliza, conforme se tiene estipulado, y sin ninguna otra exigencia, como pretendería la recurrente…"

Que en relación a la ejecución de las pólizas, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 5 de julio de 2012, en su página 45, determina: "…que en ningún caso se puede aceptar el argumento del recurrente, cuando señala que previamente la empresa constructora OITAR SRL y el Gobierno Municipal de Villamontes deben demostrar el incumplimiento del contrato principal ante autoridad jurisdiccional olvidando así, la recurrente, que el procedimiento de ejecución de la póliza de garantía de cumplimiento de contrato se efectiviza sólo con la declaración de incumplimiento emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva …"

Que en relación a la aplicación del Código de Comercio, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 5 de julio de 2012, en su página 48, determina: "…que por todo lo anteriormente expresado, no corresponde aplicar el Código de Comercio para los procedimientos de ejecución de Pólizas de garantía de Cumplimiento de Contrato para Entidades Públicas, debido a que la ejecución de éstas Pólizas es de manera inmediata y no está supeditada a ningún otro procedimiento más que el de presentar la Resolución Administrativa de Incumplimiento firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE)…".

Que en relación a la falta de competencia de la APS., la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 5 de julio de 2012, en su página 48, determina: "…que … la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro de su competencia ha determinado el incumplimiento al inciso a) del artículo 12 de la Ley de seguros Nº 1883de 25 de junio de 1998, por parte de Fortaleza S.A. conforme al análisis ut supra…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 27 de agosto de 2012, la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 589-2012 de 9 de agosto de 2012, argumentado lo siguiente:

"…II.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO

Fortaleza, de acuerdo al marco legal aplicable y vigente, interpone el presente recurso administrativo jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/DS/Nº 589-2012 de fecha 09 de Agosto de 2012, notificada en nuestras oficinas el 13 de Agosto de 2012, en mérito a los siguientes fundamentos legales:

II.1. INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DEL ARTICULO 12 INCISO a) DE LA LEY Nº 1883 DE SEGUROS.

Inicialmente es importante resaltar lo señalado expresamente en el inciso a) del Artículo 12 de la Ley No. 1883 de Seguros, que expresa textualmente:

"Artículo 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida **al producirse la eventualidad prevista".

Asimismo es necesario tener en cuenta lo dispuesto referente a los seguros de caución y el siniestro en el artículo 5to de la citada Ley No. 1883, que señala:

***"ARTICULO 5.- DEFINICIONES.-** Para los efectos de la presente Ley, se establecen las siguientes definiciones con carácter enunciativo y no limitativo: **SEGURO DE CAUCIÓN:** Es aquel por el que **el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro (afianzado) de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado** a título de resarcimiento o penalidad, los daños patrimoniales sufridos dentro*

de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador debe serle reembolsado por el tomador del seguro a cuyo efecto dicho asegurador deberá obtener las garantías suficientes.

SINIESTRO: Se produce cuando sucede la eventualidad prevista y cubierta por el contrato de seguros y que da lugar a la indemnización, *obligando a la entidad aseguradora a satisfacer total o parcialmente, al asegurado o a sus beneficiarios, el capital garantizado en el contrato".*

De acuerdo a lo citado anteriormente, las entidades aseguradoras se encuentran obligadas de realizar la correspondiente indemnización al producirse la eventualidad prevista y cubierta por el Contrato de Seguro (Siniestro). Bajo esa premisa y relacionando con el presente caso, en cuanto a los contratos de seguros de caución / fianzas, la eventualidad señalada o siniestro, es el incumplimiento del afianzado de sus obligaciones legales o contractuales, para lo cual, la póliza de seguro se establece el procedimiento a seguir para hacer efectiva la ejecución de las mismas, requiriendo a las entidades públicas plasmar el incumplimiento del afianzado, en el documento de mayor jerarquía, es decir mediante resoluciones administrativas.

Sí bien se establece un procedimiento a seguir en cuanto a la ejecución de estas pólizas, también se debe considerar que para poder hacer efectivo cualquier pago la Aseguradora debe solicitar documentación que le permita inferir y comprobar fehacientemente la ocurrencia del siniestro, es decir la ocurrencia del incumplimiento, y en consecuencia poder determinar el monto a indemnizar.

Por otra parte las solicitudes realizadas por parte de la Aseguradora a la entidad beneficiaria, que tiene por finalidad realizar las acciones de acuerdo a contrato y a ley, es decir, verificar la competencia de la autoridad que emite la resolución administrativa, tomar en cuenta las notificaciones al fiador respecto a modificaciones realizadas al contrato principal, y en sí tener el mayor respaldo para fundamentar el pago a realizar, a esta clase de solicitudes de documentación es a lo que comúnmente nos referimos como el "proceso de análisis del reclamo".

Una vez atendido el requerimiento y realizado el "proceso de análisis del reclamo" en base a la documentación proporcionada por el afianzado a tiempo de realizar ejecución y otra que probablemente sea requerida por la compañía, verificando que las actuaciones realizadas estén en el marco de lo legalmente exigido, nos permitimos cumplir con las obligaciones asumidas por los contratos de seguro suscritos declarando procedente el pago del reclamo en cuestión.

Lo establecido anteriormente más que un derecho es una obligación de nuestra parte, es decir que nuestra compañía no podría hacer efectivo ningún, sin la previa verificación y comprobación de los hechos denunciados, es decir la comprobación efectiva de que se ha producido algún siniestro, hecho que requiere de documentación sustentadora sujeta a nuestra valoración y en su caso aclaración o complementación como un proceso lógico y normal que deriva de antes mencionado "proceso de análisis del reclamo"

Sin embargo en el presente caso, la APS asume una posición anticipada y pre juzgadora al establecer ***la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de***

25 de junio de 1998, e imponernos una sanción *toda vez que, tanto la Resolución Administrativa N° 451/2011, como los actos administrativos subsecuentes, afirman que basta o solamente es suficiente para proceder con el pago por parte de la Compañía, la presentación de la "Declaración de Incumplimiento plasmada en una resolución administrativa", debiendo la compañía proceder con la indemnización con la simple presentación de esta documentación, sin tener en cuenta que existen elementos que inevitablemente deben ser comprobados previamente o de conocimiento de la Aseguradora, para que cualquier solicitud sea declarada procedente o no.*

En el presente caso, no obstante nuestra compañía informó en repetidas oportunidades al regulador que nos encontrábamos a la espera de documentación necesaria para "analizar el reclamo en cuestión", ya que al no haber concurrido la presentación de la documentación suficiente y pertinente, nos encontramos en estado de espera de los mismos, para realizar nuestro análisis pertinente y de no haber observaciones, cumplir con nuestras obligaciones asumidas, la APS procedió conminarnos a realizar el pago y en respuesta a nuestra argumentación del por qué no habíamos procedido con el pago, procedió incorrectamente a declarar ***la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.***

En esa línea no procedimos con el pago hasta que la entidad beneficiaria nos proporcione lo requerido, cosa que se concretó con posterioridad a la multa impuesta por el regulador y en medio proceso de impugnación, cuando se finalizó con el análisis pertinente, documentación proporcionada por el beneficiario que luego de analizada por la Compañía y al no existir observación alguna, procedimos al pago de la indemnización, como lo acredita la carta CITE: V.M.D.J. 343/20123 de 24 de Mayo de 2012.

Por lo que es evidente que NO se incumplió ningún precepto legal, es más se siguió una política a favor de actuar acorde al marco normativo vigente, por tanto no correspondía en su momento y no corresponde ahora de ninguna manera que se imponga una sanción a Fortaleza por incumplir con la obligación de pagar la indemnización por los daños, ya que como lo acredita la documentación correspondiente, ese pago se hizo una vez que el Beneficiario completó la documentación solicitada y luego que nuestra compañía culminó con el "proceso de análisis del reclamo" es decir CUANDO REALMENTE CORRESPONDÍA EL PAGO.

II.2.INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inciso c) consagra el principio de sometimiento pleno a la Ley, disponiendo que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. La citada disposición legal en su artículo 5.1 dispone que los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias.

En el presente caso, la APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Fortaleza por la supuesta contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros. La citada disposición legal prevé que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.

Ahora bien, al tratarse de declaraciones de voluntad de forma individuales, la resoluciones administrativas deben contar con cierta documentación que acredite la sujeción de sus actuaciones en el marco legal, de modo que se demuestre la competencia de las autoridades que emiten estos actos o elementos que comprueben que no se debe considerar otros elementos en el caso (por ejemplo modificaciones de fondo que no fueron notificados al fiador).

Una vez que la aseguradora hubiese aceptado el pago de la indemnización por haberse producido el riesgo sujeto a cobertura, el asegurador tiene un plazo de 60 días para proceder al pago, si el asegurador no procede a ese pago está incurriendo en la inobservancia de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Como se puede advertir entonces, Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento de la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Bajo esta línea de pensamiento y bajo la hipótesis de que la aseguradora no acepte el pago de la indemnización por considerar que la solicitud de ejecución se encuentra incompleta, quiere decir que el siniestro (riesgo sujeto a cobertura) no se hubiese producido y el asegurado considere que se hubiese producido, la Ley N° 1883 de Seguros en su artículo 39 prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje; y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 1770 de Conciliación y Arbitraje.

La APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria, la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia aseguradora (atribución que si la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho.

La APS no puede alegar que esté cumpliendo el mandato contenido en el artículo 38 de la Ley N° 1883 del Seguro (Protección de los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro), dado que esta disposición expresamente prevé que el ámbito de la citada protección se circunscribe al registro de la póliza, a la publicidad de la información y a su transparencia; en concreto, a vigilar la equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y

beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, que se concreta en la regulación y registro del contrato de seguro por la APS, velando porque no se inserten cláusulas abusivas o cláusulas afectadas de nulidad. Se concluye, por lo tanto, que la protección del asegurado, tomador y beneficiario del seguro, debe necesariamente emerger en el momento de registro de la póliza sujeta a comercialización, ese es el momento en el que la APS debe exigir que se mantenga la equidad señalada y que no afecte los derechos e intereses de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro. Como se advierte, la actuación de la APS se encuentra adecuadamente tasada y no es discrecional.

La APS al momento de sancionar a la entidad aseguradora por no haber dado cumplimiento a la obligación prevista en el inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, está implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, con lo cual, está resolviendo una controversia legal y técnica en materia aseguradora.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos están afectados de nulidad de pleno de derecho si la autoridad pública que lo dicta no es competente por razón de materia (Art. 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), competencia que debe atribuirse expresamente en la Constitución, Ley o Reglamento (Art. 5 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo), solicitamos que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada por el presente recurso administrativo.

II.3. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN EN LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.

II.3.1.-*Que mediante la Resolución Ministerio Jerárquica MEFPA/PSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 05 de Julio de 2012, el Ministro de Economía y Finanzas Pública resolvió* ***ANULAR*** *la APS/DJ/DS/N^0 063/2012 de 31 de Enero de 2012, y solicita que la APS emita una nueva resolución conforme a los fundamentos dados en la mencionada resolución ministerial.*

Que la institución jurídica de la ***anulación*** *se refiere a la pérdida de su eficacia, por defectos de fondo o forma, de un acto jurídico, es decir se requiere de una nueva actuación jurídica, que subsane lo observado pero que también incorpore toda la fundamentación requerida.*

Que en lo que respecta a las alegaciones de Fortaleza, la actual resolución impugnada (RA APS/DJ/DS/N^0 589-2012 de 09 de Agosto de 2012) señala textualmente: "Que con relación a las alegaciones de SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. expuestas en los puntos 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10 y 11 del considerando 3 de la presente Resolución, debe manifestarse que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPA/PSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 05 de Julio de 2012, es clara y no objeta los argumentos esgrimidos por esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ***por lo que se reproducen, en lo pertinente, los argumentos esgrimidos por la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^0 063/2012 de 31 de Enero*****"**

Que la fundamentación de los actos administrativos debe ser clara y concreta, por tanto la nueva resolución a dictarse por la APS, debiera contener de forma pormenorizada el análisis y fundamentación que argumente su posición ***por cada uno de las alegaciones realizadas por Fortaleza*** *y no considerar la fundamentación de un* ***"acto anulado"*** *que*

carece de eficacia jurídica, además entiendo que la Autoridad de Mayor Jerarquía, es decir el MEyFP, resolvió dicten ***una nueva resolución y no una simple "complementación" de los actos anulados.*** *Por tanto nos quedamos en una indefensión total de nuestros derechos ante esta clase de determinaciones arbitrarias y sin asidero legal.*

II.3.2.-*Que en la fundamentación de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPA/PSF/URJ-SIREFI 042/2012 de fecha 05 de Julio de 2012, señala textualmente: "Que este hecho claramente demuestra que lo referido por la APS no tiene sentido y congruencia en cuanto a lo solicitado por el recurrente, en cuanto a que en el presente caso la Resolución de incumplimiento debió encontrarse suscrita por el presidente del Directorio o Concejo Municipal de la Entidad Pública y no así por el Alcalde... Por lo que la APS deberá cumplir con su obligación de fundamentar y motivar su decisión debiendo para ello realizar un correcto y completo análisis y determinar por qué en el presente caso no corresponde que la Resolución de incumplimiento deba encontrarse firmada por el Presidente o el Consejo de la Alcaldía de Villa Montes y en su caso porque la misma debe ser suscrita por el Alcalde..." de esta manera vulnerando los principios de congruencia y motivación, rectores en las actuaciones de la Administración Pública.*

Sin embargo, nuevamente la APS incurre en la falta de congruencia al señalar en el acto impugnado por el presente recurso de la siguiente forma: "... En efecto, el texto está "hablando" del documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo, y ***el nivel ejecutivo de mayor jerarquía (por lo citado en la CPE) es el Alcalde o Alcaldesa,*** *cosa lógica y legal ya que por definición constitucional,* ***el Consejo o Junta Municipal no es nivel ejecutivo sino nivel fiscalizador, deliberativo y legislativo"***

Claramente la Resolución Ministerial Jerárquica 042/2012, estableció los parámetros en los cuales el ente regulador debe enmarcar su nueva resolución, señalando que no tiene congruencia expresar el documento de mayor jerarquía al alcalde o el consejo o junta municipal, sino se refiere a la Autoridad competente que deba firmar el documento que plasme el incumplimiento del afianzado, a ser presentado al momento de realizar la solicitud de ejecución.

II.3.3.-*Que el argumento que maneja la APS, referente al pago realizado por Fortaleza se encuentra errada y resalta la subjetividad del argumento del ente fiscalizador, en especial señalando: "debe dejarse muy en claro que el hecho de que la aseguradora haya procedido a pagar la indemnización demuestra a cabalidad la corrección y veracidad de los argumentos de esta APS, por otra parte y considerando que el pago de la indemnización data de 17 de abril de 2012, existe prueba material suficiente para ratificar la sanción por incumplimiento del deber jurídico de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir con la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista..."*

El pago de la indemnización se debe a la verificación de la información brindada por la entidad beneficiaria, de esta forma se analizó los distintos elementos como la competencia de las autoridades, como de la existencia de modificación alguna, y al no existir observaciones, la Aseguradora demostrando su seriedad, realizo los pagos correspondientes, demostrando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las pólizas.

En ese sentido queda demostrado que la APS utilizó un análisis sesgado, por lo que no debió multar a Fortaleza por la supuesta vulneración al inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883. Las atribuciones de la APS están tasadas a diferencia de lo que ocurre con los ciudadanos en general, obviamente, por mandato de una norma en concreto, el artículo 5 de la Ley N° W 2341, por ello este hecho (la multa) debiera ser corregido por el ente fiscalizador y no asumir posiciones completamente alejadas de la realidad y las leyes.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38 y 53 del Decreto Supremo N° 27175 establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. Admita el presente Recurso Jerárquico interpuesto contra la R.A. N° 589-2012.
2.Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la R.A. N° 589-2012 yen su mérito de la R.A. N° 451/2011, dado que Fortaleza no ha incurrido en el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha impuesto la sanción sin competencia viciando de nulidad de pleno derecho el acto administrativo impugnado y, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en el presente memorial, en la nota de descargos presentada por Fortaleza, además de todos los antecedentes que cursan en el expediente administrativo…"

6. FORMULACIÓN DE CRITERIOS DE TERCEROS INTERESADOS.-

En fecha 3 de octubre de 2012, el señor Robert H. Camacho Valdez, con C.I. No. 1882591 Tja., Alcalde Municipal de Villa Montes, presentó alegatos respecto al Recurso Jerárquico presentado por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 589-2012 de fecha 9 de agosto de 2012.

Los argumentos expuestos son:

*"**Los argumentos del Recurrente**:*

*Que nuevamente FORTALEZA S.A. de Seguros y Reaseguros ha interpuesto Recurso Jerárquico contra la Resolución emanada de la Autoridad de Pensiones y Seguros signada con el No. APS/DJ/DS/No. **589-2012** de fecha **9** de agosto de **2.012.** En esencia del mencionado Recurso Jerárquico contiene los siguientes argumentos:*

***1)** Que no existe infracción del Art. **12** inc. a) de la Ley No. **1883** de la Ley de Seguros (Ley No. **1883**), pues después de las observaciones efectuadas a la Entidad Beneficiaría, es decir, el Gobierno Municipal de Villa Montes, ha subsanado las mismas y consiguientemente se ha procedido en la ejecución de las Pólizas de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo tramitadas por la Empresa OITAR en el proyecto: "Construcción del Internado Estudiantil Tucainti".*

***2)** Que, la APS es incompetente para imponer sanciones por la no ejecución de Pólizas de Garantía, pues de conformidad al Art. **39** de la Ley No. **1883** señala que se prevé*

que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro y reaseguro o planes de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley No. 1770 de Conciliación y Arbitraje.

3) *Que la Autoridad de Pensiones y Seguros (APS) ha emitido la Resolución Administrativa No. APS/DJ/DS/No. 589-2012 de 9 de agosto de 2.012 sin mayor fundamentación, pues mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de fecha 5 de julio de 2.012 el Ministerio de Economía y Fianzas Públicas resolvió ANULAR la Resolución APS/DJ/DS/No. 063/2012 de fecha 31 de enero de 2.012, a efecto de que se emita una nueva Resolución con la debida fundamentación, en apego a los principios de congruencia y motivación y sin embargo, ese hecho, supuestamente no habría sucedido.*

Al respecto cabe refutar los mencionados argumentos conforme al siguiente desglose:

III.- Los argumentos del Gobierno Municipal de Villa Montes:

Con relación a los argumentos señalados por el FORTALEZA tengo a bien en refutar conforme a los siguientes argumentos puntuales y en el mismo orden:

1) No es evidente que, FORTALEZA no haya incurrido en la inobservancia del Art. 12 inc. a) de la Ley No. 1883 de la Ley de Seguros, pues al requerimiento de ejecución de Pólizas de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo, la Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A. colocó toda clase de trabas, solicitando una serie de documentos, con la única intención de trabar la ejecución de las Pólizas tramitadas por la Empresa OITAR, que ahora, FORTALEZA nos salga con el discurso de que ha actuado formalmente al realizar un supuesto, burocrático y sesgado ***"análisis de reclamo",*** *que en definitiva se debería denominarse* ***"análisis de como obstaculizar de mejor manera las solicitudes de ejecución de pólizas".***

La afirmación de FORTALEZA en sentido de que el Gobierno Municipal de Villa Montes no haya presentado la documentación que evidencia el incumplimiento por parte del contratista, es una exigencia abusiva y fuera de toda norma, pues se ha dejado establecido expresamente que en este caso es suficiente la presentación de la Declaración de Incumplimiento emitida y firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la Entidad Pública que corresponda, es decir la única condición para la ejecución de la Póliza es la entrega de la Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento conforme se tiene establecido por la Resolución Administrativa IS/731 de 11 de septiembre de 2.007 emitido por la ex - ASFI es la que regula las Pólizas de Caución para Entidades Públicas.

Lamentablemente la Compañía Aseguradora no simplemente es este caso, sino en todos los que ha solicitado ejecución el Gobierno Autónomo Municipal de Villa Montes ha solicitado una serie de documentos, todo con el propósito de evadir su responsabilidad de ejecutar las Pólizas que fueron tramitadas ante dicha aseguradora, y este el caso patético, que una Compañía de Seguros actuando de mala fe pretende justificar su aviesa forma de obstaculizar la ejecución de Pólizas.

2) Con relación a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) actúa sin competencia cabe señalar lo siguiente:

Cabe destacar que la Autoridad de Fiscalización y Control en Pensiones y Seguros tiene competencia por mandato de la Ley de Pensiones de 10 de diciembre de 2.010 en cuyo Art. 167 señala que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros

APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, lo que anteriormente era la Superintendencia de Pensiones, Valores y seguros.

El Ente de Fiscalización se encuentra regulado por la Ley 1883 de 25 de junio de 1.998 en su Art. 41 incs. a) y c) señala respecto a sus funciones y objetivos:

a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro.

b) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

Del mismo modo en la misma Ley No. 1883, el Art. 43 en su inc. c) y u) señala como atribuciones del Ente Regulador en Materia de Seguros, lo siguiente:

c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.

u) (sic) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley.

Las sanciones que debe establecer la Autoridad de Fiscalización y Control en Pensiones se encuentra establecida en la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2.003. Consecuentemente la APS al sancionar a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza actuó con competencia.

Este argumento no es otra cosa que actitud evasiva de la Compañía, para evitar la ejecución de Pólizas.

3) El argumento de que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 589-2012 no es fundamentada y que toma en cuenta las consideraciones del "acto anulado" (Resolución APS/DJ/DS/No. 589-2012), pues las reproduce y que este hecho significa la indefensión total de sus derechos.

Al respecto cabe manifestar y afirmar con contundencia que, el único hecho cuestionado por el Ministerio de Economía Finanzas Públicas es el referido a la no fundamentación respecto a la disquisición con relación a que Resolución Municipal Administrativa No. 29/2011 que dispuso la Resolución de Contrato debería estar firmada por el Concejo Municipal. Todos los otros argumentos de la APS no han remecido objeción alguna, por lo que se concluye que se encuadran a derecho.

En la nueva Resolución pronunciada por la APS se aclaró y fundamentó este punto observado (por la no fundamentación) por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en sentido de que el nivel ejecutivo de mayor jerarquía es el Alcalde, conforme establece la Constitución Política del Estado, pues el Concejo Municipal es una instancia ejecutiva, sino de fiscalización y legislación. En este sentido, huelgan mayores argumentos jurídicos, pues la realidad es nítidamente objetiva, en sentido de

que la Resolución Administrativa debería ser únicamente suscrita por el Alcalde Municipal, pues también es la autoridad que suscribió el contrato principal.

Siendo esta la realidad, no había necesidad de introducir mayores elementos considerativos, cuando lo observado por el Ministerio de Economía y Finanzas ya fue superado por la APS. Es más, la APS, reproduce sus argumentos esgrimidos en la Resolución Administrativa APS/DJ/No. 063/2012 de fecha 31 de enero de 2.012.

IV.- Petitorio:

En mérito a todo lo señalado, se evidencia que la Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA al interponer el Recursos Jerárquico no hace otra cosa que justificar su actuar ilegal, al establecer una serie de trabas y obstáculos al momento de ejecutar Pólizas que emite.

Pues de no ser por la intermediación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, las Pólizas de Cumplimiento de Contrato y Correcta Inversión de Anticipo emitidas por FORTALEZA S.A de Seguros y Reaseguros nunca de hubiesen ejecutado., por lo que respetuosamente solicito se rechace dicho Recurso Jerárquico, y en definitiva se confirme la Resolución Administrativa No. APS/DJ/DS/NO. 589-2012 de fecha 31 de agosto de 2.012."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 589-2012 de 9 de agosto de 2012, misma que confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 451-2011 de 1 de diciembre de 2011 mediante la cual se sanciona a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., con una multa de 40.001,00 UFV's, por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la supuesta falta de competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.-

La **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.** argumenta que la APS no puede atribuirse competencias que no están establecidas por noma, al haberse pronunciado sobre controversias técnicas, cual ocurre en el presente caso, cuando sanciona a Fortaleza por el

incumplimiento al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, por lo que –a decir de la recurrente- estaría implícitamente afirmando que el riesgo sujeto a cobertura se ha producido y que corresponde el pago de la indemnización, cuando en materia aseguradora toda controversia deberá ser resueltas por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley Nº 1770.

Al respecto, debe quedar claro, lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 5 de julio de 2012, correspondiente al caso de autos, donde este Ministerio ya se pronunció sobre la competencia que tiene el Ente Regulador de iniciar procesos sancionadores por incumplimiento a la Ley de Seguros Nº 1883, normativa reglamentaria y regulatoria que rige en el sector de seguros.

Sin perjuicio de ello, esta Autoridad nuevamente se pronuncia sobre estos aspectos para que no exista duda por parte de la recurrente en cuanto a la competencia de la APS.

Por lo que, importa traer a colación el precedente administrativo ya sentado en un caso con características similares, mismo que se encuentra desarrollado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 057/2012 de 5 de octubre de 2012, determinando lo siguiente:

"…Es así que la ex Superintendencia General del SIREFI en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005, de 12 de septiembre de 2005, pronunciándose sobre el tema en cuestión, expresó:

"(…) Competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas (…) "Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo.

Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia (norma Fundamental dispone en su artículo 122 La sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley…"

De lo transcrito, se tiene que, es imprescriptible determinar la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, por lo que pasamos a establecer las facultades y atribuciones en observancia a la normativa.

Que, la Ley Nº 3076 de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1 parágrafo V, determina:

*"La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tiene competencia privativa e indelegable para emitir **regulaciones prudenciales**, **controlar supervisar** las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, **la actividad aseguradora** y del mercado de valores" (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, determina, en su Artículo 41, los objetivos que tiene la SPVS, señalando:

*"**a)** Velar por la Seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro **b)** Informar periódicamente a la opinión pública sobre las actividades del sector de la propia Superintendencia **c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros d)** Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros y **e)** Cumplir y hacer la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*

De lo expuesto, se tiene que, en el presente caso, la APS sí tiene competencia para pronunciarse respecto a si el regulado se encuentra cumpliendo con las disposiciones legales a las que se encuentra sometido.

Es así que, el órgano regulador, dentro de su competencia determinó sancionar a Fortaleza por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, al haber incumplido la prestación convenida consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra CCO-TJA -0506402/09 y de Correcta Inversión de Anticipo CIA-TJA-0510394/09.

Que, el hecho de que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se haya pronunciado en sentido de que Fortaleza habría incumplido el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, se debió justamente a que la aseguradora no cumplió con la prestación convenida, conforme lo establece la Resolución Administrativa IS/No 731/2007, de 11 de septiembre de 2007.

Que, el objeto del presente procedimiento administrativo versa sobre la competencia que tiene el ente regulador de fiscalizar a sus regulados y determinar el cumplimiento de la Ley de Seguros Nº 1883, así como el cumplimiento a la normativa que rige en el sector de seguros "…asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos dentro de este mercado…" conforme ya lo determinó la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2012 de 5 de julio de 2012.

Por lo que, de ninguna manera, este hecho, implica que la APS se haya pronunciado sobre controversias legales ni técnicas con relación al siniestro…."

Del precedente anteriormente citado, así como del caso de autos, se tiene desprende que compulsado el expediente administrativo, el pronunciamiento emitido por la Autoridad Reguladora se ha limitado a determinar el cumplimiento o incumplimiento del artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros conforme lo establece la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11

de septiembre de 2007. (Textos Únicos para la Ejecución de las Pólizas para Entidades Públicas), mismo que establece, en cuanto a la cláusula de ejecución inmediata condicional para Entidades Públicas, lo siguiente:

*"…No obstante **lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza,** mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es irrevocable, de ejecución inmediata condicional…"*

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno

*La ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la **presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad** pública que corresponda y según lo establece el procedimiento administrativo…"*

Y **no así, como refiere la recurrente, a resolver posibles controversias de hecho sobre las características técnicas** del seguro surgidas entre las partes o terceros interesados, en cuanto a las pólizas CIE-TJA-1198 y CCE-TJA-0826, mismas que en caso de existir deben ser resueltas por los Tribunales llamados por Ley para dicho fin.

Sin embargo de ello, eso no implica que el proceso sancionador iniciado a **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.** esté supeditado a un pronunciamiento judicial u otro, por lo que independientemente de las acciones legales que inicien las partes o los terceros interesados, la Autoridad Fiscalizadora sí tiene competencia para determinar si la Compañía de Seguros, incumplió con lo determinado en el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros en cuanto al procedimiento de ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° CCE-TJA-0826 y Garantía de Cumplimiento de Correcta Inversión de Anticipo N° CIE TJA -1198.

Que, conforme a lo compulsado, ésta Autoridad no encuentra fundamento para anular el presente proceso –conforme se tiene pedido- debido a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha pronunciado dentro de su competencia en cuanto al incumplimiento del artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros y no así sobre hechos controvertidos de las pólizas, no existiendo, por ende, ninguna vulneración al principio de legalidad como refiere la recurrente.

2.2. En cuanto al cumplimiento del artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros.-

La **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.**, refiere que ésta habría dado cumplimiento al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros y que, para dar cumplimiento, ha tenido que solicitar mayores documentos a fin de que permitan a la Aseguradora inferir y comprobar fehacientemente la ocurrencia del siniestro y determinar el monto a indemnizar.

Compulsado el expediente administrativo, se tiene que si bien la Aseguradora hubiera cumplido con el pago del siniestro, en fecha 17 de abril de 2012, conforme se evidencia de los cheques Nº 0001947 y Nº 0001949 a FS 91 y 92, esto, no implica la inexistencia de la infracción administrativa, toda vez que dicho pago fue realizado sobrepasando el plazo establecido en las Cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo CIE-TJA-1198 y la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Servicios para Entidades Públicas CEE-TJA-0826.

En dicha línea de razonamiento y siempre en base a la documentación cursante, tenemos que el Gobierno Municipal de Villamontes cumplió con el referido requisito, adjuntando copia de la Resolución Municipal Administrativa Nº 29/2011 de 28 de marzo de 2011 y carta de Resolución del contrato, remitiendo a la Aseguradora, a través de la nota V.M.D.J. 198/2011 de fecha 31 de marzo de 2011, **y al no existir mayores requisitos,** para la Institución, la recurrente debió cumplir con la prestación convenida de manera inmediata o a más tardar en los quince días siguientes, conforme lo establece la normativa, y no así, después de un año de haberse presentado los requisitos por parte del beneficiario (Resolución Administrativa Nº 29/2011 de 28 de marzo de 2011).

Que, ello denota la inexistencia de argumento que permita justificar el actuar de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.** al no cumplir con el pago debido a que la misma necesitaba mayor documentación para establecer la existencia del siniestro, en razón a que la recurrente no está facultada a solicitar mayores requisitos al beneficiario, que los establecidos en cláusula de ejecución inmediata condicional, donde –se reitera- se señala que para proceder a la ejecución de la póliza, la misma, deberá estar sujeta sólo a la presentación del original o copia **legalizada de la declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo** citada en las condiciones particulares.

Análisis legal y de la propia póliza suscrita por la recurrente, que comprueba que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha actuado conforme a derecho.

2.3. En cuanto a que la Resolución Municipal Administrativa Nº 29/2011 de 28 de marzo de 2011, debió estar firmada por el Consejo Municipal.

La recurrente señala que, nuevamente, el Ente Regulador habría cometido incongruencias al señalar:"… *En efecto, el texto está hablando del documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo,* ***y el nivel ejecutivo de mayor jerarquía (por lo citado en la CPE) es el Acalde o Alcaldesa****, cosa lógica y legal ya que por definición constitucional* ***el Consejo o Junta Municipal no es nivel ejecutivo sino nivel fiscalizador deliberativo y legislativo***… "

Que, al respecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 589-2012 de 9 de agosto de 2012, refiere:

> *"Que evaluado el Condicionado Particular de las pólizas* ***CCE-TJA-826 Y CIE-TJA-1198*** *se observa el siguiente texto:*

DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA DEL NIVEL EJECUTIVO A SER PRESENTADO PARA LA EJECUCIÓN EN CASO DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL:

- *El presidente del directorio o consejo (sic) de la entidad pública con el poder de representación legalmente constituido.*

Que al respecto, es menester citar lo dispuesto por el artículo 283 de la Constitución Política del Estado: "El gobierno autónomo municipal está constituido por un Concejo Municipal con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa municipal en el ámbito de sus competencias; ***y un órgano ejecutivo, presidido por el Alcalde o Alcaldesa****" (el remarcado y subrayado es de la APS).*

Que la anterior paráfrasis tiene que ver con lo dispuesto en el Condicionado Particular de las pólizas ***CCE-TJA-826 Y CIE-TJA-1198.*** *En efecto, el texto está "hablando" del documento de mayor jerarquía del* ***nivel ejecutivo****, y el nivel ejecutivo de mayor jerarquía (por lo citado en la CPE) es el Alcalde o Alcaldesa, cosa lógica y legal ya que por definición constitucional, el Concejo o Junta Municipal no es nivel ejecutivo sino nivel fiscalizador, deliberativo y legislativo.*

*Que en adición, el artículo 43 de la Ley N° 2028 de 28 de octubre de 1999 – Ley de Municipalidades, establece: "****El Alcalde es la máxima autoridad ejecutiva del Gobierno Municipal****" (el subrayado es de la APS) y por lo mismo, es el* ***representante del Gobierno Municipal*** *de acuerdo al artículo 44.1. de dicha norma especial. Esta disposición, concordante con lo establecido en la Constitución Política del Estado define la representatividad legal del gobierno autónomo municipal así como su carácter ejecutivo, por lo que, el argumento de la aseguradora en sentido de que era necesario una declaración plasmada en documento emanado de la presidencia de un Directorio o Consejo, simplemente carece de asidero legal y no es consistente en el plano contractual.*

Que referirse a que no es consistente en el plano contractual que precede a esta controversia, significa que el órgano que contrata, que paga, que administra la cosa pública a nivel municipal es el Alcalde o Alcaldesa y no el Concejo (Concejo con "c" y no con "s") que es el órgano deliberante, al tenor del artículo 44.33 de la Ley de Municipalidades N° 2028 de 28 de octubre de 1999. Prevalido de estas facultades ejecutivas es que el Alcalde de Villamontes firma el contrato de "Construcción de Internado Estudiantil Comunidad Tucainty" con la empresa OITAR S.R.L.

Que el Alcalde firma el contrato porque es quien representa al gobierno municipal de acuerdo al artículo 44.33 de la Ley N° 2028 de 28 de octubre de 1999 – Ley de Municipalidades y en esta misma calidad, Máxima Autoridad Ejecutiva, cuenta con las suficientes facultades para resolver el contrato, emitir la correspondiente Resolución Administrativa que declare su incumplimiento y solicitar la ejecución de las garantías (pólizas de seguros de caución).

Por lo que pretextar que para cumplir con la obligación de indemnizar, la aseguradora deba contar con un instrumento de presidencia de directorio o de Consejo (sic), simplemente no es de recibo a la luz de los argumentos constitucionales y legales expuestos precedentemente.

Que en el caso que nos ocupa, el Alcalde de Villamontes ha expedido la Resolución Administrativa Municipal de 28 de marzo de 2011 en ejercicio de sus facultades ejecutivas, como previene el artículo 44 de la Ley de Municipalidades Nº 2028 de 28 de octubre de 1999.

Que al establecer las clausulas (sic) de Ejecución inmediata Condicional como único requisito para la ejecución de las pólizas, la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía a nivel ejecutivo citado, en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda, se evidencia que dicho aspecto fue cumplido a cabalidad por el Beneficiario…"

Es así que, la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 589-2012 de 9 de agosto de 2012 transcrita *ut supra,* dando cumplimiento a la determinación de esta instancia jerárquica, ha fundamentado debidamente y legalmente respecto a quien es el llamado por Ley para ejercer la calidad de Máxima Autoridad Ejecutiva del Gobierno Municipal, siendo el Alcalde o Alcaldesa conforme prevé la propia Constitución Política del Estado Plurinacional y determinando a su vez que el Concejo Municipal no podía ejercer tal calidad, en razón a que éste es un órgano legislativo, deliberativo y fiscalizador. Por su parte la Entidad recurrente, no desvirtúa tal posición, seguramente por la precisión constitucional que respalda el fundamento presentado por la APS.

Por lo que, en el presente caso, queda evidenciado que el Gobierno Municipal ha cumplido con la presentación de la Resolución de incumplimiento firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad Pública, por tanto esta instancia jerárquica no ve ninguna incongruencia, en cuanto a que la Resolución de **declaración de incumplimiento** que ha sido presentada oportunamente.

2.4. En cuanto a la supuesta falta de motivación del acto administrativo.-

La recurrente, señala que al haberse anulado la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 063/2012 de 31 de enero de 2012, no correspondía a la APS pronunciarse en sentido de que:

"…En los puntos 1,2,3,5,6,7,8,9,10,11, del considerando 3 de la presente Resolución, debe manifestarse que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2012 de 5 de julio de 2012 es clara y no objeta los argumentos esgrimidos por esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por lo que se reproducen en lo pertinente , los argumentos esgrimidos por la APS en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº Nº 063-2012 de 31 de enero..."

Que, si bien, este hecho condice con los antecedentes del expediente administrativo, sin embargo y dentro lo fundamental, corresponde determinar que esta instancia jerárquica, **ya se pronunció sobre los puntos en cuestión** es decir: la competencia, la no aplicación del Código de Comercio en cuanto a la ejecución de las pólizas, y demás cuestiones alegadas por la recurrente, mismos que ya no merecen mayor fundamentación, trayendo a colación el precedente anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nª

042/2012 de 5 de julio de 2012, transcrita en el tercer Considerando de la presente Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado en el considerando anterior, y en estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma al haber determinado el incumplimiento de la recurrente al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, así como ha cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo, en cuanto se refiere a la competencia, motivación y fundamentación del mismo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 Par. I. inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 589-2012 de 9 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa N° APS/DJ/DS N° 451-2011 de 1 de diciembre de 2011.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FATIMA" LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 404/2012 DE 14 DE AGOSTO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 082/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 082/2012

La Paz, 28 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por Oscar Manuel Coronado Espinoza como Gerente General de la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda**., contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 404/2012 de 14 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº239/2012 de 14 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 052/2012 de 28 de noviembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 154/2012 de 07 de diciembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 4 de septiembre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., legalmente representada por Oscar Manuel Coronado Espinoza, Gerente General, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 1052/2012 de 31 de agosto de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 12 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo del Dr. Edgar Rosales Lijerón, presentó Recurso Jerárquico

contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 404/2012 de 14 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº239/2012 de 14 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de 12 de septiembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., mismo que fue notificado el 18 de septiembre de 2012.

Que, el 12 de octubre de 2012, a horas 10:30 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2011 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2011 de 15 de noviembre de 2011, se resolvió lo siguiente:

> *"**ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos ASFI/DSR/II/R-97686/2010 de 24 de septiembre de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva nota de cargos conforme a derecho y a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica…"*

Los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica son:

> ***"…2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-***
>
> *Conforme se evidencia de la lectura de la parte considerativa y resolutiva, de la Resolución Administrativa hoy impugnada, la Autoridad de Supervisión no consideró los argumentos esgrimidos por esta instancia jerárquica, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, que motivaron la determinación de anulación.*
>
> *Más al contrario siguió el procedimiento administrativo, sin tomar en cuenta que en el proceso inicial, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, indujo en indefensión al regulado, al determinar que la supuesta infracción correspondía a un sólo préstamo, conforme se desprende del fundamento dado en la nota de cargo y su consiguiente sanción, para luego ingresar a una fundamentación diferente, en sentido de que existirían dos préstamos y que los mismos hubieran sobrepasado el límite legal establecido por el artículo 54, numeral 4 y el inciso d) del artículo 79, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, apartándose así de la **nota de cargos** ASFI/DSRII/R-97686/2020 y a su vez de los fundamentos de su propia Resolución Administrativa ASFI Nº 892/2010, donde claramente se puede observar que la sanción otorgada es por un sólo préstamo correspondiente al crédito Nº 10037054 por Bs56,000.00 por infracción sólo al artículo 54 de la citada Ley de Bancos, cual se evidencia de la siguiente transcripción:*

"(…) Tipificación. En el presente caso se evidencia el incumplimiento a las disposiciones del numeral 4, artículo 54 del Ley de Bancos y Entidades Financieras toda vez que la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FATIMA" LTDA.,*** *habría procedido a* ***otorgar un préstamo a un funcionario no jerárquico por un monto*** *que supera de forma individual, el límite establecido en el artículo antes citado. (…)"*

(…)Cualificación a los Efectos de lo dispuesto en el artículo 18, Sección 2, Capitulo II Titulo XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, para la cuantificación de la falta cometida por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.,*** ***se considera el monto total de la operación prohibida, mismo que asciende a Bs 56,000.00 (CINCUETA Y SEIS MIL 00/100 bolivianos)*** *a fs. 17(…)"*

Asimismo, pese a la contundencia y precisión de los precedentes sentados por este Ministerio de Economía y Finanzas, en cuanto a la delimitación del cargo, la ASFI, se pronuncia en sentido de que:

"…Mediante carta G.G.017/2010 de 1 de marzo de 2010, la Cooperativa informó que el funcionario obtuvo un crédito en fecha 17 de diciembre de 2009, cuando no era empleado de la entidad, ingresando a trabajar a la misma en el mes de enero de 2010 ***en forma temporal, sin embargo, si bien el 17 de diciembre de 2009 la Cooperativa desembolsó el crédito N° 10037054 por Bs56,000 en favor de Marco Antonio Rivero Rivero cuando no era funcionario de la misma, al momento de su contratación (en enero de 2010) no tomaron en cuenta que el Sr. Rivero ya contaba con otra operación crediticia (N° 10031928), que a esa fecha tenía un saldo deudor de Bs37,343.93, por lo tanto, sumadas ambas operaciones a la fecha de contratación de dicho funcionario (28 de enero de 2010), la Cooperativa mantenía una concentración crediticia con el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero que infringía el límite legal establecido en el artículo 54, numeral 4*** *y el inciso d) del artículo 79, ambas de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las cuales establecen la prohibición a las entidades financieras no bancarias de realizar determinadas operaciones, entre las cuales se encuentra el conceder o mantener créditos con sus funcionarios por encima del límite legal, hecho suscitado con la Cooperativa conforme al siguiente cuadro: (…)". (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De lo transcrito se tiene que además de la violación a la normativa administrativa, en cuanto al debido proceso, ya desarrollada líneas arriba, la ASFI en la fundamentación que otorga en la Resolución Administrativa ASFI/N° 489/2011 de 20 de junio de 2011, incluye una segunda tipificación (no consideraba en la nota de cargos), cual es el artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, al tratar de fundamentar que dicho artículo determina la prohibición de ***mantener*** *créditos por la Cooperativa y sus funcionarios ejecutivos, olvidándose el carácter excluyente entre el artículo 54 y 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

Por lo que, más allá del análisis que deberá realizar la Autoridad de Supervisión Financiera, en cuanto a la imputación que corresponda al procedimiento administrativo de autos, tomando en cuenta a su vez, que es una entidad financiera no bancaria, importa hacer hincapié en las violaciones al procedimiento incurridas, así tenemos:

No ha considerado el principio de congruencia, que conforme ya se señaló en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010, es:

*"… **principio de congruencia** que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, **debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final**". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*"…La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, **la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión**. **La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa**". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por su parte, el Profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la circunstanciada motivación de la sentencia, donde se expresa y justifica los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha…"

Sentando el siguiente precedente:

"Por lo que, la motivación expresada por la administración, en sujeción al principio de congruencia, debe estar íntimamente ligada a la decisión adoptada."

En la misma línea de razonamiento, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010, se determinó:

"Asimismo, siguiendo a Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que esta última tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso, asimismo complementa que una dimensión importante del principio de congruencia es además la circunstanciada motivación de la sentencia señalando y justificando especialmente los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha."

Asimismo, no ha aplicado el principio de tipicidad, mismo ya desarrollado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de fecha de 20 de enero de 2011, que determina:

"…Por lo tanto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite considerar en el presente caso, que si bien una norma tipifica la conducta reprochable y otra norma es la que sanciona, las mismas no son autónomas, es decir que debe existir una relación entre la conducta reprochable y la sanción impuesta, (la primera nos formula una orden

o prohibición y la segunda nos remite a la infracción la misma que no puede apartarse de la conducta reprochable)…

A su vez Alejandro Nieto García en su libro de Derecho Administrativo Sancionador señala:

"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:

"El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas*** *(…)"*

...La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido:

"… la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *"nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria…."*

Congruentemente, con lo desglosado, transcrito y citado, la Autoridad Fiscalizadora, trasgredió una vez más el debido proceso que le asiste al regulado.

Por lo que al haberse ya determinado la anulabilidad del presente proceso en una ocasión anterior y al persistir las violaciones determinadas en la Resolución Ministerial Jerárquica No. 022/2011, así como la inclusión de nuevas infracciones al procedimiento administrativo a tiempo de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI 489/2011 (hoy impugnada jerárquicamente), como la inclusión de una nueva imputación, es que corresponde nuevamente su anulación, hasta el vicio más antiguo, que en el caso de autos, debe ser hasta la propia notificación de cargos, a fin que la Autoridad de Supervisión, impute el cargo que corresponde y siga el debido proceso administrativo con la debida fundamentación y en estricto cumplimiento al principio de congruencia y tipicidad…."

2. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en aplicación a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº060/2011 de 15 de noviembre de 2011, mediante nota de cargos ASFI/DSR II/R-58421/2012 de 14 de mayo de 2012, notificó a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido la entidad conforme el siguiente texto:

"…Incumplimiento de parte de la entidad al límite establecido en el artículo 79 inciso d) en relación al artículo 54 numeral 4 de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley, al determinarse, en base a la información reportada a la CIRC al 31 de enero de 2010, al 30 de junio de 2010 y al 31 de julio de 2010, que el señor Marco Antonio Rivero Rivera mantenía operaciones con la entidad que en su conjunto sobrepasaban el límite establecido por ley, de acuerdo al detalle siguiente:

NO. OPERACIÓN	FECHA DE OPERACIÓN	SALDO AL 31/01/2010 EN BS	SALDO AL 30/06/2010 EN BS	SALDO AL 31/07/2010 EN BS
10031928	17/11/2006	36,739.29	33,561.18	32,918.47
10037064	17/12/2009	55,333.27	53,271.47	52,602.39
(A) TOTAL ENDEUDAMIENTO		**92,072.56**	**86,832.65**	**85,52036**
PATRIMONIO NETO		51,094,317.00	55,733,363.00	55.716,363.00
(B) LÍMITE S/G ARTÍCULO 54 NUM.4 LBEF 0.15%		**Bs 76,641.48**	**Bs 83,600.04**	**Bs 83,574.54**
C= (B-A) DIFERENCIA		**(15,431.08)**	**(3,232.61)**	**(1,946.32)**

En consecuencia, se le otorga un plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 supra citado, para que remita los descargos o explicaciones correspondientes debidamente documentados."

3. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 28 de mayo de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., mediante CITE. G.G.Nº 055/2012, presentó los siguientes descargos:

"- La Autoridad" de Supervisión no mantiene uniformidad" de criterio en su observación y notificación, primeramente expone incumplimiento a las limitaciones establecida al momento de acceder al crédito 10037054 por Bs. 56.000, luego incluye otra operación 10031928 por U$ 8.000, argumentando que la Autoridad de Supervisión no emitió

correctamente la Notificación de cargos e incluyendo nuevos artículos de infracciones (Art. 79 inciso d) de la Ley de Bancos.

- Los Créditos desembolsados fueron realizados cuando no era empleado (antes de ser contratado), por lo tanto no existe ***vinculación*** *alguna con la Cooperativa. Fecha de desembolso 17/11/2006* ***(cancelado 18/11/2010)*** *y 17/12/2009* ***(cancelado 30/08/2010),*** *incorporado como funcionario* ***f.*** *(sic)* ***28/01/2010*** *de forma temporal para reemplazo del personal de vacaciones, lo cual es diferente a un contrato indefinido o por un año. Por otro lado el crédito 10031928 por U$ 8.000 pertenece a la Sra. Gaby Rivero Zambrana con garantía hipotecaria inmueble (sic) a nombre del Sr. Marco Antonio Rivero según contrato solo es garante hipotecario cediendo su inmueble como garantía y por política de la Cooperativa se lo expone en la Central de Riesgo como co-deudor.*

- Por otro lado que el incumplimiento al límite según CIRC al 30/06/2010 ***no*** *corresponde, ya que a dicha fecha el Sr. Rivero no era funcionario de la Cooperativa al habérsele dado de baja el 17/04/2010. Luego vuelve a trabajar a partir del 01/07/2010 y que aun (sic) no correspondiendo la observación de la Autoridad de Supervisión fue retirado al 31/08/2010, El crédito 10037054 a nombre del Sr. Marco Antonio Rivero fue* ***cancelado*** *el 30/08/2010.*

- Respecto al incumplimiento al Art. 79 inciso d) de la Ley de Bancos establece que se entenderá por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, por lo que se define prohibición a los empleados Ejecutivos, ***exceptuando a los funcionario No Ejecutivos.*** *Si la Autoridad de Supervisión menciona, incumplimiento al límite mencionado aplicable a las Entidades No Bancarias, esta interpretación no se considera correcta ya que estarían prohibidos en términos absolutos de acceder a un crédito los empleados No ejecutivos, caso que no se da ya que en el sistema Cooperativo se aplica el Art. 54 de fa Ley de Bancos desde que se dio la licencia de Funcionamiento.*

CONCLUSIÓN

Se concluye que la Autoridad de Supervisión no mantiene uniformidad de criterio en su observación y notificación.

No se considera procedente que la Autoridad de Supervisión establezca incumplimiento al límite establecido en el Art. 79 inciso d) en relación al Art. 54 numeral 4 de la Ley de Bancos. El concepto vinculación nunca fue incumplido siendo que el crédito fue desembolsado cuando no era funcionarlo, la parte de empleados No ejecutivos y ejecutivos lo determina el Art. 79 inciso d) diferenciando el mismo su proceso de aplicación, define prohibición a los empleados Ejecutivos, ***exceptuando a los funcionario*** *(sic)* ***No Ejecutivos, efecto de aplicar el Art. 54 para los mismos.***

Cabe hacer notar que el Crédito 10037054 fue cancelado en fecha 30 de Agosto del año 2010, tal como se lo informo mediante Carta GG. 077/2010 de 05 de Octubre de 2010, con la cual se respondió a la Nota de Cargo ASFI/DSR II/R-97686/2010 de 24 de Septiembre del 2010, pero aun así sin tomar en cuenta esta situación dio inicio a este vía crucis con la Resolución Sancionatoria 892/2010 de 21/10/2010, sin tomar en cuenta que

el supuesto incumplimiento fue regularizado con la cancelación del Crédito antes descrito y que además en ningún momento causo daño o perjuicio económico a la entidad ni a su *(sic)* ***socios y/o clientes….”***

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 239/2012 DE 14 DE JUNIO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 239/2012 de 14 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

“… ***PRIMERO.-****Sancionar a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “FATIMA” LTDA.,*** *con una multa mínima de* ***Bs17,759.34*** *(DIECISIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE 34/100 BOLIVIANOS) equivalente al 20% del promedio de las operaciones prohibidas por incumplimiento al límite establecido en el artículo 79 inciso d) en relación al artículo 54 numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley, al determinarse en base a la información reportada a la central de información de riesgo crediticio al 31 de enero de 2010 y al 31 de julio de 2010, que el señor Marco Antonio Rivero Rivero mantenía operaciones con la entidad que en su conjunto sobrepasaban el límite establecido por ley.*

SEGUNDO.-*Dejar sin efecto parcialmente la nota de cargos ASFI/DSR II/R-58421/2012 de 14 de mayo de 2012 en lo relacionado al supuesto incumplimiento del límite establecido en el artículo 79 incido (sic) d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al 30 de junio de 2010, dejando firmes y subsistentes las demás partes de la señalada nota de cargos.*

TERCERO.-*La multa impuesta deberá depositarse en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Unión S.A., en moneda nacional, dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.*

CUARTO.- *Disponer que la presente Resolución sea puesta en conocimiento de la Asamblea de Socios y Consejos de Administración y Vigilancia de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “FATIMA” LTDA.,*** *de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Órgano de Supervisión copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas de efectuado el acto.*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“…Que, del examen del cargo notificado y los descargos efectuados por la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “FATIMA” LTDA., se establecen los siguientes aspectos

En relación al Argumento 1

En cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 060/2011 de 15 de noviembre de 2011, esta Autoridad de Supervisión reinició la notificación de cargos conforme a derecho y fundamentos señalados en la citada Resolución Jerárquica. Por lo tanto, el descargo no desvirtúa los cargos establecidos toda vez que se reinició el proceso de notificación considerando las citas normativas pertinentes al caso.

El descargo no es aceptable en razón de que cualquier aclaración o precisión que se pueda incorporar a la nota de cargos relacionada al incumplimiento motivo del cargo notificado no necesariamente debe mantener la uniformidad de criterio que se extraña por cuanto una nota de cargos como un acto inicial del proceso administrativo debe cumplir únicamente con los criterios de claridad e integridad a efecto de que el regulado tenga la más amplia facultad de ejercitar su derecho a la defensa. En ese sentido, la incorporación de uno o varios criterios no involucra la acusada falta de uniformidad de criterio ni compromete la validez de la nota de cargos.

En relación al Argumento 2

Si bien es cierto que las operaciones crediticias 10031928 y 10037054 fueron contratadas antes que el Sr. Marco Antonio Rivero fuera funcionario de la Cooperativa, cabe citar que la parte pertinente del Artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) establece la prohibición de conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos. En su parte final señala que: "… los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones".

Por otro lado, la entidad justifica que el Sr. Rivero no era funcionario permanente y sólo cumplía funciones temporales, al respecto la cita legal mocionada anteriormente, establece que: "… Para efectos de la presente Ley, se entenderá por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sea apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación…". Por tanto, la justificación vertida por la entidad no tiene respaldo legal.

Adicionalmente, la Cooperativa justifica que la operación crediticia 10031928 fue otorgada a la Sra. Gaby Rivero Zambrana con garantía hipotecaria inmueble a nombre del Sr. Marco Antonio Rivero, siendo el mismo únicamente garante. Al respecto, de la revisión de los reportes remitidos por la entidad mediante nota GG N° 116/2011 de 23 diciembre de 2011, se establecen los siguientes aspectos:

- *Control de Carga de Operaciones al Sistema de la propia entidad. Se evidencia que dentro de los parámetros de la operación, se enuncia al Sr. Rivero Rivero Marco Antonio como Codeudor.*
- *Solicitud de Crédito Nro. 1308. Se nombra al Sr. Marco A. Rivero Rivero como Codeudor.*

Asimismo, el Detalle de Operaciones por Deudor de la Central de Información de Riesgo Crediticio de esta Autoridad de Supervisión al 31 de enero de 2010 y 31 de julio de 2010, registra al Sr. Marco A. Rivero Rivero como Codeudor de la operación 10031928, por lo cual la justificación presentada por la Cooperativa queda desvirtuada.

El descargo no es aceptable ya que la aplicación de la prohibición establecida en la norma no condiciona la situación de empleado temporal o regular, menos cuando se trata de la contratación de personal para realizar labores relacionadas al giro del negocio, aspecto que también conlleva para la entidad riesgos legales por incumplimiento de la normativa laboral.

En relación al argumento de que el señor Marco Antonio Rivero Rivero no hubiera fungido como Codeudor sino simplemente como garante, los argumentos técnicos son lo suficientemente claros al establecerse que el sistema operativo interno de la Cooperativa como el sistema de reporte a la central de información de riesgo crediticio identificó al citado funcionario como Codeudor del préstamo otorgado a la Sra. Gaby Rivero Zambrana.

En relación al Argumento 3

Cabe señalar que la justificación expuesta por la Cooperativa es correcta, debido a que el Sistema de Límites Legales Agrupados de esta Autoridad de Supervisión presenta rezagos de 5 a 15 días en promedio, por lo cual el exceso presentado en la concentración de deuda individual del Sr. Rivero consideró información de los primeros días del mes de julio de 2010, cuando ya era funcionario de la entidad.

No obstante lo citado en el párrafo anterior, existe incumplimiento en los siguientes periodos:

Del 28 de enero de 2010 al 17 de abril de 2010
Del 1 de julio de 2010 al 30 de agosto de 2010

Con base en el informe técnico emitido se establece que evidentemente debido a que el Sistema de Límites Legales Agrupados de esta Autoridad de Supervisión presentó un rezago de 5 a 15 días el exceso presentado en la concentración de deuda individual del Sr. Rivero consideró información de los primeros días del mes de julio de 2010, cuando ya era funcionario de la entidad; consiguientemente el descargo es aceptable.

En relación al Argumento 4

La entidad afirma que para el caso de los funcionarios No ejecutivos es aplicable el artículo 54 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), lo cual ratificaría el criterio expuesto en la notificación de cargos, por lo cual el límite máximo de endeudamiento individual para los funcionarios que es del diez por ciento (10%) del 1.5% del Patrimonio Neto, es aplicable a las entidades no bancarias. El no aplicarlo expondría a un sobre endeudamiento, lo cual no condice con los principios prudenciales para la gestión de riesgo crediticio.

Por otra parte, cabe considerar que la interpretación efectuada por el Gerente General de la entidad deja de lado la lectura íntegra del artículo 79 inciso d) que establece "… Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no,…". En ese sentido, el razonamiento efectuado por la entidad en referencia a que los funcionarios no ejecutivos estarían prohibidos en términos absolutos de acceder a un crédito no es evidente por cuanto, la aplicación supletoria del artículo 54 numeral 4 (como ellos reconocen), viabiliza la implementación de un criterio prudente e inclusivo, en este caso la posibilidad de que empleados no ejecutivos (operativos) de entidades no bancarias puedan acceder a créditos dentro la misma entidad en la que desempeñan funciones, empero respetando el límite establecido de endeudamiento individual para los funcionarios que es del diez por ciento (10%) del 1.5.% del Patrimonio Neto, lógica plenamente compatible con criterios de prudencia y sana administración de riesgo crediticio.

Asimismo, es pertinente efectuar las precisiones correspondientes a efecto de ratificar la plena convicción de esta Autoridad de Supervisión en la aplicación del límite establecido en el artículo 54 numeral 4 respecto a la prohibición que se describe en el artículo 79 incido d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), como sigue:

a. *La Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto ordenado), inciso d) artículo 79, establece expresamente la prohibición para las entidades de intermediación financiera no bancarias de conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos prestatarios vinculados a ellos, dentro los alcances del artículo 50 de la misma Ley. A continuación este artículo modula para efectos de su aplicación y alcances a quienes se entenderá por ejecutivos y funcionarios, incluyendo dentro este grupo a aquellos que ejercen funciones de decisión u operación y que puedan comprometer a la entidad con o sin limitaciones a sola firma.*

b. *En ese contexto, el caso del señor Marco Antonio Rivero Rivero ingresa dentro los alcances de la prohibición anteriormente descrita por cuanto él no es ejecutivo y mantuvo operaciones de crédito con la entidad por encima del límite fijado por el artículo 54 numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), límite aplicable a las entidades de intermediación financiera no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley.*

c. *La aplicación supletoria del límite fijado en el artículo 54 numeral 4 de la citada Ley N° 1488 a los casos que ingresan dentro la prohibición establecida por el artículo 79 inciso d), no resulta incompatible por cuanto el límite de endeudamiento de funcionarios no ejecutivos se calcula en función al patrimonio neto de la entidad lo que crea un equilibrio en la aplicación del límite. Asimismo, para el caso de no aplicarse este límite por una supuesta incompatibilidad, los efectos de esta interpretación crearían efectos contraproducentes por cuanto se concluiría que los funcionarios no ejecutivos de entidades no bancarias estarían prohibidos en términos absolutos de acceder a un crédito de la entidad en la que trabajan en*

contraposición a la excepción establecida para funcionarios de entidades bancarias. Por otro lado, para el caso de remitirse a las reglas del artículo 50 de la Ley N° 1488 como refiere la primera parte del artículo 79 inciso d), los funcionarios no ejecutivos de entidades no bancarias no se encontrarían alcanzados por esta prohibición pudiendo contratar créditos libremente con la entidad en la que prestan servicios.

Consecuentemente, bajo un criterio de prudencia y con el fin de evitar los efectos de un vacío normativo, el legislador dispuso en el artículo 69 de la Ley N°1488, que en todas las materias que no estén expresamente previstas en el capítulo de entidades de intermediación financiera no bancarias, se aplicarán en lo conducente, las disposiciones contenidas en la Ley para entidades de intermediación financiera bancaria.

En ese sentido, por los argumentos expuestos, la aplicación del límite establecido en el artículo 54 numeral 4 de la Ley N° 1488 a los casos previstos en el artículo 79 inciso d) es pertinente y adecuado, por cuanto su no aplicación crearía un efecto interpretativo adverso para la transparencia, gestión y administración de las entidades de intermediación financiera no bancaria dando lugar a una aplicación arbitraria o en su caso a una interpretación que libera de esta prohibición a las entidades no bancarias creando fuente de operaciones vinculadas.

CONSIDERANDO:

Que, las entidades de intermediación financiera cumplen una función considerada de interés público, por cuanto sus operaciones son apalancadas con recursos del público, la administración de estos recursos bajo criterios de prudencia y en un marco de sanas prácticas, constituye una obligación ineludible de las entidades de intermediación financiera.

Que, mediante INFORME ASFI/DSR II/R-68809/2012 de 6 de junio de 2012, la Dirección de Supervisión de Riesgos II de esta Autoridad de Supervisión, establece que en atención a los argumentos y explicaciones presentados por el Fondo (Argumento N° 3), el cargo notificado ha sido desvirtuado parcialmente.

CONSIDERANDO:

Que, para la gradación de la sanción a ser impuesta a la entidad, se ha considerado la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, para lo cual, conforme lo dispone la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, se establecen los siguientes elementos concurrentes: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Que, para los efectos de la gradación entre el hecho que genera el proceso sancionatorio y la sanción a ser impuesta se consideran los elementos siguientes:

Tipificación de la Infracción y de la Sanción. *Se evidencia el incumplimiento al límite establecido en el artículo 79 inciso d) en relación al artículo 54 numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley, al establecerse que la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FATIMA" LTDA.,*** *con base en la información reportada a la central de información de riesgo crediticio al 31 de enero de 2010 y al 31 de julio de 2010, que el señor Marco Antonio Rivero Rivero mantenía operaciones con la entidad que en su conjunto sobrepasaban el límite establecido por ley.*

El artículo 18, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dispone que:

"La entidad financiera que incurra en cualquiera de las siguientes acciones: (…) 4. Conceda créditos a sus empleados no ejecutivos, en exceso del uno y medio por ciento del patrimonio neto de la entidad financiera, ni individualmente el diez por ciento de dicho límite. Asimismo, el último párrafo del citado artículo establece: "Tales acciones que infringen lo dispuesto en el Artículo 54° de la Ley N° 1488, acarrearán a la entidad infractora, una multa no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida que hubiere efectuado, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo…".

Calificación. *Bajo el análisis precedente, conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la inobservancia a las disposiciones legales así como a las recomendaciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, circunscriben la conducta de la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FATIMA" LTDA.,*** *en el ámbito de Infracciones establecido en el artículo 102 del antes mencionado cuerpo legal.*

Gradación. *Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo ser evitada de haber considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configura una acción por negligencia por parte de los administradores de la entidad al permitir que el señor Marco Antonio Rivero Rivero mantenía operaciones con la entidad que en su conjunto sobrepasaban el límite establecido por Ley.*

Modulación. *A los efectos de modular la multa aplicable a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FATIMA" LTDA.,*** *se debe considerar la existencia del criterio reglado según lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas en el artículo 18, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que específicamente establece que "Tales acciones que infringen lo dispuesto en el Artículo 54° de la Ley N° 1488, acarrearán a la entidad infractora, una multa no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva*

operación prohibida que hubiere efectuado, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo…".

Que, en el presente caso a efecto de aplicar la discrecionalidad reglada otorgada por la normativa regulatoria antes citada, se ha considerado como atenuante el descargo aceptado según evaluación contenida en el análisis del argumento N° 3. Asimismo, se toma en cuenta que la infracción motivo del presente proceso sancionatorio no tiene el carácter de recurrente y no ha repercutido en la existencia de daños en contra de terceros.

Que, de acuerdo a la valoración efectuada, corresponde aplicar la sanción mínima establecida según el criterio contenido en el Reglamento de Sanciones Administrativas en el artículo 18, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es decir el 20% del exceso incurrido de acuerdo al cuadro esquemático siguiente:

MODULACIÓN DE LA MULTA	
(A) Monto total de las operaciones prohibidas (31/01/2010)	Bs 92,072.56
(B) Monto total de las operaciones prohibidas (31/07/2010)	Bs 85,520.86
Promedio de las opearciones prohibidas [(A+B)/2]	Bs 88,796.71
Escenarios de multa según criterio reglado	**Multa (Bs)**
50% del exceso	44,398.36
30% del exceso	26,639.01
20% del exceso	17,759.34

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 13 de julio de 2012, la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda.,** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N°239/2012 de 14 de junio de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 404/2012 DE 14 DE AGOSTO DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI/N° 404/2012 de 14 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 239/2011 de 14 de junio de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que, conforme a lo expresado en el Informe ASFI/DSR II/R-91702/2012 de 27 de julio de 2012, referente al análisis de los argumentos expuestos por la entidad recurrente, se tiene lo siguiente:

A. *"Al citar el principio de Proporcionalidad, (el Recurso) hace referencia a lo considerado en la aplicación de la Resolución Sancionatoria, al establecer una relación entre la falta cometida y la sanción impuesta, mencionando que en la Resolución del SIREFI se ha establecido que concurrieron los siguientes elementos: a)*

que los hechos imputados se encuentran previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable, b) que el hecho sancionado se encuentra plenamente probado, c) que la potestad sancionadora pondera las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Con relación al tema mencionado, no existe un argumento en contrario, la Cooperativa se encuentra plenamente de acuerdo en que el principio de la Proporcionalidad se ha aplicado en la Resolución Sancionatoria y que la Resolución Jerárquica expresa que concurrieron los elementos necesarios previstos, como ser: a) que los hechos imputados se encuentran previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable, b) que el hecho sancionado se encuentra plenamente probado, c) que la potestad sancionadora pondera las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. En este entendido, la Cooperativa no argumenta que exista algún incumplimiento al principio mencionado por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

B. *En lo correspondiente al artículo 54 inciso 4) cita textualmente el contenido del artículo y menciona la participación en dos créditos:*

   1) *Crédito N° 10031928 por un monto de $us8,000.- otorgado a la Sra. Gaby Ribero Zambrana, desembolsado el 17/11/2006.*

   2) *Crédito N° 10037054 por la suma de Bs56,000.- al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero desembolsado en fecha 17/12/2009.*

   Se hace referencia a que el señor Rivero ingresó a trabajar a la Cooperativa en forma temporal en fecha 28/01/2010, cuarenta y dos días después de acceder al crédito.

   Respecto al artículo 54 inciso 4), la Cooperativa no hace ningún análisis de la normativa, no demuestra contradicción, ni que se hubiera aplicado de manera errónea alguna disposición en el pronunciamiento de la resolución, únicamente se limita a citar el artículo 46 de la Constitución Política del Estado, haciendo referencia al derecho constitucional de toda persona, al trabajo digno, en condiciones equitativa y satisfactoria. Siendo estos argumentos incongruentes con el planteamiento del recurso.

C. *Cuando se refiere al artículo 79 inciso d) hace mención al contenido del artículo como tal, para concluir que la interpretación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no es prudente ya que por este motivo estarían prohibidos los funcionarios no ejecutivos, lo que representa una violación al artículo 46 de la C.P.E.*

   Complementando con lo anteriormente mencionado deja constancia que el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero no era funcionario de la Cooperativa en el momento del desembolso, por lo que concluye indicando que no existe incumplimiento.

Cuando (el Recurso) se refiere al artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de la misma manera que en el anterior caso, nuevamente se refiere al artículo 46 de la Constitución, con un planteamiento de defender el derecho de las personas al trabajo, tema que no concierne al fondo del proceso sancionatorio.

La normativa a la que esta Dirección se refiere, permite a los funcionarios no ejecutivos de la misma entidad, poder acceder a un crédito que no sobrepase el límite establecido en la norma, con la finalidad de establecer un criterio prudente en la otorgación de créditos, los cuales podrán estar permitidos, mientras se mantenga la permanencia del funcionario con calificación vigente.

Por otra parte, la Cooperativa expresa que el Señor Marco Antonio Rivero Rivero ingresó a trabajar de manera "temporal", como si de esa manera se justificase no haber cumplido la norma. Al respecto, el artículo 79 inciso d) que nos ocupa prevé, cuando se refiere a la situación laboral de los funcionarios textualmente: "…o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, siendo este concepto, suficiente para entender que no importa el tipo de contrato, sino que no se puede tener o mantener una obligación crediticia inobservando los límites establecidos en la citada Ley de Bancos.

D. *Se hace referencia al préstamo otorgado al señor Marco Antonio Rivero Rivero, cuando ingresó a la Cooperativa en forma temporal (en fecha) 28/01/2010 como se transcribe:*

		BS	
PN al 28/01/2010	=	*51.094.317*	
1,5% de PN	=	*766.415*	
10% (del 1.5PN)	=	*76.642*	*= LIMITE s/g Art. 54°*
Desembolso 17/12/2009		*56.000*	*= Crédito desembolsado*
Margen sobrante		*20.642*	

Habiendo cancelado la totalidad del crédito en fecha 30/08/2010, aspecto que indica no haber sido considerado por la ASFI.

Estas limitaciones no vulneran de ninguna manera el derecho al trabajo, como se hace mención en el Recurso. Sin embargo, la aplicación de esta previsión no es para el funcionario sino para la entidad al no haber controlado esta limitación dispuesta por ley. Los funcionarios de las entidades financieras bancarias y no bancarias, es común que cuenten con créditos en otras entidades del sistema financiero, si sobrepasan el límite establecido.

Cuando (la entidad) hace referencia al margen sobrante entre el crédito otorgado y el límite impuesto por la norma, no considera que la notificación de cargos fue por exceso al límite determinado en la norma y en ese sentido la entidad no menciona que el señor Marco Antonio Rivero Rivero consignaba dos créditos, uno directo en calidad de deudor y otro crédito también directo en calidad de codeudor con la

Sra. Gaby Rivero Zambrana, haciendo que la sumatoria de ambas obligaciones superen el límite del 10% sobre el 1.5% del Patrimonio Neto, previsto en el artículo 54 inciso 4) de la Ley N° 1488 de Bancos y entidades Financieras (Texto Ordenado), aspecto que ha generado la notificación de cargos y su posterior sanción, tipificada en la misma Ley, verificado su incumplimiento al encontrarse reportados en la Central de Información de Riesgo Crediticio.

Tal como se expone en el siguiente cuadro:

NO. OPERACIÓN	FECHA DE OPERACIÓN	SALDO AL 31/01/2010 EN BS	SALDO AL 30/06/2010 EN BS	SALDO AL 31/07/2010 EN BS
10031928	17/11/2006	36,739.29	33,561.18	32,918.47
10037064	17/12/2009	55,333.27	53,271.47	52,602.39
(A) TOTAL		**92.072.56**	**86.832.65**	**85.52036**
PATRIMONIO NETO		51,094,317.0	55,733,363.00	55,716,363.00
(B) **LÍMITE S/G ARTÍCULO 54 NUM.4 LBEF 0.15%**		**Bs 76.641.48**	**Bs 83.600.04**	**Bs 83.574.54**
C= (B-A) DIFERENCIA		**(15,431.08)**	**(3,232.61)**	**(1,946.32)**

Se menciona que no se ha considerado en la sustanciación del proceso, que se ha cancelado la obligación en fecha 30 de agosto del año 2010. Este aspecto no es condicionante en la aplicación de la sanción, pues ésta se aplica al sólo incumplimiento, ya que se encuentra previsto por la norma, que los créditos que "mantengan" tales personas, (se refiere a funcionarios no ejecutivos que mantengan créditos por encima del límite), deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones (artículo 79 inciso d).

E. *Refiriéndose al artículo 43 Inciso b) del Decreto Supremo 27175 solicita que se deje sin efecto la Resolución Sancionatoria, puesto que no se ocasionó ningún daño a la institución, ni se puso en riesgo el patrimonio de la Cooperativa, tal como se menciona en la misma Resolución.*

El argumento planteado para pretender dejar sin efecto la Resolución Sancionatoria a mérito de lo previsto en el artículo 43 Inciso b) del Decreto Supremo 27175, no puede ser aplicado simple y llanamente como se solicita, debido a que si bien no se ocasionó daño a la entidad, con dicho incumplimiento se ha conculcado la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), existe un incumplimiento a la norma del sector, aspecto que se encuentra considerado como sujeto a sanción en el artículo 18 del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, con una multa no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida que hubiere efectuado, sin exceder del tres por ciento del capital mínimo.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia determina en su primer parágrafo, que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, la parte pertinente del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) y asumirá además las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores y seguros.

Que, el parágrafo IV del artículo 1° de La Ley N° 3076 de Modificaciones a las Leyes N° 2427 del Bonosol, N° 2341 de Procedimiento Administrativo y N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y servicios auxiliares financieros.

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el Procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-58421/2012 de 14 de mayo de 2012 contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda. imputa a la entidad la infracción al límite establecido en el artículo 54°, numeral 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, al determinarse de los reportes de la Central de Información de Riesgo Crediticio que mantuvo créditos con el señor Marco Antonio Rivero Rivero, que en su conjunto excedían el límite legal establecido en el señalado artículo, toda vez que el artículo 79°, incido d) de la Ley N° 1488 limita a las entidades financieras no bancarias a conceder o mantener créditos con sus ejecutivos y funcionarios que ejercen funciones de decisión u operación que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma.

Que, el límite previsto para las entidades bancarias en el señalado artículo 54°, numeral 4, ha sido considerado en la imputación a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., como entidad financiera no bancaria, en base al artículo 69° de la Ley N° 1488 que establece: "En todas las materias que no estén previstas en este título (Título Cuarto – Entidades de Intermediación Financiera no Bancaria), se aplicará en los conducente, las disposiciones contenidas en esta Ley para las entidades de intermediación financiera bancaria y otras normas conexas", exponiendo la infracción al límite conforme el siguiente cuadro:

NO. OPERACIÓN	FECHA DE OPERACIÓN	SALDO AL 31/01/2010 EN BS	SALDO AL 30/06/2010 EN BS	SALDO AL 31/07/2010 EN BS
10031928	17/11/2006	36,739.29	33,561.18	32,918.47
10037064	17/12/2009	55,333.27	53,271.47	52,602.39
(A) TOTAL ENDEUDAMIENTO		**92.072.56**	**86.832.65**	**85.52036**
PATRIMONIO NETO		51,094,317.00	55,733,363.00	55,716,363.00
(B) **LÍMITE S/G ARTÍCULO 54 NUM.4 LBEF 0.15%**		**Bs 76.641.48**	**Bs 83.600.04**	**Bs 83.574.54**
C= (B-A) DIFERENCIA		**(15,431.08)**	**(3,232.61)**	**(1,946.32)**

Que, el exceso al límite legal previsto en el artículo 54°, numeral 4 de la Ley N° 1488 se produce de la siguientes (sic) manera:

1. *En fecha 17 de noviembre de 2006, la Cooperativa desembolsó el préstamo N° 10031928 por Bs55,760.- en favor de la señora Gaby Rivero Zambrana, registrándose en la Central de Información Crediticia, como codeudor al señor Marco Antonio Rivero Rivero, asumiendo solidariamente la obligación de pago de deuda contratada.*

2. *En fecha 17 de diciembre de 2009, la Cooperativa Fátima Ltda. desembolsó otro préstamo, signado con el N° 10037054, en favor del señor Marco Antonio Rivero Rivero, por Bs56.000.-*

3. *Posteriormente, el señor Marco Antonio Rivero Rivero ingresa a trabajar eventualmente en la Cooperativa Fátima Ltda. en fecha 28 de enero de 2010, ocupando el cargo de Cajero, habiendo sido dado de baja, según el Registro de Altas y Bajas del Sistema de Directores, Síndicos y demás funcionarios a cargo del Ente Regulador en fecha 21 de abril de 2010.*

   A partir del ingreso del Sr. Marco Antonio Rivero Rivero a la Cooperativa Fátima Ltda., el Patrimonio Neto de la entidad, vigente a partir del 14 de enero de 2010, ascendía a Bs51.094.317.- y el saldo de las dos operaciones crediticias que el Sr. Rivero mantenía al 31 de enero de 2010 ascendían a Bs92.072.56. Considerando las cifras señaladas y el artículo 54°, numeral 4 de la Ley N° 1488, el límite de concentración de ambos créditos no podía exceder de Bs76.641.48, sin embargo se excedió en Bs15,431.08.

4. *En fecha 1 de julio de 2010, el señor Marco Antonio Rivero Rivero fue nuevamente contratado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., ocupando el cargo de Cajero eventual hasta el 31 de agosto de 2010.*

   El Patrimonio Neto de la Cooperativa, vigente a partir del 15 de junio de 2010, ascendía a Bs55.733.363, el cual se encontró vigente hasta el 15 de Julio de 2010, consecuentemente, de la revisión a la información reportada a la Central de información de Riesgo Crediticio (CIRC), con corte al 30 de junio de 2010, contrastada con la fecha de reincorporación del funcionario, se observó nuevamente que las operaciones con el señor Marco Antonio Rivero Rivero, continuaban sobrepasando el límite legal máximo, establecido en Bs83.600.04, sobrepasándolo en Bs3,232,61.

5. *El crédito signado con el número 10037054, fue cancelado en fecha 30 de agosto de 2010, momento en el cual recién cesa el exceso al límite previsto en el artículo 54°,*

inciso 4 de la Ley N° 1488 respecto a la concentración de créditos en favor del Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, que hasta entonces excedieron el Patrimonio Neto de la entidad (Bs55,716,363.00) en Bs1,946.32.

*Que, **del análisis al primer argumento de impugnación** expuesto por la entidad recurrente en el memorial de 13 de julio de 2012, se tiene que el carácter del contrato que vincula al funcionario con la entidad contratante es irrelevante a los efectos de las limitaciones previstas en los artículos 54°, numeral 4 y 79 incido d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), puesto en ninguno de los artículos señalados, expresa como condicionante para su aplicación que el funcionario no ejecutivo sea permanente o eventual, entendiéndose por tanto que la limitación es de carácter general, tanto para funcionarios no ejecutivos eventuales y permanentes.*

*Que, **del análisis al segundo argumento de impugnación**, se ratifica lo ya manifestado en la notificación de cargos y en el presente documento, en sentido que la concentración de operaciones crediticias mantenidas con el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, durante los períodos en los cuales fue contratado por la Cooperativa Fátima Ltda. hasta el 30 de agosto de 2010, excedieron el límite legal previsto en el artículo 54°, numeral 4, limitación aplicada a la entidad de intermediación financiera no bancaria conforme el artículo 69°, con relación a la limitación o prohibición dispuesta en el artículo 79, inciso d), todos de la Ley N° 1488, que prohíbe a las entidades financieras no bancarias conceder o mantener créditos con sus ejecutivos y funcionarios que ejercen funciones de decisión u operación que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma, lo cual no implica que en las entidades de intermediación financiera no bancarias, en términos absolutos estén prohibidos de acceder a un crédito los empleados no ejecutivos; lo que sí está prohibido, es que los créditos que mantengan los empleados no ejecutivos o funcionarios de decisión en las entidades de intermediación financiera no bancaria excedan el límite establecido en el artículo 54°, numeral 4 de la Ley N° 1488, es por ello que el artículo 18°, Sección 2, Capitulo II, Titulo XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dispone que: "La entidad financiera que incurra en cualquiera de las siguientes acciones: ( ) 4. Conceda créditos a sus empleados no ejecutivos, en exceso del uno y medio por ciento del patrimonio neto de la entidad financiera, ni individualmente el diez por ciento de dicho límite. Asimismo, el último párrafo del citado artículo establece: "Tales acciones que infringen lo dispuesto en el Articulo 54° de la Ley N° 1488, acarrearan a la entidad infractora, una multa no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida que hubiere efectuado, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo."*

Que, habiéndose establecido que la infracción sancionada se refiere al exceso del límite previsto en la ley que mantuvo la entidad con su empleado no ejecutivo y no al vínculo laboral propiamente, no existe fundamento para sostener que la actividad fiscalizadora viole el artículo 46° de la Constitución Política del Estado, tal como afirma la entidad recurrente.

*Que, **en referencia al tercer argumento de impugnación**, es necesario reiterar que el artículo 79°, inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado),*

prohíbe conceder o mantener créditos con los empleados no ejecutivos o funcionarios de decisión de las entidades de intermediación financiera no bancaria. Bajo este contexto, estas entidades pueden mantener créditos con el resto de sus empleados dentro de los parámetros y limitaciones de endeudamiento individual previstos en la propia Ley, en el caso que nos ocupa, en aplicación del artículo 69° de la Ley N° 1488, no estando previsto en las materias del título de las entidades de intermediación financiera no bancaria los limites de endeudamiento individual con sus empleados no ejecutivos o funcionarios de decisión, es aplicable supletoriamente en lo conducente el límite establecido en el artículo 54°, numeral 4 de la misma Ley bajo un criterio de prudencia y sana administración de riesgo crediticio, en consecuencia no constituye un factor excluyente de la aplicación de la norma el hecho de que el empleado no ejecutivo haya obtenido los créditos excediendo el límite de concentración individual antes de su vinculación laboral con la entidad recurrente, constituyéndose infracción el mantener la extralimitación al máximo permitido por ley.

*Que, **en referencia al cuarto argumento de impugnación**, la Cooperativa Fátima Ltda., no hace una completa exposición del endeudamiento del Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, exponiendo tan sólo el crédito individual signado con el Nro. 10037054 otorgado en fecha 17 de diciembre de 2009 por Bs56.000.-, omitiendo referirse al crédito obtenido en calidad de codeudor con la Sra. Gaby Rivero Zambrana, signado con el Nro. 10031928 de fecha 17 de noviembre de 2006 por Bs55.760.- el cual también estaba vigente a tiempo de vincularse laboralmente con la Cooperativa y se mantuvo así aún más allá de su desvinculación final. La vigencia de ambos créditos provocaron (sic) el exceso al límite legal ya indicado, el mismo que se suspendió cuando en fecha 30 de agosto de 2010 se cancela el crédito Nro. 10037054.*

*Que, **con referencia al fundamento expuesto en el petitorio para solicitar se deje sin efecto la Resolución Sancionatoria**, bajo el análisis precedente se ha establecido que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda. contravino disposiciones de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que, conforme lo dispone el artículo 99° de la misma Ley, es pasible a la imposición de una sanción administrativa, la misma que ha sido graduada en consideración a que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo ser evitada de haber considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configura una acción por negligencia de parte de los administradores de la entidad al permitir que las operaciones crediticias con el señor Marco Antonio Rivero Rivero, en su conjunto sobrepasaban el límite establecido por Ley.*

Que, a los efectos de modular la sanción aplicable a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., se aplicó el criterio reglado según lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas en el artículo 18°, Sección 2, Capitulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que específicamente establece que "Tales acciones que infringen lo dispuesto en el Artículo 540° de la Ley N° 1488, acarrearan a la entidad infractora, una multa no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida que hubiere efectuado, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo."

Que, tal como se expone en la parte considerativa de la Resolución ASFI N° 239/2012 de 14 de junio de 2012, ahora impugnada, a efecto de aplicar la discrecionalidad reglada prevista por la normativa regulatoria ya citada, se han considerado como atenuantes el descargo contenido en el argumento N° 3, referido a la extralimitación al 30 de junio de 2010, que el presente proceso sancionatorio no es recurrente y no ha repercutido en la existencia de daños en contra de terceros.

Que, del análisis al orden legal establecido, la imposición de la sanción a la Cooperativa Fátima Ltda. Es procedente, sin que ninguna de las argumentaciones expuestas por la entidad fundamente la revocatoria de la Resolución ASFI N° 239/2012 de 14 de junio de 2012..."

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 4 de septiembre de 2012, la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda**., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 404/2012 de 14 de agosto de 2012, argumentando lo siguiente:

*"…**II.- ANTECEDENTES:***

Señor Ministro en fecha 21 de Agosto del 2012, hemos recibido la Resolución ASFI/N° 404/2012, emitida por la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, Directora ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la cual nos hacen conocer que CONFIRMAN en todas sus partes, la Resolución ASFI No 239/2012 de 14/ de Junio de 2012, que sanciono a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., con multa de Bs.- 17,759.34.- (DIECIETE (sic) MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE 34/100 BOLIVIANOS), por un supuesto incumplimiento a los limites dispuestos en el numeral 4 del articulo (sic)54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, en la otorgación (sic) de un Crédito al señor Marco Antonio Rivero Rivero.

*Señor Ministro, La Cooperativa Fátima Ltda., **no ha infringido** el límite establecido en el Art. 54° de la Ley de Bancos, la ASFI tipifica infamemente que se otorgo (sic) un **crédito a un funcionario** fuera del límite , **sin considerar que:***

- *El Art. 54 Inc. 4 de la Ley de Bancos a la letra dice "Las Entidades financieras no podrán: Realizar operaciones de Crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellos; excepto a sus empleados no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrán exceder el uno y medio por ciento (1,5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho limite (sic).*
- *El Crédito 10031928, por un monto de $us.-8,000.- otorgado a la Sra. Gaby Rivera Zambrana fue desembolsado 17/11/2006.*
- *El Crédito 10037054, por un monto de Bs.-56,000.-, otorgado al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero fue desembolso (sic) en fecha 17/12/2009.*
- *El Sr. Marco Antonio Rivero Rivero ingreso a trabajar de forma temporal a la Cooperativa en fecha 28/01/2010, cuarenta y dos días después de acceder al Crédito.*
- *El Art. 46 de la Constitución Política del Estado dice 'Toda persona tiene derecho al trabajo digno, estable en condiciones equitativas y satisfactorias".*

Por todo lo anteriormente detallado se puede evidenciar que el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero no se encuentra dentro de las limitaciones establecidas en el artículo 54 inc. 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, debido a que justamente al momento de acceder al Crédito por Bs.-56.000.-, este no era empleado ni funcionario de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda.., no teniendo por ende la calidad exigida por el Art. 54 Inc. 4 de la ley de Bancos y Entidades Financieras, cuando se refiere: "excepto a sus empleados no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5%.del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho limite (sic).
Congruentemente con lo anterior y en base a la documentación presentada, puede llegarse a la conclusión que la conducta atribuida a la Cooperativa no se enmarca dentro del tipo, ya que como se dijo líneas atrás al momento de la aprobación y desembolso del préstamo, del Sr. Marco Antonio Rivero Rivero y/o del préstamo de la Sra. Gaby Rivero Zambrana (desembolsado 17/11/2006), el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, no era empleado de la Cooperativa, así como tampoco se configura el hecho que a tiempo de la contratación, se hubiera excedido el limite (sic)permitido conforme determina (sic) los personeros actuales de la ASFI.

Es más el Sr. Rivero en fecha 30/08/2010, cancelo (sic) totalmente la obligación, a fin de ser tomado en cuenta, aunque sea en trabajos temporales, ratificando los controles existentes, sin embargo los funcionarios de la ASFI, no han considerado ni esta situación, ni los descargos presentados por la Gerencia mediante carta de Gerencia G.G. 017/2010 de fecha 01/03/2010 comunicando a la ASFI que el crédito fue desembolsado cuando no era funcionario y cuyo trabajo fue en forma temporal, y se aferran al Art. 54 de Ley de Bancos, el cual nunca estuvo en discusión, si no la errónea Interpretación que le han dado al mencionado articulo (sic)los funcionarios de la ASFI.

III.-RECURSO DE REVOCATORIA.- (sic)

En aplicación de los Arts. 13 (Inciso II), 14, 15 (Inciso II), 24, 46 (Inciso 1 y 2), y 110 de la Constitución Política del Estado, Arts. 51 Inc. II y 53 del Decreto supremo No. 27175, concordante con los Arts. 11 y 37 Inc. a y b del Decreto Supremo 071 de fecha 09/04/2009, y demás normas sustantivas, es que muy respetuosamente solicito a su autoridad se sirva considerar el presente ***RECURSO JERÁRQUICO CONTRA LA RESOLUCIÓN ASFI/Nº 404/2012, dictada por la*** *Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, Directora ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ya que la misma es atentatoria a nuestros derechos y violenta preceptos legales, civiles e inclusive Constitucionales, puesto que se nos está sancionando, sin tomar en cuenta primeramente que el numeral 4 del Art. 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, claramente señala que las entidades financieras no podrán realizar operaciones de Crédito con sus administradores y/o grupos prestatarios vinculados a ellos y pues el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero al momento de realizar y/o obtener el Crédito observado no era funcionario de la Institución, por lo tanto no existe incumplimiento considerando que dicho Señor no* ***trabajaba*** *en la Cooperativa en el momento del desembolsos. Y es más, con este accionar se violan preceptos constitucionales de índole fundamentales y laborales, puesto que uno de los fines y funciones del Estado Plurinacional de Bolivia es "Garantizar el acceso de las personas a la Educación, a la salud y al trabajo" (Art. 9 Inc. 5*

C.P.E.), y entre otras cosas también señala que "Toda persona tiene derecho al trabajo digno, estable en condiciones equitativas y satisfactorias (Art. 46 Inc. 2 C.P.E.).

Por todo lo anteriormente señalado pido a su autoridad que conforme al Art. 43 Inciso b), del decreto Supremo N° 27175, deje sin efecto la resolución sancionatoria, puesto que no se ocasiono (sic) ningún daño a la institución ni se puso en riesgo el patrimonio de la Cooperativa, tal como usted misma lo reconoce en la ultima (sic) parte del párrafo 4to de la pagina 11 de la Resolución ASFI N° 239/2012, que a la letra dice "ASIMISMO SE TOMA EN CUENTA QUE LA INFRACCIÓN MOTIVO DEL PRESENTE PROCESO SANCIONATORIO NO TIENE EL CARÁCTER DE RECURRENTE Y NO HA REPERCUTIDO EN LA EXISTENCIA DE DAÑOS EN CONTRA DE TERCEROS…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda.**, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 239/2012 de 14 de junio de 2012, sanciona a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda**.,** con una multa de Bs17.759,30, por el incumplimiento a los límites dispuestos en el artículo 79 inciso d), en relación al artículo 54 numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada ley.

Que, en el presente caso, se tiene que se habría sancionado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., por haber realizado y mantenido dos operaciones de crédito con el señor Marco Antonio Rivero Rivero (ex funcionario temporal de la Cooperativa) y que esta operación hubiera superado los límites establecidos en el Art. 54 inc. 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

1.1. Normativa Imputada.-

Previo al análisis de fondo, nos remitiremos a la norma que ha sido imputada y que se transcribe a continuación:

- **Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**

"Artículo 79°. *Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones:*

*"…d) **Conceder o mantener créditos** con sus ejecutivos, **funcionarios** o grupos de prestatarios **vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50º de esta Ley.** Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones…." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por su parte el Artículo 54, numeral 4, de la misma Ley de Bancos y Entidades Financieras, determina:

*"**Las Entidades Financieras bancarias no podrán:***

"…4)** Realizar operaciones de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos; **excepto a sus empleados no ejecutivos**, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el **uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite."

Lo señalado en el párrafo precedente, según la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es aplicable, en el presente caso, conforme lo establece el Artículo 69 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

1.2. Del cumplimiento del Principio de Tipicidad.-

Para entrar al control de legalidad respecto a la correcta aplicación del Principio de Tipicidad, revisemos previamente el mismo, para luego ver su aplicación en el caso de autos.

Al respecto, se tiene que ya, éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha emitido criterio a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 02/2012 de 19 de enero de 2012, misma que determinó:

"…El principio de tipicidad, responde al principio de "nullum crimen sine lege" lo que quiere decir "no existe crimen sin Ley previa que lo consagre". Por tanto el cumplimiento del Principio de Tipicidad, se consagra como una garantía jurídica para el supuesto actor de un delito -imputado, juzgado o procesado-, sea juzgado por una acción u omisión plenamente tipificada o positivizada en la norma.

Que al respecto de la tipificación de las sanciones ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de fecha de 20 de enero de 2011 determinó:

"…Para Trayter y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:

*La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: **1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La***

sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.

*Congruentemente con lo anterior, tenemos que el **principio de tipicidad**, se encuentra íntimamente ligado al **principio de legalidad**, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*

El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

*En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera **a) Subsunción de la actuación en un tipo** normativo de infracción, b) **subsunción del tipo en una clase de infracción**; c) Determinación de la correlación entre la **clase de infracción y la clase de sanción** d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:

*"El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de **predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas** (...)*

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa (...)" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

"… la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *"nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria..."*

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En sujeción a los antecedentes legales y aplicación de principios desarrollados en el numeral anterior, respecto al incumplimiento del artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, tenemos que:

- La Cooperativa Fátima Ltda., **mantuvo un crédito con su funcionario temporal Sr. Marco Antonio Rivero Rivero.**

Que, el Artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras es claro al señalar que los créditos que mantengan las **Entidades de Intermediación Financiera no bancarias con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios,** estos últimos vinculados dentro del alcance del artículo 50, deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones, independientemente del cargo en el cual vayan a desempeñar funciones e independientemente de cuál sea el monto, dado que lo que se está prohibiendo es que las entidades de intermediación financiera concedan o mantengan un crédito vinculado con sus funcionarios.
Que, en el caso de Autos, al haber mantenido créditos con el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, los mismos que fueron cancelados en fechas 18 de noviembre de 2010 y 30 de agosto de 2010, siendo que el mencionado señor ingresó a la Cooperativa a cumplir funciones temporales de cajero, en fechas 28 de enero al 17 de abril y del 01 de julio al 31 de agosto de 2010, hace que la Cooperativa haya incumplido con lo establecido en el artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Hecho que hace que la conducta, atribuida a la Cooperativa, se enmarque dentro del tipo imputado.

Sin embargo de ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a la última parte del artículo 79 inc. d), refiere:

"…con relación a la limitación o prohibición dispuesta en el artículo 79, inciso d), todos de la Ley N° 1488, que prohíbe a las entidades financieras no bancarias conceder o mantener créditos con sus ejecutivos y funcionarios que ejercen funciones de decisión u operación que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma, ***lo cual no implica que en las entidades de intermediación financiera no bancarias, en términos absolutos estén prohibidos de acceder a un crédito los empleados no ejecutivos…"***

*"…**lo que sí está prohibido**, es que los créditos que mantengan los empleados no ejecutivos o funcionarios de decisión en las entidades de intermediación financiera no* ***bancaria excedan el límite establecido en el artículo 54°, numeral 4 de la Ley N° 1488."***

De lo transcrito, se tiene que, el Ente Regulador, hace una incorrecta interpretación de la norma, primero, señalando que las entidades no bancarias pueden realizar y mantener préstamos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos prestatarios, siempre y cuando éstos se encuentren dentro de los parámetros establecidos en el artículo 54, numeral 4. Sin embargo y del análisis ut supra, tenemos que es el propio artículo 79 inc. d), el que señala la prohibición para las entidades de intermediación financiera no bancarias, de mantener o conceder créditos con sus empleados.

Por lo que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no puede modificar la ley y hacer interpretaciones extensivas y contrarias a la norma y referir que sí se pueden otorgar préstamos o mantener préstamos con sus funcionarios, siempre y cuando se respeten los parámetros establecidos en el artículo 54 numeral 4.

Debido a que el artículo 54 numeral 4 aplica sólo para las entidades de Intermediación financiera bancarias, no así para otras entidades financieras no bancarias como ser el caso de las Cooperativas, y si bien el Ente Regulador sustenta la aplicación de este artículo en el último párrafo del artículo 69, se tiene que, el mismo refiere que *"en todas las materias que no estén expresamente previstas de este título, se aplicara en lo conducente, las disposiciones contenidas en esta Ley para las entidades de intermediación financiera bancaria y otras normas conexas…"*

De lo transcrito, se tiene que, el citado artículo, claramente señala que en todas las materias que no están expresamente previstas se aplicará lo conducente a las disposiciones contenidas en la presente ley para las entidades de intermediación financiera bancaria; sin embargo de ello, no corresponde aplicar una norma para entidades financieras bancarias a una entidad no bancaria, más aún cuando es la misma ley en su artículo 79 inc. d), la que determina claramente que las entidades de intermediación financiera no bancarias no podrán conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios, ya sea que éstos ejerzan cualquier función de decisión u operación.

Por lo que, en el presente caso, la segunda parte del artículo 79 inc. d), no puede ser aplicada conforme lo señala la Autoridad de Fiscalización, es decir, dentro de los parámetros establecidos en el articulo 54 numeral 4 ya que, en el caso de autos, la obligación de pagar los préstamos antes de que una persona entre en funciones en una entidad no bancaria, **es para todos los funcionarios**, independientemente de las funciones que prestan e independientemente del monto del préstamo o crédito.

Asimismo, cabe la precisión que al momento que el Ente Regulador imputa determinado artículo, inciso o numeral específico, el mismo debe ser entendido en su conjunto, no pudiendo el Ente Regulador sustituir a su conveniencia lo dispuesto por un artículo o por otro.

Quedando claro entonces que no corresponde sancionar a la recurrente por incumplimiento al artículo 54 inc. 4, debido a que el mismo sólo es aplicable a las entidades financieras y, en el caso de autos, cuando la entidad financiera **haya concedido créditos a sus empleados y que los mismos** excedan el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria o individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.

Por cuanto tenemos que, el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, al momento de realizar las operaciones de crédito señaladas, no se encontraba dentro de las limitaciones establecidas en el artículo 54 inc. 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, debido a que, justamente, al momento de acceder a los dos créditos, éste no era empleado ni funcionario de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., no teniendo, por ende, la calidad exigida por el artículo 54 inc. 4), de la Ley de Bancos y Entidades Financieras,

Hecho que hace que la conducta, atribuida a la Cooperativa, no se enmarque dentro del presente tipo imputado.

Que, si bien, en el presente caso, ésta Instancia Jerárquica ha determinado que existiría incumplimiento al artículos 79 inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., corresponde Anular el presente proceso ya que se ha evidenciado que la Autoridad de Fiscalización ha vulnerado el principio tipificación y legalidad debiendo en consecuencia emitir un nuevo acto administrativo considerando lo ya expresado por esta autoridad a fin de evitar mayores dilaciones en el proceso, así como en resguardo de los principios de celeridad y economía procesal.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha cumplido con el principio de tipicidad, y principio de legalidad,

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009, de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado en el procedimiento y en especial en los derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre

de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la nota de cargos ASFI/DSR II/R-58421/2012 de 14 de mayo de 2012, **inclusive**, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la Atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por no dar cumplimiento al procedimiento administrativo así como a lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2011 de 15 de noviembre de 2011.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/UC/Nº 755-2012 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 083/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 083/2012

La Paz, 28 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 755-2012 de 25 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 472-2012 de 6 de julio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 053/2012 de 29 de noviembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 155/2012 de 10 de diciembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 11 de octubre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, representada legalmente por René Nicolás Nogales Rodríguez, conforme acredita el Testimonio de Poder Nº 627/2008, otorgado en fecha 24 de noviembre de 2008 por ante

Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 755-2012 de 25 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 472-2012 de 6 de julio de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/8096/2012 con fecha de recepción 16 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 755-2012 de 25 de septiembre de 2012, recurso que fue admitido mediante Auto de fecha 19 de octubre de 2012 y notificado a la recurrente el 24 de octubre de 2012.

Que, en fecha 7 de diciembre de 2012, se llevó adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, mediante memorial presentado en fecha 22 de noviembre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/UC/3671/2012 DE 18 DE MAYO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/UC/3671/2012 de fecha 18 de mayo de 2012, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con los siguientes cargos:

"…***II. IMPUTACIÓN DE CARGOS.***

De la revisión de la documentación adjunta y del análisis de la normativa específica, se tiene las siguientes observaciones de orden legal:

CARGO 1

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido por el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008 y al artículo 13 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 22 de 17 de enero de 2000, por parte de BBVA Previsión AFP S.A., por publicar un arte de prensa con el Banco Ganadero S.A. en fecha 02 de septiembre de 2010, en el periódico La Razón, sin considerar la prohibición de adhesión a publicidad ajena, establecida en la norma imputada.

CARGO 2

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido por el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008 y a los artículos 5, 6, 7 y 11 incisos b) y e) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 22 de 17 de enero de 2000, por

parte de BBVA Previsión AFP S.A., al evidenciar que el arte de prensa publicado el 02 de septiembre de 2010 en el periódico La Razón, emite juicios de valor, utilizando frases similares a las prohibidas, utilizada en la frase como "Somos la primera AFP que ofrece el servicio de pago de aportes por internet", en la que resalta el término "Primera AFP", publicación que cumple un objetivo distinto al perseguido por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, actitud que promueve una competencia desleal frente a la otra AFP.

CARGO 3

Existen indicios de incumplimiento por parte de BBVA Previsión AFP S.A, a lo establecido por el artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, a los artículos 4, 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 553 de 02 de julio de 2008, y a los artículos 4, 5, 6, 7, 11 Incisos b) y e) y 13 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 22 de 17 de enero de 2000, por realizar publicaciones sobre el Índice de Riesgo en su página Web, cuyo material informativo promueve una actitud de competencia desleal respecto a la otra AFP, al utilizar expresiones tales como: "al 31 de diciembre de 2009 BBVA Previsión AFP tiene un factor de riesgo equivalente a 0.99%; el menor del sistema, en concordancia con nuestra Política de Inversión"; y, por tanto cumple un objetivo distinto al perseguido por la Seguridad Social a largo plazo.

CARGO 4

Existen indicios de incumplimiento por parte de BBVA Previsión AFP S.A, a lo establecido por el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 553 de 02 de julio de 2008, por presentar el Plan de Medios correspondientes a las gestiones 2011 y 2012, fuera del plazo establecido por la normativa…."

2. NOTA DE DESCARGOS PREV-CO-91-6/2012 DE 22 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante nota PREV-CO-91-6/2012 de fecha 22 de junio de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta los siguientes descargos:

"…En atención a su nota APS/DJ/UC/3671/2012 sobre Notificación con Cargos en relación al incumplimiento de Normas Generales sobre Publicidad - Plan de Medios 20122 (sic) *y 2012, considerando los cargos planteados y los antecedentes, con nuestro mayor respeto, a continuación presentamos los descargos correspondientes:*

Al Cargo 1:

Referente a la publicación efectuada el 2 de septiembre de 2010 en el periódico La Razón, como verá en la fotocopia que se adjunta, su autoridad puede evidenciar que no se hace mención a ninguna entidad financiera en particular. Así mismo cabe resaltar que la publicación fue efectuada por nuestra Administradora y no en adhesión a una publicidad ajena, como afirma el cargo.

A los Cargos 2 y 3:

La libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales están garantizados por el Estado, conforme se desprende del artículo 308 de la Constitución Política del Estado. Por otro lado, la Resolución Administrativa SPVS -P N° 022 de 17 de enero de 2000, que aprueba las normas generales a las cuales se sujetará la publicidad que realicen las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), establece lo siguiente:

- *Las AFP podrán emplear todos los recursos creativos de publicidad, en la medida que éstos no provoquen confusión respecto al Seguro Social Obligatorio (SSO), el fondo de Capitalización Colectiva (FCC), las AFPS anunciantes o sus servicios, y que no constituyan actos de competencia desleal mediante el descrédito el ridículo o cualquier acto similar (Art. 5).*

- *Las AFP no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acera de otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "El mejor servicio", "la mejor AFP", "la AFP con el mejor respaldo" y otros similares (Art. 7).*

- *Las AFP deberán presentar información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla, comprobable y de fácil entendimiento para el público. El uso de datos parciales de una investigación o estadística no deberá conducir a conclusiones distorsionadas (Art. 11 Inc. b).*

- *La difusión deberá estar sustentada en datos veraces, evitando interpretaciones antojadizas o contrarias al verdadero sentido de la información (Art. 11 Inc. c).*

- *Se prohíbe realizar acciones que conlleven o den lugar a denigrar publicitariamente al competidor, a la confusión del público; asimismo se prohíbe la adhesión a la publicidad ajena y cualquier otra forma de publicidad que pueda ser considerada como un acto de competencia desleal (Art. 13 Inc. f).*

En el marco del ordenamiento jurídico mencionado se puede evidenciar que la existencia de competencia desleal en materia de publicidad por parte de las AFP, se encuentra sujeta a las siguientes condiciones:

1) *Cuando la publicidad causa el descrédito del competidor.*
2) *Cuando la publicidad no puede ser justificada objetivamente.*
3) *Cuando la publicidad produce confusión en la clientela.*
4) *Cuando la publicada contiene información distorsionada e incompleta.*

*La frase utilizada en la publicación efectuada el 02/09/2010 en el periódico La Razón y observada por la APS en el **Cargo 2**, como pueden apreciar no se encuentra infringiendo la normativa citada porque en ellos no se emite juicio*

de valor[1] alguno con referencia a la otra AFP, por el contrario, es veraz ya que en busca de brindar cada vez un mejor servicio a los empleadores y asegurados, fuimos la primera AFP en contar con el pago de aportes a través de un sistema desarrollado por BBVA Previsión AFP, disponible en nuestra página WEB, que permite el enlace a un aplicativo especial de una entidad Financiera, logrando con esta herramienta facilitar a los empleadores el pago de aportes desde sus oficinas sin necesidad de apersonarse al banco, por tanto esta publicación tenía como finalidad poner en conocimiento a los empleadores este beneficioso servicio.

> "[1] *Juicio de carácter apreciativo sobre una persona, hecho o argumento, basado en unos determinados criterios, normas o modelos. Suele implicar una estimación subjetiva, con frecuencia dicotómica (positivo-negativo, bueno-malo, mérito-demérito, etc., y denotar una jerarquías (sic) de valores)...".*
> *Fuente http://www.medicoscubanos.com/diccionario medico.aspx?q=juicio %20de%20valor...*"

En este sentido el artículo 7 (JUICIOS DE VALOR) de la R.A. SPVS P No 022 de 17 de enero de 2000, indica claramente que "Las AFP y ERA no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de la otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como "el mejor servicio", "la mejor AFP o ERA", "la AFP o ERA con el mejor respaldo" y otros similares"", (el subrayado es nuestro). Considerando lo anterior, no se utilizó la frase "mejor" y menos compara o alude a aspectos positivos o negativos relacionados a la otra AFP, no ofende la opinión o fama de la otra AFP. Se debe hacer notar que la publicación en cuestión es veraz, ya que como es de conocimiento de la APS, BBVA Previsión AFP fue la primera administradora que contó con el sistema de pago de Aportes en Línea sin tener que ir a una entidad financiera para hacer efectivo el pago, consecuentemente no existe juicio de valor por parte de nuestra AFP.

*Por otro lado cabe manifestar que en el **Cargo 3** de la nota de cargos de referencia no vemos prueba que demuestre la existencia de la conducta de competencia desleal de parte de BBVA Previsión AFP y que se hayan incumplido con los preceptos establecidos en la disposición administrativa supuestamente infringida; en consecuencia, esta administradora no incurre en ninguna conducta que sea tipificada como competencia desleal al utilizar la frase utilizada en la página web.*

Entendiéndose como competencia desleal como: "aquella actividad contra la libertad de trabajo, que se configura por el empleo de maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda aviesa, con el propósito de desviar en provecho propio la clientela de un establecimiento comercial o industrial. La frase observada en el Cargo 3 no hacen (sic) *más que reflejar una información real y no una conducta desleal, como se explicó anteriormente.*

Por todo lo expuesto, es que sostenemos que la nota de cargos cite

APS/DJ/UC/5628/2011 no demuestra la existencia de la conducta de competencia desleal por parte de BBVA Previsión, en virtud a lo establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, no habiéndose probado:

- *Que La información publicitada desacredita a la AFP Futuro de Bolivia ni a sus servicios.*
- *Que la información que ha sido publicitada no se encuentra respaldada.*
- *Que al publicitar esta información, se haya producido una confusión en los afiliados, que haya generado un traspaso que hubiera causado daño a la otra AFP.*

Al Cargo 4:

Referente al Cargo 4 es necesario aclarar que el retraso en el envío del Plan de Medios se debió una confusión en la fecha establecida, debido a las diferentes notas que recibimos de su autoridad, siendo totalmente involuntario, habiéndolo enviado sin embargo dentro del mes estipulado…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/UC/N° 472-2012 DE 6 DE JULIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 472-2012 de 6 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que el inciso q) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, señala lo siguiente: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones: (...) q) Abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o de competencia desleal."

Que el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, dispone que: "Las AFP y ERA deberán cuidar que toda publicidad, promoción de ventas o información que entreguen no tienda a inducir a interpretaciones inexactas sobre la realidad de la AFP y ERA, ni acerca de los beneficios y prestaciones que le corresponde entregar en conformidad con la Ley N° 1732...

La publicidad, en todo momento, deberá ajustarse estrictamente a la verdad, no aceptándose que mediante algún arbitrio se induzca, directa o indirectamente, a interpretaciones distintas a la realidad".

Que el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, señala que: "Las AFP y ERA podrán emplear todos los recursos creativos de publicidad, en la medida que estos no provoquen confusión respecto al SSO, régimen de Vivienda Social, el Fondo de Capitalización Colectiva, las AFP y ERA anunciantes o sus servicios..."

Que el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de

2000, dispone que: "Las campañas publicitarias no podrán fundarse en objetivos distintos a los perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO)..."

Que el artículo 7 de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, señala que: "Las AFP y ERA no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de la otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "el mejor servicio", "la mejor AFP o ERA", "la AFP o ERA con el mejor respaldo" y otros similares".

Que el artículo 11 de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, señala que: "Para realizar sus actividades de publicidad y promoción de ventas, las AFP y ERA deberán considerar los siguientes aspectos: ...b) Las AFP y ERA deberán presentar información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla comprobable y de fácil entendimiento para el público, no pudiendo promover objetivos contrarios a los perseguidos por el SSO y Régimen de Vivienda. El uso de datos parciales de una investigación o estadística no deberá conducir a conclusiones distorsionadas, e) Cada AFP o ERA deberá mantener en todo su material publicitario, de promoción de ventas e informativo, una actitud de competencia leal frente a las demás AFP o ERA del sistema".

*Que el artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, establece que: "Todo tipo de promoción emitida por las AFP y ERA, además de cumplir con lo establecido en el artículo 4 de la presente Resolución, deberá observar las siguientes prohibiciones: ...**f) Se prohíbe realizar acciones que conlleven o den lugar a denigrar publicitariamente al competidor, a la confusión del público; asimismo se prohíbe la adhesión a la publicidad ajena y cualquier otra forma de publicidad que pueda ser considerada como un acto de competencia desleal**." (…)*

CONSIDERANDO:

Que en consideración a los argumentos expuestos por el regulado, se tienen observaciones de carácter técnico y legal, que para mantener el orden de la Resolución, se realiza en función a los descargos presentados por la Administradora:

Al Cargo 1)

Se considera suficiente la información de descargo presentada por BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que la publicación realizada en el periódico La Razón en fecha 02 de septiembre de 2010, de acuerdo a la documentación presentada por la Administradora: Factura emitida por el periódico La Razón, NIT 1020241028, Número 03916, Autorización N° 29040020070, la publicidad fue pagada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, lo que determinaba la adhesión a publicidad ajena.

Al cargo 2)

Con relación a la previsión constitucional establecida en el artículo 308 de la Constitución Política del Estado, cabe resaltar lo señalado por el mismo a través de la transcripción íntegra del mismo:

*"**Artículo 308. I.** El Estado reconoce, respeta y protege la iniciativa privada,*

para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país.

II. *Se garantiza la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales,* ***que serán reguladas por ley****".*

De acuerdo a lo anterior, el Estado evidentemente reconoce y protege la iniciativa privada, siempre y cuando, contribuya al desarrollo económico y social y fortalezca la independencia económica del país. En el presente caso, el emitir juicios de valor, al resaltar que la AFP es la "...Primera AFP..." en un arte de prensa, la Administradora no contribuye de forma alguna al desarrollo económico, ni al social y menos aún fortalece la independencia económica del país. Lo que propicia, es una competencia desleal con el otro operador.

Asimismo se señala que, la libertad de empresa y el ejercicio de las actividades empresariales, bajo las que se ampara la AFP, la misma Constitución Política del Estado, indica que serán reguladas por ley, por cuanto se recomienda a la AFP, dar el significado correcto a las previsiones normativas, leyendo el texto de manera íntegra. Dado que de esta manera, el parágrafo segundo da a entender que la libertad de empresa así como sus actividades, serán reguladas por ley.

En ese contexto cabe recordar que la normativa aplicable a la Administradora de Fondos de Pensiones, bajo las cuales debían enmarcar sus actividades, en el presente cargo estaban consideradas, en la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, así como las Resoluciones Administrativas SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000 y SPVS/IP N° 553/2009 de 02 de julio de 2008

La Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, en su artículo 31 inciso q), obligaba a la AFP ha (sic) *abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o de competencia desleal, pero fue ignorada, por cuanto el arte de prensa publicado el 02 de septiembre de 2010 en el periódico La Razón, difunde la frase "Somos las primera AFP que ofrece el servicio de pago de aportes por internet resalta deliberadamente las palabras* ***"Primera AFP",*** *mediante el uso de colores y tamaños de letra, cuya exposición genera una idea diferente, respecto a que la AFP, sería la primera como AFP, y no en el uso de una herramienta; publicidad que de cualquier manera, no cumple una función educativa y tampoco permite conocer o comprender al público, los aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, como prevé el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008. Finalmente en este punto recalcar que, el mismo articulado señala que las publicaciones deben ser eminentemente educativas y no pueden contener ningún tipo de publicidad, como ocurrió en el presente caso.*

Por último, la AFP debió cuidar que la publicidad emitida ***"no provoque confusión respecto al SSO... y no constituyan actos de competencia desleal",*** *por cuanto no debió valerse de colores y tamaños de letras, para resaltar las palabras* ***"Primera AFP"*** *en la frase publicada. Dicha publicidad por imperativo legal no debía fundarse* ***"en un objetivo distinto a los perseguidos por el SSO de largo plazo"*** *y no obstante*

de ello, la AFP trata de difundir que es la Primera AFP, tratando de sobreponerse en una situación que no está permitida, por cuanto el objeto de la publicidad debe ser siempre difundir los objetivos del Seguro Social Obligatorio a largo plazo y no como ocurre en el presente caso. Asimismo, la normativa dispone que las AFP "...no podrán emitir juicios de valor acerca de la otra AFP, eliminando frases como ***"la mejor AFP"*** *y en este caso una similar como,* ***"la Primera AFP",*** *la utilización de esta frase similar a las prohibidas, no hacen más que ratificar el alejamiento de los lineamientos básicos de la publicidad que debía cumplir la AFP, por cuanto al señalar que es la primera AFP, no sólo persigue otros objetivos diferentes a los del Seguro Social Obligatorio a largo plazo, sino que es entendida como actitud de competencia desleal por el otro operador y este Ente Regulador, motivo por el cual, Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta la denuncia respectiva, solicitando el cumplimiento de la normativa respectiva, contenida en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 022 de 17 de enero de 2000, específicamente en los artículos 5, 6, 7 y 11 incisos b) y e).*

Por todo lo señalado, se consideran insuficientes las explicaciones expuestas por la AFP, debido a que el arte publicado el 02 de septiembre de 2010 en La Razón, como se dijo anteriormente, difunde un mensaje con una intencionalidad diferente a la de los objetivos del Seguro Social Obligatorio a largo plazo, lo que establece tácitamente un incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 y a los artículos e incisos citados en la imputación del cargo. Asimismo el empleo deliberado de diferentes colores y tamaños de letra, para destacar el mensaje ***"Primera AFP"*** *por su manera de exposición, no genera un mensaje integral, sino dividido que difunde una idea diferente, lo cual es considerado como un acto de competencia desleal.*

Al cargo 3)

Considerando que el sistema de pensiones está compuesto solamente por dos Administradoras de Fondos de Pensiones, al emplear juicios de valor y frases comparativas o similares implícitamente se hace referencia a la otra AFP, por lo que en el caso en particular, la inclusión de la frase ***"el menor del sistema"*** *en la oración analizada, tácitamente da a entender que Futuro de Bolivia S.A. AFP tendría un mayor riesgo, lo que origina como resultado de esa apreciación, una ventaja comercial a favor de un AFP en desmedro de la otra, por lo que se considera que se ha vulnerado la norma específica de publicidad de pensiones, que prohíbe el uso de juicios de valor y genera un ambiente de competencia desleal, por el tipo de publicidad desleal que utiliza la AFP imputada en desmedro de la otra, con la que compite.*

Para una mejor comprensión acudimos a una definición de publicidad desleal, descrita por la autora Mabel López García. Que es aquella que resulta contraria a las exigencias de la buena fe, ***a las normas*** *y a los buenos usos mercantiles. Asimismo señala que "la* ***competencia desleal*** *perjudica directamente a los consumidores de una manera concreta al* ***generar confusión entre los productos y servicios de diversos empresarios, afectando a la libre decisión del consumidor que puede verse***

afectada por engaño, *y de manera genérica por distorsionar e impedir el correcto funcionamiento del sistema." En ese sentido "la publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar la libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en mercado" (Las negrillas son nuestras).*

Bajo el concepto de ***publicidad desleal*** *se diferencian tres tipos: "la denigrante,* ***la comparativa*** *y la confusionista o de explotación de la reputación ajena". La comparativa, que es la aplicable al caso, está definida como "aquella en la que el empresario* ***anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores,*** *identificados o inequívocamente identificados,* ***con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios*** *frente a los ajenos". (Las negrillas son nuestras).*

En el presente caso, la publicidad utilizada por BBVA Previsión AFP S.A. se encuadra en la definición anterior, que como se mencionó, la publicidad comparativa, como publicidad desleal da lugar a la competencia desleal, por cuanto al señalar que "al 31 de diciembre de 2009 BBVA Previsión AFP S.A. tiene un factor de riesgo equivalente a 0.99; ***el menor del sistema,*** *en concordancia con nuestra Política de Inversión" se ha realizado una comparación de servicios indefectiblemente con la otra AFP (Futuro de Bolivia S.A. AFP), por cuanto sólo hay dos operadoras en el mercado de la Seguridad Social a largo plazo, misma que al verse afectada con la publicación objetada, presentó el reclamo correspondiente. Ya que al utilizar la frase señalada, la publicidad da a entender que la otra AFP se encuentra en una posición inferior. Este hecho de la comparación da lugar, como vimos, a una interpretación errónea de la publicidad y con ello, se provoca la confusión del público en general, por la falsa impresión que causa el uso de la comparación, aparejado del perjuicio que se produce al competidor. Hecho que constituye una infracción a lo dispuesto por el artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, que obligaba a la AFP, a abstenerse de efectuar actos que generen una competencia desleal.*

En este punto, es conveniente, traer a colación que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/UI/2665/2010 de ***15 de septiembre de 2010,*** *dirigida a BBVA Previsión AFP S.A., ya había determinado la suspensión de cualquier publicidad referente al índice de Riesgo, como se advierte de la transcripción de la referida nota:*

> *"De acuerdo a la reunión llevada a cabo el* ***17 de Junio de 2010*** *en la oficina central de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de pensiones* (sic) *- AP, con participación del personal de BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP,* ***se acordó suspender toda publicación referente al índice de Riesgo*** *de las páginas web de ambas AFP hasta formular una nueva metodología con respaldo técnico y legal.*
>
> *Sin embargo, en la "Guía del Afiliado" que BBVA previsión AFP S.A. publica a través de su página web, se continúa informando sobre el índice de Riesgo como publicidad para su entidad, por lo que* ***se instruye retirar dicha publicación en el plazo de un día hábil de recibida la presente nota".*** *(Las negrillas son nuestras)*

Así mismo (sic) *corresponde señalar que, como consecuencia de las publicaciones advertidas en la "Guía del Afiliado" de BBVA Previsión AFP S.A., que incluían la publicación de una apreciación al índice de Riesgo sin respaldo, posterior a reunión sostenida en junio de 2010, esta Autoridad mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 102-2012 de 14 de febrero de 2012, resolvió sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us5000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).*

En ese contexto se considera que la AFP, ha actuado de manera reincidente, toda vez que desde la reunión sostenida el 17 de junio de 2010, la Administradora ya sabía que no podía realizar publicación alguna sobre el índice de Riesgo, hecho que fue reiterado mediante la nota antes señalada, AP/UI/2665/2010 de ***15 de septiembre de 2010****, por la que se instruyó se retire la publicación referente al índice de Riesgo en un día hábil, hasta formular una nueva metodología con respaldo técnico legal.*

Este último aspecto demuestra que la información difundida por la AFP, en la expresión publicada en su página web que, indicaba "al 31 de diciembre de 2009 BBVA Previsión AFP tiene un factor de riego equivalente a 0.99%; el menor del sistema, en concordancia con nuestra Política de Inversión", no cumple con los aspectos generales de la información contemplados por el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2009, puesto que no es objetiva, mucho menos veraz porque no tiene una fuente confiable de la información que se difundió, más aún cuando la información que publica no está permitida por el Ente Regulador.

Asimismo es conveniente recordar que la expresión publicada, no cumple una función educativa, como prevé el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2009, porque no permite al público conocer y/o comprender los aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Adicionalmente, se considera que la expresión difundida no se ajusta a la verdad, por cuanto los datos difundidos no cuentan con un respaldo, motivo por el cual, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones determinó se retiren las publicaciones referentes al índice de Riesgo, pues no se contaba con un método confiable que otorgue el respaldo técnico y legal necesario, hecho que constituye un incumplimiento del artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000.

Como se puede apreciar, la difusión de esta frase, por la falta de veracidad de la información, da lugar indefectiblemente, a la confusión del público respecto al Seguro Social Obligatorio, debido a que el público en general, podría interpretar que la otra AFP presenta un mayor índice de riesgo, hecho que no está objetivamente respaldado por la AFP. Consecuentemente cuando la AFP asegura tener un factor de riesgo, calificándolo como ***"el menor del sistema",*** *es un acto considerado de competencia desleal, por el empleo de frases comparativas y la emisión de juicios de valor, que no pueden ser considerados como fundamento de la publicidad, debido a que las campañas publicitarias deben tener como objeto,*

solamente los perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y no otros, como en el presente caso en que la AFP trata de sobresalir en el mercado utilizando una publicidad considerada desleal, por los efectos que produce. Actos que demuestran incumplimiento a los artículos 5, 6, 7, 11 inciso b) y e) y 13 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000.

Al cargo 4)

De acuerdo a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A., se confirma el incumplimiento del plazo establecido por el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2009, por cuanto la confusión señalada por la AFP no demuestra el cumplimiento de un imperativo legal y tampoco justifica la no presentación del Plan de Medios dentro del término previsto.

CONSIDERANDO:

Que sobre la base de lo anterior y de acuerdo al artículo 78 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, corresponde realizar el análisis de la preterintencionalidad y la proporcionalidad, conforme a lo que sigue:

La preterintencionalidad en los Cargos 2 y 3, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado, por norma está obligado a considerar las Normas Generales sobre Publicidad para brindar información al público al que se dirija, previstas por la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000 y Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553, así como a cumplir las obligaciones establecidas por el artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones.

Al omitir lo previsto por tales disposiciones legales, en los Cargos 2 y 3, la AFP incurre no sólo en inobservancia a un imperativo legal que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, relacionada a la publicidad comparativa publicada por BBVA Previsión AFP S.A. en su página Web y en la publicación en el periódico La Razón el 02 de septiembre de 2010, con las que se genera confusión en el público receptor, debido a que la información difundida no es objetiva y veraz, carece de respaldo, así como también promueve objetivos contrarios a los perseguidos por el Seguro Social Obligatorio, por lo que las publicaciones realizadas constituyen una actitud de competencia desleal. Con relación al Cargo 4, la AFP como en el anterior caso, también incurre en inobservancia de la norma, omisión que constituye una infracción y la consecuencia mayor, es la falta de planificación de la publicidad a ser emitida durante la gestión, lo que da lugar después a la emisión de publicidad de manera desorganizada, rápidamente y sin considerar los aspectos generales y objetivos que deben cumplir las AFP para dar a conocer los aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio a largo plazo.

Que habiéndose confirmado el carácter preterintencional de las infracciones advertidas, corresponde el establecimiento de una sanción, a pesar de que los mismos no han producido un daño verificable y no cuantificable a la otra AFP ni al

fondo, debiendo a tal efecto, considerarse los principios de valoración razonada de la prueba y la sana critica, así como los criterios de calificación de gravedad establecidos por el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y finalmente, lo previsto por el principio de proporcionalidad.

Que el punto III.2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), señala:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley, y normas derivadas aplicadas, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado.*
>
> *El juicio de proporcionalidad -que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión."*

En el presente caso se verifica el cumplimiento de los parámetros que se deben considerar a objeto de aplicar el principio de proporcionalidad:

a) *Los hechos imputados en los cargos 2, 3 y 4 se encuentran previamente calificados como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI."*

Consecuentemente, la publicidad comparativa difundida en el arte de prensa en el periódico La Razón el 02 de septiembre de 2010, así como la expresión publicada por la AFP en su página Web y, finalmente la obligatoriedad de presentar el Plan de Medios en determinada fecha, contravienen los artículos 4, 5 y 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008, así como los artículos 4, 5, 6, 7, 11 incisos b) y e) y artículo 13 en su inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, así como el artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

b) *Con relación a los cargos 2 y 3, el material publicitario analizado en este proceso consta impreso en el expediente y el hecho se encuentra comprobado a través del análisis técnico y jurídico de la publicidad difundida, de acuerdo a las previsiones normativas y a la doctrina revisada relativa a los tipos de publicidad desleal que en doctrina se conocen y que brindan mayor entendimiento del material publicado.*

En el caso del Cargo 4, el hecho se encuentra probado a través de la nota PREV-CO-10/01/2012 de 27 de enero de 2012, por la que la AFP remite el Plan de Medios correspondiente a la gestión 2012, misma que de acuerdo al sello de recepción, fue presentado el 31 de enero de 2012, es decir fuera del término previsto por la normativa. Asimismo el Plan de medios 2011, fue presentado en fecha 26 de enero de 2011, por la AFP mediante nota PREV-CC-07/2011 de 25 de enero de 2011, cuando la normativa dispone la presentación de dicho Plan "...hasta el 20 de enero o día hábil administrativo siguiente".

c) *Los descargos presentados por la AFP han sido valorados, análisis del que se desprende la desestimación del Cargo 1 y la verificación de los Cargos 2, 3 y 4 imputados, confirmándose la existencia de una contravención a la normativa descrita en el inciso a) para los Cargos 2, 3 y 4.*

Que respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se tiene lo siguiente: ***a)*** *Se ha determinado que el acto ha sido causado de manera preterintencional en los cargos 2, 3 y 4;* ***b)*** *La afectación al mercado regulado es intangible puesto que no se cuentan con datos cuantificables que demuestren la existencia de un daño económico pero es indudable la afectación, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución;* ***c)*** *Existe reincidencia para los cargos 2 y 3 por cuanto se ha verificado que BBVA Previsión AFP S.A. ha incurrido en la infracción del*

artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, así como de los artículos7, 11 incisos b) y e) y 13 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000, por segunda vez. Habiéndose sancionado las infracción de los articulados señalados como consecuencia de la información difundida en la "Guía del Afiliado" en su página Web, que generaba un clima de competencia desleal como consecuencia de los juicios de valor utilizados por la AFP en dicha publicación, infracción que fue sancionada por esta Autoridad mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 102-2012 de 14 de febrero de 2012, con una multa en Bolivianos equivalentes a $us5000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que "las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, ..."

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana critica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

"c) Gravedad leve: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos,

hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor."

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que habiéndose verificado la existencia de las contravenciones administrativas imputadas, de acuerdo al artículo 75 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, corresponde determinar la sanción, en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad…."

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 472-2012 resuelve lo siguiente:

***"PRIMERO.- I.** Desestimar sanción para el **Cargo 1**, a BBVA Previsión AFP S.A.*

***II.** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el **Cargo 2** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008 y a los artículos 5, 6, 7 y 11 incisos b) y e) de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000.*

***III.** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el **Cargo 3** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido por el artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 4 y 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008 y a laos* (sic) *artículos 4, 5, 6, 7, 11 incisos b) y e) y 13 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS - P N° 022 de 17 de enero de 2000.*

***IV.** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el **Cargo 4** con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE*

AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008.

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 28 de agosto de 2012 **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.),** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 472-2012 de 6 de julio de 2012, con los siguientes argumentos:

*"**II.- INTERPOSICIÓN DE REVOCATORIA DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-***

*Con la facultad conferida por el artículo 36 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 48 y con sujeción a las demás normas legales que rigen la materia, interpone **RECURSO DE REVOCATORIA** contra la Resolución Administrativa **APS/DJ/UC N° 472/2012 de 06 de julio de 2012**, notificada el 07 de agosto de 2012, que en el Artículo primero resuelve: Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. en el Cargo N° 2 por infracción a lo establecido en los artículos 5, 6, 7, 11 incisos b) y e) y el artículo 13 en su inciso f) de la R.A SPVS-P No 22 del 17/01/2000 y el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 535 de 02 de junio de 2008. Asimismo, resuelve sancionar en el Cargo N° 3 por infracción al artículo 31 inciso q) de la Ley 1732 del 29/11/1996 y los artículos 4, 5, 6, 7 y 11 incisos b) y e) y el artículo 13 en su inciso f) de la R.A SPVS-P No 22 del 17/01/2000.*

Conforme se ha manifestado en la presentación de los descargos, la frase utilizada por esta AFP "Somos la primera AFP que ofrece el servicio de pago de aportes por Internet" no infringe ninguno de los artículos citados por la Resolución Sancionadora, porque en ella no se emite ningún juicio de valor con referencia a la otra AFP, tampoco se utiliza la frase "mejor" y menos aún aluden a aspectos positivos o negativos relacionados a la misma.

El Artículo 7 de la R.A. 22/2000 dispone que en la propaganda "no se pueden emitir juicios de valor respecto de la otra AFP". Al respecto, en cualquier diccionario se define el término "EMITIR" como: dar, manifestar por escrito o de viva voz un juicio, un dictamen, una opinión.

La APS en una interpretación extensiva de la disposición administrativa, interpretación que no le está permitida, llega a la conclusión subjetiva de que la AFP debe ser sancionada porque la propaganda publicada "resalta deliberadamente las palabras Primera AFP mediante el uso de colores y tamaños de letra, cuya exposición genera una idea diferente, respecto a que la AFP, sería la primera como AFP, y no en el uso de una herramienta", interpretación por demás subjetiva del ente regulador, la publicidad por la que se sanciona, informa objetivamente a la población que somos la primera entidad operativa que ofrece el pago de contribuciones al Seguro Social Obligatorio a través del uso de la herramienta del Internet. Bajo ningún escenario provoca confusión a los afiliados del SSO, como afirma la APS, por el contrario, es precisa, clara, no utiliza juicio de valor. La publicidad manifiesta nuestro esfuerzo veraz de buscar y brindar un mejor servicio a los empleadores y asegurados, los hechos demuestran que fuimos la primera AFP en contar con el pago de aportes a través de un sistema disponible en nuestra página WEB, permitiendo el enlace a un aplicativo especial de una entidad Financiera, con la finalidad de facilitar a los empleadores el pago de aportes desde sus oficinas sin necesidad de apersonarse al banco, como se ha demostrado, la publicación tenía como finalidad socializar el beneficio de la utilización de esta herramienta a los empleadores.

Con referencia al Cargo N° 3, la Resolución Administrativa SPVS -P N° 022 de 17 de enero de 2000, que aprueba las normas generales de publicidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) estableciendo:

- *Las AFP podrán emplear todos los recursos creativos de publicidad, en la medida que éstos no provoquen confusión respecto al Seguro Social Obligatorio (SSO), el fondo de Capitalización Colectiva (FCC), las AFPS anunciantes o sus servicios, y que no constituyan actos de competencia desleal mediante el descrédito el ridículo o cualquier acto similar (Art. 5).*

- *Las AFP no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acera de otra AFP, eliminando la utilización de frases; expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "El mejor servicio", "la mejor AFP", "la AFP con el mejor respaldo" y otros similares (Art. 7).*
- *Las AFP deberán presentar información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla, comprobable y de fácil entendimiento para el público. El uso de datos parciales de una investigación o estadística no deberá conducir a conclusiones distorsionadas (Art. 11 Inc. b).*
- *La difusión deberá estar sustentada; en datos veraces, evitando interpretaciones antojadizas o contrarias al verdadero sentido de la información (Art. 11 Inc. c).*
- *Se prohíbe realizar acciones que conlleven o den lugar a denigrar publicitariamente al competidor, a la confusión del público; asimismo se prohíbe la adhesión a la publicidad ajena y cualquier otra forma de publicidad que pueda ser considerada como un acto de competencia desleal (Art. 13 Inc. f).*

Dentro del marco del ordenamiento jurídico mencionado, se evidencia que la existencia de competencia desleal en materia de publicidad está sujeta cuando:

1) la publicidad causa el descrédito del competidor.
2) la publicidad no puede ser justificada objetivamente.
3) la publicidad produce confusión en la clientela.
4) la publicada contiene información distorsionada e incompleta.

Es importante advertir y destacar, que la frase "el menor del sistema" es objetivamente demostrable, en virtud a que la información fue obtenida de las estadísticas publicadas en la página oficial de la propia APS.

En la información publicada por la AFP, no existe juicio de valor ni la utilización de frases inadecuadas porque se basan en datos oficiales y por esta cualidad, son reales e irrebatibles.

Conforme regula el articulo (sic) *8 de la R.A. 022/2000, la información y datos utilizados por esta Administradora para publicitar la frase "menor del sistema", se obtuvieron de un análisis estadístico, en consecuencia esta AFP no ha infringido normativa alguna y menos el artículo citado; por lo que las mismas gozan de presunción de veracidad y no fueron alteradas de modo alguno, ni en beneficio nuestro y menos en detrimento de la otra AFP.*

La APS manifiesta que la publicidad comparativa fue utilizada por la AFP generando una competencia desleal y que las campañas publicitarias deben tener como objeto solamente los perseguidos por el Seguro Social Obligatorio. Al respecto la APS al momento de Sancionar, no expresa ni demuestra de manera plena, precisa y objetiva en que (sic) *medida la publicación realizada por la AFP afecta a los objetivos de la Seguridad Social a Largo Plazo, la que a esa fecha se encontraba regida por la Ley 1732, disposición que en su Artículo dos define "El seguro social obligatorio* (sic) *de largo plazo comprende las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte y riesgos profesionales, en favor de sus Afiliados"*

Con referencia al Cargo N° 4 la APS manifiesta: "la AFP como en el anterior caso, también incurre en inobservancia de la norma, omisión que constituye una infracción y la consecuencia mayor, es la falta de planificación de la publicidad a ser emitida durante la gestión, lo que da lugar después a la emisión de publicidad de manera desorganizada, rápidamente y sin considerar los aspectos generales y objetivos que deben cumplir las AFP para dar a conocer los aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio a largo plazo".

Al respecto, es importante aclarar que esta Administradora remitió el Plan de Medios correspondientes a la gestión 2012 en fecha 27 de enero, la APS a través de las Notas con Cites APS/UC/1013/2012, APS/UC/1416/2012, APS/UC/2165/2012 y APS/UC/2726/2012 de 10/02/2012, 28/02/2012, 23/03/2012 y 11/04/2012, respectivamente, realizó observaciones al mismo. Con referencia a la gestión 2011 la APS a través de las Notas con Cites AP/UC/295/2011, AP/UC/452/2011,

AP/UC/675/2011, AP/UC/93/2011, APS/UC/1417/2011, APS/UC/1989/2011 de 02/02/2011, 14/02/2011, 02/03/2011, 11/04/2011, 22/06/2011 y 2/07/2011, respectivamente, actos que demuestra plenamente que no es cierta la fundamentación ni obedece a la realidad material del Cargo N° 4, porque como su autoridad podrá advertir, el citado documento ha sido revisado, analizado y por último aprobado por la APS en un tiempo mayor a tres meses, hecho que demuestra que sí existe una planificación de la publicidad con el consentimiento y aprobación del propio ente regulador para dar a conocer aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio.

III.- PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/UC N° 472/2012 DE 06 de junio de 2012, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo el fundamento de los principios de verdad material y el principio de proporcionalidad establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo….”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/UC/N° 755-2012 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 755-2012 de 25 de septiembre de 2012, resolvió:

*“…**ÚNICO.-** Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 472-2012 de 6 de julio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.”*

Los fundamentos presentados en la parte considerativa son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que BBVA Previsión AFP S.A., interpone Recurso de Revocatoria, en fecha 28 de agosto de 2012, solicitando revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N°472-2012 de 06 de julio de 2012, en base a fundamentos de hecho y derecho a ser analizados.

Que para determinar sobre la procedencia o improcedencia del recurso administrativo, a parte de la forma de presentación, se han establecido dos requisitos indispensables en la legislación, comprendidos en el artículo 56 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, así como por el artículo 37 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. Estos, requieren de una parte, que los recursos sean interpuestos en contra de una resolución definitiva o actos administrativos de carácter equivalente, y de la otra, que el afectado considere que el acto administrativo a recurrir afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que de la revisión de los antecedentes, se ha verificado el cumplimiento del primer requerimiento al haberse recurrido una resolución administrativa definitiva. Respecto al segundo, se procede con su verificación, a través de la consideración y valoración de los argumentos expuestos por el recurrente, dando cumplimiento de este modo, a lo establecido por el artículo 30 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, relacionado a emitir el pronunciamiento respectivo con referencia a hechos y fundamentos de derecho planteados por el recurrente, conforme lo que sigue:

Al Cargo N° 2

(…)

Al respecto, es preciso que se considere que el proceso administrativo sancionatorio, ha sido sustanciado con pleno sometimiento a la ley y por ende, dentro de un marco de legalidad, propicio para la presentación de toda la prueba de descargo que pueda ofrecer y producir la AFP.

Asimismo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS, al ser un ente regulador, en aplicación de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, cumple con la motivación de los actos que emite con referencia a los hechos y fundamentos de derechos alegados por el regulado, acudiendo para ello a todas las Fuentes del Derecho, así como a la teoría de la materia del asunto controvertido, en este caso sobre técnicas de publicidad relativas al uso del color, que pueden ayudar a entender y/o explicar lo que a simple vista, no precisaría mucha explicación, pero que es necesario revisar a fin de desestimar cargos o de confirmarlos. Este hecho permite, precisamente que la decisión que adopte el Ente Regulador, no sea subjetiva, sino más bien, sustentada en teoría, doctrina, jurisprudencia y normativa vigente. Evitando de esta manera la subjetividad mal aducida por la AFP.

En el caso que nos ocupa, vemos que la manipulación de tamaños de letra en general y el uso de colores en particular refieren a una intencionalidad premeditada que se enmarca en la psicología de los colores expuesta por Joan Costa, en su calidad de comunicólogo y fundador de la nueva ciencia de la comunicación visual, donde expone los significados desde un punto de vista psicológico que tienen los colores.

Es así que, si precisamos los colores empleados por la AFP en el arte de prensa sujeto a la sanción, veremos que la fracción del mensaje "Primera AFP" ha sido impreso en amarillo, color que según Costas es:

> *"...es el color más luminoso, el más cálido, ardiente y expansivo. Es el color del sol, de la luz y del oro, y como tal es violento, intenso y agudo hasta la estridencia."*

Además, que el nombre de la AFP también está impreso en este color, lo cual pretende generar un nexo directo entre estas dos fracciones, con la intencionalidad de crear el siguiente mensaje, independientemente al general:

"Primera AFP - www.prevision.com.bo"

También, debemos notar que el resto del mensaje está impreso en color blanco, que según el mismo autor, ejerce una función latente de potenciación de los colores que son combinados con este. Finalmente, todo el mensaje se encuentra sobre un fondo azul, color que suscita una predisposición favorable, según Costas.

Entonces, cuando la AFP explica que su mensaje tenía como finalidad socializar el beneficio de la utilización de esta herramienta a los empleadores, pretende negar su intencionalidad, ya demostrada, de generar mensajes con fines distintos a los que persigue la Seguridad Social de Largo Plazo.

Asimismo, respecto a que la frase publicada constituye un juicio de valor, prohibido por la normativa, corresponde señalar lo siguiente:

- *La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 044-2012 de 24 de agosto de 2012, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, respecto a los juicios de valor y la competencia desleal, señaló lo siguiente:*

  "...Si bien, BBVA Previsión AFP S.A. (tal como señala en su Recurso Jerárquico) en ninguna de las cuatro frases utiliza la palabra "mejor" y no alude aspectos positivos o negativos relacionados a la otra AFP, es evidente que emite juicio de valor, que inducen al Afiliado hoy Asegurado a tomar una decisión frente ambas Administradoras, y ello en contravención al artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, artículo 7° de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000 y demás normativa conexa."

  "Finalmente, debe quedar en claro que la propia norma otorga ejemplos , mismos que en ningún momento son limitativos, por lo cual, la AFP no puede pretender eximirse de su responsabilidad, al utilizar otro tipo de palabras, como: "la mayor rentabilidad", "menor índice de riesgo, mayor seguridad", "más que el segundo" y "más que la competencia", frases que generan las mismas consecuencias, cuál es la emisión de juicios de valor y competencia desleal, prohibidas mediante normativa expresa".

En ese contexto, corresponde analizar la frase publicada por la AFP, el 02 de septiembre de 2010, que se plasmo (sic) *de la siguiente forma:*

"Somos la primera AFP que ofrece el servicio de pago de aportes por internet"

Tal como la Resolución Ministerial Jerárquica señalara previamente, en el caso que tomamos como referencia, la AFP no ha utilizado la frase "mejor" y tampoco alude a aspectos positivos o negativos relacionados a la otra AFP; sin embargo, usa la frase "somos la primera AFP", que como ha previsto la norma y como bien lo ha explicado la Resolución Ministerial Jerárquica mencionada, estos no son limitativos y el hecho de utilizar otras palabras no es eximente de responsabilidad, por cuanto son similares; su uso, sumadas a las técnicas de publicidad antes señaladas y

añadido al hecho de que el mercado de pensiones está compuesto por un duopolio, refuerzan el hecho de ser frases que expresan un juicio de valor y por ende incurren en competencia desleal, hechos que se encuentran prohibidos expresamente por la normativa.

En ese sentido, cuando se señala ser la primera AFP, implica que BBVA Previsión AFP S.A. al considerarse la primera AFP, la otra AFP sería la segunda, aspecto que induce en el comportamiento de las personas a momento de tomar una decisión entre las dos AFP, creando confusión e incurriendo de esta manera, en una competencia desleal con el competidor.

Adicionalmente, se tiene que la frase por cuanto expresa, no permite conocer al público y comprender los aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio de de (sic) *largo plazo; por lo que, se considera que no cumple la función educativa establecida por el artículo 5 de la resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008.*

Finalmente, se concluye en cuanto al Cargo 2) que la AFP en su recurso no ha presentado mayores elementos de prueba o fundamentación suficiente, que demuestre, que la frase publicada cumpla con la función educativa y difunda los objetivos del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, que no emita juicios de valor, no cree confusión y no constituya un acto de competencia desleal, por lo que, en cuanto al presente cargo corresponde su confirmación.

Al Cargo N° 3

(…) Con relación al presente cargo, se analiza la siguiente frase publicitada:
"al 31 de diciembre de 2009 BBVA Previsión AFP
tiene un factor de riesgo equivalente a 0.99%; el menor del sistema,
en concordancia con nuestra Política de Inversión"

La AFP, al calificar su factor de riesgo como ***el menor del sistema,*** *genera un juicio de valor y una comparación de resultados en la prestación de sus servicios, con lo que da lugar a una competencia desleal, porque daría a entender que el factor de riesgo de la otra AFP,* ***es mayor.*** *Y como, ya se había manifestado anteriormente en la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 472-2012 de 06 de julio de 2012, el tipo de publicidad utilizada por la AFP, es denominada por Mabel López García "publicidad desleal' y definida como "aquella en que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificados, con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios frente a los ajenos" (El subrayado es nuestro).*

Dicha publicidad comparativa, genera confusión y una mala interpretación de un público receptor, es por ello que la normativa prevé que como único fundamento de la publicidad, el dar a conocer los objetivos de (sic) *del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por cuanto se dice que, la función que debe cumplir cualquier publicidad es educativa y gira en torno a dar a conocer los aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y no otro, como lo sucedido en el presente caso.*

Adicionalmente, se puede mencionar que la publicidad no sólo genera confusión sino la molestia del único competidor del duopolio. Aspecto por el cual, como se mencionó en la Resolución Administrativa Sancionatoria, fue prohibido mediante nota AP/UI/2665/2010 de 15 de septiembre de 2010, determinando la suspensión de cualquier publicidad referente al índice de Riesgo. Infracción administrativa, que además fue advertida en una anterior oportunidad y que mereció la imposición de una sanción, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 102-2012 de 14 de febrero de 2012, confirmada mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 044/2012 de 24 de agosto de 2012, por lo que al presente estaríamos frente a una conducta renuente.

Al Cargo N° 4

(…) Como bien señaló la AFP, el Plan de Medios Gestión - 2011, fue remitido fuera del término establecido, debido a que fue recepcionado por esta Autoridad el 26 de enero de 2011, a través de la nota PREV - CO - 07/2011, es decir al cuarto día de haberse vencido el plazo para tal efecto.

En el caso del Plan de Medios - Gestión 2012, fue presentado el 27 de enero de 2012, fuera del término previsto por la norma, mediante nota PREV-CO-10/01/2012, al quinto día de vencido el plazo para su presentación.

Como se advierte en ambos casos la AFP, ha presentado el Plan de Medios fuera del plazo establecido por la normativa, cuyo incumplimiento se ha imputado y que no consiste en otra cosa, sino en la presentación de un documento dentro un plazo estipulado previamente por una disposición legal.

Los criterios expuestos por la AFP, relativos a la existencia de una planificación debida de la publicidad, son la consecuencia del incumplimiento de la presentación de tal documento en el plazo previsto y, lo señalado por la AFP, en relación a que la "...Administradora remitió el Plan de Medios correspondiente a la gestión 2012 en fecha 27 de enero", confirma la contravención advertida y que se confirma a través del sello estampado en la nota PREV-CO-10/01/2012 de 27 de enero de 2012.

CONSIDERANDO:

Que finalmente el ente regulador llega a la conclusión, que el recurrente en su impugnación no ha presentado argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 472-2012 de 06 de julio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS.

Consecuentemente, debe confirmarse el acto recurrido, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, de acuerdo a lo previsto por el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a)

Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus término..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 11 de octubre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/N° 755-2012 de 25 de septiembre de 2012, expresando lo siguiente:

*"…**FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

La APS en el CARGO N° 2 manifiesta:

"Existen indicio (sic) *de incumplimiento a lo establecido por el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 553 de 02 de julio de 2008 y a los artículos 5, 6, 7 y 11 incisos b) y e) de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 22 de 17 de enero de 2000, por parte de BBVA Previsión AFP S.A., al evidenciar que el arte de prensa publicado el 02 de septiembre de 2010 en el periódico La Razón, emite juicios de valor, utilizando frases similares a las prohibidas, utilizada en la frase como "Somos la primera AFP que ofrece el servicio de pago de aportes por Internet", en la que resalta el término "Primera AFP", publicación que cumple un objetivo distinto al perseguido por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, actitud que promueve una competencia desleal frente a la otra AFP."*

Conforme se ha manifestado en el Recurso de Revocatoria, la frase utilizada por esta AFP "Somos la primera AFP que ofrece el servicio de pago de aportes por Internet" no infringe ninguno de los artículos citados por la Resolución Sancionadora, porque en ella no se emite ningún juicio de valor respecto a la otra AFP, sino un hecho objetivo y demostrable en el momento que se publicó, tampoco se utiliza la frase "mejor" y menos aún aluden a aspectos positivos o negativos relacionados a la misma.

El Artículo 7 de la R.A. 22/2000 dispone que en la propaganda "no se pueden emitir juicios de valor respecto de la otra AFP". Al respecto, en cualquier diccionario se define el término "EMITIR" como: dar, manifestar por escrito o de viva voz un juicio, un dictamen, una opinión.

La APS en una interpretación extensiva de la disposición administrativa, interpretación que no le está permitida, llega a la conclusión subjetiva de que la AFP debe ser sancionada porque la propaganda publicada "resalta deliberadamente las palabras Primera AFP mediante el uso de colores y tamaños de letra, cuya exposición genera una idea diferente, respecto a que la AFP sería la primera como AFP, y no en el uso de una herramienta", interpretación por demás subjetiva del ente regulador, la publicidad por la que se sanciona, informa objetivamente a la población que somos la primera entidad operativa que ofrece el pago de contribuciones al Seguro Social Obligatorio a través del uso de la herramienta del

Internet. Bajo ningún escenario provoca confusión a los afiliados del SSO, como afirma la APS, por el contrario, es precisa, clara, no utiliza juicio de valor. La publicidad manifiesta nuestro esfuerzo veraz de buscar y brindar un mejor servicio a los empleadores y asegurados, los hechos demuestran que fuimos la primera AFP en contar con el pago de aportes a través de un sistema disponible en nuestra página WEB, permitiendo el enlace a un aplicativo especial de una entidad Financiera, con la finalidad de facilitar a los empleadores el pago de aportes desde sus oficinas sin necesidad de apersonarse al banco, como se ha demostrado, la publicación tenía como finalidad socializar el beneficio de la utilización de esta herramienta a los empleadores. La oferta de este innovador servicio, cuyo propósito es mejorar la calidad de atención y la satisfacción de nuestros clientes, demandó un alto costo en tiempo y recursos de la AFP. En este sentido, nuestra publicidad quiso resaltar el hecho para que los Empleadores sepan que había un nuevo servicio y que podían usarlo para su beneficio. Nos preocupa ver que este tipo de gestiones y servicios ofertados que son innovadores para beneficio de nuestros clientes no merezcan la felicitación por parte de nuestro regulador, más por el contrario tengamos multas y sanciones, interpretando las frases objetivas en nuestra publicidad.

Con referencia al Cargo N° 3, la APS manifiesta:

*"Existen indicios de incumplimiento por parte de BBVA Previsión AFP S.A., a lo establecido por el artículo 31 inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, a los artículos 4, 5 de la Resolución Administrativa SPVS-IP/N° 553 de 02 de julio de 2008, y a los artículos 4, 5, 6, 7, 11 incisos b) y e) y 13 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 22 de 17 de enero de 2000, por realizar publicaciones sobre el índice de Riesgo en su página Web, cuyo material informativo promueve una actitud de competencia desleal respecto a la otra AFP, al utilizar expresiones talos como: "al 31 de diciembre de 2009 BBVA Previsión AFP tiene un factor de riesgo equivalente al 90%, el menos (*sic*) del sistema, en concordancia con nuestra Política de Inversión", y, por tanto cumple un objetivo distinto al perseguido por la Seguridad Social a largo plazo".*

Al respecto, la Resolución Administrativa SPVS -P N° 022 de 17 de enero de 2000, que aprueba las normas generales de publicidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) estableciendo:

- *Las AFP podrán emplear todos los recursos creativos de publicidad, en la medida que éstos no provoquen confusión respecto al Seguro Social Obligatorio (SSO), el fondo de Capitalización Colectiva (FCC), las AFPS anunciantes o sus servicios, y que no constituyan actos de competencia desleal mediante el descrédito el ridículo o cualquier acto similar (Art. 5).*

- *Las AFP no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acera de otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "El mejor servicio", "la mejor AFP", "la AFP con el mejor respaldo" y otros similares (Art. 7).*

- *Las AFP deberán presentar información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla, comprobable y de fácil entendimiento para el público. El uso de datos parciales de una investigación o estadística no deberá conducir a conclusiones distorsionadas (Art. 11 Inc. b).*

- *La difusión deberá estar sustentada en datos veraces, evitando interpretaciones antojadizas o contrarias al verdadero sentido de la información (Art. 11 Inc. c).*

- *Se prohíbe realizar acciones que conlleven o den lugar a denigrar publicitariamente al competidor, a la confusión del público; asimismo se prohíbe la adhesión a la publicidad ajena y cualquier otra forma de publicidad que pueda ser considerada como un acto de competencia desleal (Art. 13 Inc. f).*

Dentro del marco del ordenamiento jurídico mencionado, se evidencia que la existencia de competencia desleal en materia de publicidad está sujeta cuando:

1) la publicidad causa el descrédito del competidor.
2) la publicidad no puede ser justificada objetivamente.
3) la publicidad produce confusión en la clientela.
4) la publicada contiene información distorsionada e incompleta.

Es importante advertir y destacar, que la frase "el menor del sistema" es objetivamente demostrable, en virtud a que la información fue obtenida de las estadísticas publicadas en la página oficial de la propia APS.

En la información publicada por la AFP, no existe juicio de valor ni la utilización de frases inadecuadas porque se basan en datos oficiales y por esta cualidad, son reales e irrebatibles.

Conforme regula el artículo 8 de la R.A. 022/2000, la información y datos utilizados por esta Administradora para publicitar la frase "menor del sistema", se obtuvieron de un análisis estadístico, en consecuencia esta AFP no ha infringido normativa alguna y menos el artículo citado; por lo que las mismas gozan de presunción de veracidad y no fueron alteradas de modo alguno, ni en beneficio nuestro y menos en detrimento de la otra AFP.

La APS manifiesta que la publicidad comparativa fue utilizada por la AFP generando una competencia desleal y que las campañas publicitarias deben tener como objeto solamente los perseguidos por el Seguro Social Obligatorio. Al respecto la APS al momento de Sancionar, no expresa ni demuestra de manera plena, precisa y objetiva en que (sic) *medida la publicación realizada por la AFP afecta a los objetivos de la Seguridad Social a Largo Plazo, la que a esa fecha se encontraba regida por la Ley 1732, disposición que en su Artículo dos define "El seguro social obligatorio* (sic) *de largo plazo comprende las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte y riesgos profesionales, en favor de sus Afiliados".*

Con referencia al Cargo N° 4 la APS manifiesta: "la AFP como en el anterior caso, también incurre en inobservancia de la norma, omisión que constituye una infracción y la consecuencia mayor, es la falta de planificación de la publicidad a ser emitida durante la gestión, lo que da lugar después a la emisión de publicidad de manera desorganizada, rápidamente y sin considerar los aspectos generales y objetivos que deben cumplir las AFP para dar a conocer los aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio a largo plazo".

Al respecto, es importante aclarar que esta Administradora remitió el Plan de Medios correspondientes a la gestión 2012 en fecha 27 de enero, la APS a través de las Notas con Cites APS/UC/1013/2012, APS/UC/1416/2012, APS/UC/2165/2012 y APS/UC/2726/2012 de 10/02/2012, 28/02/2012, 23/03/2012 y 11/04/2012, respectivamente, realizó observaciones al mismo.

Con referencia a la gestión 2011 la APS a través de las Notas con Cites AP/UC/295/2011, AP/UC/452/2011, AP/UC/675/2011, AP/UC/93/2011, APS/UC/1417/2011, APS/UC/1989/2011 de 02/02/2011, 14/02/2011, 02/03/2011, 11/04/2011, 22/06/2011 y 2/07/2011, respectivamente, actos que demuestra plenamente que no es cierta la fundamentación ni obedece a la realidad material del Cargo N° 4, porque como su autoridad podrá advertir, el citado documento ha sido revisado, analizado y por último aprobado por la APS en un tiempo mayor a tres meses, hecho que demuestra que sí existe una planificación de la publicidad con el consentimiento y aprobación del propio ente regulador para dar a conocer aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio.

III. PETITORIO.

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo la revocatoria de las sanciones confirmadas por la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/ N° 755/2012 de 25 de septiembre de 2012 e impuestas por la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/ N° 472/2012 de 06 de julio de 2012…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó con cuatro cargos que salen en la nota APS/DJ/UC/3671/2012 de 18 de mayo de 2012, por el presumible incumplimiento de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, a las Normas Generales sobre Publicidad y Plan de Medios 2011 y 2012 (establecidas por los informes, AP/UC/45/2010 de 10 de septiembre de 2010, AP/UC/6/2011 de 2 de febrero de 2011
AP/UC/9/2011 de 3 de mayo de 2011 y APS/UC/6/2012 de 9 de febrero de 2012, y en uno de los casos, originada en la denuncia de **Futuro de Bolivia S.A. AFP** dada mediante nota FUT.AP.SGC.1467/2010 de 2 de septiembre de 2010).

Sustanciado el trámite inherente al proceso sancionador, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 472-2012 de 6 de julio de 2012, determinó desestimar el Cargo Nº 1 y sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por los restantes Cargos (Nº 2, Nº 3 y Nº 4).

A su vez y en Recurso de Revocatoria, la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 755-2012 de 25 de septiembre de 2012 ha confirmado la anterior, de manera tal que, ahora en Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, toca pasar a evaluar y resolver el mismo, conforme se procede a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Antecedentes normativos.-

Previo al análisis del presente caso, corresponde transcribir las normas aplicables al caso de autos, conforme se procede a continuación:

- **Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones:**

  "…***ARTÍCULO 31º OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP).*** *Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:* (…)

  q) Abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés o de competencia desleal…"

- **Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553 de 2 de julio de 2008:**

  "…***ARTÍCULO 4º (ASPECTOS GENERALES).-*** *La información que provean las AFP y EA debe ser objetiva, veraz y no discriminatoria en términos de las preferencias que pudieran tener los afiliados por una AFP en particular* (…)

ARTÍCULO 5º (FUNCIÓN EDUCATIVA).- *El material informativo señalado en el artículo anterior y toda campaña de información y comunicación debe cumplir, principalmente, una función educativa y ser didáctica en su contenido, que permita al público conocer y comprender los aspectos relevantes del SSO de largo plazo. Este material informativo debe contener el nombre de la AFP o EA que lo emita y no podrá contener ningún tipo de publicidad…*"

- **Resolución Administrativa SPVS-P Nº 022 de 17 de enero de 2000:**

"…***ARTÍCULO 4°. (VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN).-*** *Las AFP y ERA deberán cuidar que toda publicidad, promoción de ventas o información que entreguen no tienda a inducir a interpretaciones inexactas sobre la realidad de la AFP y ERA, ni acerca de los beneficios y prestaciones que le corresponde entregar en conformidad con la Ley N° 1732 y disposiciones legales vigentes del Régimen de Vivienda Social.*

La publicidad, en todo momento, deberá ajustarse estrictamente a la verdad, no aceptándose que mediante algún arbitrio se induzca, directa o indirectamente, a interpretaciones distintas a la realidad.

ARTÍCULO 5°. (RECURSOS CREATIVOS).-*Las AFP y ERA podrán emplear todos los recursos creativos de publicidad, en la medida que éstos no provoquen confusión respecto al SSO, Régimen de Vivienda Social, el Fondo de Capitalización Colectiva, las AFP y ERA anunciantes o sus servicios, y que no constituyan actos de competencia desleal mediante el descrédito, el ridículo o cualquier acto similar.*

ARTÍCULO 6°. (FUNDAMENTO DE LA PUBLICIDAD).- *Las campañas publicitarias no podrán fundarse en objetivos distintos a los perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO) o Régimen de Vivienda Social.*

ARTÍCULO 7°. (JUICIOS DE VALOR).-*Las AFP y ERA no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no puedan ser justificados objetivamente, tales como: "el mejor servicio", "la mejor AFP o ERA", "la AFP o ERA con el mejor respaldo" y otros similares* (…)

ARTÍCULO 11°. (ASPECTOS GENERALES).- *Para realizar sus actividades de publicidad y promoción de ventas, las AFP y ERA deberán considerar los siguientes aspectos:* (…)

b) *Las AFP y ERA deberán presentar información clara, oportuna, veraz, útil, directa, sencilla comprobable y de fácil entendimiento para el público, no pudiendo promover objetivos contrarios a los perseguidos por el SSO y Régimen de Vivienda. El uso de datos parciales de una investigación o estadística no deberá conducir a conclusiones distorsionadas* (…)

e) *Cada AFP o ERA deberá mantener en todo su material publicitario, de promoción de ventas e informativo, una actitud de competencia leal frente a las demás AFP o ERA del sistema* (…)

ARTÍCULO 13°. (PROHIBICIONES).- *Todo tipo de promoción emitida por las AFP y ERA, además de cumplir con lo establecido en el artículo 4 de la presente Resolución, deberá observar las siguientes prohibiciones:* (…)

f) *Se prohíbe realizar acciones que conlleven o den lugar a denigrar publicitariamente al competidor, a la confusión del público; asimismo se prohíbe la adhesión a la publicidad ajena y cualquier otra forma de publicidad que pueda ser considerada como un acto de competencia desleal…*"

2.2. Análisis de los Cargos.-

2.2.1. Cargo N° 2.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por incumplimiento a lo establecido por el artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553 de 2 de julio de 2008, y a los artículos 5º, 6º, 7º y 11º, incisos b) y e), de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000, al evidenciar que, en el arte publicado en prensa el 2 de septiembre de 2010, la sancionada habría emitido juicios de valor, utilizando frases como: "*Somos la primera AFP que ofrece el servicio de pago de aportes por internet*", en la que resalta el término "*Primera AFP*", cumpliendo un objetivo distinto al perseguido por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, actitud que promueve una competencia desleal frente a la otra Administradora de Fondos de Pensiones.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) señala en su Recurso Jerárquico, que la publicidad manifiesta un esfuerzo veraz de buscar y brindar un mejor servicio, y que la misma informa objetivamente que es la primera entidad que cuenta con el beneficio que conlleva la utilización de una herramienta que mejora la calidad de atención y satisfacción de los clientes, no infringiendo por ende ninguno de los artículos sancionados, ya que no emite juicios de valor y menos aún utiliza la frase "mejor" o aluden aspectos positivos o negativos de la otra AFP.

Para efectos del presente análisis, corresponde traer a colación el precedente ya sentado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2011 de 6 de mayo de 2011, que señaló:

> "*…se entiende que la competencia desleal se basa en prácticas contrarias a las bases de la honestidad y a la buena fe, en busca de un beneficio propio que irá en desmedro del mercado competidor.*
>
> *Debido a la existencia de dos Administradoras de Fondos de Pensiones, con el fin de lograr el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y evitar influir en las decisiones de los Afiliados, se establecieron normas generales sobre publicidad, las cuales deben ser cumplidas por las Administradoras de Fondos de Pensiones…*"

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 044/2012 de 24 de agosto de 2012, estableció:

> *"…debe quedar claro que la propia norma otorga ejemplos, mismos que en ningún momento son* ***limitativos****, por lo cual, la AFP no puede pretender eximirse de su responsabilidad al utilizar otro tipo de palabras como: "la mayor rentabilidad", "menor índice de riesgo, mayor seguridad", "más que el segundo" y "más que la competencia", frases que generan las mismas consecuencias, cual es la emisión de juicios de valor y competencia desleal, prohibidas mediante normativa expresa…"*
>
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto, es evidente que BBVA Previsión AFP S.A. implementó un aplicativo que demandó un alto costo en tiempo y recursos, para mejorar el servicio y atención tanto a los Empleadores como a los Afiliados, al contar con un nuevo servicio de pago de aportes a través de un sistema disponible en la página web de la AFP, permitiendo el enlace a un aplicativo especial con una Entidad Financiera, con la finalidad de facilitar a los empleadores el pago de aportes desde sus oficinas, sin necesidad de apersonarse a un banco, lo cual, si bien es un esfuerzo innovador que beneficia tanto a los Empleadores como a los Asegurados, dicha actitud, plausible y digna de felicitación, no hace al objeto de la controversia del presente caso, que se limita al incumplimiento de Normas Generales de Publicidad.

Si bien, como señala la recurrente, al publicar en el periódico La Razón en fecha 2 de septiembre de 2010, el arte: "*Somos la Primera AFP que ofrece el servicio de pago de aportes por internet*", resulta el hecho de que los Empleadores y los Asegurados, sepan de este nuevo servicio de pago de aportes, al señalar "***Somos la Primera AFP***", con diferencia notoria a la restante frase, resulta en un juicio de valor, situándose a sí misma en **primer** lugar respecto a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, toda vez que, conforme se señaló precedentemente, los presupuestos citados en la norma en ningún momento son limitativos, sino enunciativos.

Por lo tanto, independientemente de que hubiera sido la primera Administradora de Fondos de Pensiones en implementar el servicio de pago de aportes vía internet y que la información sea clara, oportuna, veraz, el hecho de señalar "*Somos la Primera AFP*", constituye un acto de competencia desleal, mucho más si en el sistema se cuenta con dos Administradoras de Fondos de Pensiones, tendiendo a formar un criterio no permitido en los Empleadores o Asegurados, y promoviendo objetivos contrarios a los perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, cual se encuentra establecido en la normativa especial.

De igual forma, el artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553 de 2 de julio de 2009, establece que el material informativo no puede contener ningún tipo de publicidad, entendiéndose por publicidad a la comunicación de un mensaje impersonal y persuasivo visual o escrito, dirigido a producir o cambiar las actitudes o el comportamiento hacia el producto, servicio o idea.

Entonces cuando la ahora recurrente ha **resaltado** la frase "*Primera AFP*", es evidente que está publicando un material con información persuasiva visual, dirigida a cambiar las actitudes o comportamiento hacia el servicio que brindan ambas Administradoras de

Fondos de Pensiones, dentro de la Seguridad Social de largo plazo.

Por todo lo mencionado, se evidencia que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** al publicar el arte "*Somos la Primera AFP*" emitió juicios de valor respecto a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, actuando con una competencia desleal y tendiendo a cambiar la actitud de los Empleadores y Asegurados, por lo que corresponde la imputación y su correspondiente sanción por incumplimiento al artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553 de 2 de julio de 2008 y a los artículos 5º, 6º, 7º y 11º, incisos b) y e) de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000.

2.2.2. Cargo Nº 3.-

Se imputó con el Cargo Nº 3 a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por incumplimiento a lo establecido por los artículos 31º, inciso q), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones), 4º y 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 553 de 2 de julio de 2008, y 4º, 5º, 6º, 7º, 11º, incisos b) y e), y 13º, inciso f), de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000, por realizar publicaciones sobre el Índice de Riesgo en su página Web, cuyo material informativo promueve una actitud de competencia desleal respecto a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, al utilizar expresiones tales como: "*al 31 de diciembre de 2009 BBVA Previsión AFP tiene un factor de riesgo equivalente a 0.99%; el menor del sistema, en concordancia con nuestra Política de Inversión*", y por tanto, cumple un objetivo distinto al perseguido por la Seguridad Social a largo plazo.

La recurrente alega que la frase "*menor del sistema*" en referencia a su factor de riesgo, es objetivamente demostrable en virtud a que la información es real, obtenida de un análisis estadístico y corresponde a datos oficiales de las estadísticas publicadas en la página oficial de la propia Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no existiendo juicios de valor, ni la utilización de frases inadecuadas, en beneficio propio y menos en desmedro de la otra Administradora de Fondos de Pensiones.

Asimismo, alega que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha demostrado de manera plena, precisa y objetiva, en qué medida la publicación realizada afecta a los objetivos de la Seguridad Social a largo plazo.

En la tarea de valorar tal argumento, viene a colación la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 044-2012 de 24 de agosto de 2012, que señala:

> "- ***Frase: "A menor índice de riesgo, mayor seguridad"***
>
> *Todo Asegurado que realiza contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, desea que sus aportes sean administrados por una empresa confiable que brinde mayor seguridad, por lo que BBVA Previsión AFP S.A. al publicar esta frase, incita a que los Asegurados tengan conclusiones distorsionadas, generando a su vez una competencia desleal, ya que no puede determinarse como una verdad absoluta, que sólo una AFP otorgue mayor seguridad al quedar la frase inserta en un documento de uso permanente…*"

En ese entendido, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, al publicar en su página web la frase "*al 31 de diciembre de 2009 BBVA Previsión AFP tiene un factor de riesgo equivalente a 0.99%; el* ***menor del sistema****, en concordancia con nuestra Política de Inversión*", emitió juicios de valor que van en desmedro de la otra Administradora de Fondos de Pensiones, tendiendo a inducir a interpretaciones inexactas, confundiendo a los Asegurados, por cuanto resulta en la presunción de que **Futuro de Bolivia S.A. AFP** tendría, entonces, un factor de riesgo mayor.

Por lo que es evidente que la recurrente, al señalar "***el menor del sistema***" está desacreditando y actuando de forma discriminatoria con la otra Administradora de Fondos de Pensiones, dando lugar a la probabilidad de que los Asegurados tengan preferencias en una entidad que brinde menor factor de riesgo del sistema.

Con relación a que la Entidad Reguladora no habría demostrado de qué manera **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** estaría afectando los objetivos de la Seguridad Social a largo plazo, es pertinente rescatar el precedente de regulación financiera que sale de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 044/2012 de 24 de agosto de 2012:

> "*…la Seguridad Social de largo plazo, tiene como objetivo proteger a los miembros de una sociedad frente a todas las contingencias que se exponerse a lo largo de la vida, mediante una serie de medidas, una de las cuales es la competencia leal entre ambas Administradoras de Fondos de Pensiones, por tanto debió proporcionar tanto a los Afiliados como a los Derechohabientes información actualizada, veraz y completa, con una actitud de competencia leal frente a la otra Administradora, evitando inducir a interpretaciones distorsionadas por parte de los Afiliados y público en general…*"

De donde se confirma que el empleo de la frase "*menor del sistema*" en referencia al índice de riesgo, importa competencia desleal frente a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, infringiendo así una de las medidas para cumplir con el objetivo que persigue la Seguridad Social de largo plazo, cual es, como se mencionó precedentemente, proteger a los miembros de una sociedad frente a las contingencias que se exponen a lo largo de la vida, por cuanto no debe olvidarse que los factores de riesgo no son absolutos.

Adicionalmente, se tiene que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), mediante nota AP/UI/2665/2012 de 15 de septiembre de 2010, dirigida a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, señaló que: "*…se acordó suspender toda publicación referente al Índice de Riesgo de las páginas web de ambas AFP hasta formular una nueva metodología con respaldo técnico y legal. Sin embargo,… se continúa informando sobre el Índice de Riesgo como publicidad para su entidad, por lo que se instruye retirar dicha publicación en el plazo de un día hábil de recibida la presente nota…* "

Sin embargo, de acuerdo a lo señalado mediante Informe Técnico AP/UC/9/2011 de 3 de mayo de 2012, la Unidad de Comunicaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, comprobó al 20 de abril de 2011, que la ahora recurrente persistía con la publicación en su página web el Índice de Riesgo del año 2009.

Por lo que si en fecha 15 de septiembre de 2010, la Entidad Reguladora determinó suspender cualquier publicación del Índice de Riesgo en la página web, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** debió retirar la publicación del Índice de Riesgo de la gestión 2009, evidenciándose de ésta manera, que sí existió incumplimiento por parte de la ahora recurrente, al publicar información que no era útil y veraz, ya que la Entidad Reguladora informó que dicho factor no contaba con respaldo normativo técnico ni legal, ocasionando confusión a los Asegurados.

Por todo lo señalado es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP al ser responsable de la información que publica, debió suspender la publicación y evitar una competencia desleal, por lo que corresponde la sanción por incumpliendo a lo establecido por los artículos 31° inciso q) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, 4° y 5° de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 553 de 2 de julio de 2008, y 4°, 5°, 6°, 7°, 11°, incisos b) y e), y 13°, inciso f), de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 22 de 17 de enero de 2000.

2.2.3. Cargo N° 4.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por incumplimiento a lo establecido en el artículo 6° de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 553 de 2 de julio de 2008, al haber presentado su Plan de Medios correspondiente a las gestiones 2011 y 2012, fuera del plazo establecido por norma.

En este sentido, el artículo 6° de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 553 de 2 de julio de 2008, señala lo siguiente:

> *"**(NO OBJECIÓN):.-*** (…)
>
> *A partir de la Gestión 2009 y subsiguientes, las AFP y EA deberán remitir a la Intendencia de Pensiones el Plan de Medios de comunicación del ámbito previsional correspondiente a la gestión vigente **hasta el día 20 de enero** o día hábil administrativo siguiente"*(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De los antecedentes con los que se cuenta en el presente caso, se puede evidenciar que el Plan de Medios correspondiente a la gestión 2011, fue remitido por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** mediante nota PREV-CC-07/2011 de 25 de enero de 2011, recibido en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el 26 de enero de 2011.

El Plan de Medios correspondiente a la gestión 2012, fue remitido mediante nota PREV-CO-10/01/2012 de 27 de enero de 2012, recibido en la Entidad Reguladora el mismo día.

Asimismo, tal como lo señala la recurrente en su Recurso Jerárquico la Entidad Reguladora realizó observaciones al Plan de Medios de la gestión 2011 a través de las notas AP/UC/295/2011 de 02/02/2011, AP/UC/452/2011 de 14/02/2011, AP/UC/675/2011 de 02/03/2011, AP/UC/93/2011 de 11/04/2011, APS/UC/1417/2011 de 22/06/2011 y APS/UC/1989/2011 de 2/07/2011, y al Plan de Medios de la gestión 2012 con notas APS/UC/1013/2012 de 10/02/2012, APS/UC/1416/2012 de 28/02/2012, APS/UC/2165/2012 de 23/03/2012 y APS/UC/2726/2012 de 11/04/2012.

Como se puede evidenciar de la relación anterior, es evidente que existió un incumplimiento por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** al remitir el Plan de Medios correspondiente a la gestión 2011 con una demora de seis días calendario, y el de la gestión 2012 con un retraso de siete días calendario, cuando la norma es clara al señalar que, la información debe ser remitida **hasta el 20 de enero** o día hábil administrativo siguiente.

La recurrente alega en su Recurso Jerárquico, que no corresponde lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, respecto a que existió una falta de planificación de la publicación a ser emitida durante la gestión, considerando que la Entidad Reguladora realizó en varias oportunidades observaciones a los Planes de Medios de ambas gestiones, evidenciándose que el documento fue revisado, analizado y aprobado por la Autoridad en un tiempo mayor a tres meses, hecho que demuestra que sí existe una planificación de la publicidad para dar a conocer aspectos relevantes del Seguro Social Obligatorio.

Al respecto, es evidente que existió un tiempo prolongado para la revisión, análisis y aprobación del Plan de Medios para ambas gestiones, sin embargo, tal como lo señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en sus Informes APS/UC/6/2011 de 2 de febrero de 2012 (foja 26) y APS/UC/6/2012 de 9 de febrero de 2012 (foja 42), dicha demora es atribuible a que existieron observaciones a los Planes de Medios, ya que entre otros no se tomaba en cuenta la nueva normativa vigente, independientemente de ello y principalmente, la recurrente debe considerar que la imputación está referida a la demora en el envío del Plan de Medios de Comunicación a la Entidad Reguladora, lo cual como ocurre en el presente caso de autos, generó el incumplimiento sancionado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 755-2012 de 25 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/UC/Nº 472-2012 de 6 de julio de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 526/2012 DE 10 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 084/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO
REVOCA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 084/2012

La Paz, 28 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 526/2012 de 10 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 413/2012 de 17 de agosto de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 054/12 de 13 de diciembre de 2012, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 157/12 de 13 de diciembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de octubre de 2012, **Frida Eugenia Luna Zelaya**, en su calidad de Gerente de Operaciones, y **Bernardo Iván Eid Asbún** como Asesor Legal General, del **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA**, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 526/2012 de 10 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 413/2012 de 17 de agosto de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-138692/2012, con fecha de recepción 29 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 526/2012 de 10 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 413/2012 de 17 de agosto de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 31 de octubre de 2012, notificado el 7 de noviembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 526/2012 de 10 de octubre de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 11 de diciembre de 2012 se desarrolló la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial presentado en fecha 27 de noviembre de 2012, audiencia a la que en representación de la recurrente, asistieron los señores **María de Carmen Sarmiento**, **Wilson Dioni Castillo-Carvallo** y **José Díaz Molina**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA ASFI/DSR I/R-90968/2012 DE 26 DE JUNIO DE 2012.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de junio de 2012 remitida al **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA**, hizo presentes los extremos siguientes:

> "…*Para su conocimiento, se remite una copia del Informe ASFI/DSR I/R-65402/2012 de 30 de mayo de 2012, que contiene los resultados de la inspección de Riesgo de Crédito efectuada al Banco, con corte al 29 de febrero de 2012.*
>
> *Al respecto, con el objeto de regularizar las observaciones señaladas en dicho informe, la entidad deberá presentar, hasta el 31 de agosto de 2012, un Plan de Acción, donde se establezcan las medidas correctivas a ser adoptadas, el cronograma de implementación incluyendo las fechas y los responsables de su cumplimiento. Para tal efecto, se adjunta la "Matriz de Observaciones", la cual deberá remitirse debidamente llenada y firmada por la Gerencia General y la Presidencia a su cargo.*
>
> *Asimismo, deberá constituir con efecto en los estados financieros al 31 de julio de 20012, una previsión genérica total por factores de riesgo de incobrabilidad adicional a la morosidad de $us6,628,234 (seis millones seiscientos veintiocho mil doscientos treinta y cuatro 00/100 dólares americanos) producto de las deficiencias explicadas en el punto 2.7 del mencionado informe, además de una previsión específica de $us1.1,044,573 (un millón cuarenta y cuatro mil quinientos setenta y tres 00/100 dólares*

americanos) como consecuencia de las divergencias en la calificación de riesgo de los deudores detallados en el punto 2.9 del mismo, por lo que la entidad deberá remitir, hasta el 3 de agosto de 2012, las papeletas contables correspondientes.

En cuanto a las observaciones pendientes del Plan de Acción de la Inspección de Riesgo de Crédito con fecha de corte al 31 de agosto de 2010, descritas en el punto 2.11 del Informe adjunto, las mismas deberán ser subsanadas hasta el 31 de agosto de 2012, impostergablemente. Consecuentemente, al Unidad de Auditoría Interna deberá remitir, hasta la misma fecha, un informe que certifique que dichas observaciones fueron en efecto regularizadas (…)

Respecto al cobro de comisiones por desembolsos y formularios observado en el inciso a, punto 2.3 del mencionado informe, la Unidad de Auditoría Interna deberá remitir, hasta el 31 de agosto de 2012, un informe en el que se cuantifique el monto total acumulado respecto a dichos cobros hasta la fecha, a efectos de que la entidad proceda con la devolución del importe determinado a los deudores afectados.

Finalmente, la entidad a su cargo deberá remitir copia legalizada del Acta de Reunión del Directorio donde se evidencie que se tomó conocimiento de la presente nota y del informe de inspección adjunto, misma que deberá incluir el compromiso de dicha instancia y de la Gerencia General para cumplir con el cronograma de implementación de las medidas correctivas antes citadas…"

2. NOTA BLAPC-GG-138/2012 DE 1° DE AGOSTO DE 2012.-

Mediante nota BLAPC-GG-138/2012 de 1° de agosto de 2012, el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA** contestó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en los términos siguientes:

"*…Hemos tomado conocimiento de la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de fecha 26 de Julio de 2012, recibida por nuestra Institución el 27 de Julio de 2012; mediante la cual se nos comunica el contenido del informe ASFI/DSR I/R-65402/2012.*

En el inciso a) del punto 2.3 del mencionado informe, se establece que el Banco Los Andes Procredit S.A. contraviene el numeral 4, artículo 6, Sección1, Capítulo XVI "Reglamento de Tasas de Interés", contenido en el Titulo IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al realizar cobros por comisiones por el uso de líneas de crédito.

*Adicionalmente en la carta ASFI/DSR I/R-90968/2012 se hace referencia a este punto e instruye al Área de Auditoría Interna "**…remitir, hasta el 31 de Agosto de 2012, un informe en el que se cuantifique el monto total acumulado respecto a dichos cobro hasta la fecha, a efectos de que la entidad proceda con la devolución del importe determinado a los deudores"**.*

Considerando que, estos cobros se encuentran amparados por la normativa legal vigente en Bolivia y las normas que rigen el funcionamiento de nuestra Institución. Tomando en cuenta además, los daños y perjuicios que la adopción de estas medidas nos pueden generar, al amparo de lo determinado por el numeral I, artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175, de fecha 15 de Septiembre de 2003, solicitamos a su digna Autoridad se sirva emitir Resolución motivada y fundada que consigne la instrucción de suprimir los cobros por uso de líneas de crédito y proceder con la restitución de los importes cobrados en relación a éstas comisiones…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 413/2012 DE 17 DE AGOSTO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 413/2012 de 17 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "*Elevar a la categoría de Resolución Administrativa la nota ASFI/DSR IIR- 90968/2012 de 26 de julio de 2012*", expresando los fundamentos siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, de acuerdo a los numerales 3 y 14 del artículo 154 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) la Autoridad de supervisión tiene amplias facultades para ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo a las entidades de intermediación financiera el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias; asimismo, instruir ajustes y regularizaciones contables resultantes de su labor de supervisión.

Que, el artículo 27 de la Ley No 2341 de 23 de abril de 2002 "Ley de Procedimiento Administrativo" define al acto administrativo como toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Que, el artículo 28 de la señalada Ley establece que los elementos esenciales del acto administrativo son los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente; b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.; d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico; e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y, f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Que, el artículo 29 de la misma Ley, referido al contenido de los actos administrativos, determina que éstos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Los actos serán proporcionales y adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico.

Que, el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, Artículo 6, Inciso 4 de la RNBEF, emitida a través de la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009 cuyas disposiciones tienen vigencia a partir del 15 de diciembre de 2009, textualmente señala:

"Prohibición.- Las entidades supervisadas no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente.

Asimismo, las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamo lo siguiente:

1. Ajustes en la tasa de interés distintos a lo establecido en el Artículo 50 de la presente Sección.

2. Criterios resultantes de la imposición de intereses penales diferentes a los establecidos en el Decreto Supremo No 28166 de 17 de mayo de 2005 y su modificatoria mediante Decreto Supremo No 530 de 2 de junio 2010.

3. En periodos de mora, tasas de interés superiores a las que se establecen cuando la operación está vigente.

4. Cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente."

Que, el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, Artículo 4 de la RNBEF establece la siguiente definición de servicio adicional al cliente:

"Servicio adicional al cliente: Es el servicio contratado por la entidad supervisada, con terceros por cuenta y para beneficio directo del cliente, complementarios al servicio del crédito. No forman parte del servicio adicional al cliente, los gastos por formularios de desembolso, amortización, planes de pago, u otros equivalentes."

Que, el Título V, Anexo 1, Sección 9, Artículo 2, Numeral 3 de la RNBEF, prohíbe a las Entidades de Intermediación Financiera lo siguiente:

"Efectuar, bajo cualquier modalidad, recargos y/o gravámenes adicionales a la tasa de interés anual efectiva, principalmente las denominadas "comisiones flat, en sus operaciones de crédito, debiendo incluir en la tasa de interés, todo otro gravamen adicional, de modo que se cobre al cliente una tasa de interés anual efectiva única, sin ningún otro recargo en tales operaciones, según lo establecido en el Reglamento de tasas de interés".

Que, asimismo, el Título V, Anexo 1, Sección 1, Artículo 1, Numeral 1 de la RNBEF, establece que la realización, desarrollo y resultado de cada una de las etapas de una

operación de crédito (análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento recuperación de los créditos) es de exclusiva competencia y responsabilidad de la EIF.

CONSIDERANDO:

Que, la normativa que pone en vigencia las prohibiciones y restricciones en las que se funda el contenido de la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de julio de 2012, se encuentran contenidas en la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009 y tienen vigencia a partir del 15 de diciembre de 2009, no habiendo sido cuestionada y menos impugnada formalmente por el BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A., ni por ninguna otra entidad del sistema.

Que, las instrucciones contenidas en la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de Julio de 2012 emergen de los resultados de un proceso de inspección formal en la que la Autoridad de Supervisión ha identificado desvíos a la normativa regulatoria cuya observancia es de ineludible cumplimiento por parte del Banco.

Que, de la instrucción referida al cobro de comisiones por desembolsos contenida en la carta citada en el párrafo anterior, se determina que dicho cobro no implica un servicio adicional al cliente, no lo beneficia directamente no es complementario al servicio del crédito, por lo tanto, el Instructivo de Crédito del Banco es incompatible con lo previsto en el "Reglamento de Tasas de Interés".

Que, la disposición contenida en el artículo 19 del Decreto Supremo No 27175 de 15 de septiembre de 2003, si bien constituye una garantía a favor del administrado para poder ejercer su derecho a la defensa permitiéndole abrir la vía impugnatoria contra actos administrativos que no estén consignados en una Resolución Administrativa, empero no representa un mecanismo para impugnar normativa regulatoria que se origina en Resoluciones Administrativas que se encuentran firmes y vigentes y cuyo cumplimiento debe ser de estricta observancia por las entidades reguladas.

Que, las instrucciones contenidas en la nota ASFI/DSR I/R-909681201 2 de 26 de julio de 2012, son fiel reflejo de las competencias y facultades asignadas por Ley a este Órgano de Supervisión a efecto de hacer cumplir la normativa regulatoria y en su caso instruir los ajustes que correspondan.

Que, la competencia es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar y desarrollar a los órganos de la administración. Consiguientemente, constituye una cualidad con la que toda Autoridad Administrativa debe estar investida para ejercer la función administrativa. Y operación de crédito (análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento recuperación de los créditos) es de exclusiva competencia y responsabilidad de la EIF.

CONSIDERANDO:

Que, la normativa que pone en vigencia las prohibiciones y restricciones en las que se funda el contenido de la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de julio de 2012, se

encuentran contenidas en la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009 y tienen vigencia a partir del 15 de diciembre de 2009, no habiendo sido cuestionada y menos impugnada formalmente por el BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A., ni por ninguna otra entidad del sistema.

Que, las instrucciones contenidas en la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de Julio de 2012 emergen de los resultados de un proceso de inspección formal en la que la Autoridad de Supervisión ha identificado desvíos a la normativa regulatoria cuya observancia es de ineludible cumplimiento por parte del Banco.

Que, de la instrucción referida al cobro de comisiones por desembolsos contenida en la carta citada en el párrafo anterior, se determina que dicho cobro no implica un servicio adicional al cliente, no lo beneficia directamente no es complementario al servicio del crédito, por lo tanto, el Instructivo de Crédito del Banco es incompatible con lo previsto en el "Reglamento de Tasas de Interés".

Que, la disposición contenida en el artículo 19 del Decreto Supremo No 27175 de 15 de septiembre de 2003, si bien constituye una garantía a favor del administrado para poder ejercer su derecho a la defensa permitiéndole abrir la vía impugnatoria contra actos administrativos que no estén consignados en una Resolución Administrativa, empero no representa un mecanismo para impugnar normativa regulatoria que se origina en Resoluciones Administrativas que se encuentran firmes y vigentes y cuyo cumplimiento debe ser de estricta observancia por las entidades reguladas.

Que, las instrucciones contenidas en la nota ASFI/DSR I/R-909681201 2 de 26 de julio de 2012, son fiel reflejo de las competencias y facultades asignadas por Ley a este Órgano de Supervisión a efecto de hacer cumplir la normativa regulatoria y en su caso instruir los ajustes que correspondan.

Que, la competencia es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar y desarrollar a los órganos de la administración. Consiguientemente, constituye una cualidad con la que toda Autoridad Administrativa debe estar investida para ejercer la función administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, las entidades reguladas realizan una actividad considerada de orden público por cuanto intermedian con recursos provenientes del público.

Que, los numerales 1 y 2 del artículo 153 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) disponen que tanto la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como el Banco Central de Bolivia tienen el objetivo de mantener un sistema financiero sano y eficiente y velar por la solvencia del sistema de Intermediación Financiera.

Que, las entidades reguladas en el desarrollo de sus actividades tienen la obligación de sujetar sus actos a las disposiciones vigentes en materia regulatoria y a la

normativa externa a la que se encuentran sujetas sus actividades, debiendo ajustar sus operaciones al marco de la Ley, normativa regulatoria y sanas prácticas.

Que, en sucesivos precedentes administrativos se ha dispuesto que los eventos de riesgo operativo incurridos por las entidades no pueden repercutir negativamente en sus clientes, correspondiendo a la Autoridad de Supervisión instruir las medidas restitutorias que repongan la situación jurídica de los afectados.

Que, por consiguiente las instrucciones contenidas en la nota ASFI/DSR I/R-9096812012 de 26 de julio de 2012 emerge del ejercicio pleno de las competencias y facultades de las que goza este Órgano de Supervisión para instruir a las entidades reguladas la adecuación de sus prácticas y operativas a la normativa regulatoria en actual vigencia.

Que, para ratificar lo expresado en los párrafos precedentes y siguiendo los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008 de 29 de agosto de 2008, "el ente regulador tiene dentro sus funciones, no sólo la aplicación de sanciones, sino también la de adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participé, lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales".

Que, el Informe Técnico Legal ASFI/DSR I/R-99828/2012 de 14 de agosto de 2012, recomendó la emisión de Resolución en merito a la solicitud efectuada por el Banco Los Andes ProCredit SA. …"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 12 de septiembre de 2012, el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 413/2012 de 17 de agosto de 2012, con los argumentos que se transcriben a continuación:

"…***Marco Regulatorio Administrativo***.-

La recopilación de normas de la ASFI, específicamente en el título IX, Capítulo XVI, contiene el Reglamento de Tasas de Interés, cuyo objeto (artículo 1) es ***"...establecer mecanismos que promuevan una mayor transparencia en el mercado financiero a través del suministro de información al público y*** *a* ***las autoridades financieras, sobre las tasas de interés, comisiones por líneas de crédito y comisiones por transacciones, ofertadas y pactadas por las entidades financieras en sus distintas operaciones de intermediación financiera,*** *así como* ***establecer la prohibición del cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta*** *y* ***comisiones por prepago o pagos anticipados***."
Dicho objeto discrimina básicamente dos aspectos principales:

1. Promover la transparencia en el mercado financiero, regulando que las entidades financieras brinden información al público sobre las tasas de interés y comisiones que cobran (líneas de crédito, transacciones, etc.).

2. Prohibir el cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta y comisiones por prepago.

*Queda claro entonces que existe un reconocimiento formal, por cuenta del regulador, de las comisiones por Línea de Crédito, reglamentando el aspecto definido en la norma sustantiva. El artículo 4, a efecto de aplicar el objeto de la norma, define (reconoce que existe) la comisión por línea de crédito como "...**el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito**."*

*Por último, el mismo reglamento de Tasas de Interés, en el artículo 6 señala que las entidades financieras no pueden cobrar comisiones en los contratos de préstamo **"...que no impliquen un servicio adicional al cliente."***

La distinción entre contrato de Línea de Crédito y Contrato de Préstamo.-

Los Contratos Bancarios (entiéndase financieros), tienen carácter nominativo en general y están incluidos en el Libro II Título VII del Código de Comercio Boliviano (C.Com.). El texto legal del artículo 1309 del C.Com., destaca los elementos esenciales de la Apertura de Crédito tales como la obligación de disponer la suma comprometida, la capacidad y derecho de efectuar los requerimientos por parte desacreditado, el pago de lo dispuesto y el pago de comisiones, intereses y gastos.

El contrato de Línea de Crédito por sí mismo no genera una operación financiera sino por intermedio de sus prestaciones, es decir, a través de los contratos que derivan de ella; en resumen cualquier facilidad que permita obtener crédito.

El contrato de Préstamo de Dinero o Mutuo, (…) es la entrega formal de un bien fungible, en este caso dinero, y la obligación del prestatario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en las condiciones y con los intereses convenidos.

Una primera conclusión, innegable y necesaria, es que el contrato de Apertura de Línea de Crédito y el contrato de Préstamo o Mutuo tienen naturaleza distinta. Mientras el primero genera una obligación para la entidad financiera, traducida en una promesa de poner a disposición del acreditado una determinada suma (consensual), en el otro, la obligación es para el prestatario que tiene que restituir los bienes o dinero luego de su entrega formal (real). En consecuencia, independiente a la oportunidad o tiempo en la que concurren las relaciones contractuales, básicamente (innegablemente) se trata de dos instrumentos jurídicos de connotaciones distintas.

Los Artículos 1309 y 1310 del C.Com reconocen (formal y sustancial) que los Contratos de Línea de Crédito generan el pago de comisiones por parte del acreditado, "...haga o no uso total o parcial del crédito...", sin limitar el que sean una o varias operaciones. De esta forma, la Ley establece una contraprestación automática a cambio de una obligación consensual, en otras palabras, equivale al precio o a los intereses que se pactan en calidad de contraprestación dentro de un contrato de naturaleza real.

Sobre las facultades reguladoras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.-

La resolución recurrida indica que ha obtenido "...resultados de un proceso de inspección formal en la que la Autoridad de Supervisión ha identificado desvíos en la normativa regulatoria cuya observancia es de ineludible cumplimiento por parte del Banco...". La normativa presuntamente incumplida es aquella contenida en el Título IX Capítulo XVI Sección 1 de la RNBEF, en concreto el Reglamento de Tasas de Interés, cuyo objeto (artículo 1), como ya dijimos, es "...establecer mecanismos que remuevan una mayor transparencia en el mercado financiero a través del suministro de información al público y a las autoridades financieras, sobre las tasas de interés, comisiones por líneas de crédito y comisiones por transacciones, ofertadas y pactadas por las entidades financieras en sus distintas operaciones de intermediación financiera, así como establecer la prohibición del cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta y comisiones por prepago o pagos anticipados".

La resolución de la ASFI ordena la cuantificación de las comisiones cobradas con el propósito final de restitución de los importes cobrados en relación al mantenimiento de Líneas de Crédito, obligando de ese modo a devolver lo recibido con efecto retroactivo. En ese contexto, el acto administrativo, en los términos de su redacción, se ha pronunciado conforme al artículo 547 del C.C., disponiendo de facto una nulidad parcial del contrato (C.C. 549) y la consecuente invalidez de algunos de sus elementos, no otra cosa puede concluirse con una orden similar. Los desvíos en la normativa regulatoria que la ASFI habría identificado, aunque no concuerda con su propia norma, importaría que el objeto del contrato no guarda licitud (C.C. 485.).

Ahora bien, los extremos mencionados por mandato de la misma norma (C.C.546) deben ser pronunciados o resueltos judicialmente (sentencia), como efecto de una acción personal que bajo las reglas de la competencia que establece el artículo 10-2 del Código de Procedimiento Civil, Por otra parte y a manera de fundamento, se cita que la resolución jerárquica SG SIREFI RJ 53/2008 reconoce que la autoridad puede: "...adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, diente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó, lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales". Esta cita tiene dos elementos importantes: 1) la no participación en el hecho que genera menoscabo y 2) el reconocimiento a la competencia judicial.

*En este contexto, solo se puede concluir que la autoridad puede adoptar medidas correctivas o rectificatorias, **dentro el ámbito de su competencia**, para reponer una situación jurídica, pero no arrogarse otra competencia como ya hemos demostrado. Siendo así, la Resolución y la autoridad incurren en la inconducta prevista por el artículo 35 de la Ley 2341, pues se pronuncia sin competencia por razón de la materia, siendo en consecuencia nulo dicho acto.*

Es prudente e importante anotar que no puede ponerse en duda la competencia de la ASFI, sino la materia en la que pretende extender esa competencia. La facultad de supervisar y regular, debe ejercerse en función a la finalidad de un sistema financiero sano y eficiente, y las medidas rectificatorias y correctivas de ningún modo pueden

entenderse como la negación de otras leyes o disposiciones legales. La ASFI debe elaborar y aplicar los reglamentos de orden administrativo y técnico, sin alterar las disposiciones legales, pues el marco constitucional imperante no reconoce la deslegalización, manteniendo las funciones reservadas al legislador.

Es necesario aclarar que, contrario a lo señalado en Resolución ASFI N° 413/2012, no es objeto del presente Recurso impugnar normativa regulatoria que se origina en Resoluciones Administrativas vigentes, sino impugnar un acto administrativo basado en una interpretación tergiversada de dicha normativa. El artículo 29 de la Ley del Procedimiento Administrativo impone el mandato de ajustarse al ordenamiento jurídico. Este mandato, sin lugar a dudas, se extiende al conjunto de normas legales vigentes en el país, las que sin contraponerse, deben obedecerse de acuerdo a su nivel jerárquico y especialidad. La Autoridad Fiscalizadora cae en error, suponemos, debido a la especialización de su tarea cotidiana y, en este caso particular, omite el análisis integral del conjunto de normas que regulan el rubro bancario y limita la Inspección Ordinaria de Riesgo Crediticio con corte al 29 de febrero de 2012 a: "...la normativa prudencial aplicable a entidades de intermediación financiera como ser: la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado), el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el manual Dinámico de Supervisión y los procedimientos de Auditoria necesarios según las circunstancias." Pero omite considerar dentro el conjunto de normativa prudencial aplicable a entidades de intermediación financiera al Código de Comercio, a pesar que constituye la base normativa que regula todos los instrumentos financieros en Bolivia.

Petitorio.

Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente, al amparo de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera), solicitamos a su Autoridad que acepte el presente Recurso de Revocatoria y lo resuelva disponiendo dejar sin efecto alguno:

a) La instrucción de suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito y

b) La instrucción de proceder con la restitución de los importes por concepto de comisión por mantenimiento de líneas de crédito.

Asimismo, al amparo de lo determinado por el Artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, ante el efecto y perjuicio irreversible que implica ejecutar las medidas instruidas por la ASFI a través del sexto párrafo contenido en la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de julio de 2012, cuyas disposiciones fueron elevadas a la categoría de resolución administrativa mediante Resolución ASFI N° 413/2012, solicitamos a su digna Autoridad se sirva suspender la ejecución del acto antes descrito, mientras se agote la vía administrativa…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 526/2012 DE 10 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 526/2012 de 10 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó:

"…***PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE,*** *la Resolución ASFI N° 413/2012 de 17 de agosto de 2012, modificar la instrucción contenida en el sexto párrafo de la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de julio de 2012, en los siguientes términos:*

"El BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A., debe presentar un Plan de Acción y Cronograma para identificar, cuantificar y proponer los mecanismos a través de los cuales procederá a asumir medidas restitutorias a favor de los clientes que hubieren sido objeto de los cobros observados por esta Autoridad considerando para efectos de temporalidad la fecha 7 de diciembre de 2009, de conformidad a la Circular ASFI/021/2009, la cual incorpora la prohibición de establecer en los contratos, los cobros o recargos que no impliquen un servicio adicional cliente".

SEGUNDO.- *Suspender la restitución de los cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, mientras se agote la vía administrativa, en virtud del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

TERCERO.- *Dejar firmes y vigentes las demás partes de la Resolución impugnada…"*

Tal determinación, se encuentra fundamentada de la siguiente manera:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- *El artículo 4, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, define la comisión por línea de crédito como el "costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito".*

  El numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del citado Reglamento, prohíbe a los contratos de préstamo cobrar por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente.

  De la interpretación de las normas regulatorias citadas precedentemente se advierte que el recurrente puede efectuar cobros con la "condicio sine qua non" que este represente un servicio adicional al cliente, lo que significa que el recurrente no puede efectuar cobro de mantenimiento de línea de crédito, por cuanto dicho cobro no es un servicio que beneficie de manera directa al usuario, aspecto vulnerado por el ***BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A****., como se desprende del Informe de Inspección ASFI/DSR I/R-65402/2012 de 30 de mayo de 2012, página 4, el cual señala que: "El instructivo de créditos (V-4.2) del Banco dispone, en el punto 2.6.1. referido a líneas de crédito, que "…se cobrará el 1% sobre el monto total de la línea por concepto de mantenimiento, al momento de efectuarse el primer desembolso…", aspecto que contraviene lo dispuesto por el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI "Reglamento de Tasas de Interés" contenido en el Título IX de la RNBEF que dispone que las entidades no deben incluir en los contratos de préstamo: "…corbos* (sic) *por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente".*

En tal sentido, resulta evidente la infracción cometida por el recurrente, toda vez que a manera de ejemplo se advierte que el contrato suscrito en fecha 23 de julio de 2010, en el inciso b) de la cláusula quinta establece lo siguiente "Asimismo, se conviene entre partes, que a tiempo de utilización de los fondos de la línea de crédito, EL/LA/LOS/LAS ACREDITADO/A/S/, pagará (n) al BANCO, una comisión equivalente al uno por ciento (1%) por cada monto desembolsado. Esta comisión será independientemente cobrada de los intereses que se fijen a tiempo de la contratación….".

Explicado lo anterior, y aplicando el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés, se advierte que el recurrente incumplió la prohibición de cobrar por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente.

- *Asimismo, se advierte que las líneas de crédito otorgadas por el recurrente se encuentran contabilizadas en la cuenta 861.00 "Líneas de crédito otorgadas y no utilizadas", requiriendo el* ***BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A****., para cada desembolso suscribir un nuevo contrato, aspecto divergente a las registradas en cuentas contingentes, así se desprende del Informe Técnico ASFI/DSR I/R-120922/2012 de 25 de septiembre de 2012, página 3, el cual señala "Las líneas de crédito del banco, se encuentran contabilizadas en la cuenta 861.00 "líneas de crédito otorgadas y no utilizadas", en la que se registran las otorgadas por la entidad financiera que no han sido utilizadas por los clientes y que requieren para cada desembolso bajo línea de crédito, un nuevo contrato para su realización, presentando una diferencia respecto a las registradas en cuentas contingentes donde a través de un contrato de línea de crédito, se autoriza al prestatario, cuando él lo disponga, la obtención de créditos bajo la citada línea en forma automática, sin necesidad de instrumentar su uso con nuevos contratos como sucede con los créditos acordados en cuenta corriente, tarjetas de crédito y los acordados para factoraje, que pueden significar para el cliente la erogación de una comisión por la parte del crédito que no ha sido utilizado, debido a que representa para la entidad una obligación de mantener disponibles los fondos durante el tiempo de duración del crédito".*

  Al amparo de lo citado precedentemente, no corresponde que la entidad contabilice las líneas de crédito en la cuenta 861.00, cuando de acuerdo al Manual de Cuentas en dicho código se registran las "líneas de crédito otorgadas por la entidad que no han sido utilizadas por los clientes, excepto los créditos no utilizados en cuenta corriente, por tarjetas de crédito y por operaciones de factoraje que se exponen en el Contingente" y más aún al corresponder las líneas de crédito a la cuenta contingentes, la cual representa "derechos eventuales que tendría la entidad contra el deudor principal en caso que éste no cumpla con las obligaciones sobre las cuales la entidad indirectamente asumió responsabilidad. Comprende operaciones por cartas de crédito, garantías otorgadas, documentos descontados, líneas de crédito comprometidas utilizables automáticamente y otras contingencias".

- *De acuerdo al Código de Comercio artículo 1309 se entiende por apertura de crédito como el "acuerdo en virtud del cual un banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a este obtener crédito; el acreditado, a su vez, se obliga a rembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta, así como a pagar las comisiones intereses y gastos convenidos", por su parte el numeral 5 del artículo 1310, del citado Código señala que "en los contratos de línea de crédito se estipulará las comisiones, intereses y gastos convenidos".*

  De la correcta interpretación y aplicación de los preceptos transcritos, se tiene que el Código de Comercio reconoce las comisiones, intereses y gastos convenidos, sin embargo no se puede dejar de lado que en el marco de Órgano Regulador la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009, donde se prohíbe el cobro o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, siendo el objetivo de dicha prohibición que las entidades de intermediación financiera sean transparentes al momento de ofertar sus servicios debiendo el usuario contar con información clara y suficiente.

- *El inciso b) del artículo 5, Sección 2, Capítulo XVI, Título IX del citado Reglamento señala que: "Las tasas de interés activas, así como las comisiones y recargos por otros servicios serán libremente pactadas entre las entidades supervisadas y los usuarios. Los contratos de créditos deben incluir, además de las cláusulas de rigor, otras que incluyan el detalle de todos los cargos financieros que se aplicarán, sean éstos de carácter periódico o no, al inicio o al final de la operación".*

  El artículo 6, Sección 2, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dispone que "los contratos de líneas de crédito de montos determinados o determinables, bajo la modalidad simple o en cuenta corriente deben incluir, dentro de cada operación que se realice bajo la línea de crédito, además de las cláusulas de rigor y lo dispuesto en el artículo 5 de la presente Sección, otras donde este explícito claramente lo siguiente: a) la existencia de periodos libres de cargo financiero, b) la existencia o no, de diferentes tasas e interés por tipos de transacción (sobregiros, adelantos en efectivo u otros que la entidad considere pertinente y estén enmarcados en las disposiciones legales vigentes.

  Adicionalmente, la entidad supervisada a tiempo de suscribir el contrato de operación dentro de la línea de crédito debe proporcionar al acreditado una explicación sobre el cronograma del servicio del crédito, los efectos del incremento de la tasa de interés, (en caso de pactarse dicha operación a tasa variable) la forma de cálculo de los cargos financieros y la TEAC correspondiente".

  En ese orden, se advierte que es posible realizar el cobro de una comisión la cual debe estar incluido en la Tasa de Interés Efectiva Activa (TEA), aspecto que no se dio en el presente caso, toda vez que de acuerdo al Informe de Inspección ASFI/DSR I/R-65402/2012 de 30 de mayo de 2012, página 4 el recurrente cobra el 1% sobre el monto total de la línea por concepto de mantenimiento.

En el mismo sentido, cabe señalar que los contratos de crédito bajo línea de crédito suscritos por el recurrente son contratos accesorios, por cuanto su origen depende del contrato principal que es el de línea de crédito, en ese marco la prohibición de cobrar comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente contenida en el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés es aplicable para los contratos suscritos bajo línea de crédito.

- *De acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, respecto al debido proceso dispone que: "El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse", en el presente caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no vulneró el principio del debido proceso, por cuanto el recurrente en virtud del artículo 19 de Decreto Supremo N° 27175 de 25 de septiembre de 2003, solicitó que la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de julio de 2012, sea elevada a la categoría de Resolución, aspecto que permite que el recurrente pueda hacer valer sus derechos o interés cuando crea que estos han sido vulnerados.*

- *Respecto a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tendría facultad para disponer la restitución de importes cobrados, cabe señalar que el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional dispone que "Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público".*

  En tal sentido el artículo 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debe velar por un sistema financiero sano y eficiente y por la solvencia del mismo.

  Asimismo, el numeral 14 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) dispone como atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera resultantes de su labor de supervisión y control.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 75 de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional, dispone que las usuarias y los usuarios y las consumidoras y los consumidores gozan del derecho a la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen, en tal sentido los clientes y usuarios constituyen el elemento vital del ***BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A****., ya que hacia ellos va dirigido el producto o servicio final, por lo que la información financiera debe ser clara, oportuna y segura.*

De la interpretación sistemática de los preceptos antes aludidos la medida de restitución de los importes cobrados por concepto de mantenimiento de línea de crédito emerge de la facultad de supervisión y control que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para instruir ajustes, medidas correctivas o rectificadoras, sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera en aquellas situaciones donde se advierta incumplimiento a disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias.

En ese sentido al haber adquirido los derechos del consumidor vital importancia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es consciente de que los intereses del consumidor de servicios financieros requieren ser atendidos de forma idónea y oportuna por las entidades bancarias y demás operadores de servicios financieros. Asimismo, reconoce la necesidad de contar con una regulación clara y eficiente por parte del Estado y una fiscalización eficaz para tal efecto.

Finalmente, el parágrafo I del artículo 330 de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional, dispone que "El Estado regulará el sistema financiero con criterios de igualdad de oportunidades, solidaridad, distribución y redistribución equitativa". En ese sentido, corresponde al Estado identificar desvíos a la norma así como disposiciones abusivas, por lo que en virtud del principio de redistribución equitativa cualquier práctica inequitativa que identifique la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como parte de su competencias y funciones debe merecer la restitución del citado principio a través de la adopción de medidas correctivas o de regularización traducidas en instrucciones a sus regulados.

Concordante con lo señalado la Resolución la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008 de 29 de agosto de 2008, dispone que: el "ente regulador tiene dentro de sus funciones, no solo la aplicación de sanciones, sino también la de adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó, lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales", en tal sentido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el ejercicio de su tarea de fiscalización y control, si identifica alguna irregularidad o inobservancia a la norma regulatoria, la que podría tener repercusiones sobre usuarios y clientes del sistema financiero, inclusive terceros con interés legítimo, cuenta con la potestad suficiente para instruir medidas preventivas y de resguardo

a la entidad regulada, las mismas que pueden consistir en obligaciones de hacer o no hacer, y que no necesariamente revisten el carácter de sanciones por cuanto forman parte inmanente de sus facultades y atribuciones de fiscalización y control.

Por lo expuesto las facultades de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero son amplias para instruir que se efectúen ajustes y regularizaciones como resultado de las labores de fiscalización y control, las que no representan sanciones en sí mismas sino medidas de resguardo y control en favor del usuario financiero.

- *En relación a la solicitud de suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito y gestiones de cobranza, al respecto el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés prohíbe a las entidades supervisadas incluir en los contratos cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, en tal sentido no es posible suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito y gestiones de cobranza, por cuanto dichos cobros no son servicios que beneficien de manera directa al usuario.*

  En este marco, el recurrente presta un servicio público, su ejercicio requiere profesionalidad, en el entendido de que presta de manera masiva un servicio para el que se requiere preparación particular, conoce de manera previa las obligaciones a las que esta constreñido, siendo una de estas obligaciones, precisamente, el conocimiento exacto de la normativa que regula el sector y de manera muy especial la observancia de las prohibiciones y limitaciones a las que está sometido, por cuanto el servicio que presta es en definitiva un servicio público.

  En virtud a lo antedicho se tiene, que el argumento esgrimido por el recurrente no es válido ni mucho menos aceptable, por cuanto su calidad de profesional no permite lugar a confusión ni incorrectas interpretaciones, contrario sensu, le obliga actuar con la máxima diligencia como un "bonus" o "diligens pater familias", entendida como "Una figura abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona o entidad que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2007 de 6 de febrero de 2007)

CONSIDERANDO:

Que, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone:

"Artículo 40.- (Efecto Devolutivo)

I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial n o dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros".

Que, concordante con lo señalado precedentemente el artículo 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, establece:

"Artículo 59.- (Criterios de Suspensión)

I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante".

Que, ante ello, el ***BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.*** *solicitó la suspensión de la restitución de los importes cobrados por concepto de mantenimiento de líneas de crédito y gestiones de cobranza a tiempo del Recurso de Revocatoria, por lo que es pertinente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emita criterio a tal solicitud.*

Que, habiendo dispuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de julio de 2012, la restitución de los importes cobrados por concepto de mantenimiento de líneas de crédito y gestiones de cobranza, dentro del contexto del cumplimiento de dicha instrucción y en mérito a los recursos administrativos que franquea la Ley, en caso de no dar curso a dicha restitución, daría lugar a la existencia de un riesgo reputacional para la entidad.

Que, de acuerdo a lo citado precedentemente y en virtud del principio de prudencia es pertinente suspender la restitución de dichos cobros, mientras se agote la vía administrativa (…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que los recursos administrativos previstos en la presente ley, serán

resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

Que, el artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señala que los recursos administrativos en la presente ley, podrán ser confirmadas, revocadas, desestimadas o declaradas improcedentes.

Que, el artículo 49 de la citada disposición legal dispone que la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, artículo 6, inciso 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras emitida a través de la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009, cuyas disposiciones tienen vigencia a partir del 15 de diciembre de 2009, textualmente señala:

"Prohibición.- Las entidades supervisadas no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente.

Asimismo, las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamo lo siguiente:

1. *Ajustes en la tasa de interés distintos a lo establecido en el artículo 50 de la presente Sección.*

2. *Criterios resultantes de la imposición de intereses penales diferentes a los establecidos en el Decreto Supremo N° 28166 de 17 de mayo de 2005 y su modificatoria mediante Decreto Supremo N° 530 de 2 de junio 2010.*

3. *En periodos de mora, tasas de interés superiores a las que se establecen cuando la operación está vigente.*

4. *Cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente."*

Que, el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, artículo 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece la siguiente definición de servicio adicional al cliente:

"Servicio adicional al cliente: Es el servicio contratado por la entidad supervisada, con terceros por cuenta y para beneficio directo del cliente, complementarios al servicio

del crédito. No forman parte del servicio adicional al cliente, los gastos por formularios de desembolso, amortización, planes de pago, u otros equivalentes."

Que, el Título V, Anexo 1, Sección 9, artículo 2, numeral 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, prohíbe a las Entidades de Intermediación Financiera lo siguiente:

"Efectuar, bajo cualquier modalidad, recargos y/o gravámenes adicionales a la tasa de interés anual efectiva, principalmente las denominadas "comisiones flat", en sus operaciones de crédito, debiendo incluir en la tasa de interés, todo otro gravamen adicional, de modo que se cobre al cliente una tasa de interés anual efectiva única, sin ningún otro recargo en tales operaciones, según lo establecido en el Reglamento de Tasas de Interés".

Que, asimismo, el Título V, Anexo 1, Sección 1, articulo 1, numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que la realización, desarrollo y resultado de cada una de las etapas de una operación de crédito (análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos) es de exclusiva competencia y responsabilidad de la EIF.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Técnico ASFI/DSR /R-120922/2012 de 25 de septiembre de 2012, e Informe Legal ASFI/DAJ/R-128629/2012 de 9 de octubre de 2012, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que el recurrente debe suspender inmediatamente el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito y gestiones de cobranza.

Que, por otra, parte el citado Informe Legal, recomienda que el Fondo debe presentar un Plan de Acción y cronograma para identificar, cuantificar y proponer los mecanismos a través de los cuales procederá a asumir medidas restitutorias a favor de los clientes que hubieran sido objeto de los cobros observados por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que en virtud del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es pertinente suspender la restitución de dichos cobros, mientras se agote la vía administrativa..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Que, mediante memorial presentado el 24 de octubre de 2012, **BANCO LOS ANDES PRO CREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 526/2012 de 10 de octubre de 2012, argumentando lo siguiente:

"…***Del análisis de la interpretación de la norma.-***

La recopilación de normas de la ASFI, específicamente en el título IX, Capítulo XVI, contiene el Reglamento de Tasas de Interés, cuyo objeto (artículo 1) es "...establecer mecanismos que promuevan una mayor transparencia en el mercado financiero a

través del suministro de información al público y a las autoridades financieras, sobre las tasas de interés, comisiones por líneas de crédito y comisiones por transacciones, ofertadas y pactadas por las entidades financieras en sus distintas operaciones de intermediación financiera, así como establecer la prohibición del cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta y comisiones por prepago o pagos anticipados."

Dicho objeto discrimina básicamente dos aspectos principales:

1. *Promover la transparencia en el mercado financiero, regulando que las entidades financieras brinden información al público sobre las tasas de interés y comisiones que cobran (líneas de crédito, transacciones, etc.).*

2. *Prohibir el cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta y comisiones por prepago.*

*Queda claro entonces que existe un reconocimiento formal, por cuenta del regulador, de las comisiones por Línea de Crédito, reglamentando el aspecto definido en la norma sustantiva. El artículo 4, a efecto de aplicar el objeto de la norma, define (reconoce que existe) la comisión por línea de crédito como "...**el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito."***

Por último, el mismo reglamento de Tasas de Interés, en el artículo 6 señala que las entidades financieras no pueden cobrar comisiones en los contratos de préstamo *"...que no impliquen un servicio adicional al cliente."*

Sin embargo de lo anterior, el regulador interpreta la normativa citada de la siguiente forma:

De la interpretación de las normas regulatorias citadas la ASFI advierte que el recurrente puede efectuar cobros con la condición "condicio sine qua non" que este represente un servicio adicional al cliente, lo que significa que el recurrente no puede efectuar cobro de mantenimiento de línea de crédito, por cuanto dicho cobro no es un servicio que beneficie de manera directa al usuario, aspecto vulnerado por el Banco Los Andes Procredit S.A., como se desprende del Informe de Inspección ASFI/DSR I/R-65402/2012 de 30 de Mayo de 2012, página 4, el cual señala que: "El instructivo de créditos (V-4.2) del Banco dispone, en el punto 2.6.1. referido a líneas de crédito, que "...se cobrará el 1% sobre el monto total de la línea por concepto de mantenimiento, al momento de efectuarse el primer desembolso...", aspecto que contraviene lo dispuesto por el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI "Reglamento de tasas de Interés" contenido en el Titulo IX de la RNBEF que dispone que las entidades no deben incluir en los contratos de préstamo: "…cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente".

De la correcta interpretación y aplicación de los preceptos transcritos, se tiene que el Código de Comercio reconoce las comisiones, intereses y gastos convenidos, sin embargo no se puede dejar de lado que en el marco de Órgano Regulador la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió la Circular ASFI/021/2009 de 7 de Diciembre de 2009, donde se prohíbe el cobro o recargos que no impliquen un

servicio adicional al cliente, siendo objetivo de dicha prohibición que las entidades de intermediación financiera sean transparentes al momento de ofertar sus servicios debiendo el usuario contar con información clara y suficiente.

Al amparo de esta interpretación, se deja de lado el espíritu de la norma, que sin lugar a dudas plantea una clara diferencia entre ambas figuras contractuales. En esta interpretación se olvida por completo que la Línea de Crédito por sí misma no genera liquidez, como ya dijimos en el recurso de revocatoria: El contrato de Línea de Crédito por sí mismo no genera una operación financiera sino por intermedio de sus prestaciones, es decir, a través de los contratos que derivan de ella; en resumen cualquier facilidad que permita obtener crédito (…)

El regulador pretende reforzar su interpretación mencionando a manera de ejemplo un contrato de Línea de Crédito de fecha 23 de Julio de 2010, pero lamentablemente, no precisa más datos que nos permitan identificar al contrato referido en particular, el informe contenido en la Resolución ASFI N° 413/2012 no menciona este contrato y resulta un dato nuevo NO NOTIFICADO previamente al Banco por medio alguno. En todo caso, sin reconocer el ejemplo como válido, es importante aclarar que él' texto oficial de los contratos de Línea de Crédito emitidos en esa fecha, menciona: "...EL/LA/LOS/LAS/ACREDITADO/A/S pagarán a EL BANCO una comisión del UNO (1%) POR CIENTO por única vez, sobre el monto total de la Línea de Crédito por concepto de apertura, mantenimiento y uso de la Línea de Crédito...". **.** *Que a diferencia del texto utilizado por el regulador incluye el enunciado: "...(1%) por cada monto desembolsado...". El texto utilizado en el ejemplo no responde a una conducta o procedimiento aplicado por el Banco, ya que la comisión por uso y mantenimiento de la Línea de Crédito se cobra una sola vez y se calcula sobre el monto total del acuerdo.*

El argumento con el que la ASFI fundamenta su determinación es que la Línea de Crédito no representa un servicio efectivamente prestado al cliente, en consecuencia, no se debe cobrar una comisión por su uso y mantenimiento. Sin embargo, este análisis ignora por completo la diferenciación entre Préstamo y Línea de Crédito que establece la Ley y que hemos detallado dentro el recurso de revocatoria de fecha 10/09/2012, en el cual se menciona: Una primera conclusión, innegable y necesaria, es que el contrato de Apertura de Línea de Crédito y el contrato de Préstamo o Mutuo tienen naturaleza distinta. Mientras el primero genera una obligación para la entidad financiera, traducida en una promesa de poner a disposición del acreditado una determinada suma (consensual), en el otro, la obligación es para el prestatario que tiene que restituir los bienes o dinero luego de su entrega formal (real).

En consecuencia e independiente a la oportunidad o tiempo en la que concurren las relaciones contractuales, básicamente (innegablemente) se trata de dos instrumentos jurídicos de connotaciones distintas. Los Artículos 1309 y 1310 del C.Com reconocen (formal y sustancial) que los Contratos de Línea de Crédito generan el pago de comisiones por parte del acreditado, ***"...****haga o no uso total o parcial del crédito****...",* *sin limitar el que sean una o varias operaciones. De esta forma, la Ley establece una contraprestación automática a cambio de una obligación consensual, en otras*

palabras, equivale al precio o a los intereses que se pactan en calidad de contraprestación dentro de un contrato de naturaleza real.

El Supervisor afirma que el reglamento de Tasas de Interés, por su lectura, "...prohíbe a las entidades de intermediación financiera realizar cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito..." y otros, ya que no existe un beneficio para el cliente. Esta afirmación nuevamente carece de veracidad pues no existe en el texto (leído) una prohibición de esa clase, considerando además que toda prohibición emerge de una disposición expresa y no de una interpretación (de la lectura) sobre un texto legal, como manda el artículo 14 de la CPE: "IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban". Dentro este análisis, además, se deja de lado el costo operativo que representa para el banco mantener la facilidad de obtener créditos bajo línea de crédito, a simple requerimiento y sin tener que acudir a evaluaciones nuevas cada vez que se solicita un préstamo. Esta facilidad evita costos notariales por protocolizaciones, etc.

Por último, el ejercicio de la autoridad importa el apego al cumplimiento de la Ley; ese cumplimiento no es selectivo o interpretativo.

Sobre las facultades reguladoras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y el alcance de las resoluciones.-

A manera de fundamento, nuevamente se reitera el contenido de la resolución jerárquica SG SIREFI RJ 53/2008 que reconoce que la autoridad puede: "...adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó, lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales".

*Vemos por conveniente recordar que, en este contexto, solo se puede concluir que la autoridad puede adoptar medidas correctivas o rectificatorias (Significa enmendar lo errado no eliminar), **dentro el ámbito de su competencia**, para reponer una situación jurídica, pero no arrogarse otra competencia como ya hemos demostrado. Siendo así, la Resolución y la autoridad incurren en la inconducta prevista por el artículo 35 de la Ley 2341, pues se pronuncia sin competencia por razón de la materia, siendo en consecuencia nulo dicho acto. Las comisiones por uso y mantenimiento de la Línea de Crédito son pactadas en el contrato de Línea, el cliente es ampliamente informado sobre esta contraprestación y la acepta expresamente. Anular este acuerdo es competencia exclusiva de un Juez competente y no así del órgano regulador.*

Nuevamente aclaramos que, no es objeto del presente Recurso impugnar normativa regulatoria que se origina en Resoluciones Administrativas vigentes, sino impugnar un acto administrativo basado en una interpretación tergiversada de dicha normativa y ahora de la Ley. El artículo 29 de la Ley del Procedimiento Administrativo impone el mandato de ajustarse al ordenamiento jurídico. Este mandato, sin lugar a dudas, se extiende al

conjunto de normas legales vigentes en el país, las que sin contraponerse, deben obedecerse de acuerdo a su nivel jerárquico y especialidad tal como manda la Constitución Política del Estado y como se establece expresamente en los incisos c) y g) del artículo 4 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo.

Por otra parte, el inciso II del artículo 63 de la Ley 2341 establece el alcance de las resoluciones que resuelven un recurso administrativo y a la letra dice: La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial como consecuencia exclusiva de su propio recurso.

*Sin embargo de esta norma, el regulador incorpora en esta nueva resolución una observación sobre la forma en que el Banco contabiliza las Líneas de Crédito, a la letra dice: "...**no corresponde que la entidad contabilice las líneas de crédito en la cuenta 861.00...**" la contabilización de la líneas de crédito otorgadas por nuestra institución son contabilizadas de acuerdo a la norma vigente, pero independientemente de este hecho, esta observación no fue parte del recurso de revocatoria presentado en contra de la Resolución 413/2012, así como, tampoco fue parte de la mencionada Resolución.*

*Por otra parte, se nos añade la obligación que, una vez agotada la vía administrativa, el Banco Los Andes Procredit S.A. tendría que devolver **"...los cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza...".** Determinación que genera profunda extrañeza debido a que el Banco no cobra comisiones por Verificaciones Domiciliarias y tampoco cobra comisiones por Gestiones de Cobranza o, en su caso, nunca fueron mencionadas en ninguno de los informes de auditoría notificados a nuestra institución.*

En consecuencia, la resolución ahora recurrida, excede los límites permitidos por la norma y resuelve más allá de lo planteado en el recurso presentado por nuestra institución en contra de la resolución 413/2012.

Petitorio.-

Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente, a tiempo de ratificar íntegramente el contenido del recurso de revocatoria de fecha 10 de Septiembre de 2012, presentado ante la ASFI en fecha 12 de Septiembre del corriente, al amparo de lo dispuesto por los artículos 52 y siguientes de Decreto Supremo N° 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera), solicitamos a su Autoridad que acepte el presente Recurso Jerárquico y de acuerdo a lo establecido por el articulo 55 lo remita ante el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas de Bolivia a objeto que previo los trámites legales lo resuelva disponiendo dejar sin efecto alguno:

a) *La instrucción de suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito.*

b) La instrucción de proceder con la restitución de los importes por concepto de comisión por mantenimiento de líneas de crédito.

c) La Resolución 526/2012 de fecha 10 de octubre de 2012, en la parte que confirma la Resolución 413/2012 e incorpora nuevas responsabilidades para el Banco Los Andes ProCredit S.A.…"

7. MEMORIAL DE ALEGATOS

Mediante memorial presentado en fecha 27 de noviembre de 2012, el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó los siguientes alegatos:

"***…II. CONSIDERACIONES JURÍDICO LEGALES***

II.1 Informes de Inspección contradictorios

Es necesario en primer lugar señalar que entre el 18 de octubre y 5 de noviembre de 2010, la ASFI realizó una Inspección de Riesgo de Crédito con fecha de corte al 30 de agosto de 2010, y los resultados de esta visita fueron puestos a conocimiento del Banco mediante carta ASFI/DSR II/R-127947/2010 de fecha 3 de diciembre de 2010 la misma que adjuntó el Informe /ASFI/DSR II/R-122360/2010. (Documentos que se adjuntan al presente memorial en Anexo I).

En este informe, página 11, incisos i; iv se hace referencia a líneas de crédito y operaciones bajo línea de crédito, lo que evidencia que ya en esta inspección revisaron aspectos relacionados con las líneas de crédito y no manifestaron ninguna observación sobre el cobro de comisiones porque acertadamente vieron que el cobro de comisiones por las líneas de crédito no constituían infracciones a la normativa vigente.

Sin embargo, en la Inspección Ordinaria de Riesgo Crediticio con corte al 29 de febrero de 2012, el Banco quedó sorprendido de sobremanera por la errónea interpretación de los funcionarios de la ASFI y más aún tomando en cuenta que el mismo funcionario que revisó el Informe del 2010, para este último informe cambia completamente de criterio, contradiciendo categóricamente el contenido de un Informe anterior, sin asidero jurídico ni legal alguno como se precisará más adelante en este memorial.

II.2 Irregularidades en el Procedimiento Administrativo

Corresponde señalar en primera instancia lo establecido por los siguientes Artículos de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002:

"ARTICULO 4° (Principios Generales de la Actividad Administrativa).- *La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:*

...c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;

...h) Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;"

ARTICULO 16° (Derechos de las Personas).- En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos:

...e) A formular alegaciones y presentar pruebas;…

ARTICULO 46° (Tramitación).

I. El procedimiento administrativo se impulsará de oficio en todas sus etapas y se tramitará de acuerdo con los principios establecidos en la presente Ley.

II. En cualquier momento del procedimiento, los interesados podrán formular argumentaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, los cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución…

ARTICULO 47° (Prueba).

I. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

III. La autoridad administrativa, mediante providencias expresas, determinará el procedimiento para la producción de las pruebas admitidas. El plazo de prueba será de quince (15) días. Este plazo podrá prorrogarse por motivos justificados, por una sola vez y por un plazo adicional de diez (10) días…

ARTICULO 49° (Alegatos).- *Producida la prueba o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del periodo probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las pruebas producidas, otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue sobre la prueba producida…*

ARTICULO 52° (Contenido de la Resolución). *Los procedimientos administrativos, deberán necesariamente concluir con la emisión de una resolución administrativa que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión del administrado..."*

ARTICULO 54° (Causa).- *La Administración Pública no iniciará ninguna ejecución que limite los derechos de los particulares sin que previamente haya concluido el correspondiente procedimiento legal mediante resolución con el debido fundamento jurídico que le sirva de causa."*

Como puede observarse, la ASFI incurrió en irregularidades en su procedimiento infringiendo todas las disposiciones señaladas de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que ni siquiera se ajustó a los principios generales de la actividad administrativa, puesto que luego de su trabajo de inspección directamente emitió una nota por la que pone en conocimiento del Banco un Informe en el que consigna la observación sobre el cobro de comisiones por líneas de crédito y por la que instruye al Banco cuantificar el monto total acumulado respecto de dichos cobros hasta la fecha a efecto de que la entidad proceda con la devolución del importe determinado a los deudores afectados. Además corresponde señalar que la nota hace referencia a cobro de comisiones por desembolsos y formularios, lo cual nunca existió, es decir el Banco nunca cobró comisión por desembolsos y tampoco cobró comisiones por formularios.

Es decir con semejante acto, la ASFI dio por hecho, sin sustento jurídico ni legal alguno, que el Banco incumplió una disposición regulatoria, y además sin dar lugar a que el Banco presente el descargo correspondiente, directamente instruyó un cálculo para devolución a los deudores afectados, ***violando con ello el Principio de sometimiento pleno a la ley*** *establecido en el citado inc. c) del Artículo 4º de la Ley N° 2341, que establece que la Administración Pública debe regir sus actos con sometimiento pleno a la ley,* ***asegurando a los administrados el debido proceso;*** *lo cual en este caso es por demás evidente que la ASFI no cumplió, lo cual generó la violación al derecho del Banco reconocido por la misma Ley en su Artículo 16° de formular alegaciones y presentar pruebas. Con todo ello,* ***la ASFI además infringió lo dispuesto por los Artículos 46º, 47º, 49º, 52º y 54º de la citada Ley 2341 de Procedimiento Administrativo*** *por no haber llevado a cabo el procedimiento en plena sujeción a la Ley y por haber violado el derecho a la defensa del Banco (que es un derecho inclusive constitucional) y por haber* ***limitado el derecho del Banco de cobrar comisiones por las Líneas de Crédito*** *sin que se haya concluido el procedimiento mediante resolución con el debido fundamento jurídico que le sirva de causa.*

Además debe tenerse presente la falta de competencia de la ASFI de instruir devolución de comisiones cobradas a los deudores como efecto de una relación contractual más aún si éste cobro se encuentra respaldado por el Código de Comercio. Sobre este extremo se abordó en los recursos administrativos interpuestos por el Banco y la ASFI no lo ha podido desvirtuar con sustento jurídico y legal.

Por los hechos e irregularidades señaladas, el Banco, al amparo de lo dispuesto por el numeral I, Artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003, tuvo que solicitar a la ASFI que emita una Resolución motivada y fundada que consigne la instrucción de suprimir los cobros por uso de líneas de crédito y proceder con la restitución de los importes cobrados en relación a estas comisiones, lo cual no exime de las irregularidades e infracciones en las que incurrió la ASFI como pretenden hacerlo ver mediante sus argumentos inconsistentes sobre este tema en su Resolución ASFI N° 526/2012.

II.3 Ausencia de Fundamentos Jurídico y Legales de las Resoluciones de la ASFI respecto a la supuesta prohibición del cobro de comisiones por líneas de crédito.

11.3.1 Argumentos de la ASFI

En el Considerando cuarto, párrafo segundo y tercero de la Resolución ASFI N° 413/2012 de 17 de agosto de 2012 se señala lo siguiente:

> *"Que, las instrucciones contenidas en la nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de julio de 2012 emergen de los resultados de un proceso de inspección formal en el que la Autoridad de Supervisión ha identificado desvíos a la normativa regulatoria cuya observancia es de ineludible cumplimiento por parte del Banco.*
>
> *Que, de la instrucción referida al cobro de comisiones por desembolsos contenida en la carta citada en el párrafo anterior, se determina que dicho cobro no implica un servicio adicional al cliente, no lo beneficia directamente no es complementario al servicio del crédito, por lo tanto, el Instructivo de Crédito del Banco es incompatible con lo previsto en el "Reglamento de Tasas de Interés".*

El Considerando segundo de la Resolución ASFI N° 526/2012 de 10 de octubre de 2012 señala lo siguiente:

"Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- *El artículo 4, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, define la comisión por línea de crédito como el "costo total para el cliente de abrir y mantener una línea de crédito".*

  El numeral 4 artículo 6 Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del citado Reglamento, prohíbe a los contratos de préstamo cobrar por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente.

  De la interpretación de las normas regulatorias citadas precedentemente se advierte que el recurrente puede efectuar cobros con la "condicio sine qua non" que este represente un servicio adicional al cliente, lo que significa que el recurrente no puede efectuar cobro de mantenimiento de línea de crédito, por cuanto dicho cobro no es un servicio que beneficie de manera directa al usuario, aspecto vulnerado por el BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.; como se desprende del Informe de Inspección ASF/DSR I/R-65402/2012 de 30 de mayo de 2012, página 4, el cual señala que: "El instructivo de créditos (V-4.2) del Banco dispone, en el punto 2.6.1 referido a líneas de crédito, que "...se cobrará el 1% sobre el monto total de la línea por concepto de mantenimiento al momento de efectuarse el primer desembolso...", aspecto que contraviene lo dispuesto por el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI "Reglamento de Tasas de Interés" contenido en el Título IX de la RNBEF que dispone que las entidades no deben incluir en los contratos de préstamo: "...cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente".

- *De acuerdo al Código de Comercio artículo 1309 se entiende por apertura de crédito como el "acuerdo en virtud del cual un Banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a éste obtener crédito; el acreditado, a su vez, se obliga a reembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta, así como a pagar las comisiones, intereses y gastos convenidos. ", por su parte el numeral 5 del artículo 1310, del citado Código señala que "en los contratos de línea de crédito se estipulará las comisiones y gastos convenidos".*

  De la correcta interpretación y aplicación de los preceptos transcritos, se tiene que el Código de Comercio reconoce las comisiones intereses y gastos convenidos, ***sin embargo no se puede dejar de lado que en el marco de Órgano Regulador*** *la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió la Circular ASF1/021/2009 de 7 de diciembre de 2009, donde se prohíbe el cobro o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, siendo el objetivo de dicha prohibición que las entidades de intermediación financiera sean transparentes al momento de ofertar sus servicios debiendo el usuario contar con información clara y suficiente." (El resaltado es nuestro)*

"El inciso b) del artículo 5, Sección 2, Capítulo XVI, Título IX del citado Reglamento señala que: "Las tasas de interés activas, así como las comisiones y recargos por otros servicios serán libremente pactadas entre las entidades supervisadas y los usuarios. Los contratos de créditos deben incluir, además de las cláusulas de rigor, otras que incluyan el detalle de todos los cargos financieros que se aplicarán, sean estos de carácter periódico o no, al inicio o al final de la operación. "

El artículo 6 Sección 2, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dispone que "los contratos de líneas de crédito de montos determinados o determinables, bajo la modalidad simple o en cuenta corriente deben incluir, dentro de cada operación que se realice bajo la línea de crédito, además de las cláusulas de rigor y lo dispuesto en el artículo 5 de la presente Sección, otras donde esté explícito claramente lo siguiente: a) la existencia de periodos libres de cargo financiero, b) la existencia o no, de diferentes tasas e interés por tipos de transacción (sobregiros, adelantos en efectivo u otros que la entidad considere pertinente y estén enmarcados en las disposiciones legales vigentes). Adicionalmente, la entidad supervisada a tiempo de suscribir el contrato de operación dentro de la línea de crédito debe proporcionar al acreditado una explicación sobre el cronograma del servicio del crédito, los efectos del incremento de la tasa de interés, (en caso de pactarse dicha operación a tasa variable) la forma de cálculo de los cargos financieros y la TEAC correspondiente.

En ese orden, se advierte que es posible realizar el cobro de una comisión la cual debe estar incluido en la Tasa de Interés Efectiva Activa (TEAC), aspecto que no se dio en el presente caso, toda vez que de acuerdo al Informe de Inspección ASF/DSR I/R-65402/2012 de 30 de mayo de 2012, página 4 el recurrente cobra el 1% sobre el monto total de la línea por concepto de mantenimiento.

En el mismo sentido, cabe señalar que** los contratos de crédito bajo línea de crédito suscritos por el recurrente son contratos accesorios, **por cuanto su origen depende del contrato principal que es el de línea de crédito,** en ese marco la prohibición de cobrar comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente **contenida en el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasa de Interés** es aplicable para los contratos suscritos bajo línea de crédito." **(El resaltado es nuestro para efectos de análisis posterior)

II.3.2 Consideraciones Jurídicas y Legales que desvirtúan los argumentos de la ASFI respecto de la prohibición del cobro de comisión por líneas de crédito.

*Debemos comenzar observando que **el Instructivo de Crédito del Banco NO es incompatible con lo previsto en el Reglamento de Tasas de Interés,** puesto que no existe disposición expresa alguna en la normativa vigente que establezca que el Banco no puede cobrar comisiones por líneas de crédito, más por el contrario el Reglamento de Tasa de Intereses en su Artículo 4º Definiciones de la Sección 1, Capítulo XVI, señala de manera expresa lo siguiente:*

Comisión por línea de crédito: Es el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito. "

En todos los argumentos expuestos por la ASFI en sus resoluciones no indican cuándo y cómo debe aplicarse esta comisión sino simplemente se empecinan en referirse al segundo párrafo del Artículo 6º Prohibiciones del mismo Reglamento de Tasas de Interés que ni siquiera se refiere a la línea de crédito sino simplemente a los contratos de préstamo tal como se evidencia del texto transcrito a continuación:

> "…*Asimismo, las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamo lo siguiente:*
>
> ...***4. Cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente."***

El resaltado es nuestro, para precisar una vez más la diferencia sustancial que existe entre una línea de crédito y un préstamo, pero antes de ingresar en este análisis, debemos relievar la ausencia de argumento por parte de la ASFI en lo concerniente a la aplicación de la comisión por línea de crédito, es más, hasta pareciera hacer entrever que existiría una contradicción o contrasentido en la normativa que inclusive dicen que no se impugnó en su momento, puesto que la ASFI aplica una prohibición con preferencia a una permisión expresa, ya que la comisión por línea de crédito está permitida por el Reglamento de Tasas de Interés, pero sin embargo los de la ASFI "interpretan" que dicha comisión "no implica un servicio adicional al cliente", entonces está prohibida por el mismo Reglamento de Tasa de Interés su aplicación. Lamentablemente la ASFI insiste tanto en argumentos forzados, que hasta pretende anteponer la prohibición del citado artículo 6 del Reglamento de Tasas de Interés a lo dispuesto por el Código de Comercio en sus Artículos 1309 y 1310 numeral 5) en plena violación a la jerarquía normativa establecida en el artículo 410 de la Constitución Política del Estado y al Principio de jerarquía normativa establecido en el Artículo 4º de la Ley 2341 (transcrito en el presente memorial). Al respecto la ASFI señala en la parte considerativa de su Resolución ASFI Nº 526/2012 lo siguiente:

> ***"De la correcta interpretación y aplicación de los preceptos transcritos, se tiene que el Código de Comercio reconoce las comisiones intereses y gastos convenidos, <u>sin embargo no se puede dejar de lado</u> que en el marco de Órgano Regulador la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009, donde se prohíbe el cobro o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, siendo el objetivo de dicha prohibición que las entidades de intermediación financiera sean transparentes al momento de ofertar sus servicios debiendo el usuario contar con información clara y suficiente."***

Es decir como puede advertirse, con un ***"sin embargo no se puede dejar de lado...",*** *la ASFI pretende sustentar la aplicación de una prohibición sobre una permisión expresa y vulnerar la primacía normativa prevista en nuestra Constitución Política del Estado.*

Pero es muy importante relievar que el problema de fondo no radica en la contradicción normativa entre una disposición regulatoria y el Código de Comercio,

*sino más bien el problema radica en un **ERROR SUSTANCIAL** en el que cae la ASFI, puesto que no comprende ni identifica la diferencia entre un contrato de préstamo y de línea de crédito, no obstante nuestra insistencia en señalar las naturalezas distintas de un contrato de préstamo y una línea de crédito, y menos aún identifica la importancia de entender tales naturalezas distintas para efectos de la aplicación de las normas del cobro de comisión por líneas de crédito y las prohibiciones para los contratos de préstamo.*

*Este error sustancial por parte de la ASFI queda por demás evidenciado por sus argumentos forzados como el que señala por ejemplo que: **"los contratos de crédito bajo línea de crédito** suscritos por el recurrente **son contratos accesorios,** por cuanto su origen depende del contrato principal que es el de línea de crédito **en ese marco la prohibición de cobrar comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente... es aplicable para los contratos suscritos bajo línea de crédito."** (Extraído del párrafo transcrito en su totalidad en el presente memorial)*

De lo mencionado se observa que la ASFI no cumplió lo establecido en los incisos b) y e) del Artículo 28° (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que señalan que los elementos esenciales de los actos administrativos son:

> *"b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;*
>
> *e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y"*

Lamentablemente los argumentos de la ASFI no tienen asidero jurídico ni legal alguno, es más omiten referirse a la doctrina o inclusive legislación comparada y prefieren sostenerse de argumentos que hasta vulneran normas constitucionales tal como ya lo señalamos.

En este sentido a fin de ampliar aún más el sustento jurídico y legal de nuestros memoriales presentados en ambos recursos, debemos desmenuzar la naturaleza de un contrato de línea de crédito y explicar el por qué de la necesidad del cobro de una comisión y también la naturaleza de un contrato de préstamo y el por qué de las prohibiciones establecidas en la normativa regulatoria.

Para efecto del análisis, consideramos fundamental recurrir en primer lugar a la normativa vigente y a la doctrina que la respalda, y luego, inclusive, a la revisión de legislación comparada que comparte la misma fuente de nuestro Código de Comercio.

Nuestro Código de Comercio en su Artículo 1309 (Concepto) de Apertura de Crédito o Línea de Crédito, establece lo siguiente:

"Se entiende por apertura de crédito el acuerdo en virtud del cual un Banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a éste obtener crédito; el acreditado, a su vez, se obliga a reembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta, **así como a pagar las**

comisiones, intereses y gastos convenidos." ***(El resaltado es nuestro para fines de análisis)*.**

Asimismo el Artículo 1310 del mismo Código señala lo siguiente en la parte pertinente para el tema que nos ocupa:

Art. 1.310°.- (Contrato) La apertura de crédito se formalizará mediante contrato escrito entre el Banco y el acreditado, en el cual, además de la naturaleza de la prestación, se estipulará por lo menos lo siguiente:...

5) Las comisiones, intereses y gastos convenidos. El acreditado asume, en el momento de la formalización de contrato, la obligación de pagar al banco una comisión, haga o no uso total o parcial del crédito *y los intereses corren sólo sobre saldos deudores diarios que serán cubiertos al vencimiento de los plazos parciales estipulados. Vencido el plazo sin haberse efectuado el reembolso, corren, asimismo, los intereses moratorios." (El subrayado y resaltado son nuestros para efectos de análisis)*

En lo concerniente al sustento doctrinal, Sergio Rodríguez Azuero en su libro "Contratos Bancarios" (Su Significación en América Latina - Quinta Edición, Editorial Legis) página 522 numeral 1.2 señala lo siguiente:

> *"Entendemos por contrato de apertura de crédito el acuerdo según el cual el banco (acreditante) se compromete con su cliente (acreditado) a concederle crédito de dinero o de firma, directamente a él o a un tercero que le indique, dentro de ciertos límites cuantitativos y* **mediante el pago por el acreditado de una remuneración."** *(El resaltado es nuestro)*

Por su parte los autores argentinos Jorge Labanca, Julio Cesar Noacco y Alejandro Vera Barros en su Libro "El Crédito Documentado" (Editorial Depalma), lo definen de la siguiente manera:

> *"aquel contrato en virtud del cual el banco (acreditante) se obliga, hasta una cantidad determinada y durante cierto tiempo, a satisfacer las órdenes de pago que le dirija la otra parte (acreditado), y también - aunque no necesariamente- a asumir frente a terceros obligaciones dinerarias en cumplimiento de las órdenes que le imparta el acreditado;* ***éste se compromete al pago de una comisión y a la restitución del dinero que el banco hubiera debido disponer, más los intereses devengados desde el momento de la efectiva disposición de las sumas."*** *(El resaltado es nuestro)*

Esta definición concuerda con el Artículo 14 del Código de Comercio Colombiano, el Artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, el Artículo 875 del Código de Comercio de Honduras, el Artículo 1309 del Código de Comercio de Bolivia y el Artículo 1412 del Código de Comercio del Paraguay entre otras legislaciones.

Asimismo entre los elementos del Contrato de Apertura de Crédito o Línea de Crédito el Autor Rodríguez Azuero en el libro señalado establece en el numeral 2.4 de la página 527 lo siguiente:

> *"2.4 REMUNERACIÓN*

Otra cláusula ordinaria en el contrato es la que establece ***la forma de la remuneración que consiste en un sistema mixto compuesto por comisiones por la simple disponibilidad, más comisiones en la concesión de crédito de firma e intereses sobre los desembolsos realmente efectuados,*** *cuando ellos suponen una financiación." (El resaltado es nuestro)*

Respecto de sus caracteres jurídicos el mismo autor señala:

> *"...es un contrato bilateral porque por lo menos en la inmensa mayoría de los sistemas,* al momento de su celebración surgen obligaciones a cargo de ambas partes: *del banco conceder crédito de dinero o de firma con cargo a la disponibilidad, y* del cliente remunerarlo por ese servicio." (El resaltado es nuestro)

Finalmente en lo concerniente a la obligación del cliente en un contrato de apertura de crédito o línea de crédito, el mismo Autor en el citado libro señala en el numeral 7 página 536 lo siguiente:

"7. OBLIGACIONES DEL CLIENTE

7.1 PAGAR LAS COMISIÓN O COMISIONES Y EL INTERÉS

La existencia de dos momentos definidos en el desarrollo del contrato, explica la consagración de una doble remuneración a cargo del cliente: una fija y resultante de su celebración *y otra eventual y variable según se utilice la línea y, en este evento, se obtenga crédito de firma o de dinero.*

La primera es el precio por la congelación de recursos o disposición de intervenir por la firma, que surge de la existencia de la disponibilidad, o sea, de la obligación primaria del Banco. ***La segunda, destinada a satisfacer el precio de las utilizaciones en la medida en que ellas se produzcan.*** *Por consiguiente, la sola circunstancia de la apertura de la línea de crédito implica el reconocimiento por parte del cliente de una comisión."*

"El pago de la comisión por la simple apertura, no solo resulta lógico desde el punto de vista económico y admisible jurídicamente hablando, sino que permite zanjar un problema planteado por algunos autores consistente en saber si el acreditado tiene la obligación de utilizar la línea de ***crédito. Para resolverlo se solía distinguir entre la apertura de crédito gratuita, en cuyo caso no era obligatorio, o la onerosa, es decir, remunerada a favor del banco con una tasa de interés sobre las utilizaciones, supuesto en el cual se entendía que había necesidad de utilizar la línea para que el banco pudiera lucrarse, pues era esa la finalidad que lo había llevado a contratar. Pero si se sostiene, como tesis general, que*** *siempre debe pagarse una comisión por el simple hecho de la apertura, así no se utilice, y que las utilizaciones tienen su forma propia de remuneración, vale decir, la tasa de interés o la comisión adicional,* ***el problema queda zanjado y se entiende con perfecta lógica y armonía que el cliente no tenga obligación de utilizar la línea. Si se quiere,*** *la comisión en cierta manera no sólo es el reconocimiento por la congelación de recursos que hace el banco, sino el*

*precio que se paga por no tener que utilizar el crédito correspondiente." **(El resaltado es nuestro)***

Honduras por ejemplo en su Artículo 880 del Código de Comercio, dispone que el acreditado deberá pagar la comisión, aunque no disponga del crédito, al igual que lo hace el Artículo 1109 del Código de Comercio de El Salvador; Artículo 722 del Código de Comercio de Guatemala y el numeral 5. del Artículo 1310 del Código de Comercio de Bolivia.

Por otra parte el Autor español Manuel Broseta Pont en su Libro Manual de Derecho Mercantil, décima edición (Editorial Tecnos), página 538 en la literal B) La Apertura de Crédito Ordinaria o en Cuenta Corriente señala en su segundo párrafo lo siguiente:

*"Ha sido definido por el profesor Garrigues diciendo que es un contrato por el cual **el Banco se obliga, dentro del límite (cuantitativo y temporal) pactado, y mediante el pago de una comisión,** a poner a disposición del cliente y a medida de sus requerimientos sumas de dinero u otros medios que le permitan obtenerlo." (El resaltado es nuestro)*

Asimismo el citado autor en el inciso b) Obligaciones de las Partes en el segundo párrafo, página 539 señala:

"El acreditado soporta dos obligaciones fundamentales. La primera es pagar una comisión al Banco por el servicio que le ha prestado al facilitarle una disponibilidad de fondos. Esta comisión debe satisfacerla aun cuando el acreditado no haya utilizado los fondos puestos a su disposición por el Banco.** La segunda nace cuando el acreditado ha dispuesto de sumas facilitadas por el Banco, en cuyo caso el cliente está obligado a reintegrarlas según el saldo deudor que arroje su cuenta en el **momento pactado para la restitución, así como a pagar los intereses devengados por tales sumas."

También tenemos como un referente importante regulatorio, lo dispuesto por la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos de Chile que en su inciso c) del numeral 1. Principios Generales del Capítulo 1-20 INTERSES Y COMISIONES.PRINCIPIOS Y CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE SU COBRO, señala lo siguiente:

"c) Las comisiones y gastos que se cobren deben corresponder a servicios reales efectivamente acordados y prestados."

Asimismo, en su numeral 2 Operaciones de los bancos que generan el cobro de intereses o comisiones y en el numeral 4, respectivamente, señala lo siguiente:

"Existen operaciones que combinan el pago de intereses con el pago de comisiones. Una operación típica es la apertura y mantención de un crédito o línea de crédito a favor de un cliente, la que genera una comisión y luego intereses cuando el cliente utiliza efectivamente el crédito."

"Sin perjuicio de la comisión mencionada en el párrafo precedente, en los giros que efectúen los clientes de sus cuentas corrientes contra una línea de crédito, es claro que

> se puede cobrar comisión por la apertura de la línea, *la que se realiza a pedido del cliente y en su beneficio.* Esta comisión debe comprender períodos no inferiores a aquellos pactados para la vigencia de la línea, *ya que el estudio que le significa al banco, así como la conducta y situación patrimonial del cliente no varían todos los días.* "

Como podrá observarse de la normativa señalada así como de toda la doctrina transcrita en forma textual y de la normativa de la legislación comparada, el cobro de una comisión por línea de crédito está íntimamente ligada a su naturaleza, puesto que su razón de ser es la disponibilidad de dinero que el banco se obliga a poner a disposición del cliente (o acreditado) por un periodo de tiempo determinado. Puede ser que el cliente nunca utilice esa línea de crédito pero el banco debe mantener la disponibilidad de ese dinero mientras se encuentre vigente el plazo de utilización de esa línea de crédito, esta disponibilidad es un servicio en favor del cliente que le genera un costo al banco y por ello el cliente debe remunerarle a través del pago de una comisión.

Esta comisión es totalmente diferente a los intereses que el cliente debe pagar por la utilización de los recursos en función a las sumas utilizadas y la comisión no representa un sobrecargo a dichos intereses, puesto que su origen viene de la obligación del banco de poner a disposición una suma de dinero a favor del acreditado y no de la utilización de los recursos de la línea de crédito.

Como se advierte de todos los textos transcritos de renombrados autores del derecho bancario y mercantil, prácticamente el pago de comisión de la línea de crédito se convierte en una condición "sine qua non" para la apertura de crédito y su mantenimiento.

Para no redundar más en textos de autores solamente para puntualizar en la naturaleza del Mutuo o Contrato de Préstamo, Rodríguez Azuero en su obra citada, en el numeral 4 Caracteres Jurídicos del contrato de Mutuo o préstamo de dinero, pagina 481, señala:

> *"...se trata de un contrato real, es decir, que se perfecciona por la entrega de la cosa. Es la característica que corresponde al concepto clásico del contrato y la que aún se mantiene en la mayor parte de nuestras legislaciones."*

En el numeral 6 Obligaciones del Mutuario, página 483, el mismo Autor señala:

> *"Las obligaciones del mutuario están constituidas por el pago de las remuneraciones convenida y la restitución de la suma mutuada."*

Al respecto corresponde precisar que el origen de los intereses en el contrato de préstamo es por la remuneración que el prestatario le da al Banco por otorgarle éste una suma de dinero en préstamo, es decir que el prestatario se encuentra obligado a devolver el monto recibido en calidad de préstamo más los correspondientes intereses pactados sobre dicho capital o monto del préstamo, en este sentido la normativa que prohíbe la aplicación de recargos o comisiones en los contratos de préstamo cuando no impliquen un servicio adicional al cliente, es totalmente válida y de ninguna manera contradice el cobro de comisiones por líneas de crédito tal como se demostró en el presente memorial con todo el sustento jurídico y legal, puesto que

el cobro de comisión por línea de crédito representa un costo que el acreditado debe asumir y pagar en favor del Banco por que éste tiene que mantener en disponibilidad del acreditado durante un periodo de tiempo cierta cantidad de dinero, constituyéndose este extremo un servicio por parte del Banco al cliente (acreditado), por ello es que inclusive esta comisión debe pagarse aún cuando el acreditado no utilice la línea de crédito, tal como lo establece de manera expresa nuestro Código de Comercio en su Artículo 1310 núm. 5).

Con todo lo señalado superabundantemente con el suficiente sustento jurídico y legal respecto de la línea de crédito y la uniformidad de la legislación comparada con nuestra normativa vigente, inclusive con la regulatoria, podemos afirmar de manera categórica que ***EL BANCO SÍ PUEDE COBRAR COMISIONES POR LÍNEAS DE CRÉDITO*** *en pleno cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 1309 y numeral 5 del Artículo 1310 del Código de Comercio concordante con lo dispuesto en el Artículo 4, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés.*

Asimismo podemos afirmar categóricamente, con todo el sustento jurídico y legal expuesto, que ***la PROHIBICIÓN establecida en el numeral 4 del Artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés, NO ES APLICABLE A LOS CONTRATOS DE LÍNEAS DE CRÉDITO, sino solamente a LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO.***

Sobre la base de lo mencionado también podemos afirmar de manera categórica, y con todo el sustento jurídico y legal expuesto, que ***NO EXISTE CONTRADICCIÓN ALGUNA ENTRE EL COBRO DE COMISIONES POR LÍNEA DE CRÉDITO Y LA PROHIBICIÓN DE COBRO POR COMISIONES O RECARGOS QUE NO IMPLIQUEN UN SERVICIO ADICIONAL AL CLIENTE.***

Finalmente también corresponde establecer de manera categórica sobre la base del sustento jurídico y legal expuesto que ***NO CORRESPONDE SUSPENDER EL COBRO DE COMISIONES POR LINEAS DE CRÉDITO*** *que el Banco ha venido efectuando en estricto apego a la Ley y la normativa regulatoria vigente,* ***Y MENOS AÚN DEVOLVER LOS COBROS DE COMISIONES POR LINEAS DE CRÉDITO A SUS CLIENTES, puesto que de acuerdo a lo establecido por la Constitución Política del Estado en lo concerniente a los derechos fundamentales y garantías*** *en su Artículo 14 parágrafo IV, establece:*

> ***"En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban."***

Pues habiendo sido demostrado con suficiente fundamento jurídico y legal que no está prohibido el cobro de comisiones por líneas de crédito, sino que más bien su cobro responde a la naturaleza jurídica de la línea de crédito, la ASFI ni ninguna otra autoridad puede disponer la suspensión del cobro de dicha comisión puesto que con ello se estaría violando derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política del Estado y de darse tal extremo anunciamos las acciones constitucionales previstas para defender y precautelar nuestros derechos y garantías fundamentales. Simplemente para acreditar que el Banco ha cobrado comisiones por apertura y mantenimiento en pleno conocimiento de sus clientes (o acreditados) conforme lo dispuesto por el Artículo 1310 del Código de Comercio, se adjunta al presente memorial en calidad de prueba contratos de líneas de crédito y los comprobantes del cobro de la comisión pactada en los mismos en el ***Anexo II*** *del presente memorial.*

Asimismo se acredita que el Banco nunca cobro la comisión por cada desembolso como erróneamente se consignó en un contrato referido por la ASFI en su Resolución, para cuyo efecto se adjunta el comprobante de desembolso de dicho contrato en el ***Anexo III.***

II.3.3 Otras irregularidades de la ASFI en su Resolución ASFI/N° 526/2012

La ASFI en la citada resolución hace una observación a la contabilización de las líneas de crédito en la cuenta 861.00 sin que tal observación haya sido consignada en el Informe de Inspección ASFI/DSR I/R-65402/2012 de 26 de julio de 2012 y que más bien salió del Informe Técnico ASFI/DSR I/R-120922/2012 de fecha 26 de septiembre de 2012, elaborado con motivo del Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco, en consecuencia no corresponde ni siquiera referirse a dicha observación por encontrarse al margen de los antecedentes del tema que nos ocupa y tampoco estar comprendido en la parte resolutiva de la resolución recurrida.

Por otra parte, se hace notar que en el segundo párrafo del último considerando de la citada Resolución, existe una referencia a una entidad distinta al Banco conforme lo puntualizamos a continuación:

> *"Que, por otra, parte el citado Informe Legal, recomienda que el* ***Fondo*** *debe presentar un Plan de Acción y cronograma para identificar..." (La negrilla es nuestra para identificar la referencia a una entidad distinta a la nuestra)*

Finalmente, la citada Resolución en su resuelve segundo señala lo siguiente:

> "*SEGUNDO.-* Suspender la restitución de los cobros por concepto de *mantenimiento de líneas de crédito,* verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, *mientras se agote la vía administrativa, en virtud del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003."*

El resaltado del texto es nuestro a efectos de que se aprecie la incongruencia de la parte resolutiva de la Resolución respecto la parte considerativa y los antecedentes y fundamentos de la Resolución, puesto que en ningún momento el Banco hizo cobros por concepto de verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, motivo por el cual tales extremos no fueron observados por la ASFI al Banco y menos aún dispuso que se restituya los cobros por tales conceptos. Con ello la ASFI habría infringido las normas que establecen los elementos de los actos administrativos y que pueden generar la nulidad de los mismos.

Por otra parte se hace notar que no se levantó la suspensión del cobro de las comisiones por líneas de crédito, lo cual le ha generado al Banco graves daños y perjuicios, toda vez que tal suspensión se sustentó en interpretaciones por demás erradas y antojadizas y sin sustento jurídico ni legal de la ASFI.

III PETITORIO

En virtud de todo lo mencionado precedentemente, siendo que todos los argumentos expuestos por el Banco en sus recursos así como en el presente memorial, se encuentran debidamente sustentados jurídica y legalmente y que todos los argumentos de la ASFI fueron categóricamente desvirtuados demostrándose además

que los mismos carecían de sustento jurídico y legal, y que inclusive sus argumentos y disposiciones vulneran derechos y garantías constitucionales fundamentales y normas constitucionales como la de la primacía normativa, corresponde que se resuelva el recurso jerárquico REVOCANDO en su totalidad la Resolución ASFI N° 526/2012 de 10 de octubre de 2012 y disponiendo de manera inmediata que se levante la suspensión al Banco del cobro de comisiones por líneas de crédito, por estarle permitido hacerlo en sujeción a la normativa legal y regulatoria vigente, a fin de que no se siga causando daños y perjuicios al Banco. De no hacerlo, la Autoridad jerárquica estaría vulnerando los derechos y garantías fundamentales del Banco reconocidos por la Constitución Política del Estado mediante su Artículo 14 parágrafo IV, que establece:

> ***"En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban…"***

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

ANTECEDENTES.-

Conforme lo establecido en el Memorándum de Planificación ASFI/DSR I/R-45479/2012 de 13 de abril de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuó una visita de inspección al **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA**, con el objeto de evaluar la gestión de riesgo de crédito.

El informe resultante -ASFI/DSR I/R-65402/2012 de 26 de julio de 2012- establece que El instructivo de créditos V-4.2 del Banco, al disponer en el punto 2.6.1, referido a las líneas de crédito, que *"se cobrará el 1% sobre el monto total de la línea por concepto de mantenimiento, al momento de efectuarse el primer desembolso", contraviene al numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, del Reglamento de Tasas de Interés, contenido en el Título IX de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras,, que dispone que las entidades no deben incluir en los contratos de préstamo: "…cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente…"*

Emergente de ello, el Ente Regulador dispuso mediante nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de julio de 2012, que el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA** *"Respecto al cobro de comisiones por desembolsos y formularios observado en el inciso a, punto 2.3 del mencionado informe, la Unidad de auditoría interna deberá remitir, hasta el 31 de agosto de 2012, un informe en el que se cuantifique el monto total acumulado respecto a dichos cobros*

hasta la fecha, a efecto de que la entidad proceda con la devolución del importe determinado a los deudores afectados…"

La disposición señalada ha sido objeto de proceso recursivo, hasta la instancia jerárquica actual, la que pasa a continuación a resolverse.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

La controversia del caso está determinada por lo señalado por el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, "Reglamento de Tasas de Interés" contenido en el Título IX, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al disponer que las entidades no deben incluir en los contratos de préstamo "*cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente*", posición que se contrapone -en el entender del ente Regulador- a la del banco recurrente, toda vez que el Instructivo de Créditos de este último, en su el punto 2.6.1, establece que "*se cobrará el 1% sobre el monto total de la línea por concepto de mantenimiento, al momento de efectuarse el primer desembolso*".

Establecido ello, cabe dejar constancia que, conforme lo señala el artículo 52º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, a la presente instancia jerárquica le corresponde resolver la controversia planteada "*de puro derecho*", es decir, realizar fundamentalmente una revisión, dentro del marco del control de la legalidad, sobre si el trámite puesto a consideración del suscrito Ministro, guarda conformidad con la normativa que hace a la materia. Entonces y en principio, es necesario revisar la normativa inherente a las comisiones referidas a líneas de crédito; así, el Código de Comercio, establece:

> "*…Art. 1309. - (CONCEPTO) Se entiende por apertura de crédito el acuerdo en virtud del cual un Banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a éste obtener crédito; el acreditado, a su vez, se obliga a reembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta,* ***así como a pagar las comisiones, intereses y gastos convenidos****.*
>
> *Art. 1310. - (CONTRATO)* ***La apertura de crédito se formalizará mediante contrato escrito*** *entre el Banco y el acreditado,* ***en el cual****, además de la naturaleza de la prestación,* ***se estipulará por lo menos lo siguiente****:* (…)
>
> *5)* ***Las comisiones****, intereses y gastos* ***convenidos****. El acreditado asume, en el momento de la formalización de contrato, la obligación de pagar al banco una comisión, haga o no uso total o parcial del crédito y los intereses corren sólo sobre saldos deudores diarios que serán cubiertos al vencimiento de los plazos parciales estipulados* (…)
>
> *Art. 1312. - (INTERESES,* ***COMISIONES*** *Y GASTOS)* ***En el importe del crédito concedido no se entenderán incluidos*** *los intereses****, comisiones*** *y gastos a cargo del acreditado…*" (Las negrillas son insertas en el presente informe).

De la misma manera, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título IX, Capítulo XVI, Reglamento de Tasas de Interés, Sección 1 (*Aspectos Generales*), establece:

> "…***Artículo 4° - Definiciones.-*** *Para efectos del presente Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:* (…)
>
> ***Comisión por línea de crédito:*** *Es el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito* (…)
>
> ***Servicio adicional al cliente:*** *Es el servicio contratado por la entidad supervisada, con terceros por cuenta y para beneficio directo del cliente, complementarios al servicio del crédito. No forman parte del servicio adicional al cliente, los gastos por formularios de desembolso, amortización, planes de pago, u otros equivalentes* (…)
>
> ***Artículo 6° - Prohibición.-*** *Las entidades supervisadas* ***no deben cobrar comisiones*** *o gastos por servicios* ***que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente***.
>
> *Asimismo, las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamo lo siguiente:* (…)
>
> *4.* ***Cobros por comisiones*** *o recargos* ***que no impliquen un servicio adicional al cliente***…" (Las negrillas son insertas en el presente informe).

Así también, el artículo 3, Sección 1, Capítulo III, Título IX, del Reglamento para la Emisión y Administración de Instrumentos Electrónicos de Pago, de la misma Recopilación, define a la línea de crédito como a aquel "*Acuerdo en virtud del cual una EIF se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado para ser utilizado en un plazo determinado en operaciones de crédito directo y contingente, el acreditado a su vez, se obliga a rembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta,* ***así como a pagar las comisiones****, intereses y gastos* ***convenidos contractualmente***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la normativa transcrita, se establece que conforme a los artículos 1309°, 1310° y 1312° del Código de Comercio, en el contrato debe estipularse, mínimamente y entre otros, las comisiones, intereses y gastos convenidos; entonces dicho Código sustantivo, sí permite el cobro de comisiones, en tanto estén contractualmente acordadas, para la contratación de líneas de crédito.

Asimismo, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su Título IX, capítulo XVI, Sección 1, Artículo 6, primera parte, dispone que las entidades supervisadas **no deben cobrar comisiones** o gastos por servicios **que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente**, de lo que se concluye también en la posibilidad efectiva para la cobranza de comisiones, cuando éstas se encuentren expresamente aceptadas por los acreditados.

La segunda parte del mismo artículo, numeral 4, establece que las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamo -entre otros-, cobros por comisiones que no

impliquen un servicio adicional al cliente; asimismo, en el artículo 3, Sección 1, Capítulo III, Título IX (Reglamento para la Emisión y Administración de Instrumentos Electrónicos de Pago), al definir a la línea de crédito, se hace también mención permisiva a las comisiones por mantenimiento.

Consiguientemente, se establece la **inexistencia de una prohibición expresa para el cobro comisiones por mantenimiento de líneas de créditos**, debiéndose concluir que, contrariamente a lo sugerido por el Ente Regulador, sí está permitido el cobro de tales comisiones en tanto concurra para ello el consentimiento de los acreditados.

También es importante mencionar que el servicio de mantenimiento de línea de crédito es dado por la propia entidad financiera y no así por terceros, por lo que, en la lógica del Ente Regulador, nunca habría lugar a una comisión por mantenimiento de línea de crédito con la característica de *"ser un **servicio contratado** por la entidad supervisada, **con terceros** por cuenta y para beneficio directo del cliente"*, determinando que la definición de Comisión por línea de crédito del artículo 4° de la Sección 1, Capítulo XVI, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras resulte inaplicable.

El extremo permite inferir que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha dado lugar a la duda sobre cuál es el objeto de la comisión que cobra el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA** por concepto de la línea de crédito, toda vez que, según el numeral 2.3, inciso a, del informe ASFI/DSR I/R-65402/2012 de 30 de mayo de 2012, el concepto de cobro es por mantenimiento de la línea; y los modelos de contratos presentados por el recurrente, establecen que el concepto sería por "*apertura, mantenimiento y uso de la línea de crédito*".

De acuerdo a la definición dada por el Código de Comercio en su artículo 1309º:

> "…*Se entiende por apertura de crédito el acuerdo en virtud del cual un Banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a éste obtener crédito;...*"

Es decir, que actividades como las de apertura, mantenimiento y uso de la línea de crédito, hacen pues al perfeccionamiento del contrato de apertura de línea de crédito, motivo por el que se justificaría la determinación contenida en la Resolución Administrativa ASFI N° 413/2012 de 17 de agosto de 2012; no obstante, el Ente Regulador no ha sido claro a este extremo.

Antes más bien, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su nota ASFI/DSR I/R-90968/2012 de 26 de junio de 2012, señala que:

> "…*Respecto al cobro de comisiones por desembolsos y formularios observado en el inciso a, punto 2.3 del mencionado informe* -se refiere al Informe ASFI/DSR I/R-65402/2012 de 30 de mayo de 2012-, *la Unidad de Auditoría Interna deberá remitir, hasta el 31 de agosto de 2012, un informe en el que se cuantifique el monto total acumulado respecto a dichos cobros hasta la fecha, a efectos de que la entidad proceda con la devolución del importe determinado a los deudores afectados*…"

Y el precitado informe ASFI/DSR I/R-65402/2012, en su punto 2.3, conforme lo supra mencionado, hace mención a que:

> "*a. El Instructivo de Créditos (V.-4.2) del Banco dispone, en el punto 2.6.1 referido a líneas de crédito, que "…se cobrará el 1% sobre el monto total de la línea por concepto de mantenimiento, al momento de efectuarse el primer desembolso…" aspecto que contraviene lo dispuesto por el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI "Reglamento de Tasas de Interés" contenido en el Título IX de la RNBEF, que dispone que las entidades no deben incluir en los contratos de préstamo: "…cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente"…*"

Entonces, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero erróneamente hace extensible un criterio sobre propiamente los contratos de préstamo (que sale del numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, "*Reglamento de Tasas de Interés*" contenido en el Título IX, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) y lo aplica al de los contratos de apertura o de línea de crédito, al que se refiere el numeral 2.6.1 del Instructivo de Créditos del banco recurrente, para concluir en la inviabilidad del cobro por comisiones o recargos que hace a los primeros. Así, la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 526/2012 de 10 de octubre de 2012, establece que:

> "…*los contratos de crédito bajo línea de crédito suscritos por el recurrente son contratos accesorios, por cuanto su origen depende del contrato principal que es el de línea de crédito, en ese marco la prohibición de cobrar comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente contenida en el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés es aplicable para los contratos suscritos bajo línea de crédito*…"

No obstante, tal razonamiento no es correcto, por cuanto, reconociendo la accesoriedad entre el contrato de apertura de crédito que viene a ser el principal, y el de concesión de crédito bajo línea, entonces el accesorio (porque no puede existir sin que previamente se hubiera constituido la línea), resulta este último el que, conforme al principio de derecho *accesorium sequitur principale* (*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*) debe seguir la suerte del primero, y no a la inversa.

Entonces, no es per se aplicable a la figura jurídica contrato de apertura de crédito, un criterio normativo propio del contrato de préstamo (bajo línea), como señala el Ente Regulador, sino a la inversa, los criterios que hacen a la apertura de crédito deben ser aplicables al contrato de préstamo bajo línea.

Esto conlleva a que, salvo el argumento supra transcrito de la Resolución Administrativa ASFI Nº 526/2012 de 10 de octubre de 2012, no exista en la misma ningún otro justificativo que permita asimilar el tratamiento del contrato de apertura de crédito con el contrato de crédito (bajo línea), en la interpretación del numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, "Reglamento de Tasas de Interés" contenido en el Título IX, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, extremo que se explica en la redacción de la norma, que dice:

"…*Artículo 6° - Prohibición.- Las entidades supervisadas no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente.*

Asimismo, las entidades supervisadas no deben incluir ***en los contratos de préstamo*** *lo siguiente:* (…)"

Entonces, diferenciando específicamente los contratos de préstamo, entre estos, los bajo línea, como aquellos en los que no se deben incluir cobros por comisiones, criterio plenamente coincidente con el establecido por la propia Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en los artículos 1° y 4° de su Reglamento de Tasas de Interés.

Estos extremos normativos de contenido inequívoco, en cuanto permiten el cobro de comisiones como lo realiza el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT SOCIEDAD ANÓNIMA**, son además plenamente concordantes con lo señalado por el Código de Comercio en su artículo 1309°, de donde resulta que, contrariamente a lo señalado por el Ente Regulador, es plenamente factible y legítima, la pretensión de contratar y cobrar una comisión por la apertura de crédito a favor del Banco acreditante; no obstante y no quedando claro si el objeto del cobro corresponde al dispuesto por la norma, se debe señalar que no es sobre ello que versa la controversia del caso de autos.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso b) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la REVOCATORIA de la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR la Resolución Administrativa ASFI N° 526/2012 de 10 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 413/2012 de 17 de agosto de 2012, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejándose sin efecto ambas resoluciones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 506/2012 DE 02 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 085/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012

FALLO
REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 085/2012

La Paz, 28 de diciembre de 2012

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 408/2012 de 16 de agosto de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 055/2012 de 14 de diciembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 162/2012 de 17 de diciembre de 2012, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 24 de octubre de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado por su Gerente General, señora **Patricia Piedades Suárez Barba**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 408/2012 de 16 de agosto de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-138698/2012 con fecha de recepción 29 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 408/2012 de 16 de agosto de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 30 de octubre de 2012, notificado en fecha 6 de noviembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 14 de diciembre de 2012 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Paula Gutiérrez Vargas, Olivia Dibos Kumar, Alexandra Subieta y Erick San Miguel Rodríguez, en representación del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. INFORME DE INSPECCIÓN.-

Mediante nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** el informe de Inspección de Riesgo de Crédito ASFI/DSR II/R-75961/2012 de 22 de junio de 2012, instruyéndole -entre otros- a suspender inmediatamente el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, y a la restitución de los importes cobrados por dichos conceptos.

2. NOTA CITE: FSL-GG508/2012.-

Mediante nota cite: FSL-GG508/2012 de 1° de agosto de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** solicitó al Ente Regulador consignar la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, en Resolución por la que se establezcan los siguientes extremos:

- La instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de mantenimiento de Líneas de Crédito y Gestiones de Cobranza.
- La instrucción de proceder con la restitución de los importes cobrados en relación al mantenimiento de Líneas de Crédito y Gestiones de Cobranza.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 408/2012 DE 16 DE AGOSTO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº408/2012 de 16 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

> ***"ÚNICO.-*** *Elevar a la categoría de Resolución Administrativa la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012."*

Los principales argumentos expuestos en dicha Resolución Administrativa, son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que, las entidades reguladas realizan una actividad considerada de interés público por cuanto intermedian recursos provenientes del público.

Que, los numerales 1 y 2 del artículo 153 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) disponen que tanto la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como el Banco Central de Bolivia tienen el objetivo de mantener un sistema financiero sano y eficiente y velar por la solvencia del sistema de Intermediación Financiera.

Que, las entidades reguladas en el desarrollo de sus actividades tienen la obligación de sujetar sus actos a las disposiciones vigentes en materia regulatoria y a la normativa externa a la que se encuentran sujetas sus actividades, debiendo ajustar sus operaciones al marco de la Ley, normativa regulatoria y sanas prácticas.

Que, este Órgano de Supervisión en sus labores habituales de inspección ha detectado desvíos en el cumplimiento de la normativa regulatoria a la que se encuentra sujeto el Fondo Financiero Privado FASSIL S.A., habiendo dispuesto como resultado la constitución de previsiones genéricas por riesgo adicional a la morosidad por un valor de $us4,171,176.

Que, en sucesivos precedentes administrativos se ha dispuesto que los eventos de riesgo operativo incurridos por las entidades no pueden repercutir negativamente en sus clientes, correspondiendo a la Autoridad de Supervisión instruir las medidas restitutorias que repongan la situación jurídica de los afectados.

Que, consiguientemente las instrucciones contenidas en la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012 emerge del ejercicio pleno de las competencias y facultades de las que goza este Órgano de Supervisión para instruir a las entidades reguladas la adecuación de sus prácticas y operativas a la normativa regulatoria en actual vigencia.

Que, para ratificar lo expresado en los párrafos precedentes y siguiendo los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008 de 29 de agosto de 2008, "el ente regulador tiene dentro sus funciones, no sólo la aplicación de sanciones, sino también la de adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó, lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 4 de septiembre de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"…***Argumentos legales que desvirtúan la decisión de la ASFI***

Cabe hacer notar que, contrario a lo señalado en Resolución ASFI Nº 408/2012, no es objeto del presente Recurso impugnar normativa regulatoria que se origina en Resoluciones Administrativas vigentes, sino impugnar un acto administrativo basado en una interpretación tergiversada de dicha normativa.

2.2.1. Respecto a la instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de mantenimiento de Líneas de Crédito.

2.2.1.1. Base Legal en el Código de Comercio y Código Civil.

Los Contratos Bancarios (entiéndase financieros), tienen carácter nominativo en general y están incluidos en el Libro III, Título Vil del Código de Comercio Boliviano.

El Artículo 1309 del Código de Comercio, conceptualiza la Apertura de Crédito (o Línea de Crédito), como ***"el acuerdo en virtud del cual un Banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a éste obtener crédito; el acreditado, a su vez, se obliga a reembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta, así como a pagar las comisiones, intereses y gastos convenidos"****.*

Por su lado, la ASFI define la Línea de Crédito (o Apertura de Crédito) como el ***"Acuerdo en virtud del cual una EIF se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado para ser utilizado en un plazo determinado en operaciones de crédito directo y contingente, el acreditado a su vez, se obliga a rembolsar*** (sic) ***la suma utilizada*** *o* ***a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta, así como a pagar las comisiones, intereses y gastos convenidos contractualmente"*** *(Artículo 3, Sección 1, Capítulo III, Título IX del Reglamento para la Emisión y Administración de Instrumentos Electrónicos de Pago).*

Ambos conceptos coinciden, destacando los elementos esenciales de la Apertura de Crédito o Línea de Crédito, tales como: a) por parte de la entidad financiera, la obligación de poner a disposición la suma comprometida; b) la capacidad y derecho de efectuar los requerimientos por parte del acreditado y c) el pago de lo dispuesto y el ***pago de comisiones,*** *intereses y gastos.*

El contrato de Línea de Crédito por sí mismo no genera una operación financiera sino por intermedio de sus prestaciones, es decir, a través de los contratos que derivan de ella; en resumen cualquier facilidad que permita obtener crédito.

El contrato de Préstamo de Dinero o Mutuo, desde la noción general del artículo 895 del Código Civil, al concepto que refiere el Código de Comercio, en su forma mercantil y bancaria (Artículos 972 y 1330), es la entrega formal de un bien fungible - en este caso dinero - y la obligación del prestatario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en las condiciones y con los intereses convenidos.

Una primera conclusión - necesaria - es que la Apertura de Crédito o Línea de Crédito

y el Préstamo o Mutuo tienen naturaleza jurídica distinta. Mientras la Apertura de Crédito o Línea de Crédito genera una obligación para la entidad financiera traducida en una promesa de poner a disposición del acreditado una determinada suma (consensual), en el Préstamo de Dinero o Mutuo, la obligación es para el prestatario que tiene que restituir los bienes o dinero luego de su entrega formal (real). En consecuencia, independiente a la oportunidad o tiempo en la que concurren las relaciones contractuales, básicamente se trata de dos instrumentos jurídicos de connotaciones distintas.

La prohibición establecida en el citado Artículo 6, Sección 1, del Capítulo XVI, del Título IX de la RNBEF de la ASFI, se refiere específicamente a ***contratos de préstamo (o mutuo),*** *no así a la apertura de crédito (o* ***línea de crédito),*** *ambas figuras cualitativamente distintas conforme lo señalado anteriormente.*

El Artículo 1309 y numeral 5 del Artículo 1310 del Código de Comercio reconocen formal y sustancialmente, que los Contratos de Línea de Crédito generan el pago de comisiones por parte del acreditado, "... ***haga o no uso total o parcial del crédito...",*** *sin limitar el que sean una o varias operaciones. En consecuencia, si las operaciones del FONDO se restringieron a un solo préstamo, se desarrolló un acto que no estaba prohibido, pese a que la ASFI considere que las* ***"...operaciones instrumentadas por la entidad financiera a través de líneas no crean un costo operativo... no guardan relación con la definición de apertura de Línea de Crédito".*** *La definición del Artículo 1309 del Código de Comercio no condiciona la validez del contrato a la existencia o inexistencia de un costo operativo; no lo menciona y no se interpreta aspecto similar en la lectura de su texto.*

Por otro lado, se ha cumplido la exigencia del Artículo 1310, Numeral 5) del Código de Comercio, toda vez que el FONDO, en todos los casos de apertura de líneas de crédito, ha suscrito contratos con sus clientes donde consta de manera expresa la aceptación al cobro de comisiones, intereses y gastos convenidos.

2.2.1.2. Equívoca aplicación de un artículo que no corresponde.

La Resolución ASFI N° 408/2012 menciona que ha obtenido ***"...resultados de un proceso de inspección formal en la que la Autoridad de Supervisión ha identificado desvíos en la normativa regulatoria cuya observancia es de ineludible cumplimiento por parte del fondo...".*** *La normativa presuntamente incumplida es aquella contenida en el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1 de la RNBEF, en concreto el Reglamento de Tasas de Interés.*

Al respecto, el Articulo 1, Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés, determina que su objeto es "...establecer mecanismos que promuevan una mayor transparencia en el mercado financiero a través del suministro de información al público y a las autoridades financieras, sobre las tasas de Interés, comisiones por líneas de crédito y comisiones por transacciones, ofertadas y pactadas por las entidades financieras en sus distintas operaciones de intermediación financiera, así como establecer la prohibición del cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta y comisiones por prepago o pagos anticipados".

En ese objeto queda claro, además de otros tópicos, que las Entidades Financieras

*deben informar debidamente sobre las comisiones que cobran por Líneas de Crédito, y que se prohíbe el cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta y comisiones por prepago. De forma concurrente el Artículo 4, a efecto de aplicar el objeto de la norma descrita, define (y por tanto reconoce que existe) la comisión por Línea de Crédito como "... **el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito.";** definiendo además a la comisión por mantenimiento de cuenta y la comisión por transacción.*

Los Artículos 6, 7 y 8, Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés, concordantes con el Artículo 1, Sección 1 según lo anotado precedentemente, determinan clara y específicamente las prohibiciones y restricciones relacionadas a los cobros por: a) comisión por mantenimiento de cuenta y b) comisión por transacción, sin establecer prohibición o restricción alguna relacionada al cobro de la comisión por Línea de Crédito.

En conclusión, el Reglamento de Tasas de Interés de la RNBEF no solamente reconoce la existencia de la comisión por Línea de Crédito, sino que consiente su cobro.

Es decir que, además de confundir las dos figuras (línea de crédito y préstamo), la ASFI ha pasado por alto que su propia normativa reconoce el pago de comisiones que se hayan convenido entre las partes. En todos los casos, el FONDO ha cobrado las respectivas comisiones previo acuerdo contractual con sus clientes, aspecto que no es mencionado ni por lo nota que expresa los resultados de la fiscalización ni por la Resolución ASFI N° 408/2012.

2.2.1.3. La ASFI implícitamente aprobó en actuados anteriores, el cobro de los conceptos que ahora considera "desvíos" de la normativa.

La parte considerativa de la Resolución ASFI N° 408/2012 señala repetidamente que se han identificado ''desvíos" (sic) en la normativa regulatoria. Se debe tener en cuenta que la ASFI no observó el cobro por ambos conceptos fruto del análisis y revisión emergente de la Inspección realizada al FONDO el año 2010, cuando ya estaba vigente y en aplicación el Numeral 4, Artículo 6, Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés, cuyas modificaciones entraron en vigencia el 15 de diciembre de 2009, como consta en la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009, en la cual pretenden fundar sus conclusiones. Asimismo, ha sido de conocimiento oportuno de la ASFI, tanto los contratos que suscribe el FONDO con sus clientes, como los tarifarios que envía a la ASFI donde se consignan los cobros, sin que en ningún momento se haya observado algún "desvío" o incumplimiento de la normativa regulatoria.

2.2.2. Respecto a la instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de Gastos de Cobranza.

En cuanto a la recuperación por concepto de gastos de cobranza y su cuestionamiento sobre si constituye o no un servicio para el cliente, se deben considerar en principio tres aspectos básicos: 1) Se trata de obligaciones contratadas de forma libre y eficaz, al sentir del artículo 519 del Código Civil, al igual que las comisiones que hemos referido antes; 2) El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que

deriven conforme a su naturaleza, según la Ley, conforme determina el Artículo 520 del Código Civil y 3) Son cobros aceptados contractualmente, sujetos a una condición no potestativa, pues su materialización depende del cumplimiento o incumplimiento en el pago de lo debido.

La recuperación de los gastos de cobranza, no debe estar asociada a un servicio o prestación efectiva al cliente, sino como parte de los Gastos del Pago de la obligación que debe cubrir el deudor conforme a la previsión del artículo 319 del Código Civil: ***"los gastos de pago corren por cuenta del deudor".***

De acuerdo a lo determinado por el Artículo 319 del Código Civil, independientemente de la responsabilidad que la RNBEF asigne a las entidades financieras, en relación a la recuperación de los créditos, no se invalida la obligación que tiene el deudor de correr con los gastos que dicha gestión genere. Si el pago realizado por el deudor, ha sido realizado como consecuencia de una gestión de cobranza debido al incumplimiento de la obligación, éste está obligado a restituir los gastos que dicha gestión de cobranza haya generado al acreedor y, en el caso del FONDO, la restitución a su favor se encuentra contractualmente pactada y legalmente respaldada.

2.2.3 Respecto a la instrucción de proceder con la restitución de importes cobrados.

2.2.3.1 Vulneración del debido proceso.

Se ha vulnerado el debido proceso, ya que la ASFI emite una instrucción sin posibilidad de que el regulado pueda asumir defensa, al establecer que el FONDO "debe proceder con la restitución de los importes cobrados por los conceptos detallados en el párrafo precedente". El Inciso c), Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, ***asegurando a los administrados el debido proceso.***

2.2.3.2. La facultad de supervisar y regular que tiene la ASFI, no le otorga facultad para alterar las disposiciones legales.

La Resolución ASFI N° 408/2012 ordena la restitución inmediata de los importes cobrados en relación al mantenimiento de Líneas de Crédito, Gestiones de Cobranza y Verificaciones, obligando de ese modo a devolver lo recibido con efecto retroactivo.

En ese contexto, el acto administrativo (Resolución ASFI N° 408/2012) en los términos de su redacción, se ha pronunciado conforme al Artículo 547 del Código Civil, disponiendo de facto una nulidad parcial del contrato (Artículo 549 del Código Civil) y la consecuente invalidez de algunos de sus elementos; no otra cosa puede concluirse con una orden similar. Los desvíos en la normativa regulatoria que la ASFI habría identificado, aunque no concuerda con su propia norma, importaría que el objeto del contrato no guarda licitud (Artículo 485 del Código Civil).

Ahora bien, los extremos mencionados por mandato del mismo cuerpo legal (Artículo 546 del Código Civil) deben ser pronunciados o resueltos judicialmente a través de la emisión de una Sentencia, como efecto de una acción personal que, bajo las reglas

de la competencia que establece el Numeral 2 del Artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Bajo este contexto, el Artículo 8, Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés, reconoce que la ASFI puede requerir una explicación más detallada de las comisiones que se aplican a los clientes ***y en los casos que determine un cobro excesivo o sin la debida justificación,*** *puede disponer la modificación o suspensión de la misma. Sin embargo, no se encuentra en esta norma ni en ninguna otra, la competencia que tendría la ASFI para ordenar la devolución o restitución de dichos cobros.*

*La Resolución ASFI N° 408/2012, a manera de fundamento cita que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 53/2008 reconoce que la autoridad puede: "...****adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó, lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales".*** *Esta inadecuada cita, tiene dos elementos importantes que se deben resaltar:*

a) La no participación del cliente o usuario, en el hecho que genera menoscabo; situación que no se ha presentado toda vez que los cobros realizados por el FONDO fueron contractualmente pactados y, por tanto, expresamente aceptados por los clientes.

b) El reconocimiento a la competencia judicial. La ASFI puede adoptar medidas correctivas o rectificatorias (solo en su competencia) para reponer una situación jurídica, pero no arrogarse otras competencia como hemos demostrado. Siendo así, la Resolución ASFI N° 408/2012 y la Autoridad incurren en la inconducta prevista por el Artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, pues se pronuncia sin competencia por razón de la materia, siendo en consecuencia nulo dicho acto.

Asimismo, es importante señalar que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 53/2008 a la que hace referencia la Resolución ASFI N° 408/2012, continua la cita antes transcrita expresando: "Por ello, los efectos de una decisión de esta naturaleza, que adopte el órgano regulador, solamente pueden estar destinados a restituir la situación jurídica del administrado y sólo pueden darse cuando los hechos son meridianamente claros en cuanto a mostrar la existencia de responsabilidad objetiva de la institución, que con su incumplimiento o inobservancia a un deber de cuidado que le impone la normativa administrativa, en razón de su naturaleza jurídica (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 110/2007).

Al respecto debe puntualizarse el hecho que, respecto a los cobros observados por la ASFI y conforme lo expuesto en los puntos anteriores, no existe un incumplimiento o inobservancia a un deber de cuidado por parte del FONDO.

Las dos Resoluciones mencionadas (53/2008 y 110/2007) no pueden utilizarse como fundamento jurídico en el presente caso, toda vez que no constituyen un precedente válido porque no se refieren a supuestos similares al objeto de la Resolución ASFI N° 408/2012.

Las facultades de la ASFI de supervisar y regular a las EIF, deben ejercerse en función a la finalidad de un sistema financiero sano y eficiente, y las medidas rectificatorias y correctivas de ningún modo pueden entenderse como la negación de otras leyes o disposiciones legales. La ASFI debe elaborar y aplicar los reglamentos de orden administrativo y técnico, sin alterar las disposiciones legales, pues el marco constitucional imperante no reconoce la deslegalización, manteniendo dichas funciones reservadas al legislador.

En conclusión, se puede afirmar que la Resolución ASFI N° 408/2012, impugnada a través del presente Recurso, no cumple con todos los requisitos exigidos por el Artículo 17 del Decreto Supremo 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003, ya que no se puede encontrar ninguna fundamentación jurídica que sustente el acto administrativo. Además de copiar in extenso en las dos primeras páginas los antecedentes y otras normas, descalifica la aplicación del Código de Comercio sin argumento legal alguno, y carece de fundamento jurídico que otorgue a la ASFI competencia para ordenar la devolución o restitución de los cobros realizados.

3. Petitorio

Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente, al amparo de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera), solicitamos a su Autoridad que acepte el presente Recurso de Revocatoria y que lo resuelva disponiendo dejar sin efecto alguno:

a) La instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito y gestiones de cobranza.

b) La instrucción de proceder con la restitución de los importes por concepto de comisión por mantenimiento de líneas de crédito, gestiones de cobranza y verificaciones domiciliarias.

Asimismo, al amparo de lo determinado por el Artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, ante el efecto y perjuicio irreversible que implica ejecutar las medidas instruidas por la ASFI a través del Inciso c) contenido en la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, cuyas disposiciones fueron elevadas a la categoría de resolución administrativa mediante Resolución ASFI N° 408/2012, solicitamos a su digna Autoridad se sirva suspender la ejecución del acto antes descrito, mientras se agote la vía administrativa."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 506/2012 DE 2 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N°506/2012 de 02 de octubre de 2012, notificada al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** el 10 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

"PRIMERO.- ***CONFIRMAR PARCIALMENTE****, la Resolución ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, modificando la instrucción del segundo párrafo del inciso*

c) de la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, en los términos siguientes:

- *"Asimismo, el Fondo debe presentar un Plan de Acción y Cronograma para identificar, cuantificar y proponer los mecanismos a través de los cuales procederá a asumir medidas restitutorias a favor de los clientes que hubieran sido objeto de los cobros observados por esta Autoridad considerando para efectos de temporalidad la fecha de 7 de diciembre de 2009, de conformidad a la Circular ASFI/021/2009, la cual incorpora la prohibición de establecer en los contratos, los cobros o recargos que no impliquen un servicio adicional cliente* (sic), *consiguientemente".*

SEGUNDO.- *Suspender la restitución de los cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, mientras se agote la vía administrativa, en virtud del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

TERCERO.- *Dejar firmes y vigentes las demás partes de la Resolución impugnada"*

Los argumentos expuestos en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- El artículo 1309 del Código de Comercio dispone que se entiende por "apertura de crédito el acuerdo en virtud del cual un banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado ***en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a este obtener crédito;*** *el acreditado, a su vez, se obliga a rembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta, así como a pagar las comisiones, intereses y gastos convenidos", por su parte el numeral 5 del artículo 1310, del mencionado Código establece que en los contratos de línea de crédito se estipulará las comisiones, intereses y gastos convenidos.*

En ese sentido, doctrinalmente se entiende por contrato de apertura de crédito o línea de crédito como el "contrato por cuya virtud el acreditante (banco o entidad de crédito), se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, que tiene la facultad (no la obligación) de utilizarla en uno o más cobros, o también de emplear (el acreditante) su propio crédito en beneficio del acreditado" (Código de Comercio, Morales Guillen, página 1254), en este marco uno de los elementos característicos es que el banco se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado ***en la medida de sus requerimientos, pues tiende a satisfacer necesidades eventuales y***

***futuras**, no actuales, por lo que el usuario no tiene que pagar intereses desde el momento de la suscripción del contrato, sino en la medida de sus requerimientos.*

Efectuándose una interpretación sistemática de los preceptos antes aludidos, si bien es cierto que el contrato de línea de crédito es consensual, bilateral, oneroso estableciéndose dentro de sus estipulaciones las comisiones, intereses y gastos convenidos, no es menos cierto que la naturaleza de dicha operación manda a las entidades reguladas utilizar dicha modalidad de contrato conforme a su fin, cual es satisfacer los requerimientos de sus clientes, es decir el contrato de líneas de crédito debe responder a las necesidades de los clientes de la institución y no a las necesidades de la institución, ello en el sentido de que si la entidad, como en el presente caso, tiene un nicho de mercado y clientela consistente en microprestatarios que requieren de operaciones de tracto instantáneo (uno y único desembolso) que no requieren desembolsos sucesivos ni crean costos operativos para la entidad en el sentido de mantener liquidez para satisfacer necesidades eventuales o futuras de sus clientes, entonces la entidad está haciendo uso abusivo de esta figura contractual cargando a los clientes con comisiones que no se justifican dada la naturaleza de las operaciones que realiza (microcrédito). Adicionalmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en mérito a las atribuciones conferidas por el numeral 7 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), emitió la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009, a través de la cual determina la prohibición de establecer en los contratos, cobros o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, disposición que entró en vigencia para todos los contratos de crédito, suscritos por las entidades de intermediación financiera sin distinción alguna, medida normativa que ratifica la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el sentido de precautelar los intereses de los usuarios y clientes de servicios financieros en el sentido de que no pueden ser objeto de cargos que no representen un servicio adicional para ellos.

En ese sentido, en la operativa aplicada por el recurrente, se advierte que una vez otorgada la operación de línea de crédito (mediante desembolso en caja de ahorro del prestatario), el Fondo realiza el debito por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, operativa que tiene un efecto perverso para el usuario, toda vez que con dicha operación se afecta los fondos entregados, disminuyendo la totalidad del importe contractualmente suscrito.

Es importante resaltar que el artículo 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), dispone que "las tasas de interés activas y pasivas de las operaciones del sistema de intermediación financiera, así como las comisiones y recargos por otros servicios, serán libremente pactadas entre las entidades de intermediación financiera y los usuarios…", asimismo, el Órgano Regulador emitió normas que prevén el cobro de comisiones y otros cargos financieros, los cuales necesariamente deben estar detallados en los contratos de crédito con la condicionante de que dichos cobros representen un servicio adicional al cliente, conforme lo dispone el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el objeto de dicha prohibición es que las entidades de

intermediación financiera sean transparentes al momento de ofertar los servicios financieros y que el usuario financiero cuente con información clara y suficiente, en tal sentido los cobros por mantenimiento de líneas de crédito no representan un servicio adicional al cliente, por cuanto no se trata de un servicio contratado por la entidad financiera con terceros por cuenta y para beneficio directo del cliente.

Asimismo, dicho aspecto no se enmarca en lo previsto por el artículo 1312 del Código de Comercio en cual dispone que: "En el importe del crédito concedido no se entenderán incluidos los intereses, comisiones y gastos a cargo del acreditado", toda vez que parte del crédito otorgado es absorbido por las comisiones (mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza), consecuentemente la tasa de interés anual efectiva descrita en los contratos de crédito, no refleja el cargo adicional aplicado a la operación.

- *El artículo 4, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés de la Recopilación de Nomas para Bancos y Entidades Financieras, establece entre otras la siguientes definiciones:*

"Tasa de Interés Efectiva Activa (TEA), es el costo total del crédito para el prestatario, expresado en porcentaje anualizado, que incluye todos los cargos financieros que la entidad supervisada cobre al prestatario.

Cargo financiero: Es el costo total del crédito en términos monetarios, incluyendo el interés nominal y cualquier otro cobro relacionado con el préstamo que haga la entidad supervisada a un prestatario, sea en beneficio de la propia entidad o de terceros, durante el periodo de vigencia del mismo. No forman parte de este costo financiero, los gastos notariales, los intereses penales y otros gastos adicionales incurridos por el prestatario por concepto de registro de hipotecas y otras garantías que se generen fuera de la entidad.

Comisión por línea de crédito: Es el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito.

Servicio adicional al cliente: Es el servicio contratado por la entidad supervisada con terceros por cuenta y para beneficio directo del cliente, complementarios al servicio del crédito. No forman parte del servicio adicional al cliente, los gastos por formularios de desembolso, amortización, planes de pago, u otros equivalente".

El numeral 4, del artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del citado Reglamento referido a las prohibiciones establece que: "las entidades supervisadas no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente.

Asimismo, las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamo, cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente".

El inciso b) del artículo 5, Sección 2, Capítulo XVI, Título IX del citado Reglamento señala que: "Las tasas de interés activas, así como las comisiones y recargos por otros servicios serán libremente pactadas entre las entidades supervisadas y los usuarios. Los contratos de créditos deben incluir, además de las cláusulas de rigor, otras que incluyan el detalle de todos los cargos financieros que se aplicarán, sean éstos de carácter periódico o no, al inicio o al final de la operación".

El artículo 6, Sección 2, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dispone que "los contratos de líneas de crédito de montos determinados o determinables, bajo la modalidad simple o en cuenta corriente deben incluir, dentro de cada operación que se realice bajo la línea de crédito, además de las cláusulas de rigor y lo dispuesto en el artículo 5 de la presente Sección, otras donde este explícito claramente lo siguiente: a) la existencia de periodos libres de cargo financiero, b) la existencia o no, de diferentes tasas e interés por tipos de transacción (sobregiros, adelantos en efectivo u otros que la entidad considere pertinente y estén enmarcados en las disposiciones legales vigentes).

Adicionalmente, la entidad supervisada a tiempo de suscribir el contrato de operación dentro de la línea de crédito debe proporcionar al acreditado una explicación sobre el cronograma del servicio del crédito, los efectos del incremento de la tasa de interés, (en caso de pactarse dicha operación a tasa variable) la forma de cálculo de los cargos financieros y la TEAC correspondiente".

Finalmente, el artículo 1, Sección 5, Capítulo XVI, Título IX del referido reglamento, dispone que los contratos suscritos a partir del 15 de diciembre de 2009, deben contemplar las modificaciones establecidas en la Resolución ASFI N° 464/2009.

De lo anterior y efectuándose una interpretación sistemática y en función a la finalidad de la norma, de los preceptos antes aludidos, se advierte que el recurrente puede efectuar cobros por comisión conforme a la naturaleza de la operación y las necesidades de sus clientes con la "condicio sine qua non" que este represente un servicio adicional al cliente, aspecto que fue vulnerado por el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.****, como se desprende del Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-75961/2012 de 22 de junio de 2012, contenido en la página 8, el cual señala lo siguiente: "…c) La entidad realiza cobros por el mantenimiento de líneas de crédito al momento del desembolso, no obstante la prohibición establecida por el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, artículo 6, inciso 4 de la RNBEF, relativa al cobro de comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente; d) La empresa Santa Cruz Services S.A., la cual forma parte del grupo "Santa Cruz Financial Group", fue contratada por el Fondo para efectuar verificaciones de cobranza de la cartera en mora, denotándose que dichos servicios son cobrados a los prestatarios en base a una escala definida en el tarifario del Fondo, no obstante la prohibición establecida por el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, artículo 6, inciso 4 de la RNBEF, relativa al cobro de comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente; e) Las verificaciones de domicilio de los clientes así como las gestiones de cobranza son efectuadas por la empresa Santa Cruz Services S.A., aspecto que no se*

enmarca en lo determinado por el Título V, Anexo I, Sección I, artículo 1, numeral 1 de la RNBEF, el cual establece que la realización, desarrollo y resultado de cada una de las etapas de una operación de crédito (análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos) es de exclusiva competencia y responsabilidad de la EIF".

Debe notarse también, que en la práctica utilizada por el recurrente, se advierte que en la mayoría de los casos, los deudores para acceder a un crédito deben necesariamente abrir una línea de crédito considerando que el 96% de la cartera fue desembolsada bajo líneas de crédito, toda vez que el sistema informático únicamente permite la generación automática de contratos para líneas de crédito y operaciones bajo líneas de crédito.

Es decir que, el recurrente a pesar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009, prohíbe específicamente establecer en "los contratos, los cobros o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente", suscribió contratos de préstamo estableciendo cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, incumpliendo el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés.

- *Respecto a que el Reglamento de Tasas de Interés no prohíbe el cobro de comisión por línea de crédito, cabe señalar que el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés dispone que en los contratos se prohíbe el cobro por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente.*

Asimismo, el numeral 3, artículo 2, Sección 9, Anexo I, Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dispone que: "Las entidades de intermediación financiera no pueden efectuar, bajo cualquier modalidad, recargos y/o gravámenes adicionales a la tasa de interés anual efectiva, principalmente las denominadas "comisiones flat", en sus operaciones de crédito, debiendo incluir en la tasa de interés, todo otro gravamen adicional, de modo que se cobre al cliente una tasa de interés anual efectiva única, sin ningún otro recargo en tales operaciones, según lo establecido en el Reglamento de Tasas de Interés".

De la lectura de los preceptos legales señalados, se advierte que el Reglamento de Tasas de Interés prohíbe a las entidades de intermediación financiera realizar cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, toda vez que el recurrente no realiza la contratación de servicios con terceros para beneficio directo del cliente.

Por otra parte, en el marco del numeral 5 del artículo 1310 del Código de Comercio, así como el artículo 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), se advierte que es posible realizar el cobro de una comisión la cual debe estar incluido en la Tasa de Interés Efectiva Activa (TEA), conforme lo dispone el artículo 4, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés de la Recopilación de Nomas para Bancos y Entidades Financieras, entendida como "el

costo total del crédito para el prestatario, expresado en porcentaje anualizado, que incluye todos los cargos financieros que la entidad supervisada cobre al prestatario", situación que el caso de examen no se dio por cuanto se advirtió en la Inspección Ordinaria de Riesgo de Crédito con corte al 30 de abril de 2012, que el recurrente realiza cobros por comisiones o recargos por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza los cuales no benefician directamente a los usuarios financieros.

- *En relación a la afirmación del recurrente, en el sentido de no haberse observado los cobros en anteriores visitas de inspección, es importante aclarar que las inspecciones varían de acuerdo a los objetivos y alcances considerando los tipos de riesgos existentes (Riesgo operativo, liquidez, crediticio), toda vez que la Autoridad de Supervisión del Sistema financiero propone ajustes adecuados basados en una supervisión en riesgos, por lo que las evaluaciones se las efectúa considerando procesos generales con alcance de revisión aleatorio.*

- *Con relación a la solicitud de suspender el cobro por concepto de gastos de cobranza, cabe señalar que el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés prohíbe a las entidades supervisadas incluir en los contratos cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, en tal sentido no es posible suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, por cuanto dichos cobros no son servicios que beneficien de manera directa al usuario.*

- *Respecto a que se habría vulnerado el debido proceso, cabe señalar que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, dispone que: "El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse".*

Con las consideraciones citadas precedentemente, en el caso que se analiza se advierte que el recurrente en virtud del artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitó que la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, sea consignada en una Resolución motivada y fundada, esta situación implica que el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.****, puede impugnar las*

instrucciones emitidas por el Órgano Regulador, ejerciendo de esta manera su derecho a la defensa y debido proceso.

- *Con relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tendría facultad para ordenar la devolución o restitución de los importes cobrados, corresponde aclarar que dichos argumentos no corresponden, por cuanto las funciones de regulación y supervisión que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro el ámbito de su competencia, los mismos se circunscriben al mandato constitucional establecido por el artículo 332 y la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y porque fundamentalmente sus actividades se rigen en base a los principios del Derecho Administrativo, los cuales determinan su accionar en estricto cumplimiento de los mecanismos legales y las garantías que la Ley le franquea a los administrados, para que puedan ejercer su amplio e irrestricto derecho a la defensa.*

  En este entendido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), ejerce su competencia privativa e indelegable para adoptar medidas de prudencia y resguardo en procura de cumplir, de forma oportuna, con su objetivo principal constituido por la obligación de velar por los depósitos del público, la solidez del sistema y los intereses de los usuarios y clientes del sistema financiero.

  Sobre el particular, cabe puntualizar que el numeral 14 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), establece claramente como atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la de instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera resultantes de su labor de supervisión y control, en tal sentido se procedió a realizar una visita de inspección al ***FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.****, a objeto de evaluar la gestión de riesgo de crédito, según objetivos y alcances definidos previamente en el Memorándum de Planificación ASFI/DSR II/R-61857/2012 de 22 de mayo de 2012, cuyos resultados se encuentran en el Informe de Inspección ASFI/DSR II/R-75961/2012 de 22 de junio de 2012, estableciendo las siguientes instrucciones (página 8): "c) La entidad realiza cobros por el mantenimiento de líneas de crédito al momento del desembolso, no obstante la prohibición establecida por el Título IX, Capítulo XVI, sección 1, artículo 6, inciso 4 de la RNBEF, relativa al cobro de comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente; d) La empresa santa Cruz Services S.A., la cual forma parte del grupo "Santa Cruz Financial Group", fue contratada por el Fondo para efectuar verificaciones domiciliarias de clientes así como para efectuar gestiones de cobranza de la cartera en mora, denotándose que dichos servicios son cobrados a los prestatarios en base a una escala definida en el tarifario del Fondo, no obstante la prohibición establecida por el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, artículo 6, inciso 4 de la RNBEF, relativa al cobro de comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente; e) Las verificaciones de domicilio de los clientes así como las gestiones de cobranza son efectuadas por la empresa Santa Cruz Services S.A., aspecto que no se enmarca en lo determinado por el Título V, Anexo I, sección I, artículo 1, numeral 1 de la RNBEF, el cual establece que la realización, desarrollo y resultado de cada una de las etapas de una operación de*

crédito (análisis, tramitación, aprobación, desembolso, seguimiento y recuperación de los créditos) es de exclusiva competencia y responsabilidad de la EIF".

Asimismo, cabe recordar al recurrente que si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el ejercicio de sus tareas de fiscalización y control, identifica irregularidades o inobservancias a la norma regulatoria, que podrían tener repercusiones sobre usuarios y clientes del sistema financiero, inclusive terceros con interés legítimo, cuenta con potestad suficiente para instruir ajustes o regularizaciones en aras de proteger el interés público representado por los depósitos del público.

En este marco, el mandato otorgado por la Constitución Política del Estado Plurinacional a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es claro al establecer en el artículo 331: "que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público".

En ese mismo, sentido, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), dispone que el Órgano de Supervisión debe velar por un sistema financiero sano y eficiente y por la solvencia del mismo, tal como establece el artículo 153 de dicha Ley.

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008 de 29 de agosto de 2008, dispone que: el "ente regulador tiene dentro de sus funciones, no solo la aplicación de sanciones, sino también la de adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó, lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales", en tal sentido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el ejercicio de su tarea de fiscalización y control, si identifica alguna irregularidad o inobservancia a la norma regulatoria, la que podría tener repercusiones sobre usuarios y clientes del sistema financiero, inclusive terceros con interés legítimo, cuenta con la potestad suficiente para instruir medidas preventivas y de resguardo a la entidad reguilada, las mismas que pueden consistir en obligaciones de hacer o no hacer, y que no necesariamente revisten el carácter de sanciones por cuanto forman parte inmanente de sus facultades y atribuciones de fiscalización y control.

CONSIDERANDO:

Que, con relación a la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, referida a la instrucción de suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, así como a proceder con la restitución de los importes cobrados por los conceptos detallados, en el marco de todo lo precedentemente expuesto, dicha medida emerge de la facultad de supervisión y control que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para instruir ajustes, medias correctivas o rectificadoras, sobre la actividad que realiza una

entidad de intermediación financiera en aquellas situaciones donde se advierta incumplimiento a disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias.

- *Respecto a la Resolución ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, cabe señalar que fundamenta la devolución o restitución de los cobros realizados por el recurrente, como puede apreciarse en las páginas 3 y 4, de dicha Resolución que textualmente expresa, entre otros, lo siguiente:*

"Que, las instrucciones contenidas en la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, son fiel reflejo de las competencias y facultades asignadas por la Ley a este Órgano de Supervisión a efecto de hacer cumplir la normativa regulatoria y en su caso instruir los ajustes que correspondan.

Que, en sucesivos precedentes administrativos se ha dispuesto que los eventos de riesgo operativo incurridos por las entidades no pueden repercutir negativamente en sus clientes, correspondiendo a la Autoridad de Supervisión instruir las medidas restitutorias que repongan la situación jurídica de los afectados.

Que, consiguientemente las instrucciones contendidas en la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012 emerge del ejercicio pleno de las competencias y facultades de las que goza este Órgano de Supervisión para instruir a las entidades reguladas la adecuación de sus prácticas y operativas a la normativa regulatoria en actual vigencia.

Que, para ratificar lo expresado en los párrafos precedentes y siguiendo los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008 de 29 de agosto de 2008, "El ente regulador tiene dentro sus funciones, no solo la aplicación de sanciones, sino también la de adoptar medidas correctivas o rectificatorias…".

En tal sentido, y contrario sensu lo aseverado por el recurrente, la Resolución ASFI N° 408/2012, contiene fundamentos que sustentan la aplicación de medidas restitutorias que repongan la situación jurídica de los afectados.

En este marco, el recurrente presta un servicio público, su ejercicio requiere profesionalidad, en el entendido de que presta de manera masiva un servicio para el que se requiere preparación particular, conoce de manera previa las obligaciones a las que esta constreñido, siendo una de estas obligaciones, precisamente, el conocimiento exacto de la normativa que regula el sector y de manera muy especial la observancia de las prohibiciones y limitaciones a las que se encuentra sometido, por cuanto el servicio que presta es en definitiva un servicio de carácter público.

En virtud a lo antedicho se tiene, que el argumento esgrimido por el recurrente no es válido ni mucho menos aceptable, por cuanto su calidad de profesional y especialidad no permite lugar a confusión ni incorrectas interpretaciones, contrario sensu, le obliga actuar con la máxima diligencia como un "bonus" o "diligens pater familias".

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 2 del artículo 75 de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional, dispone que las usuarias y los usuarios y las consumidoras y los consumidores gozan del derecho a la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen, en tal sentido los clientes y usuarios constituyen el elemento vital del ***FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.,*** *ya que hacia ellos va dirigido el producto o servicio final, por lo que la información financiera debe ser clara, oportuna y segura.*

Que, en ese sentido al haber adquirido los derechos del consumidor vital importancia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es consciente de que los intereses del consumidor de servicios financieros requieren ser atendidos de forma idónea y oportuna por las entidades bancarias y demás operadores de servicios financieros. Asimismo, reconoce la necesidad de contar con una regulación clara y eficiente por parte del Estado y una fiscalización eficaz para tal efecto.

Que, consiguientemente de acuerdo al nicho de mercado que tiene el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.*** *y por las características propias del giro de negocio que realiza, no se justifica la aplicación del cobro de comisión por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, no correspondiendo tampoco el cobro por verificaciones domiciliarias ni gestiones de cobranza en el marco de la Circular ASFI/021/2009 de 7 de diciembre de 2009.*

Que, el parágrafo I del artículo 330 de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional, dispone que "El Estado regulará el sistema financiero con criterios de igualdad de oportunidades, solidaridad, distribución y redistribución equitativa". En ese sentido, corresponde al Estado identificar desvíos a la norma así como disposiciones abusivas, por lo que en virtud del principio de redistribución equitativa cualquier práctica inequitativa que identifique la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como parte de su competencias y funciones debe merecer la restitución del citado principio a través de la adopción de medidas correctivas o de regularización traducidas en instrucciones a sus regulados.

CONSIDERANDO:

Que, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone:

"Artículo 40.- (Efecto Devolutivo)

I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión

de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros".

Que, concordante con lo señalado precedentemente el artículo 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, establece:

"Artículo 59.- (Criterios de Suspensión)

I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante".

Que, ante ello, el recurrente solicitó la suspensión de la restitución de los importes cobrados por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza a tiempo del Recurso de Revocatoria, por lo que es pertinente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emita criterio a tal solicitud.

Que, habiendo dispuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, la restitución de los importes cobrados por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, dentro del contexto del cumplimiento de dicha instrucción y en mérito a los recursos administrativos que franquea la Ley, en caso de no dar curso a dicha restitución, daría lugar a la existencia de un riesgo reputacional para la entidad.

Que, de acuerdo a lo citado precedentemente y en virtud del principio de prudencia es pertinente suspender la restitución de dichos cobros, mientras se agote la vía administrativa..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 24 de octubre de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°506/2012 de 02 de octubre de 2012, argumentando lo siguiente:

"…***2.2. Argumentos legales que desvirtúan la decisión de la ASFI***

La Resolución ASFI N° 506/2012 de fecha 02 de octubre de 2012 ratifica que, en lo

sustancial, se respalda en el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF) y la prohibición establecida sobre el cobro de comisiones o gastos por servicios no contratados expresamente (aceptados por el cliente), con mayor redundancia sobre los mismos extremos que la resolución recurrida (Resolución ASFI N° 408/2012), incluyendo ahora una anotación especial al artículo 75 de la Constitución Política del Estado, dirigiendo con mayor énfasis el sustento de la decisión, a los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a la información. Ratificando el análisis y argumentos legales contenidos en el Recurso de Revocatoria interpuesto por el FONDO en fecha 04 de septiembre de 2012, pasamos a continuación a analizar el contenido de la Resolución ASFI N° 506/2012, en su mismo orden.

2.2.1 Respecto a la instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de mantenimiento de Líneas de Crédito.

2.2.1.1. *La ASFI informa sobre el contenido de los artículos 1309 y 1310 del Código de Comercio en relación a la conceptualización de la Línea de Crédito y su contenido mínimo, y citan el comentario al mencionado artículo 1309 (comentario de Carlos Morales Guillén), interpretando que la disposición del dinero a favor del acreditado* ***"...en la medida de sus requerimientos, (pues) tiende a satisfacer necesidades eventuales y futuras, no actuales, por lo que el usuario no tiene porqué pagar intereses desde el momento de la suscripción del contrato sino en la medida de sus requerimientos".*** *En este punto es de suma importancia recordar que la temporalidad en materia de contratos está definida por el plazo. La efectiva disponibilidad y requerimiento presente o futuro existe y tiene plena fuerza legal desde que ese plazo se inicia. Afirmar que solo debe satisfacer necesidades o requerimiento futuros y no actuales, constituye una afirmación sin sustento ya que no existe norma legal que limite la temporalidad de esa manera.*

Asimismo, se tergiversa el sentido de la comisión y del interés en una tendenciosa confusión. El numeral 5 del artículo 1310 Código de Comercio señala que ***"El acreditado asume, en el momento de la formalización de contrato, la obligación de pagar al banco una comisión, haga o no uso total o parcial del crédito y los intereses corren sólo sobre saldos deudores diarios que serán cubiertos al vencimiento de los plazos parciales estipulados. Vencido el plazo sin haberse efectuado el reembolso, corren, asimismo, los intereses moratorios".*** *Esta norma aclara de forma precisa e inteligible el tratamiento que tiene cada concepto (comisión e interés) y cuándo y por qué se deben pagar; vale decir que no es correcto y menos veraz afirmar o acusar que el acreditado pague intereses desde el momento de la suscripción del contrato (porque no es así y consta al regulador), desmereciendo el cobro de la comisión por el "acreditamiento".*

2.2.1.2. *La ASFI manifiesta que en esta Resolución ASFI N° 506/2012, ha efectuado una interpretación sistemática de los preceptos aludidos (entiéndase los Artículos 1309 y 1310 del Código de Comercio). Doctrinalmente esta forma de interpretación legal se basa "…****en la consideración orgánica del pensamiento del texto con relación al caso planteado****" (Cabanellas Diccionario jurídico Pág. 477 tomo IV), buscando de tal manera la identidad de criterio en la tendencia del legislador.*

Vista de esa manera – no de otra – la interpretación se trabaja en función a las ***concordancias o complementaciones que mantiene unas disposiciones con otras****; esa identidad de criterio fluye en el texto del derecho y no se puede forzar con interpretaciones "convenientes".*

Por ese motivo, al señalar la Resolución ASFI N° 506/2012, que el FONDO hace uso abusivo de una figura contractual que no satisface los requerimientos de sus clientes , no respalda su consideración en una norma que condicione un tipo de contrato con cierto segmento o grupo de clientes o nicho de mercado; tampoco existe un reglamento (la ASFI no lo ha emitido) que condicione la implementación de los contratos bancarios establecidos en el Código de Comercio, ***no siendo idóneo imponer a través de esta Resolución una limitación o restricción que no está en la Ley y tampoco forzar un Reglamento (referido al Reglamento de Tasas de Interés) que no contempla en sus prohibiciones las comisiones que ahora se cuestionan.***

2.2.1.3. *La ASFI mediante la Circular ASFI/021/2009 de fecha 7 de diciembre de 2009, estableció la prohibición de cobrar comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente, con plena competencia y en el marco de sus atribuciones, pero de ninguna manera este Reglamento alteró o modificó el Código de Comercio, en el acápite relativo a las comisiones referidas al uso y mantenimiento de línea de crédito, que el propio Reglamento invocado reconoce como válidas y existentes.*

"Artículo 4° - Definiciones.- *Para efectos del presente Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones: ...* ***Comisión por línea de crédito:*** *Es el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito." Sección 1, Capítulo XVI, Título IX de la RNBEF; concordante además con la definición que la misma ASFI otorga a la Línea de Crédito en el artículo 3, Sección 1, Capítulo III, Título IX del Reglamento para la Emisión y Administración de Instrumentos Electrónicos de Pago: "Acuerdo en virtud del cual una EIF se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado para ser utilizado en un plazo determinado en operaciones de crédito directo y contingente, el acreditado a su vez, se obliga a rembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta,* ***así como a pagar las comisiones,*** *intereses y gastos convenidos contractualmente". Cabe aclarar que éste Reglamento fue incorporado como parte de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras el 15 de agosto de 2012, mediante Resolución ASFI 405/2012 de 15 de agosto de 2012, es decir, un día antes a la emisión de la Resolución ASFI N° 408/2012 impugnada. Resulta inaceptable que los funcionarios de la ASFI no conozcan y no apliquen las normas que la Autoridad Reguladora produce e instruye aplicar a las entidades financieras.*

2.2.1.4. *Por otra parte, en la Resolución ASFI N° 506/2012, a falta de sustento, se recurre a calificar que las obligaciones libremente contratadas tienen un efecto perverso, sin reflexionar en el sentido y alcances de esa acusación, pues motivan entender que el FONDO persiguió intencionalmente causar daño a sus clientes corrompiendo el estado de las cosas, ese el concepto gramatical de "perverso" y no otro.*

Se sostiene de manera subjetiva y sin sustento alguno que "la entidad está haciendo uso abusivo de esta figura contractual cargando a los clientes con comisiones que no

se justifican..." sosteniendo, adicionalmente, que la ASFI prohibió que los usuarios y clientes "no pueden ser objeto de cargos que no representen un servicio adicional para ellos". Debe quedar claro que, el objeto del presente proceso administrativo es establecer si el cobro de comisiones por Línea de Crédito es legal o no. En otras palabras, si es un cobro legalmente respaldado, porque el Código de Comercio permite expresamente este tipo de cobros en estas operaciones, pero también porque la prohibición contenida en el Reglamento de Tasas de Interés se refiere a Contratos de Préstamo, no de Líneas de Crédito.

La ASFI responde a este cuestionamiento con juicios de valor (como los señalados anteriormente), y no con argumentos objetivos, que se limiten a establecer si existe cumplimiento o vulneración de las leyes aplicables y vigentes.

Es sugerente el hecho de que ASFI haya "constatado" que el 96% de la cartera del FONDO fue desembolsada bajo Contratos de Línea de Crédito. Si el porcentaje descrito está relacionado a la determinación de la ASFI de instruir la suspensión inmediata del cobro y devolución, es importante recalcar que ***no existe prohibición, limitación ni exigencia legal ni reglamentaria alguna al respecto.*** *Es así que se puede concluir que los juicios y valoraciones vertidos por la ASFI a través de la Resolución ASFI N° 506/2012 se basan en aspectos que no son pertinentes a los temas objeto del presente proceso administrativo.*

Por otro lado, la ASFI sostiene que estos aspectos no fueron observados en anteriores inspecciones porque éstas tenían otro objetivo y alcance, argumento que carece de validez, toda vez que independientemente el objetivo y alcance de las Inspecciones, los formatos fueron puestos en conocimiento suyo, al igual que los tarifarios que presentó el FONDO en diferentes oportunidades.

Resulta todavía más inaceptable, la simpleza con la que se desentienden de nuestra observación sobre el debido proceso. El FONDO sostiene que al instruir la devolución inmediata de los cobros realizados, sin seguir el procedimiento establecido para los reclamos, se ha violado el debido proceso. La ASFI no puede afirmar que el debido proceso está subsistente porque está abierto el Recurso de Revocatoria.

2.2.1.5. *El artículo 1312 del Código de Comercio, es citado fuera de contexto y forzando la inclusión de las comisiones y los intereses, cuando esa norma aclara que el financiamiento no debe incluir esos conceptos, no que esos conceptos no puedan ser cobrados con los recursos del acreditado. Una vez entregado el dinero, éste pasa a propiedad del acreditado/deudor, quien tiene capacidad plena de disposición sobre ellos para atender el pago de las obligaciones libremente contratadas. Efecto inverso fuera que se ejecute un cobro anticipado, desembolsando luego el monto restante, práctica que el FONDO no aplica ni ha aplicado en el pasado.*

2.2.1.6. *La ASFI afirma que el Reglamento de Tasas de Interés, por su lectura,* ***"...prohíbe a las entidades de intermediación financiera realizar cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito..."*** *y otros, ya que no existe un beneficio para el cliente. Esta afirmación nuevamente carece de veracidad pues no existe en el texto (leído) una prohibición de esa clase, considerando además que toda prohibición emerge de una disposición expresa y no de una interpretación (de la lectura) sobre un texto legal, como manda el artículo 14 de la Constitución Política*

del Estados (sic): *"IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban".*

El ejercicio de la autoridad importa el apego al cumplimiento de la Ley; ese cumplimiento no es selectivo o interpretativo.

2.2.1.7. *Todos los importes cobrados por concepto de la comisión por apertura de Línea de Crédito, han sido debidamente facturados por el FONDO, habiendo éste cancelado todos los impuestos emergentes de acuerdo a la normativa vigente y aplicable.*

2.2.2. Respecto a la instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de Gastos de Cobranza.

En cuanto a la instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de Gastos de Cobranza, la ASFI nuevamente se limita a justificar la instrucción en base al numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX de la RNBEF (Reglamento de Tasas de Interés), sin realizar análisis alguno que permita desvirtuar los argumentos legales que respaldan el cobro y que fueron expuestos por el FONDO en el Recurso de Revocatoria presentado el 04 de septiembre de 2012 y que al presente ratificamos en su integridad.

Asimismo, la misma ASFI ha omitido considerar el contenido del artículo 1, Sección 1, Capítulo 1, Título II de la RNBEF (Reglamento de Transparencia de la Información), que incluye como valido el cobro por gestiones de cobranza, siempre y cuando el mismo se encuentre a disposición del público. En el caso del FONDO específicamente, el cobro no solamente se encontraba expresamente pactado en los diferentes contratos, sino que además se encontraba detallado en el Tarifario expuesto al público y nuestros dientes, y enviado a la ASFI, sin que hubiese sido objeto de observación alguna de parte del regulador.

2.2.3. Respecto a la instrucción de proceder con la restitución de importes cobrados.

2.2.3.1. *Mediante Resolución ASFI N° 506/2012, ratifican que la ASFI tiene facultad para ordenar la devolución o restitución de importes cobrados, citando reiterativamente el artículo 154, numeral 14 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, entendiendo la ASFI que ese "orden" se acomoda a las instrucciones sobre ajustes y regularizaciones contables que les reconoce el artículo, y no es sino ejercer una potestad para proteger los depósitos del Público. En resumen, la ASFI entiende que tiene competencia porque sus actividades se rigen a los principios del Derecho Administrativo.*

Es muy difícil efectuar una disquisición sobre una argumento que plasma la lógica inversa y la descontextualización como sustento, pues las medidas correctivas o rectificatorias no pueden extinguir derechos y obligaciones contractuales, ***esa es competencia de un juez en el marco de las denominadas acciones personales,*** *argumentos expuestos por el FONDO en el Recurso de Revocatoria y que al presente ratificamos, mismos que no fueron siquiera mencionados y menos evaluados por la ASFI en la reposición, tal vez por desconocimiento. El citado artículo 75 de la Constitución Política del Estado en cuanto a los derechos de usuarios y consumidores, tampoco le arroga competencia a la ASFI, como pretende en sus consideraciones,*

*ya que en lo conducente busca garantizar el acceso irrestricto "**A la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen."** Este mandato constitucional no concede a la ASFI otras competencias que no sean las que les fija la Ley.*

La ASFI reitera su pretendida facultad de ordenar la devolución o restitución de los importes cobrados; lo que no hace, es señalar cuál es la norma que le otorga esta facultad. No se trata, sin duda de una omisión. No lo hace ni lo podrá hacer porque simplemente no existe en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en norma legal o reglamentaria alguna. Nuevamente se fundan en pareceres, en opiniones y en interpretaciones subjetivas.

Sobran en la parte considerativa este tipo de juicios de valor: "principio del derecho Administrativo", "medidas de prudencia y resguardo", obligación de velar por los depósitos del público" (¿depósitos en contratos de línea de crédito?); y queriendo confundir, toman la tangente para señalar que el artículo 154 de la Ley No. 1488 les permite instruir "ajuste y regularizaciones contables". Pretenden confundir con una medida de carácter técnico, relacionada con la elaboración de los estados financieros, con una decisión que causa efectos jurídicos, y que puede afectar, de un modo u otro, derechos subjetivos. En materia administrativa, y eso debieran saberlo los asesores jurídicos de la ASFI, las autoridades no pueden obrar si es que una norma previa no les autoriza a hacerlo. A eso se llama el principio de legalidad en el Derecho Administrativo (artículo 4 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Igualmente sugerente es el argumento sobre los derechos del consumidor y un modo de resolverlos sin respetar el debido proceso. En este caso ASFI se arroga una competencia que no tiene y ordena unilateralmente restituir cobros que fueron efectuados con base legal, pero también, y eso no es un elemento secundario, con pleno consentimiento de los clientes.

La ASFI entonces ha quebrado el Principio de legalidad, pero también de objetividad y de igualdad. No ha actuado con imparcialidad respecto al FONDO, predispuesto por situaciones subjetivas y extralegales, que han sido reveladas en la parte considerativa de la Resolución ASFI N° 506/2012, razones por demás suficientes para que la Autoridad Jerárquica deje sin efecto las Resoluciones impugnadas y restituya la legalidad en el presente caso.

***2.2.3.2.** No se ha podido encontrar el sustento que motivó la confirmación parcial de la Resolución ASFI N° 408/2012, pues en principio instruyó la devolución y ahora exige un plan de acción con mecanismos para asumir medidas restitutorias. En el fondo se han aferrado a una competencia que no tienen y que, como demostramos, no han podido sustentar. Sin embargo, el efecto de esta Resolución es igual a la anterior y la devolución impuesta se mantiene de una forma solapada.*

En conclusión, de la minuciosa revisión de la Resolución ASFI N° 506/2012 emitida el 02 de octubre de 2012, es evidente que la ASFI no ha aportado argumento legal alguno que permita desvirtuar o debilitar el sustento legal expuesto por el FONDO mediante Recurso de Revocatoria interpuesto el 04 de septiembre de 2012 y, a más

de tergiversar y forzar el análisis, alcance y aplicación del Reglamento de Tasas de Interés, tampoco ha aportado nuevos elementos o argumentos jurídicos que permitan respaldar la instrucción de suspender de forma inmediata el cobro por concepto de mantenimiento de Líneas de Crédito y Gestiones de Cobranza y la competencia que supuestamente tendría para instruir la restitución de los importes cobrados en relación al mantenimiento de Línea de Crédito, Gestiones de Cobranza y Verificaciones. Por lo expuesto, nos ratificamos nuevamente en todos los argumentos y sustentos jurídicos expuestos a través del Recurso de Revocatoria interpuesto por el FONDO el 04 de septiembre de 2012.

3. Petitorio

Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente y los contenidos en el Recurso de Revocatoria interpuesto el 04 de septiembre de 2012, al amparo de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera), interponemos ante su Autoridad el Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 506/2012, emitida el 02 de octubre de 2012, solicitando a Usted que dentro del plazo establecido por norma remita el presente recurso con todos sus antecedentes al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas de Bolivia, para resolver el presente recurso, a objeto que, previo los trámites legales, resuelva disponiendo la ***revocatoria*** *de la Resolución ASFI N° 506/2012, emitida el 02 de octubre de 2012, en todas sus partes con excepción de la segunda resolución referida a la suspensión de la restitución de los cobros por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, mientras se agote la vía administrativa, en virtud del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera; y consiguiente* ***revocatoria*** *de la Resolución ASFI N° 408/2012 de fecha 16 de agosto de 2012...*"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero instruyó al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA**, suspender el cobro por concepto de mantenimiento de líneas de crédito, verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza, de acuerdo a lo señalado en el Capítulo II, Numeral 3, Incisos c) y d) del informe ASFI/DSR II/R-75961/2012 de fecha 22 de junio de 2012, a fin de que se de cumplimiento a lo dispuesto por el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, Artículo 6,

Numeral 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Así también, instruyó a la Gerencia General remitir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitir un informe hasta fecha el 31 de agosto de 2012, por el que se establezcan las acciones correctivas para regularizar dichas deficiencias, y que incluya la cuantificación de todos los cobros realizados por los referidos conceptos, para proceder a su restitución.

Toda vez que mediante nota FSL-GG508/2012 de 1° de agosto de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** solicitó al Ente Regulador la consignación del contenido de la nota ASFI/DSR II/R-87191/2012 en una resolución, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la Resolución Administrativa ASFI N° 408/2012 de 16 de agosto de 2012, la que después, conforme fuera objeto de Recurso de Revocatoria, dio lugar a la Resolución Administrativa ASFI N° 408/2012, emitida el 16 de agosto de 2012.

Al presente, habiendo el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** presentado Recurso Jerárquico contra la citada Resolución Administrativa ASFI N° 506/2012, se pasa a su análisis y resolución.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Cobro por mantenimiento de Líneas de Crédito.-

Cabe dejar constancia que, conforme lo señala el artículo 52° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a la presente instancia jerárquica le corresponde resolver la controversia planteada "*de puro derecho*", es decir, realizar fundamentalmente una revisión, dentro del marco del control de la legalidad, sobre si el trámite puesto a consideración del suscrito Ministro, guarda conformidad con la normativa que hace a la materia.

Entonces y en principio, es necesario revisar la normativa inherente a las comisiones referidas a líneas de crédito; así, el Código de Comercio, establece:

> "*…Art. 1309. - (CONCEPTO) Se entiende por apertura de crédito el acuerdo en virtud del cual un Banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a éste obtener crédito; el acreditado, a su vez, se obliga a reembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta,* ***así como a pagar las comisiones, intereses y gastos convenidos****.*
>
> *Art. 1310. - (CONTRATO)* ***La apertura de crédito se formalizará mediante contrato escrito*** *entre el Banco y el acreditado,* ***en el cual****, además de la naturaleza de la prestación,* ***se estipulará por lo menos lo siguiente****:* (…)
>
> *5)* ***Las comisiones****, intereses y gastos* ***convenidos****. El acreditado asume, en el momento de la formalización de contrato, la obligación de pagar al banco una comisión, haga*

o no uso total o parcial del crédito y los intereses corren sólo sobre saldos deudores diarios que serán cubiertos al vencimiento de los plazos parciales estipulados (…)

Art. 1312. - (INTERESES, ***COMISIONES*** *Y GASTOS)* ***En el importe del crédito concedido no se entenderán incluidos*** *los intereses****, comisiones*** *y gastos a cargo del acreditado…*" (Las negrillas son insertas en el presente informe).

De la misma manera, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título IX, Capítulo XVI, Reglamento de Tasas de Interés, Sección 1 (*Aspectos Generales*), establece:

"…***Artículo 4° - Definiciones.-*** *Para efectos del presente Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:* (…)

Comisión por línea de crédito: *Es el costo total para el cliente, de abrir y mantener una línea de crédito* (…)

Servicio adicional al cliente: *Es el servicio contratado por la entidad supervisada, con terceros por cuenta y para beneficio directo del cliente, complementarios al servicio del crédito. No forman parte del servicio adicional al cliente, los gastos por formularios de desembolso, amortización, planes de pago, u otros equivalentes* (…)

Artículo 6° - Prohibición.- *Las entidades supervisadas* ***no deben cobrar comisiones*** *o gastos por servicios* ***que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente****.*

Asimismo, las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamo lo siguiente: (…)

4. ***Cobros por comisiones*** *o recargos* ***que no impliquen un servicio adicional al cliente****…*" (Las negrillas son insertas en el presente informe).

Así también, el artículo 3, Sección 1, Capítulo III, Título IX, del Reglamento para la Emisión y Administración de Instrumentos Electrónicos de Pago, de la misma Recopilación, define a la línea de crédito como a aquel "*Acuerdo en virtud del cual una EIF se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado para ser utilizado en un plazo determinado en operaciones de crédito directo y contingente, el acreditado a su vez, se obliga a rembolsar la suma utilizada o a cubrir el importe de las obligaciones contraídas por su cuenta,* ***así como a pagar las comisiones,*** *intereses y gastos* ***convenidos contractualmente***" (Las negrillas son insertas en el presente informe).

De la normativa transcrita, se establece que conforme a los artículos 1309º, 1310º y 1312º del Código de Comercio, en el contrato debe estipularse, mínimamente y entre otros, las comisiones, intereses y gastos convenidos; entonces dicho Código sustantivo, sí permite el cobro de comisiones, en tanto estén contractualmente acordadas, para la contratación de líneas de crédito.

Asimismo, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su Título IX, capítulo XVI, Sección 1, Artículo 6, primera parte, dispone que las entidades supervisadas **no**

deben cobrar comisiones o gastos por servicios **que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente**, de lo que se concluye también en la posibilidad efectiva para la cobranza de comisiones, cuando éstas se encuentren expresamente aceptadas por los acreditados.

La segunda parte del mismo artículo, numeral 4, establece que las entidades supervisadas no deben incluir en los contratos de préstamo -entre otros-, cobros por comisiones que no impliquen un servicio adicional al cliente; asimismo, en el artículo 3, Sección 1, Capítulo III, Título IX (Reglamento para la Emisión y Administración de Instrumentos Electrónicos de Pago), al definir a la línea de crédito, se hace también mención permisiva a las comisiones por mantenimiento.

Consiguientemente, se establece la **inexistencia de una prohibición expresa para el cobro comisiones por mantenimiento de líneas de créditos**, debiéndose concluir que, contrariamente a lo sugerido por el Ente Regulador, sí está permitido el cobro de tales comisiones en tanto concurra para ello el consentimiento de los acreditados.

También es importante mencionar que el servicio de mantenimiento de línea de crédito es dado por la propia entidad financiera y no así por terceros, por lo que, en la lógica del Ente Regulador, nunca habría lugar a una comisión por mantenimiento de línea de crédito con la característica de *"ser un **servicio contratado** por la entidad supervisada, **con terceros** por cuenta y para beneficio directo del cliente"*, determinando que la definición de Comisión por línea de crédito del artículo 4º de la Sección 1, Capítulo XVI, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras resulte inaplicable.

El extremo permite inferir que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha dado lugar a la duda sobre cuál es el objeto de la comisión que cobra el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** por concepto de la línea de crédito, toda vez que, según el capítulo II, numeral 3, inciso c, del informe ASFI/DSR I/R-75961/2012 de 22 de junio de 2012, el concepto de cobro es por mantenimiento de la línea.

De acuerdo a la definición dada por el Código de Comercio en su artículo 1309º:

> "…*Se entiende por apertura de crédito el acuerdo en virtud del cual un Banco se obliga a poner una determinada suma de dinero a disposición del acreditado en la medida de sus requerimientos o bien a realizar otras prestaciones que permitan a éste obtener crédito;...*"
>
> Es decir, el mantenimiento de la línea de crédito hace pues al perfeccionamiento del contrato de apertura de línea de crédito, motivo por el que se justificaría la determinación contenida en la Resolución Administrativa ASFI Nº 408/2012 de 16 de agosto de 2012; no obstante, el Ente Regulador no ha sido claro a este extremo.
>
> Antes más bien, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su nota ASFI/DSR I/R-87191/2012 de 18 de julio de 2012, señala que:
>
> > "…*el Fondo tiene que proceder con la restitución de los importes cobrados por los conceptos detallados…, debiendo la Gerencia General remitir a esta*

> *Autoridad de Supervisión, hasta el 31 de agosto de 2012, un informe refrendado por la Unidad de Auditoría Interna, que detalle las acciones correctivas a ser implementadas para regularizar dichas deficiencias y que incluya la cuantificación de todos los casos sujetos a dicha restitución…*"

Antes, el precitado informe ASFI/DSR II/R-75961/2012, en su punto 2.3, conforme lo supra mencionado, hace mención a que:

> "*c. La entidad realiza cobros por el mantenimiento de líneas de crédito al momento del desembolso, no obstante la prohibición establecida por el Título IX, Capítulo XVI, Sección 1, Artículo 6, Inciso 4 de la RNBEF, relativa al cobro de comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente…*"

Entonces, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero erróneamente hace extensible un criterio sobre propiamente los contratos de préstamo (que sale del numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, "*Reglamento de Tasas de Interés*" contenido en el Título IX, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) y lo aplica al de los contratos de apertura o de línea de crédito, para concluir en la inviabilidad del cobro por comisiones o recargos que hace a los primeros.

Así, la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, establece que:

> "*…Respecto a que el Reglamento de Tasas de Interés no prohíbe el cobro de comisión por línea de crédito, cabe señalar que el numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del Reglamento de Tasas de Interés, dispone que en los contratos se prohíbe el cobro por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente …*"

Norma señalada que, conforme se establece infra, no corresponde a la contratación de líneas de crédito, sino precisamente a la de préstamos en general, no siendo per se aplicable a la figura jurídica contrato de apertura de crédito, un criterio normativo propio del contrato de préstamo (bajo línea), como señala el Ente Regulador.

Esto conlleva a que, salvo el argumento supra transcrito de la Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, no exista en la misma ningún otro justificativo que permita asimilar el tratamiento del contrato de apertura de crédito con el contrato de crédito (bajo línea), en la interpretación del numeral 4, artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, "Reglamento de Tasas de Interés" contenido en el Título IX, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, extremo que se explica en la redacción de la norma, que dice:

"…*Artículo 6° - Prohibición.- Las entidades supervisadas no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente.*

Asimismo, las entidades supervisadas no deben incluir ***en los contratos de préstamo*** *lo siguiente:* (…)"

Entonces, diferenciando específicamente los contratos de préstamo, entre estos, los bajo línea, como aquellos en los que no se deben incluir cobros por comisiones, criterio plenamente coincidente con el establecido por la propia Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en los artículos 1° y 4° de su Reglamento de Tasas de Interés.

Estos extremos normativos de contenido inequívoco, en cuanto permiten el cobro de comisiones como lo realiza el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA**, son además plenamente concordantes con lo señalado por el Código de Comercio en su artículo 1309°, de donde resulta que, contrariamente a lo señalado por el Ente Regulador, es plenamente factible y legítima, la pretensión de contratar y cobrar una comisión por la apertura de crédito a favor del Banco acreditante; no obstante y no quedando claro si el objeto del cobro corresponde al dispuesto por la norma , se debe señalar que no es sobre ello que versa la controversia del caso de autos.

2.2. Cobro por concepto de gastos de cobranza.-

En oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 4 de septiembre de 2012, el recurrente ha justificado los cobros realizados por gastos de cobranza, de la siguiente manera:

"…*En cuanto a la recuperación por concepto de gastos de cobranza y su cuestionamiento sobre si constituye o no un servicio para el cliente, se deben considerar en principio tres aspectos básicos: 1) Se trata de obligaciones contratadas de forma libre y eficaz, al sentir del artículo 519 del Código Civil, al igual que las comisiones que hemos referido antes; 2) El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la Ley, conforme determina el Artículo 520 del Código Civil y 3) Son cobros aceptados contractualmente, sujetos a una condición no potestativa, pues su materialización depende del cumplimiento o incumplimiento en el pago de lo debido*…"

Y a tiempo de su Recurso Jerárquico, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL SOCIEDAD ANÓNIMA** reclama el que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se hubiera limitado a justificar la instrucción, respaldada en lo dispuesto en el Título IX, Capítulo XVI, Reglamento de Tasas de Interés, Sección 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, resultando ello evidente en la lectura de la Resolución Administrativa ASFI N° 506/212.

Asimismo, el recurrente señala que el Ente Regulador ha omitido considerar el Reglamento de Transparencia de la Información que valida el cobro por gestiones de cobranza, siempre y cuando, el mismo se encuentre a disposición del público, hecho que, en su entender, sería su caso al encontrarse pactado el concepto en sus contratos y al formar parte de su tarifario

que, además, es de conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no habiendo merecido observación anterior alguna.

Al respecto, es pertinente retomar el análisis del Título IX, Capítulo XVI, Reglamento de Tasas de Interés, Sección 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, toda vez que, conforme se tiene señalado, el numeral 4, del artículo 6, Sección 1, Capítulo XVI, Título IX del citado Reglamento, en lo referido a las prohibiciones, ha establecido que:

> "…*las entidades supervisadas no deben cobrar comisiones o gastos por servicios que no hubiesen sido aceptados expresamente y por escrito por el cliente.*
>
> *Asimismo, las entidades supervisadas* ***no deben incluir en los contratos de préstamo, cobros por comisiones o recargos que no impliquen un servicio adicional al cliente***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Antes, el artículo 4º de la misma norma, ha definido el **Servicio Adicional al cliente**, como "***el servicio contratado por la entidad supervisada, con terceros por cuenta y beneficio directo del cliente, complementarios al servicio de crédito***", entonces es ésta la única justificación que podría resultar válida para el cobro que pretende realizar la recurrente, empero **no es aplicable al caso**, por cuanto, amén de que la actividad de cobranza no ha sido contratada con terceros**, la misma no importa de ninguna manera, un servicio en beneficio directo de los acreditados o prestatarios**, sino y en todo caso, de la propia entidad.

En tal sentido, la Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 es clara al señalar que, para las "*verificaciones domiciliarias y gestiones de cobranza*", el recurrente no realiza la contratación de servicios de terceros para beneficio directo del cliente, la cobranza como tal tiene una naturaleza más bien favorable a la entidad financiera, por lo que en consecuencia, el cobro por el concepto de gastos de cobranza, se encuentra dentro de las prohibiciones establecidas por el artículo 6º, numeral 4, de la Sección 1, Capítulo XVI, Título IX, de la Recopilación de Normas y Entidades Financieras.

En todo caso y en el contexto de las normas mencionadas en el tenor del presente acápite, corresponde dejar constancia del carácter especial de las mismas, por tanto, de aplicación preferente al caso, con respecto a otra normativa más general u ordinaria.

2.3. Instrucción de restitución de importes cobrados.-

El recurrente señala que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero carecería de competencia para disponer la devolución de cobros realizados, debido a que las medidas correctivas o rectificatorias, que son parte de sus atribuciones, no pueden extinguir derechos y obligaciones contractuales dado que ésa sería una competencia de un juez en el marco de las denominadas acciones personales.

Entonces, no está impugnada la instrucción de restitución de importes cobrados en sí misma, sino la facultad del Ente Regulador para imponerla.

En tal sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, ha explicado que:

"…*Con relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no tendría facultad para ordenar la devolución o restitución de los importes cobrados, corresponde aclarar que dichos argumentos no corresponden, por cuanto las funciones de regulación y supervisión que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro el ámbito de su competencia, los mismos se circunscriben al mandato constitucional establecido por el artículo 332 y la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y porque fundamentalmente sus actividades se rigen en base a los principios del Derecho Administrativo,* (…)

En este entendido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero… ejerce su competencia privativa e indelegable para adoptar medidas de prudencia y resguardo en procura de cumplir, de forma oportuna, con su objetivo principal constituido por la obligación de velar por los depósitos del público, la solidez del sistema y los intereses de los usuarios y clientes del sistema financiero…"

A este respecto, el artículo 332º, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado, establece que "*Las entidades financieras estarán regladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras*"; y la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras, texto ordenado al 20 de diciembre de 2001), en su artículo 154º, numerales 1 y 3, establece:

"… *Artículo 154.- Son atribuciones de la Superintendencia:*
1. Vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera (…)
3. Ejercer y supervisar el control interno y externo, ***exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias****, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A los criterios hasta aquí señalados, debe añadirse el establecido por el artículo 4º, inciso b), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que establece que: "***La Administración Pública dicta actos que tienen efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De toda la relación normativa anterior, debe concluirse en que, evidentemente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene suficientes atribuciones para exigir el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, y ejecutar por sí misma sus propios actos, lo que conlleva implícita la facultad entre varias otras -que por ello no necesariamente deben estar expresamente determinadas- de disponer la devolución de los cobros realizados, en ejercicio de medidas correctivas o rectificatorias, que en definitiva, hacen a sus atribuciones.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso b) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el

artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la REVOCATORIA de la Resolución impugnada, con alcance parcial cuando, pronunciándose sobre el fondo, deje sin efecto parte de la resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 506/2012 de 2 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 408/2012 de 16 de agosto de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **dejándose sin efecto en ambas resoluciones, únicamente las determinaciones referidas al cobro de comisiones por concepto de mantenimiento de líneas de crédito**, manteniéndose firmes, vigentes y subsistentes las restantes determinaciones que se encuentren allí contenidas.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

ESTADÍSTICAS

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS - UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA - GESTIÓN 2012

Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
1	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 001/2012	17/01/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
2	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 002/2012	19/01/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE - ANULA
3	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 003/2012	24/01/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE
4	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2012	26/01/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
5	ASFI	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 005/2012	26/01/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE
6	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2012	27/01/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
7	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A. - FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 007/2012	08/02/2012	REVOCA PARCIALMENTE
8	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 008/2012	08/02/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
9	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 009/2012	09/02/2012	CONFIRMA TOTALMENTE - ANULA
10	APS	PROVIVIENDA ENTIDAD RECAUDADORA Y ADMINISTRADORA DE APORTES S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 010/2012	13/02/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
11	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2012	14/02/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
12	ASFI	ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPCF/Nº 012/2012	02/03/2012	ANULA
13	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 013/2012	09/03/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
14	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 014/2012	09/03/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
15	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 015/2012	09/03/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE - ANULA
16	ASFI	PANAMERICAN SECURITIES S.A. AGENCIA DE BOLSA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 016/2012	05/04/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
17	ASFI	RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 017/2012	09/04/2012	ANULA
18	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 018/2012	10/04/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
19	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 019/2012	10/04/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
20	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2012	10/04/2012	ANULA
21	ASFI	BANCO ECONÓMICO S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2012	16/04/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
22	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	MEFP/VPCF Nº 022/2012	18/04/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
23	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 023/2012	02/05/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
24	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 024/2012	11/05/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
25	APS	NOEMY ENRRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 025/2012	11/05/2012	ANULA
26	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2012	15/05/2012	ANULA
27	APS	SEGUROS ILLIMANI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 027/2012	22/05/2012	ANULA

Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
28	ASFI	SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 028/2012	23/05/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
29	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 029/2012	23/05/2012	ANULA
30	APS	AON BENFIELD ARGENTINA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2012	05/06/2012	ANULA
31	APS	ZURICH BOLIVIANA SEGUROS PERSONALES S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2012	06/06/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
32	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 032/2012	06/06/2012	ANULA
33	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 033/2012	06/06/2012	ANULA
34	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 034/2012	06/06/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
35	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO "EL PROGRESO"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 035/2012	11/06/2012	ANULA
36	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 036/2012	12/06/2012	ANULA
37	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2012	29/06/2012	ANULA
38	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 038/2012	29/06/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
39	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	MEFP/VPCF Nº 039/2012	05/07/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
40	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 040/2012	05/07/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
41	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 041/2012	05/07/2012	ANULA
42	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 042/2012	05/07/2012	ANULA
43	ASFI	BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 043/2012	16/08/2012	ANULA
44	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 044/2012	24/08/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
45	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 045/2012	24/08/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE
46	ASFI	SR. FRANCISCO JAVIER NAVARRO AGREDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 046/2012	27/08/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
47	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 047/2012	28/08/2012	ANULA
48	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 048/2012	04/09/2012	ANULA
49	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 049/2012	19/09/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
50	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ - ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPCF/Nº 050/2012	21/09/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE - ANULA
51	APS	SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. - LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 051/2012	02/10/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE
52	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 052/2012	02/10/2012	REVOCA PARCIALMENTE - ANULA
53	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL FISO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 053/2012	03/10/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
54	APS	COMANDO DE INGENIERIA DEL EJERCITO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 054/2012	03/10/2012	ANULA

Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
55	ASFI	BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 055/2012	03/10/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
56	ASFI	BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 056/2012	03/10/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
57	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 057/2012	05/10/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
58	ASFI	FONDO FINANCIERO PRODEM S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 058/2012	05/10/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
59	ASFI	GARCIA VERAMENDI Y ASOCIADOS S.R.L.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 059/2012	09/10/2012	ANULA
60	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 060/2012	23/10/2012	REVOCA PARCIALMENTE
61	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 061/2012	23/10/2012	REVOCA PARCIALMENTE - ANULA
62	ASFI	RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 062/2012	23/10/2012	ANULA
63	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 063/2012	30/10/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
64	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 064/2012	09/11/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
65	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 065/2012	16/11/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE
66	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 066/2012	20/11/2012	REVOCA PARCIALMENTE - ANULA
67	ASFI	BANCO ECONOMICO S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 067/2012	23/11/2012	ANULA
68	APS	ENTIDADES ASEGURADORAS	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 068/2012	28/11/2012	CONFIRMA PARCIALMENTE
69	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 069/2012	05/12/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
70	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 070/2012	05/12/2012	REVOCA PARCIALMENTE - ANULA
71	APS	NOEMI ENRRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 071/2012	06/12/2012	ANULA
72	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 072/2012	06/12/2012	ANULA
73	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 073/2012	06/12/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
74	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 074/2012	11/12/2012	REVOCA PARCIALMENTE
75	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 075/2012	11/12/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
76	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 076/2012	20/12/2012	ANULA
77	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 077/2012	21/12/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
78	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ	MEFP/VPT/SIREFI/Nº 078/2012	27/12/2012	ANULA
79	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 079/2012	28/12/2012	CONFIRMA TOTALMENTE

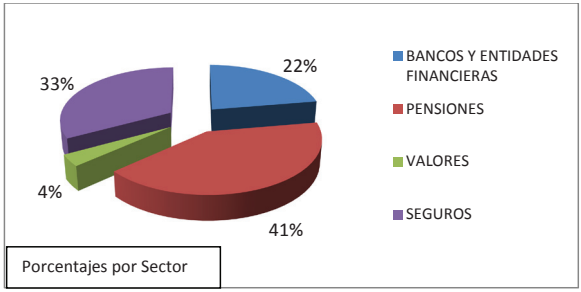
Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
80	ASFI	ALDO YANI MORO GUTIERREZ	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 080/2012	28/12/2012	ANULA
81	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 081/2012	28/12/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
82	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FATIMA LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 082/2012	28/12/2012	ANULA
83	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 083/2012	28/12/2012	CONFIRMA TOTALMENTE
84	ASFI	BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 084/2012	28/12/2012	REVOCA
85	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 085/2012	28/12/2012	REVOCA PARCIALMENTE

ASFI Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero
AP Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones
APS Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VPSV – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2012

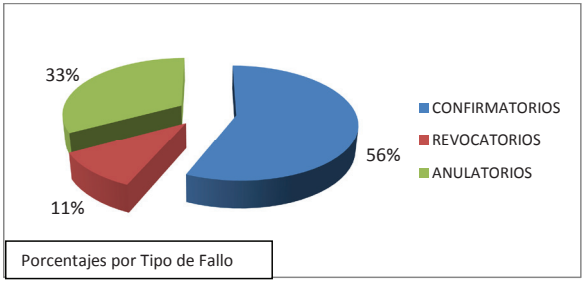
RECURSOS JERÁRQUICOS POR SECTOR RESUELTOS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS GESTIÓN 2012

ENTIDAD	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	19
PENSIONES	35
VALORES	3
SEGUROS	28
TOTAL	85



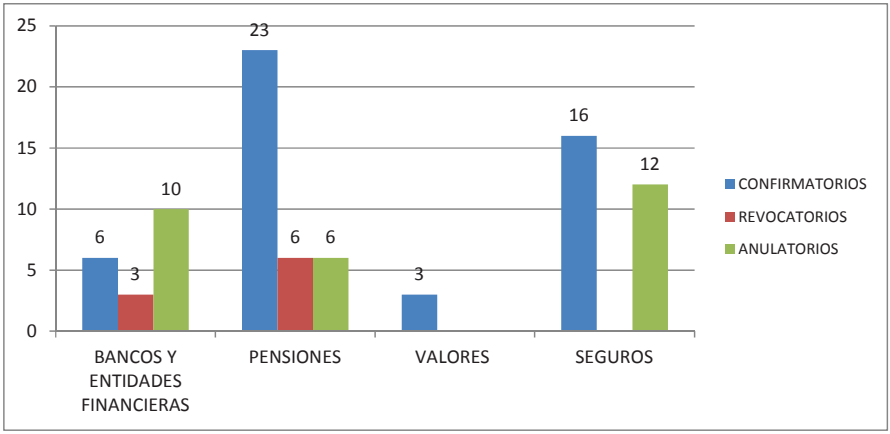
TIPOS DE FALLO POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS – GESTIÓN 2012

FALLO	TOTAL
CONFIRMATORIOS	48
REVOCATORIOS	9
ANULATORIOS	28
TOTAL	85



RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS VPSV – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2012

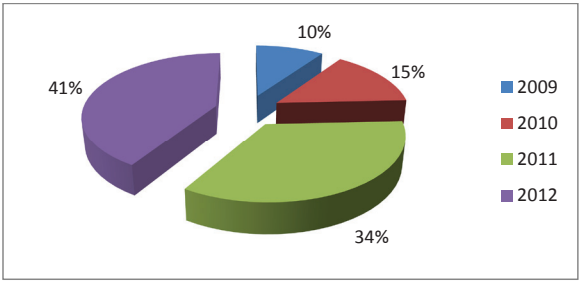
TIPO	BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	PENSIONES	VALORES	SEGUROS	TOTAL
CONFIRMATORIOS	6	23	3	16	48
REVOCATORIOS	3	6			9
ANULATORIOS	10	6		12	28
TOTAL	19	35	3	28	85



RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DESDE LA GESTIÓN 2009 A LA GESTIÓN 2012

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS

GESTIÓN	TOTAL
2009	20
2010	30
2011	71
2012	85
TOTAL	206



RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS RESUELTAS POR SECTOR

ENTIDAD	GESTIÓN 2009	GESTIÓN 2010	GESTIÓN 2011	GESTIÓN 2012	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	4	9	26	19	58
PENSIONES	9	11	32	35	87
VALORES	4	6	9	3	22
SEGUROS	3	4	4	28	39
TOTAL	20	30	71	85	206